

A função pública e a lei penal

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Procurador da República no Distrito Federal

CONTINUAÇÃO)

Interrompemos o nosso artigo no último número, mostrando as vantagens do regime fixado pelo Código Penal italiano, extensivo da noção de funcionário público, para o feito da lei penal, agrupando na mesma noção os funcionários dos serviços descentralizados do Estado, autônomos ou não.

Referimo-nos, então, aos artigos 357 a 359 do Código Penal italiano, cujos termos aqui vamos reproduzir :

“Artigo 357 — Para o efeito da lei penal são oficiais públicos :

1.º) os empregados do Estado ou de outras entidades públicas que exercem, permanente ou temporariamente, uma função pública legislativa, administrativa ou judiciária ;

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

Artigo 358 — Para o efeito da lei penal são pessoas encarregadas de um serviço público :

1.º) Os empregados do Estado ou de outra entidade pública, a que prestam permanente ou temporariamente, um serviço público ;

2.º) qualquer outra pessoa que presta, permanente ou temporariamente, gratuita ou retribuídamente, voluntária ou obrigatoriamente, um serviço público.

Artigo 359 — Para o efeito da lei penal são pessoas que executam serviços de necessidade pública :

1.º) os particulares que exercem profissão forense ou sanitária, ou qualquer outra profissão para cujo exercício a lei exige habilitação especial desde que esteja o público obrigado a utilizar-se de seus serviços.

2.º) os particulares que, embora não exercendo função pública, vêm prestando um serviço público, executam serviço declarado de utilidade pública, mediante um ato da administração pública”.

Nestes dispositivos estão incluídos, não somente os funcionários do Estado, a êle ligados diretamente por uma relação de emprêgo público, mas também aqueles que exercem apenas funções ou encargos públicos e, finalmente, os particulares que colaboram com a administração na realização das finalidades imediatas do Estado.

Compreendem-se, por isso, todas as pessoas que, a qualquer título, exerçam funções do Estado de natureza legislativa, administrativa ou judiciária.

Como nota G. Sabatini (1), devem ser tidas como objeto da função pública as tres funções fundamentais do Estado — legislativa, administrativa, judiciária ou jurisdicional.

Assim, diz êle, a função pública tem influência, atua em relação a cada um dos poderes do Estado, envolvendo a atividade estatal em todas as suas manifestações fundamentais.

Comentando o dispositivo (muito mais restrito) do antigo Código Penal italiano, já dizia

(1) *Apud* — “Il Codice Penale illustrato articolo per articolo” — sob a direção de Ugo Conti — II — pág. 432.

Granazzi (2) que "o conceito de *pubblico ufficiale* não pode derivar daquele de autoridade, nem tampouco de função: oficiais públicos, diz o artigo 207, são aqueles que não investidos de função pública". E, por função pública, deve-se entender qualquer atividade do Estado ou das demais entidades públicas que visam diretamente a satisfação de uma necessidade pública, isto é, a obtenção de uma das finalidades próprias a cada uma dessas entidades.

A lei penal não faz nenhuma distinção de funções, refere-se a todas, que tendem à conservação da ordem jurídica e à conquista da utilidade social. Tanto assim que o mesmo art. 207 estende a denominação de "oficial público" ainda àqueles que estão a serviço de Institutos sujeitos à tutela do Estado, de uma Província ou de uma Comuna, os quais Institutos (como por exemplo os de beneficência) não exercem geralmente nenhum poder, não exercem função fiscal, e suas atribuições se restringem à administração do patrimônio e ao desembolso das rendas a eles destinadas".

Não ha, portanto, uma limitação precisa na medida da definição, levando-se em conta a natureza do instituto ou da pessoa jurídica a que se acha sujeito o funcionário.

O que se deve levar em conta é a natureza da função e a situação de dependência em que se encontra em relação ao Estado e outras entidades menores, e, finalmente, a atividade conjugada com as do Estado, na realização dos fins de utilidade geral, coletiva.

E' preciso, no entretanto, considerar que o conceito da utilidade pública tomou um aspecto diferente nos últimos anos, atingindo um grau de expansão muito grande, de onde decorre uma extensão paralela do conceito da função pública.

O que se verifica, modernamente, na feliz expressão de Bernard Geny, é uma interpretação da vida pública e da vida jurídica (3), por meio de uma colaboração mais completa dos particulares com o Estado, ou por meio de uma integração das instituições de utilidade pública dentro da estrutura do Estado, ou por uma articulação mais ou menos perfeita dos particulares com a administração, para um mesmo fim.

Naturalmente que o conceito da função pública em relação à lei penal varia com a medida dessa integração do individuo na administração; mas existem certo número de infrações da lei penal que dizem respeito não somente a esta ou àquela modalidade específica de delito, mas a condições gerais de atividade pública que interessam à generalidade dos encargos ou funções públicas.

Daí a relação entre a definição legal do delito e a natureza da função, partindo-se de uma integração menor para uma absoluta integração do individuo na vida administrativa, na organização da administração pública. Assim, para o professor Bielsa, a gradação que se lhe afigura mais razoável, atendendo à situação jurídica do funcionário na sua função e à natureza da infração, é a seguinte :

"a) delitos peculiares aos empregados públicos, isto é, delitos que somente podem ser cometidos por aqueles que tenham a qualidade de funcionário ou empregado; b) fatos que, cometidos por um particular, não seriam puníveis, mas que o sendo por um funcionário ou empregado público constituem delitos; por exemplo, a mera passividade ou omissão do funcionário quando tenha o dever legal de intervir ativamente, etc.; c) fatos puníveis, mas em relação aos quais a qualidade de funcionário ou empregado público determina uma repressão mais severa; quer dizer que esta qualidade deve ser tida como "agravante", na linguagem da lei penal; as agravantes podem resultar, seja da simples qualidade de funcionário ou empregado, seja da circunstância de prevalecer-se do caráter público de que se acha investido para praticar determinado ato" (4).

Marcelo Caetano (5), examinando também a relação entre o funcionário e a lei penal, assim se manifesta sobre o assunto :

"Na classificação dos crimes ha a considerar que os fatos delituosos praticados por agentes administrativos se podem enquadrar em uma das seguintes categorias :

a) fatos que constituem crimes mesmo quando praticados por particulares, mas revestem uma figura jurídica diferente quando praticados por funcionários públicos; o mesmo fato constitue o crime de abuso de confiança ou de furto si é co-

(2) "Dei delitti contro la pubblica amministrazione" — In vol. IV do "Trattato di Diritto Penale".

(3) *De la collaboration des administrés avec l'administration.*

(4) *Derecho Administrativo — II —* pág. 187.

(5) *Manual de Direito Administrativo —* pág. 266.

metido por particular e o crime de peculato si é cometido por funcionário público ;

b) fatos que, cometidos por particulares, não constituem crime, mas cometidos por empregados públicos são criminosos: o abandono do serviço de uma empresa privada, por um operário ou empregado particular, não é um crime, mas o abandono do serviço por um empregado público constitui o crime de abandono de funções, que no Exército toma o nome de deserção ; e do mesmo modo sucede com a peita, suborno e corrupção, e outros ;

c) fatos que só podem ser praticados por funcionários públicos : os crimes de prevaricação, abuso de autoridade, excesso de poder... etc”.

Existem, por conseguinte :

1) atos que somente quando praticados por funcionários podem ser punidos ;

2) atos que, quando praticados por funcionários, revestem-se de caráter específico — crimes funcionais propriamente ditos ;

3) atos que, quando praticados por funcionários, devem ser considerados agravados, quando punidos.

Existem outros atos em que o funcionário tem uma posição passiva, isto é, só podem ser praticados e punidos quando o fôrem contra funcionário.

Von Liszt (6) divide os delitos de função em duas categorias : — infrações funcionais propriamente ditas e infrações mixtas. No primeiro caso, devem-se incluir aqueles que só por funcionário podem ser cometidos ; no segundo, aquelas infrações agravadas quando cometidas por funcionários (7).

Uma outra classificação feita por aquele autor é a de delitos de funções gerais e delitos de funções especiais, segundo a categoria funcional.

Os delitos especiais constituem uma categoria específica dentro dos crimes funcionais. Figura o autor o caso de certos delitos só poderem ser praticados por funcionários superiores, e de outros que só podem ser praticados por funcionários inferiores em relação aos seus superiores hierárquicos.

Existe no sistema penal vigente a preocupação de resguardar a administração pública (enten-

da em seu sentido amplo) contra qualquer perturbação, ou interna ou de fora para dentro, isto é, dos particulares contra a administração, o que justifica uma renovação neste capítulo da legislação penal, renovação que atinge não somente a conceituação dos agentes dos delitos, mas ainda da própria infração.

Em nossa legislação vigente, principalmente em seus dispositivos que entendem com os crimes de natureza político-social, vêm se refletindo estas tendências, não somente quanto à definição dos delitos e quanto à extensão do conceito da função pública, mas também em relação às penas.

Nota-se, efetivamente, uma frequência maior na aplicação das penas acessórias de suspensão e perda de emprego, bem como a incapacidade para o exercício de funções públicas ou dependentes do Estado.

O disposto quer nos artigos 12 e seguintes da lei n.º 136 de 14 de dezembro de 1935, quer principalmente o que se vê nos artigos 11 e seguintes do decreto-lei n.º 431, de 18 de maio de 1938, definem esta orientação. Ali ficaram firmados os seguintes princípios :

1) A condenação de funcionários civis e militares nos crimes definidos naquelas leis, inhabilita, pelo prazo de 10 anos, ao exercício de qualquer cargo ou função em serviço público, ou em instituto ou serviço mantido ou subvencionado pela União, pelos Estados e pelos Municípios, assim com oem empresas ou estabelecimentos concessionários de serviço público.

2) A incapacidade é extensiva, dentro dos dez anos seguintes à condenação, quanto à admissão em empresas, institutos ou serviço creado ou mantido pela União, pelos Estados ou Municípios como seus funcionários, empregados ou operários, de pessoas condenadas pelos crimes definidos nas leis acima mencionadas.

3) A pena acessória de cassação da matrícula profissional é também extensiva àquele que exercer atividade profissional na Marinha Mercante Nacional, na pesca, nas oficinas ou estaleiros de construção naval, em docas ou armazens, ou a bordo das embarcações nos portos.

4) A medida referida no item n.º 2, é também extensiva às empresas ou instituições ou casas subvencionadas pela União, pelos Estados e pelos Municípios.

(6) *Droit Pénal Allemand* — II — pág. 433.

(7) Deve-se notar a imprecisão do conceito de funcionário dado por aquele autor.

É evidente o intuito de incluir no rigor da lei todas as atividades estatais ou paraestatais, todas as atividades ligadas intimamente às finalidades do Estado.

Visou a lei, com isso, proteger os órgãos vitais da Nação contra a infiltração de doutrinas que não se coadunam com as instituições vigentes, protegendo-os também contra as atividades ilícitas ou perigosas em seu seio.

São medidas, aliás, que hoje têm amparo em todas as legislações de todos os regimes.

O prolongamento dos efeitos da condenação, no tempo, constitui, além do mais, medida de polícia cujos objetivos são evidentes.

Fica, portanto, esclarecida a tendência da moderna legislação penal, para estender o conceito da função pública, dando igualmente uma importância maior à definição dos crimes contra a administração pública e contra o Estado.

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

Tribunal de Contas da União

Um voto do Ministro Ruben Rosa

Departamento Federal de Compras — Quais os saldos dos créditos orçamentários que estão automaticamente distribuídos?

Desde 1931, as aquisições de materiais de qualquer natureza e o fornecimento de todos os artigos necessários aos serviços federais, *nesta Capital*, eram feitos exclusivamente pela Comissão Central de Compras (Dec. 19.587, de 14-1-, art. 1; 6 § 5).

Os ministérios militares, inclusive certos corpos auxiliares (Policia Militar e Corpo de Bombeiros), ficaram excluídos desse rito especial (*ut* decisão do Exmo. Sr. Chefe do Governo Provisório).

As dotações orçamentárias destinadas a custear tais aquisições, na parte referente a material *permanente* e de *consumo*, por ocasião do exame das tabelas da lei de meios, eram registadas, ficando, porém, *em ser* no Tribunal (ou nas Delegações), — à disposição do citado órgão centralizador das compras.

Em ocasião própria o Tribunal, pelo voto do eminente Ministro Sr. Tavares de Lira, explicou que a expressão "crédito à disposição" deve ser entendida como delegação de competência para expedir ordens de pagamento de despesa (D. O. de 25-4-35, pág. 8.185).

Tanto a Constituição de 1934 (art. 50, § 2) como a de 1937 (art. 69, § 1) determinam que a parte "variável" do orçamento obedeça a "rigorosa especialização".

Em consequência, aos poucos foram aparecendo, nas dotações de material, certas sub-consignações que escapam à finalidade precípua da C.C.C. (objetos históricos e outros).

Algumas leis regularam essas modalidades de modo expresso, como por exemplo, a aquisição de livros mediante adiantamento, anulando-se, em cada caso, no crédito posto à disposição da C.C.C. (dec. 24.009, de 14-3-34).

Tais dotações, embora façam parte integrante da dotação material, com o assentimento do Tribunal, — por ocasião do seu registo — não ficaram à disposição da C.C.C. e, sim, do Ministério respectivo.

Em regra, os créditos *suplementares* obedeceram aos princípios ora expostos.

Quanto aos créditos *especiais*, uma vez registados, só foram postos à disposição da C.C.C., quando assim o determinaram os Ministérios aos quais foram os mesmos abertos.

Não é menos certo, doutro lado, que, por solicitação de alguns Departamentos de Administração, os recursos de determinadas sub-consignações das verbas *diversas despesas; obras; serviços e encargos*, foram postos à disposição da C.C.C.

Em 1939, em caráter provisório, a aquisição, nos mercados nacionais ou estrangeiros, de *combustíveis e lubrificantes* para a Estrada de Ferro Central do Brasil passou a ser feita perante uma Comissão Especial (dec.-lei 1.254, de 6-5-39).

Pelo diploma em apreço, soube-se que estava em estudos a reorganização dos serviços da C.C.C. (*ut* exp. de motivos, *in* D. O. de 10-5-39, pg. 10.757).

Com efeito, pelo dec.-lei 2.206, de 20 do mês p. f. (D. O. de 23 e 28), a antiga C.C.C. foi transformada em Departamento Federal de Compras (D.F.C.), subordinado ao Ministério da Fazenda (art. 13).