

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO – ATUALIZAÇÃO E REFORMA PENAL –

Por uma atualização formal e substancial do capítulo
dos crimes contra a Administração Pública

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Disciplina da Parte Especial de 1940. Críticas e perspectivas: 2.1 Sobre o art. 327 do Código Penal: 2.1.1 O enfoque orgânico-funcional; 2.1.2 Da denominação; 2.1.3 Outras ponderações acerca do Título XI e do art. 327 do CP: 2.2 Sobre os delitos funcionais em espécie: 2.2.1 Do peculato; 2.2.2 Emprego irregular de verbas públicas; 2.2.3 Concussão; 2.2.4 Excesso de exação; 2.2.5 Da corrupção passiva e ativa; 2.2.6 Da prevaricação – 3. Incriminações no Direito Comparado – Sugestões para alterações substanciais no Título XI da Parte Especial do Código Penal – 4. Perspectivas legislativas no Brasil – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O estudo meticoloso dos *crimes contra a Administração Pública*, de tipificação vazada entre os arts. 312 e 359 do CP, revela ao intérprete a necessidade de *revisão* do Título XI daquele *Codex*. Conquanto as previsões originais atendessem satisfatoriamente à objetividade jurídica tutelada (na dicção de Magalhães Noronha, “o desenvolvimento regular da atividade do Estado, dentro de regras de dignidade, probidade e eficiência”), a natureza cambiante da sociedade contemporânea não prescinde de uma legislação penal consentânea com o novo comércio jurídico e as inéditas estruturas das administrações modernas. Tais modificações na esfera do *ser* demandam, inexoravelmente, adaptações do *dever-ser* imanente, hoje plasmado em um Direito Penal Positivo que se reporta à realidade de 1940. Reformas de caráter formal e substancial, incluindo a introdução de novas figuras típicas, serão bem-vindas, desde que *cautelosas*, para que não se instaure tumulto em meio aos operadores do Direito. No presente trabalho, o autor examina boa parte dos projetos que, a respeito do tema, foram já encaminhados ao Congresso Nacional, lançando ao debate público suas próprias ilações de *lege ferenda* e avaliando que quaisquer alterações dessa ordem deverão salvaguardar, desde o ponto de vista formal, a *segurança jurídica*, e perquirir, do ponto de vista substancial, o máximo grau de correspondência com a idéia de *Estado Justo*, limitando a instância penal às intervenções necessárias (Direito Penal mínimo) e preservando a dignidade humana.

Palavras-chave: Crimes contra a Administração Pública – Delitos funcionais – Funcionário Público – Título XI do Código Penal – Reforma da Parte Especial do Código Penal – Direito Penal Comparado.

1. Introdução

O Código Penal brasileiro, particularmente em sua Parte Especial, de há muito tem sido considerado um diploma infenso à problemática penal contemporânea e impróprio ao combate da criminalidade moderna, que se manifesta, ao cabo de um século, em meio à informática, à engenharia genética e ao mercado financeiro. Espraia-se, com efeito, por territórios completamente desconhecidos do legislador de 1940; e concita o Poder Legiferante à reformulação de delitos e à introdução de novas figuras típicas, abarcando a realidade fenomenológica que se projeta no bojo da sociedade moderna e que, há algumas décadas, sequer preocupava os operadores do Direito. Fala-se, então, em *reforma penal* – reforma essa que busca, sobretudo, a *atualização* de alguns paradigmas penais, e a *subversão* de outros, transmutando-os radicalmente ou mesmo os erradicando da órbita penal, face ao seu descompasso com os ditames sociais vigentes (tal é, *verbi gratia*, o caso de crimes como o adultério – art. 240 – e o rapto consensual – art. 220). Essa reforma, contudo, tende a ser procedida de maneira *puntiforme*, haja vista a aguda aversão dos legisladores e das próprias comunidades às modificações maciças – tanto é que, apesar dos inúmeros projetos de lei encaminhados ao Congresso Nacional, ainda convivemos com um Código Penal de 1940 (exceto quanto à Parte Geral – 1984), um Código Civil de 1917 e um Código Comercial de 1850. Daí, também, o largo uso de *legislações penais extravagantes* para o regimento de matérias trazidas pelos influxos da modernidade (*exempli gratia*, Lei 7.492/86, para os crimes contra o sistema financeiro; Lei 7.646/87, para os crimes de informática; Lei 8.137/90, para os crimes contra a ordem tributária e econômica; Lei 9.034/95, para o crime organizado; Lei 8.974/95, para os crimes relativos ao patrimônio genético nacional, às técnicas de engenharia genética e aos OGMs – Organismos Geneticamente Modificados).

Nesse passo, encaminhamos o debate, especificamente, para a seara dos *crimes contra a Administração Pública*, atualmente disciplinados, no Código Penal brasileiro, pelo Título XI de sua Parte Especial, e subdivididos em três grupos distintos: crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral, crimes praticados por particulares contra a Administração em geral, e crimes contra a Administração da Justiça (respectivamente, Capítulos I, II e III). Doutrina e jurisprudência sempre fitaram essa gama de crimes – e particularmente os ditos *funcionais*, elencados no Capítulo I – com especial reverência, considerando-os tecnicamente adequados.

Evidentemente, o caráter cambiante da sociedade tecnológica não poderia lhes poupar, tornando-os, nalguns pontos, até mesmo anacrônicos; não obstante, tendo em vista sua excelente lavra original, ao mais das vezes exigiram *atualizações* – e, mais raramente, *subversões*.

A importância vital desse título tem sido enfatizada pelos doutrinadores pátrios. Asseverou Magalhães Noronha:¹

(1) Magalhães Noronha. *Direito Penal*. 3. ed. São Paulo. Saraiva : 1968. v. 4, p. 250.

“Razão teleológica do Estado é a consecução do bem comum. Para isso, tem ele que realizar certas finalidades que, em síntese, se reduzem à preservação da independência no exterior e à manutenção da ordem no interior. (...) Relativamente ao segundo objetivo – a ordem, tomada em sentido amplo –, impõe-se com toda a evidência, porque a ele cabe ditar as normas necessárias à harmonia e equilíbrio sociais. (...) Necessita, pois, de desenvolver certa atividade, sem o que jamais alcançaria seus fins. Existem, assim, funções fundamentais suas, independentemente das formas que possa assumir. É intuitivo que lhe incumbe ditar normas que ora dizem respeito a sua própria organização, ora às relações que mantêm com os indivíduos e ora às destes entre si. Ao mesmo tempo, cabe-lhe fazer com que essas normas sejam protegidas e tuteladas. (...) Tais funções são respectivamente a legislativa, a judiciária e a administrativa.

Mas, sendo o Estado pessoa jurídica, é claro que suas atividades têm que ser desempenhadas ou desenvolvidas por pessoas físicas, que são células do organismo estatal e que devem ser mantidas em estado de higidez e regular funcionamento, pois, como escreve Novicow, assim como a saúde de um animal depende do funcionamento normal de todos seus órgãos, a prosperidade do povo advém da produção de riquezas e do funcionamento regular do governo.

Com esse fim é que o Código volve suas vistas para a administração pública. Em sentido amplo, esta compreende as funções já dantes referidas – legislativa, executiva e judiciária –, podendo, então, ser considerada como complexo de funções exercidas pelos órgãos estatais, na consecução do bem coletivo.

Em sentido restrito, ela se refere à atividade do Poder Executivo (...).”

Realmente, preservar o regular funcionamento das funções estatais é tarefa inarredável do Estado, eis que não poderia alcançar um de seus objetivos precípuos – a *manutenção da ordem interna*, na lição de Noronha – sem essa providência.

Nesse passo, releva diferir, com foros de especificidade, a gama de crimes *contra a Administração Pública* daqueles que vulneram, em caráter genérico, o *Estado*. Crimes *contra o Estado*, no entendimento de José Frederico Marques, em verdade seriam todos: “(...) *sujeito passivo constante de todo crime é o Estado-Administrativo, por ser ele o titular do interesse jurídico que se consubstancia no jus puniendi nascido com a prática da infração penal*”² (grifamos); já *sujeito passivo eventual*, ainda sob esse magistério, seria o titular direto do interesse penalmente tutelado e concretamente atingido pelo crime. Ferri (*Princípios de direito criminal*) enfatizava essa mesma distinção, embora valendo-se de outra nomenclatura (*sujeito passivo formal e material*). Com efeito, conquanto se possa identificar, em toda infração penal, um detrimento para o Estado – haja vista que, em certa medida, a ordem interna terá sofrido uma perturbação –, algumas figuras lesionam, de modo particular, os interesses mais afetos ao Estado e inerentes à sua personalidade jurídica. O Estado será, então, a um tempo *sujeito passivo formal e material* da infração. Nem todas essas infrações, porém, terão por objetividade jurídica a *Administração Pública* em senso estrito. Uma tal dis-

(2) José Frederico Marques. *Tratado do direito penal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 2, p. 21.

tição pode ser haurida nas próprias bases da Teoria Geral do Estado: enquanto que por *Estado* se pretende significar uma ordem jurídico-política a abarcar um território e um povo e exercida de forma soberana,³ por *Administração Pública* entende-se a “atividade funcional do Estado em todos os setores em que se exerce o poder público (com exceção da atividade política)”, na excelente definição de Fragoso.⁴ O primeiro conceito, bem mais elástico, acaba por absorver o segundo. Noutras palavras: para que o Estado, enquanto *órgão executor da soberania nacional*,⁵ conserve-se incólume e mantenha agregados os cidadãos de sua bandeira, deverá desempenhar funções que lhe são ínsitas, mas às quais não se resume. Tais funções, vistas em seu conjunto e atribuídas ao corpo orgânico que as exercita, constituem a Administração Pública *lato sensu*. O Estado é a *ordem*; a Administração, um *instrumento* dessa ordem. Determinadas figuras típicas podem violar aquela ordem, sem necessariamente atentar, de forma direta, contra o respectivo instrumento. *Exempli gratia*, contemple-se o tipo penal do art. 9.º da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional): “Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país. Pena – de 4 (quatro) a 20 (vinte) anos”. A conduta típica expõe a perigo de lesão a integridade territorial e a soberania nacional (art. 1.º, I); portanto, é um crime em que o Estado figura como sujeito passivo material. No entanto, nenhuma função ou serviço estatal é, designadamente, objetivada pela conduta em apreço; não se trata, pois, de crime contra a Administração Pública.

A diversidade que buscamos demonstrar resta explícita no Código Penal português: o Título V de seu Livro II define os *crimes contra o Estado*, abrangendo os crimes contra a segurança do Estado, contra a autoridade pública, contra a realização da Justiça e os crimes cometidos no exercício da função pública. Dentre essas, apenas as três últimas categorias envolvem propriamente a Administração Pública; a primeira categoria – que compreende os crimes contra a soberania nacional e os crimes contra a realização do Estado de direito – não atinge, diretamente, a Administração Pública, embora ameace a personalidade jurídica estatal.

No presente trabalho, tem-se por escopo a análise dos crimes contra a Administração Pública (em seu sentido largo: funções executiva, legislativa e judiciária), e particularmente a apreciação das perspectivas de atualização que dos mesmos se acercam. A relevância de similar empreendimento pode ser depreendida, no campo doutrinário, da lição *supra* transcrita, em que o mestre paulista observa o quão necessários são o normal funcionamento e o prestígio da Administração para que se realize o interesse público. No âmbito pragmático, o cotidiano insiste em nos revelar a premência de alterações no Capítulo XI do Código Penal brasileiro, colmatando suas lacunas e revestindo-o de modernidade, para que a san-

(3) Cf. o conceito de Clóvis Bevilacqua, pautado na doutrina de Von Jhering: “O Estado é a sociedade que se coage; e para poder coagir é que ela se organiza tomando a forma pela qual o poder coativo social se exercita de um modo certo e regular; em uma palavra, é a organização das forças coativas sociais”.

(4) Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981. v. 3. p. 387.

(5) Sahid Maluf. *Teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1988. p. 38.

gria do Erário e a improbidade administrativa não restem impunes a despeito dos novéis procedimento que os ocasionam, como, *verbi gratia*, a especulação financeira com títulos públicos (vide escândalo dos precatórios), o nepotismo e os *lobbies* com dinheiros públicos.

Passemos, pois, ao estudo pretendido.

2. A Disciplina da Parte Especial de 1940. Críticas e perspectivas

2.1 Sobre o art. 327 do Código Penal

2.1.1 O enfoque orgânico-funcional

O Capítulo I do Título XI disciplina os crimes praticados *por funcionário público* contra a administração em geral. São crimes *próprios*, assim entendidos aqueles que “só podem ser cometidos por uma determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal (...). O crime próprio pode exigir do sujeito uma particular condição jurídica (acionista, *funcionário público*); profissional (comerciante, empregador, empregado, médico, advogado); de parentesco (pai, mãe, filho); ou natural (gestante, homem)”⁶ (grifamos). E, pela especial condição jurídica que os tipos penais compreendidos entre os arts. 312 e 327 exigem do sujeito ativo, denomina-se-os *crimes funcionais*: “Crimes funcionais são os que só podem ser praticados por pessoas que exercem funções públicas. São também denominados *delicta in officio*, isto é, *delicta propria* dos que participam da atividade estatal”.⁷

Embora a condição de funcionário público represente, nos delitos funcionais, um *elemento normativo do tipo penal* (pois demanda, para sua verificação *in concreto*, um juízo de valor dentro do próprio plano da tipicidade⁸), o legislador de 1940 pretendeu conferir-lhe sua *interpretação autêntica*, restringindo o espectro de apreciação jurídica do próprio julgador. Assim é que estabeleceu, no art. 327 do CP, que “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Nos parágrafos que se seguem ao *caput*, equiparou a funcionário público todo aquele que exerce cargo, emprego ou função em entidade *paraestatal* (§ 1.º) e introduziu uma *causa de aumento de pena* (1/3) quando os autores dos crimes do Capítulo I forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de

⁽⁶⁾ Damásio E. de Jesus. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. v. 1, p. 166.

⁽⁷⁾ Idem, *ibidem*, p. 191.

⁽⁸⁾ Cf. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965, 2.º v, p. 72. No mesmo sentido, Aníbal Bruno, asseverando que os elementos normativos do tipo podem se apresentar sob forma de termos ou expressões jurídicas (como “documento”, “coisa alheia móvel”, “função pública” ou “funcionário”) ou extrajurídicas (“mulher honesta”, “dignidade”, “moléstia grave”). Podem implicar, portanto, uma apreciação cultural ou um juízo de conhecimento técnico – inclusive ligado ao próprio Direito (*Direito penal – Parte general*. São Paulo, 1959. vol. I, p. 10).

direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Acerca dessa definição, alguns aspectos devem ser discutidos.

A jurisprudência debateu-se, em diversas ocasiões, para estabelecer se determinada atividade tornava ou não o agente do delito um *funcionário público*. Tal realidade evidencia, em certa medida, que a definição legal não foi de todo feliz. Se pretendia o legislador coibir a polêmica judicial, acabou por fomentá-la, a partir de um conceito reticente. Instaurou-se celeuma, *verbi gratia*, com relação aos guardas noturnos e aos inspetores de quartelão;⁹ aos leiloeiros;¹⁰ aos peritos judiciais;¹¹ aos síndicos de falências;¹² aos serventuários de cartórios extrajudiciais;¹³ e até mesmo em relação a estudantes de direito em estágios junto a órgãos

(9) “Embora não constante dos quadros policiais do Estado, o certo é que os inspetores de quartelão existem e exercem função pública, sendo responsáveis pois pelos delitos funcionais que cometem” (TJSC – Apelação Criminal – rel. Francisco May Filho – RT 419/342).

(10) “Prática tal crime o leiloeiro que, em leilão judicial subordinado às instruções do juiz, e, portanto, na qualidade de serventuário de que se serve o juízo para o cumprimento do fim pretendido no processo, se apropria de dinheiro de que tem a posse em virtude da função em cujo exercício se encontra. Art. 327 do CP” (TFR – Apelação Criminal – rel. Hélio Pinheiro – RTFR 124/186).

(11) “O perito, nomeado para determinado processo judicial, enquadra-se na função de funcionário público dada pelo art. 327 do CP. Assim sendo, a simples solicitação de vantagem indevida formulada por ele caracteriza o delito de corrupção passiva do qual a eventual falsidade do laudo é mero exaurimento, configurando causa especial de aumento de pena. Tal delito se distingue do perjúrio mediante suborno porque neste a iniciativa é do interessado na falsidade da perícia” (TJSP – Apelação Criminal – rel. Celso Limongi – RT 686/319).

(12) “O síndico da falência, conquanto exerça no processo múnus público, não pode ser equiparado ao funcionário público para efeitos penais. A Lei de Falências disciplinou as funções do síndico, sujeitando-o a sanções, inclusive penais, sem, no entanto, equipará-lo ao funcionário público ou conferir-lhe função pública” (TJSP – Habeas corpus – rel. Carmo Pinto – RT 583/320).

(13) Funcionário público para efeitos penais (CP, art. 327): titulares e auxiliares de tabelanatos e ofícios de registro: caracterização não afetada pelo art. 236 da Constituição.

“O art. 236 da Constituição – ao dispor que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privativo, por delegação do Poder Público – não lhes afetou, mas antes lhes confirmou a publicidade da natureza, da qual resulta a consideração de seu pessoal como funcionário público, para efeitos penais, ainda que não para outros efeitos.

“Recurso extraordinário: descabimento, pela letra c; afirmação de validade de ato normativo local desnecessário à conclusão do julgado.

“Não se conhece de recurso extraordinário pela letra c, quando o ato normativo local contestado, mas que se afirmou recebido pela Constituição, não é fundamento necessário do acórdão recorrido” (STF – 1.ª Turma – Recurso Extraordinário – rel. Sepúlveda Pertence – j. 11.02.1992 – RDA 188/75).

públicos.¹⁴ A doutrina questionou, igualmente, a caracterização dos funcionários de empresas concessionárias de serviços públicos como funcionários públicos. De um modo geral, os tribunais pátrios sempre foram sequiosos na aplicação do art. 327 do CP; entendeu-se que “nosso Código (...) tomou a expressão no conceito mais amplo possível”;¹⁵ por conseguinte, todos os casos mencionados têm sido considerados, majoritariamente, subsumíveis à figura do art. 327 – à exceção do síndico da falência (e, de uma forma geral, todos os que detêm simplesmente um *munus* público: tutores e curadores, *e.g.*) e dos funcionários de empresas concessionárias de serviços públicos. Mas a inclinação predominante não fez cessar o vociferar das teses contrárias.

Uma das razões pelas quais o art. 327 rendeu ensanchas às discussões apontadas reside no fato de a redação do legislador de 1940 referir, em um mesmo patamar, conceitos de Direito Administrativo que na realidade não poderiam ser contrapostos, tecnicamente, da maneira como o foram. O referido dispositivo menciona, a um tempo “cargo, emprego ou função pública”, como o faz a própria Constituição da República em seu art. 37, I. Todavia, enquanto a menção a “emprego público”, conforme a doutrina majoritária, diz respeito ao *regime jurídico* a que se submete o funcionário (*in casu*, regime celetista – ou seja, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – cujo contraponto seria o regime *estatutário*, não mencionado no artigo), os conceitos de *cargo* e *função pública* não se referem ao regime, mas à existência ou não de vaga criada por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos (*cargo*, na definição da Lei 8.112, art. 3.º, par. ún.).

Um emprego público pode ser exercido através de um *cargo*, ou pode compreender simplesmente o exercício de uma *função*; são mesmo contraditórios, nos municípios do interior de São Paulo, regimes jurídicos que prevêem funções públicas exercidas por funcionários que se submetem à CLT. A se considerar como mutuamente exclusivos os conceitos de cargo, emprego e função pública, o que dizer dessas situações? Tais funcionários estariam exercendo *funções* ou *empregos públicos*? A resposta é simples: exercem *funções públicas* (pois não ocupam vagas criadas por lei, com denominação própria), na condição de *empregados públicos* (pois não se sujeitam a um regime estatutário, mas àquele introduzido pelo Dec.-lei 5.452/43 – CLT). Dessarte, formalmente seria melhor que o legislador se tivesse cingido às expressões *cargo e função*; a menção aos “empregados públicos” no art. 327 é completamente despiçanda, pois o empregado público estará, necessariamente, vinculado a um cargo ou a uma função pública (o mesmo se aplicando ao estatutário).

(14) “Estudantes de Direito atuando como estagiários junto à Defensoria Pública, mesmo sem designação regular da Procuradoria-Geral da Justiça, podem ser considerados funcionários públicos, na definição ampla do art. 327 do CP” (TJRJ – Apelação Criminal – rel. Raphael Cirigliano Filho – RT 550/355. No mesmo sentido, acórdão em recurso em *habeas corpus* prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Min. Moreira Alves (RT 489/427 e RTJ 77/791).

(15) Rui Stoco. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo : RT, 1995. p. 3.093.

Ainda nessa ordem de idéias, há se de reverenciar o bom critério adotado pela *Lei Complementar Estadual 180*, de 12.05.1978, que dispõe sobre a instituição do Sistema de Administração de Pessoal relativo aos funcionários públicos civis e servidores da Administração Centralizada e das Autarquias do Estado de São Paulo (Capítulo III – *Dos Conceitos Básicos*): consoante tal critério, há *postos de trabalho* (“lugar dentro de uma unidade a ser preenchido por alguém que desempenhe as atividades necessárias”), que podem ser ocupados por exercentes de *funções públicas* ou de *cargos públicos* (não refere “empregos públicos”). *Cargos e funções*, segundo as “justificativas e esclarecimentos” da lei, indicam a qualificação do funcionário ou servidor e a sua relação de trabalho com o Estado: direitos, deveres, vencimentos etc. Lança-se mão, conseqüentemente, do critério *funcional* (o utilizado pelo art. 327 do CP) e limita-se-o pelo critério *orgânico* (relação de pertinência com algum órgão público: *posto de trabalho*). Essa é, na verdade, a principal contribuição do diploma em destaque, sobre a qual passamos a discorrer.

É relevante observar a criteriologia a ser utilizada para se qualificar determinado agente de *funcionário público* para os fins penais. O Código Penal, repese-se, empregou tão-somente um elemento *funcional* para estabelecer o conceito do art. 327: será funcionário público aquele que exerce cargo, emprego ou função pública; basta, portanto, que *exercite* determinadas atividades afeitas ao interesse público. Prescinde-se, *a priori*, de qualquer nexos ou liame com as entidades que integram o Poder Público *lato sensu* – compreendendo-se aí todos os tribunais, todas as casas legislativas e todas as administrações do país, com suas ramificações (nesse último caso, ministérios ou secretarias), e bem assim os órgãos da chamada Administração indireta – autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista – e o Ministério Público. Exatamente pelo apego do legislador ao critério funcional, a jurisprudência identificou no inspetor de quartelão, no perito judicial e no serventuário de cartório extrajudicial a condição de funcionários públicos. Tais indivíduos exercitam, indubitavelmente, atividades de interesse público; dessarte, haveria lógica em os enquadrar no art. 327. Todavia, atividades de interesse igualmente público são também exercitadas pelos funcionários de empresas privadas concessionárias do transporte público – diríamos, mesmo, que o interesse público afeto a essas atividades *suplantaria*, em termos pragmáticos, aquele depositado na atividade do perito judicial (afinal, à população interessa, sobretudo, que o transporte público seja prestado a contento; de menor interesse lhe parecerá, por certo, a conduta de um perito em determinado processo judicial). Nada obstante, o entendimento a respeito sempre foi o de que laboristas de empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas não seriam funcionários públicos para efeitos penais...

Identifica-se, então, certo ilogismo no entendimento vigente – o que redundou, por sua vez, na conclusão de que o critério funcional, adotado em caráter de exclusividade, não é bastante para o equacionamento do problema.

Daí porque a autorização concomitante do critério *orgânico* – não mencionada explicitamente pelo legislador de 1940 – seria de bom alvitre. Tornaria mais científico o processo hermenêutico, e debelaria eventuais injustiças como aquela a que se fez alusão – considerar funcionário público o serventuário do Cartório de Notas, mas não o engenheiro de tráfego que trabalha para uma empresa privada concessionária dos serviços de transporte público; considerar funcionário públi-

co o perito judicial, mas não a testemunha (ambos auxiliares do Juízo). Nesse particular, justamente, pareceu-nos razoável a orientação da referida Lei Complementar Estadual 180, ao valer-se da expressão “postos de trabalho”. Com isso, restou explícito o critério orgânico, a par do critério funcional (noções de *cargo e função pública*, também amparadas pela Lei em seu art. 5.º, I e II), vez que a idéia de “lugar dentro de uma unidade” (art. 5.º, XII) traz à baila o *nexo de pertinência* entre o agente público e uma das unidades compreendidas pela organização dos Poderes Públicos (*in casu*, da Administração Estadual).

Pugnamos, pois, pela adoção de uma criteriologia mais acurada para a caracterização do *funcionário público*, na qual seja utilizado não apenas o critério funcional (como faz, hodiernamente, o art. 327 do CP), mas também o critério *orgânico* (a exemplo da LC 180 – conquanto a exigência de um “lugar” dentro de uma unidade, na qual se insira o agente, seja talvez rigorosa demais para o desiderato da prevenção geral). Na esteira desse entendimento, profissionais que hoje são considerados funcionários públicos – peritos, serventuários extrajudiciais, guardas noturnos – não o seriam mais. Não poderiam cometer delitos funcionais; cometeriam, sim, delitos comuns, por ação ou omissão (nesse último caso, em face do disposto no art. 13, § 2.º, do CP – condição de garante, determinada pela lei ou pelo contrato).

2.1.2 Da denominação

O termo “funcionário público” guarda certa ambigüidade em sede doutrinária, e também no uso cotidiano. Há quem identifique na expressão a presença necessária de vínculo estatutário (em oposição a “empregado público”); outros definem o funcionário público como o ocupante de um cargo público. A própria LC 180 – reverenciada no item anterior pela adoção do critério orgânico-funcional – há de agora merecer nova menção, por assimilar a última definição: observa ser funcionário público a “pessoa legalmente investida em cargo público” (art. 5.º, IV). Esse não é, por óbvio, o sentido do art. 327. Assim, sob o aspecto rigorosamente técnico, preferiria a essa expressão uma outra, utilizada largamente para abarcar todas as diversas figuras que interagem com o Poder Público (funcionários públicos *stricto sensu*, empregados públicos, agentes políticos, particulares em colaboração com o Poder Público etc.): trata-se de designação *agente público*. A natureza anacrônica da expressão “funcionário público” tem sido, ademais, reconhecida pelo legislador contemporâneo. Como obtempera João de Lima Teixeira Filho,¹⁶ “A nova Constituição Federal abandonou a expressão funcionário público, substituindo-a por servidor público, gênero do qual são espécies o servidor público civil (Capítulo VII, Seção II, da CF) e o servidor público militar (Seção III do mesmo Capítulo)”. E prossegue o autor: “o servidor público civil designa o prestador de serviços vinculado à administração direta, autárquica e fundacional, como deixa claro o art. 39 da CF. O servidor público militar está definido a seguir, no art. 42”. Mesma orientação foi assimilada pela Lei 8.112/91 (estatui o regime único para os *servidores* federais).

⁽¹⁶⁾ Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna, Lima Teixeira. *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo : LTr, 1997. vol. I. p. 177.

A denominação “agente público”, por sua vez, foi adotada pela recente Lei de Tortura (Lei 9.455/97, art. 1.º, § 4.º, I), Bem como pelo Projeto de Código Penal italiano (1992).¹⁷ No magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁸ *agentes públicos* são todas as pessoas vinculadas ou não ao Estado, que prestam serviço ao mesmo, de forma permanente ou ocasional. Dividem-se em *agentes políticos*, *agentes administrativos* e *agentes por colaboração*. Agentes políticos são os que ocupam os cargos principais na estrutura constitucional, representando a vontade política do Estado; são o Presidente da República, os deputados e senadores, os juízes e promotores de justiça. Agentes administrativos são os servidores públicos em geral, no senso do art. 39 e seguintes da CF; tais servidores podem ser civis, militares ou temporários. Os agentes por colaboração com a Administração, finalmente, são os particulares que colaboram com o Poder Público voluntária ou compulsoriamente, ou ainda por delegação.

Perceba-se que a orientação jurisprudencial vigente acaba por abarcar, realmente, todas essas categorias: desde agentes políticos (v.g., vereadores¹⁹) até particulares em colaboração com o Poder Público (v.g., mesários eleitorais e jurados – colaboradores em caráter *compulsório* – e membros do corpo voluntário da Defesa Civil – colaboradores em caráter *voluntário*), passando pelos agentes administrativos, a saber, servidores civis e militares.²⁰ Desse espectro, os arestos têm excluído apenas – e inexplicavelmente – os agentes em colaboração *por delegação* (pessoas às quais foram atribuídos serviços públicos, como os funcionários de empresas concessionárias, permissionárias e autorizatárias). Assim, mais consentânea com a larga interpretação do art. 327 seria a expressão “agente público”, ante o limitado sentido que comumente se imputa ao *nomen* “funcionário público”.

Compreendemos que, entretanto, à denominação “agente público” deveria ser adicionado, para fins penais, o traço orgânico *supra* analisado (o que não está presente, *ab ovo*, no conceito doutrinário acometido à expressão); com isso, excluir-se-ia da definição os particulares em colaboração com a Administração que não mantivessem qualquer nexo de pertinência com órgãos do Poder Público

(17) Segundo a informação de Paulo José da Costa Júnior e Antonio Pagliaro, em *Dos crimes contra a Administração Pública*, São Paulo : Malheiros, 1997, p. 23, nota 34: “Também o Projeto de Código Penal italiano, de 1992, cuja Comissão Ministerial foi presidida pelo co-autor desta monografia, Prof. Antonio Pagliaro, publicado na revista *Giustizia Penale*, opta por uma *noção unitária* de ‘agente público’ (art. 143)” (grifamos). O Código Penal italiano em vigor (Decreto real n. 1.398, de 19.10.1930), todavia, ainda utiliza a expressão “oficial público”: “Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa”.

(18) Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

(19) “O vereador é considerado funcionário público, *ex vi* do disposto no art. 327 do CP” (TJSP – rel. Thrasybulo de Albuquerque – RT 192/67).

(20) “A instância penal, à luz do disposto no art. 327 do CP, amplia o conceito de funcionário público, podendo, em consequência, militar comandante de unidade do Exército ser sujeito passivo do delito de desacato” (TJMT – Recurso em sentido estrito – rel. Otair da Cruz Bandeira – RT 471/387).

(e.g., os auxiliares do Juízo – como peritos e testemunhas que não integram o órgão judiciário, mas apenas o auxiliam – e os particulares em colaboração por delegação – concessionários e afins), mantendo-se os que têm vinculação orgânica (como os mesários eleitorais e os jurados) e os agentes políticos e administrativos. Haveria, pois, um norte seguro para a interpretação do julgador.

A necessidade de se revitalizar o art. 327 do CP tem sido sentida na própria órbita legislante, tanto que, acerca da denominação utilizada pelo legislador de 1940, fora apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3.041/97 (Dep. Augusto Nardes): alteraria o art. 327 do CP, introduzindo exatamente a designação “agente público”. Sob essa rubrica, incluir-se-iam os ocupantes de cargo político, delegado ou honorário. O parecer do congressista relator foi favorável. Tecnicamente, como se disse, a iniciativa é louvável.

Todavia, há repercussões de ordem pragmática que devem ser levadas em conta. Por todo o dito, dessume-se que a jurisprudência interpreta o vocábulo “funcionário público” com largueza, inserindo nesse conceito, inclusive, ocupantes de cargos políticos, bem como certas espécies de exercentes de “cargos” delegados e honorários; a utilização de denominação mais abrangente (agente público) poderia subverter o que na matéria já está pacificado, ensejando a inclusão de quem atualmente se mantém à margem do conceito: exercentes de *munus* públicos, dirigentes de empresas concessionárias, permissionárias e autorizatórias de serviços públicos etc. Os transtornos, nesse caso, seriam inexoráveis; mais uma vez, ao invés de se ditar uma ordem para a matéria, obter-se-ia nova gama de polêmicas intermináveis, algumas das quais já sepultas à luz do atual art. 327. Por tal razão, qualquer alteração no dispositivo em apreço deve primar pela cautela e pela clareza do preceito, de molde a repelir dúvidas e a fornecer, efetivamente, um referencial sólido para o julgador.

2.1.3 Outras ponderações acerca do Título XI e do art. 327 do CP

Bricola,²¹ em “Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali”, assevera que o conceito amplo da Administração Pública adotado pelos Códigos, envolvendo todas as funções fundamentais do Estado (legislativa, administrativa *strictu sensu*, jurisdicional e de governo), é um atentado fascista ao princípio da divisão de poderes. Por outro lado, há de se reconhecer que tal amplitude rende ensanchas a que a jurisprudência extravase os limites do razoável (como nos parece ser o caso dos julgados pátrios que consideram funcionário público o guarda-noturno, o inspetor de quartelão²² e o perito judicial). Mas o Código italiano preferiu o sentido amplo, conforme Exposição de Motivos:

(21) Apud Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 16.

(22) “Delito atribuído a guarda-noturno. Admissibilidade. Equiparação a funcionário público, *ex vi* do art. 327 do CP. Condenação decretada. Inteligência do art. 322 do citado diploma. O guarda-noturno deve ser havido como funcionário público, tendo em vista a larga definição do art. 327. Não obstante ser remunerado por particulares exerce função evidentemente pública, ligada de perto à segurança da coletividade, o que é bastante para preencher o requisito do citado art. 327” (TACrimSP – AC – rel. Sylvio do Amaral – RT 370/188) (grifamos).

“O conceito de administração pública, no que diz respeito aos delitos compreendidos nesse título, é tomado no sentido mais amplo, compreensivo da atividade total do Estado e de outros entes públicos. Portanto, com as normas que refletem os crimes contra a administração pública, é tutelada não só a atividade administrativa em sentido estrito, técnico, mas, sob certo aspecto, também a legislativa e a judiciária. Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e de outros entes públicos.”

Tomando em consideração a inferência de Bricola – que aparentemente comporta mais uma observação de caráter terminológico do que qualquer outra coisa –, talvez fosse melhor se falar em crimes contra o Poder Público, e não contra a Administração Pública. Nesse caso, não se estaria atentando (nem mesmo formalmente) contra o disposto no art. 2.º da CF, que estabelece serem Poderes da União o Legislativo, o Executivo (no bojo do qual insere-se a Administração Pública) e o Judiciário.

Ao art. 327, outrossim, conviriam algumas explicitações, face a algumas hipóteses nebulosas apontadas pela doutrina. Vejamo-las.

Autores renomados sempre indagaram se o exercente de função pública afeta a Estado estrangeiro seria funcionário público perante o ordenamento penal brasileiro. A esse respeito, assevera Costa Jr.: “Evidentemente, a função pública em causa haverá de ser brasileira. A função pública desenvolvida a serviço de outros Estados só pode ser levada em conta indiretamente, como nos casos em que venha a consentir na extradição, ou quando os atos estrangeiros sejam convalidados pelo ordenamento brasileiro”. Assim, o exercente de função pública alheia à Administração Pública brasileira – v.g., o embaixador de país estrangeiro, em caso de perda da imunidade diplomática – não seria, em princípio, funcionário público para fins penais. De bom alvitre, porém, que se acrescentasse à expressão “função pública” o adjetivo “brasileira”, para elidir quaisquer indagações.

Outra divergência doutrinária que se instaurou, versando o art. 327, referia-se à possível aplicação dessa norma – e particularmente da equiparação que estabelece no seu § 1.º – não apenas para a caracterização de sujeitos ativos, mas também de sujeitos passivos. Dentre os que entendiam que a equiparação apenas diria respeito ao sujeito ativo do delito, perfilharam-se Nelson Hungria, Edgard Magalhães Noronha e Damásio Evangelista de Jesus. No sentido contrário, observando que a equiparação aplicar-se-ia para sujeitos ativos e passivos, manifestou-se Heleno Cláudio Fragoso,²³ para quem praticaria corrupção ativa o indivíduo que oferecesse vantagem indevida ao presidente de uma autarquia (funcionário público, por força do art. 327 e parágrafos do CP). É a orientação extensiva a que faz alusão Damásio de Jesus.²⁴ Há, porém, um reparo a ser feito,

(23) Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1959. vol. IV. p. 102. n. 1.052.

(24) Damásio E. de Jesus, *Direito penal*, 6. ed., São Paulo : Saraiva, 1995, v. 4, p. 102: “Ofender a honra subjetiva de um funcionário de autarquia, em razão de seu trabalho, é injúria ou desacato? Há, sobre o tema, duas orientações: (...) 2.ª)

de ordem técnica. O art. 327, § 1.º, faz referência a “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”; autarquias, todavia, não são entidades paraestatais, embora integrem – como essas – a Administração Pública indireta.²⁵ Assim, discutir se é juridicamente possível a injúria perpetrada contra funcionário de autarquia é discutir a possibilidade da extensão do *caput* do art. 327 (e não de seu § 1.º) aos sujeitos passivos dos diversos crimes. Ao menos assim o será, se nos atermos à melhor doutrina em sede de Direito Administrativo. Esse detalhe, ao que parece, escapou àqueles que, adotando uma tese restritiva, entendiam que a equiparação do § 1.º alcançaria *exclusivamente* as autarquias...²⁶

Admitida a tese de Fragoso e caracterizada a injúria praticada contra dirigentes de entes paraestatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), incorreria o autor na causa de aumento do § 2.º? Quanto a isso, inexistem dúvidas: *não*, por expressa exclusão legal: “quando os *autores* dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou de assessoramento (...)” (grifamos).

De qualquer maneira, com o fito de pacificar aquela primeira questão, sugerir-se-ia a seguinte redação para o *caput* do art. 327, que obviamente repercutiria sobre seus parágrafos: “Considera-se funcionário público, enquanto sujeito ativo ou passivo da infração penal, aquele que (...)”. Restaria estendida, expressamente, a definição legal à subjetividade passiva dos delitos, o que se nos assemelha recomendável.

Observe-se, finalmente, que esse mesmo § 2.º incorre em uma falha de porte considerável. Majora a pena dos sujeitos ativos de crimes funcionais que ocupem cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da *administração direta* (que, como se sabe, são os governos da União, dos Estados e dos Municípios, com seus ministérios e secretarias, e para os fins penais também os órgãos do Poder Judiciário e Legislativo da União e dos Estados), *sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público*. Como se vê, não há menção às autarquias. Significa que, em princípio, se o delito for cometido por diretor de autarquia, não incidirá a causa de aumento, enquanto que haverá a majoração se o delito é cometido por diretor de sociedade de economia mista ou empresa pública (paraestatais). Incompreensível o critério do legislador, a não ser que pretendesse ver integradas as autarquias no conceito de “órgão da administração direta”. A jurisprudência não se tem manifestado a respeito; ao nosso sentir, há duas soluções para o impasse. A primeira, de *lege ferenda*, inspira maior segurança: inserir-se-ia, simplesmente, as autarquias no § 2.º. A segunda, de cunho

Extensiva: a equiparação se estende ao sujeito passivo do crime. Assim, no exemplo dado temos desacato e não simplesmente injúria”.

(25) “Administração indireta. Compõe-se das autarquias, fundações públicas e entidades paraestatais, representadas estas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista” (Maximilianus Cláudio Américo Führer e Maximiliano Roberto Ernesto Führer, *Resumo de direito administrativo*, 1. ed., São Paulo : Malheiros, 1997, p. 26, n. 7 coligindo lições dos melhores administrativas).

(26) Cf. Damásio de Jesus, op. cit., v. 4, p. 102.

hermenêutico, seria aplicar à espécie o recurso da *interpretação extensiva* (arriscando uma possível ofensa ao princípio da tipicidade estrita), o que é, teoricamente, lícito em Direito Penal.²⁷ Entender-se-á, nesse caso, que o legislador de 1980 (que, através da Lei 6.799, acrescentou o parágrafo sob estudo) pretendia dizer menos do que efetivamente disse: ao referir a administração direta, as fundações e os entes paraestatais, tencionara, igualmente, referir a figura congênere das *autarquias*.

Finalmente, cabe-nos ressaltar a extrema conveniência de se *uniformizar a terminologia* utilizada nos diversos tipos funcionais, evitando-se maiores discussões acerca da tipicidade estrita. Hoje, o art. 312 fala em “cargo”, o 314 idem, os arts. 316 e 317 falam em “função” e o art. 321 fala em “qualidade de funcionário”. Convém seja utilizada uma única expressão, significando que a conduta fora realizada *por intermédio* das prerrogativas públicas que se detém. Isso, porque os diversos termos hoje utilizados têm significados diversos, ao menos na órbita do Direito Administrativo; e o legislador de 1940, possivelmente, não pretendia se ater às minúcias terminológicas (seria impensável, por exemplo, imaginar-se que o agente público exercente de *função*, mas sem cargo, não pudesse cometer o delito de peculato...).²⁸

2.2 Sobre os delitos funcionais em espécie

2.2.1 Do peculato

O peculato é definido, em sua forma básica, pelo art. 312 do CP. O *caput* desse artigo tipifica o peculato-apropriação (“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 (...)”) e o peculato-desvio (“(...) ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.”); o § 1.º refere o peculato-furto (“(...) 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 (...)”) e o § 2.º

(27) “O Direito Penal admite a interpretação extensiva mesmo quando a exegese recaia sobre o texto de norma incriminadora.

“Admitindo que a hermenêutica penal se orienta pelos mesmos princípios que regem a interpretação das demais ciências jurídicas, não há razão para excluir-se a interpretação extensiva em qualquer zona ou domínio da ciência penal. Nem de outra maneira se poderia concluir, uma vez que *essa exegese apenas revela o verdadeiro alcance do mandamento legal*, sem na realidade ampliá-lo juridicamente.

“Rejeitar a interpretação extensiva dentro do Direito Penal seria escravizar este ao empírico sistema da exegese legal (...).

“Não há se confundir ‘analogia’ e ‘interpretação extensiva’: aquela é a forma de auto-integração da ordem legal para cobrir lacunas e omissões; esta, ao revés, traduz apenas a pesquisa sobre o alcance e significado da lei” (José Frederico Marques. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 2, p. 172-173) (grifamos).

(28) Bom exemplo da aludida uniformização pode ser obtido na legislação penal italiana: todos os tipos funcionais do Código Penal Peninsular mencionam, expressamente e de forma homogênea, o *sujeito ativo* do delito (“Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio”).

refere o peculato culposo. Enfim, o art. 313 do CP tipifica o *peculato-estelionato* (peculato mediante erro de outrem: “Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem”).

Acerca desse delito funcional, observa-se, preliminarmente, que o ordenamento pátrio não contempla, como crime, o *peculato de uso*. Consideramos incorreto semelhante critério político, eis que, embora o patrimônio da entidade não reste menoscabado em casos que tais, há séria violação da probidade administrativa. Ora, a doutrina observa, em unânime, que os delitos do Título XI têm por objetividade jurídica precípua “o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública;²⁹ apenas secundariamente, outra objetividade jurídica será atingida (no caso do peculato, o patrimônio da Administração ou de terceiro). Dessarte, seria de grande conveniência a tipificação do peculato de uso. Na Itália, a conduta foi incriminada pela Lei 86, de 26.04.1990. Fora introduzido no Código Penal de 1969, da lavra de Nelson Hungria, com caráter “altamente moralizador” (Costa Jr.³⁰), sob a seguinte dicção: “Usar, para fins alheios ao serviço, ou permitir que outrem, indevidamente, faça uso de veículos ou qualquer outra coisa infungível de não pequeno valor, que, pertencente à administração pública ou sob sua guarda, lhe tenha sido entregue em razão do cargo. Pena – detenção, até 1 ano, ou pagamento não excedente a 20 dias-multa”. Redação similar foi adotada pelo art. 376.º, 1, do CP português: “O funcionário que fizer uso ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinem, de veículos ou de outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhe forem entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão de suas funções, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”. A tipificação do peculato de uso seria útil, sobretudo, para o sancionamento comedido de condutas que aprioristicamente não configurariam o peculato clássico, quer pela ausência de prejuízo patrimonial, quer pelo princípio da insignificância penal (v.g., a depreciação dos pneus do veículo oficial utilizado para fins particulares com combustível adquirido pelo próprio agente não seria bastante para configurar o *caput* do art. 312; porém, a conduta subsumir-se-ia adequadamente ao peculato de uso).

Também o peculato-malversação, existente no Direito europeu, não foi assimilado sob essa denominação pelo legislador pátrio. Corresponde à conduta de funcionário que detém a posse de bens ou valores em razão de seu cargo ou função *desviá-los* para outros fins, que não os precipuamente reservados aos mesmos, em proveito próprio ou de outrem (cf. arts. 315 – “malversazione a danno di privati”, hoje ab-rogada pela Lei 86/90 – e 316 – “malversazione a danno dello Stato” – do CP italiano). Entendemos ser desnecessária sua tipificação entre nós. Caso o desvio se tenha dado em proveito próprio ou de terceiro particular, ocorrerá o peculato-desvio. De outra parte, se o desvio ocorrer em favor de obras ou serviços de interesse público (para os quais a verba não estava previamente destinada), dar-se-á o delito previsto no art. 315 (emprego irregular de verbas ou rendas públicas).

(29) Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958. v. 9, p. 311.

(30) Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 46.

Outro problema de relevo atine à *posse* no delito de peculato-apropriação. O art. 168, que trata da apropriação indébita, congrega as expressões “posse ou detenção”; o art. 312, na modalidade peculato-apropriação, menciona apenas *posse*. Restou afastado o delito, em caso de detenção? Houve quem assim entendesse. Magalhães Noronha,³¹ em casos de detenção, entendia configurar-se o peculato-apropriação, pois “conferindo [a *posse*] ao possuidor maiores poderes e se prestando ao crime, indicará que a *detenção* que é *menos*, com maior razão também será pressuposto”. Dizia mais, reconhecendo a ausência de uniformidade técnica na lei: “nada prejudicial seria que, por coerência técnica, *aqui também se repetisse a expressão*” (posse ou detenção – grifamos). Comungamos da mesma opinião: mais correto seria mencionar, também aqui, *posse e detenção*, contendo-se os intermináveis debates entre os adeptos da tese civilística e da tese autonomista.³² Ou então, acatando a sugestão de Costa Jr.,³³ abolir as expressões oriundas do Direito Civil e utilizar a locução “poder jurídico” (*poder jurídico sobre a coisa que se desenvolve no âmbito de uma competência que deriva do exercício do cargo público* – Pagliaro). Ou finalmente, nos moldes da legislação italiana: *posse ou disponibilidade* (Cf. art. 314: “Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo officio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui (...)” – (grifamos).

O art. 312, § 2.º, utiliza um *nomen juris* equivocado: denomina de *peculato-culposo* a conduta do funcionário que concorre culposamente para o crime de outrem. Por “crime de outrem” entenda-se, conforme melhor doutrina, o peculato próprio (*caput*: peculato-desvio ou peculato-apropriação) e o peculato-furto (§ 1.º). A incorreção formal, na hipótese, reside no fato de que não existe um “peculato culposo”, assim como é impensável “furto culposo” ou “apropriação indébita culposa”. O dispositivo em apreço cuida de criminalizar a conduta culposa de quem *concorre* para a consumação de um peculato; um “peculato culposo” propriamente dito envolveria, ao revés, a apropriação ou o desvio de bens móveis sobre os quais tem posse o agente público, ou a sua subtração se não a tem, por *imprudência, imperícia ou negligência* (art. 18, II, do CP). O que, repise-se, é impensável. Daí ser preferível a denominação dada pelo An-

(31) Magalhães Noronha. *Direito penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1968. v. 4, p. 264-265.

(32) “Na interpretação do requisito da ‘posse’ poderão apresentar-se duas possibilidades: ou o termo ‘posse’ será entendido em seu sentido técnico, deitando suas raízes no direito civil (tese civilística); ou será ele entendido de maneira diversa (tese autônoma). (...) a posse civilística do bem diz respeito, nos casos de peculato, não ao funcionário, mas à administração pública. Esta poderá propor as ações de manutenção somente no caso de turbação de posse (...) Necessário acolher, pois, a tese da autonomia. A noção de posse, consoante o art. 312 do CP, haverá de admitir que o ente público possa exercitar os poderes de gozo e de disposições dos bens somente por meio de pessoas físicas, às quais sejam conferidos ditos poderes. Segundo o art. 312, posse é um poder jurídico que implica um posicionamento do sujeito agente no sistema da produção jurídica, com atos viciados acerca da destinação da coisa móvel, desviando-a dos fins tutelados pelo direito (...)” (Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 56).

(33) Op. cit., p. 57.

teprojeto de Reforma da Parte Especial: *facilitação culposa*. A modificação, segundo Costa Jr.,³⁴ foi proposta em face da *vexata quaestio* sobre se seria possível um concurso culposo em fato doloso praticado por outros (ante a máxima da Teoria Geral do Crime de que não há concurso culposo em conduta dolosa de outrem e vice-versa). Para o livre-docente de Roma, a modificação não seria conveniente, pois não abarcaria hipóteses em que a conduta, mais do que facilitar, *tornasse possível* o fato ilícito de terceiros. Entretanto, alguma alteração, ao nosso sentir, seria de rigor; fale-se, então, em crime de *facilitação ou viabilização culposa*; não, porém, em um esdrúxulo “peculato culposo”...

Originalmente, o chamado Código Rocco (Código Penal italiano, de 1930) – que inspirou o Código Penal brasileiro de 1940 – estabelecia uma distinção entre *peculato* (contra bens públicos) e *malversação em prejuízo de particulares*; tal orientação foi porém alterada pela reforma penal italiana, que não estabeleceu mais distinções (Lei 86 de 26.04.1990, que ab-rogou o art. 315 do CP). Na sistemática italiana, outrossim, não há o *peculato-furto* e aboliram o *peculato-desvio*, com o fito de se evitar punição por desvios perpetrados no interesse público.³⁵ Tais abolições são desnecessárias e mesmo perniciosas na realidade brasileira. Em caso de desvios no interesse público, o julgador terá à disposição a figura típica do art. 315 do CP; não precisará recorrer, por conseguinte, ao *peculato-desvio*.

Sobre o *peculato-estelionato* (*peculato mediante erro de outrem* – art. 313), salutar a observação de Manzini³⁶ em seu *Trattato*: a forma italiana “danaro o altra utilità” é defeituosa (adotamo-la aqui: “dinheiro ou qualquer utilidade”). Defeito de forma e de conceito, pois no conceito de utilidade se compreendem, inclusive, as vantagens de ordem meramente *moral*. Assim, o funcionário que, para fins particulares, se “apropria” dos serviços de outros servidores públicos, que ficaram à sua disposição face ao cargo que exerce e mediante erro perpetrado por terceira pessoa, cometeria *in tese* o *peculato* do art. 313; afinal, os serviços que recebeu, por lhe pouparem de gastos com mão-de-obra, seriam indubitavelmente uma “utilidade”. Essa não foi, contudo, a intenção do legislador; tanto que

⁽³⁴⁾ Op. cit., p. 62.

⁽³⁵⁾ Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 66: “A reforma que se operou com a lei italiana n. 86, de 26 de abril de 1990, fez bem em unificar o crime de *peculato* com o de *malversação* em prejuízo de particulares. Isto por serem bastante tênues as diferenças, quer estruturas, quer em matéria penal, entre ambos os crimes. Quanto ao mais, as modificações operadas não merecem aprovação. (...) pretendendo evitar que a jurisprudência punisse como *peculato* também os fatos de *desvio* praticados no interesse público, entendeu-se oportuno suprimir a incriminação do *peculato* por *desvio*, sem levar em conta que tais fatos são aqueles criminalmente mais graves e criando, como consequência, sérias dúvidas sobre a extensão do *peculato* por *apropriação*, dado que, em matéria de *apropriação* indébita (art. 646 do CP italiano), o *desvio* é considerado como subspécie do fato da *apropriação*. Seria muito melhor especificar que os fatos de *desvio* capazes de integrar o *peculato* seriam somente aqueles praticados em proveito de particular (...)”. Essa é, com efeito, a orientação do Código Penal pátrio.

⁽³⁶⁾ Vincenzo Manzini. *Trattato di diritto penale italiano*. Turim : Unione Tipográfica, 1950. v. 5. p. 151.

empregou o núcleo “apropriar-se”, mais adequado a coisas corpóreas como dinheiro ou outros bens móveis. Para sanar quaisquer dúvidas a respeito, melhor a redação adotada pelo Anteprojeto de Reforma da Parte Especial: “valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular” (art. 319).

2.2.2 *Emprego irregular de verbas públicas*

O delito fora tipificado no art. 315 do CP: “Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa”. Como a aplicação no interesse particular (próprio ou de terceiro) configuraria o delito do *caput* do art. 312, conclui-se que a destinação das verbas ou rendas públicas, nesse caso, beneficiará obras e serviços de interesse público às quais não estavam originariamente afetas. A essa conclusão também conduz a observação das penas brandas que são cominadas. No dizer de Damásio de Jesus.³⁷ “O funcionário não pode dar preferência arbitrária a esta ou àquela obra pública, sob pena de causar perturbação à atividade administrativa. Por isso, visando ao normal desenvolvimento da máquina administrativa, o legislador houve por punir autores de condutas que, pelo desvio ou emprego irregular de recursos públicos, venham a desatender às exigências da atividade estatal”.

O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial previu somente a pena detentiva, *sem a possibilidade de multa alternativa*. Semelhante proposta demonstra a intenção de tornar inarredável a pena restritiva de liberdade *in casu*, exacerbando de certa forma a punição do delito. Uma tal orientação, porém, vem de encontro às tendências das principais legislações do planeta, que punem o fato apenas na órbita administrativa; evidência disso foi subministrada linhas acima, ao tratarmos da Lei italiana 86/90: praticamente aboliu-se a figura do peculato-desvio, com o objetivo de obstar sanções penais àquele que desvia verbas ou rendas públicas no *interesse público*.

Na legislação portuguesa (art. 376.º, 2), essa conduta é modalidade de peculato de uso: “Se o funcionário, sem que especiais razões de interesse público o justifiquem, der a dinheiro público destino para uso público diferente daquele a que está legalmente afetado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”.

Dentro da concepção de *ultima ratio* que deve informar o Direito Penal, e considerando-se imperativos de ordem político-criminal, muitos sustentam a *abolitio* dessa figura criminal.

2.2.3 *Concussão*

Estatuída pelo art. 316 do CP brasileiro: “Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”. A pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa.

(37) Damásio E. de Jesus, op. cit., v. 4, p. 121.

O Código Penal Italiano (art. 317) contém redação similar, mas não idêntica: “Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o *induce* taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, é punito com la reclusione da quattro a dodici anni” (grifamos). Verifica-se que a redação italiana possui, além do núcleo “exigir” (constringere: constranger), o núcleo *induzir*. Na doutrina italiana, esse vocábulo gerou grandes discussões: “induzir” é forma mais branda de constrangimento, ou abarca o *engano*?

À luz do ordenamento brasileiro, o agente público que, valendo-se de sua qualidade funcional, *induzisse* (mediante ardil) um terceiro a propiciar vantagem para si ou para outrem não poderia ser condenado pela figura típica do art. 316. Na melhor das hipóteses, responderia por estelionato simples (art. 171, *caput*), cuja pena é mais branda que a da concussão, e sem qualquer majorante específica pelo abuso do cargo ou função. Dessarte, tomamos por valiosa a introdução dessa conduta dentre os delitos funcionais, quer através do núcleo “induzir”, a ser integrado no art. 316, *caput* (sujeitando a doutrina pátria à mesma discussão que assolou a italiana, a não ser que se especifique: “induzir, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento”), quer acolhendo a figura da *concussão ambiental*, idealizada pelo *Progetto* italiano de 1992: “Reter ou receber indevidamente vantagem desfrutando da convicção alheia, determinada por situações ambientais, reais ou supostas, de não contar, de outro modo, com um tratamento imparcial”. A conduta é realizada por funcionário, sem que haja constrangimento ao particular. Não se trata da chamada *concussão implícita*,³⁸ em que a ameaça é sugerida, ou incutida na mente do sujeito passivo de forma velada, disfarçada. Na concussão ambiental, o sujeito passivo não se sente propriamente “ameaçado” pelo agente público; sente, apenas, que sem a concessão da vantagem não será tratado de forma igualitária e imparcial. Noutras palavras, assimila, pelas situações ambientais *reais ou supostas* (suposição que pode, inclusive, ser induzida pelo sujeito ativo), o que seriam as “regras do jogo”: não há uma ameaça ou um constrangimento – o interessado sente, apenas, que deve se sujeitar àquelas “regras” se quiser um tratamento imparcial. A diferença é tênue, mas existe.

O Código Penal italiano, outrossim, também menciona em sua *concussione* a expressão “altra utilità” (e não “vantagem”, como fizemos), o que rendeu ensejo a que se visualizasse aí o favor sexual. Embora não tenhamos adotado a tradução “outra utilidade” (como no art. 313), a expressão “vantagem indevida” não nos eximiu dos mesmos debates ocorridos em terras peninsulares: “É entendimento prevalente na doutrina que a lei se restringe à vantagem econômica, excluindo-se, portanto, os proveitos puramente sentimentais, as satisfações de vaidade, as meramente estéticas, os prazeres sexuais etc. Referindo-se a lei, a qualquer vantagem e não sendo a concussão crime patrimonial, entendemos, como Bento de

(38) “A exigência pode ser: 1.ª) direta; 2.ª) indireta. Na primeira espécie de exigência, a direta, expressa (*a viso aperto* ou *facie ad faciem*), o sujeito a formula diante do sujeito passivo. Na segunda, o autor do fato se vale de interposta pessoa para chegar ao conhecimento da vítima a sua pretensão ou *formula a exigência de forma velada, capciosa ou maliciosa (forma implícita de execução)*” (Damásio de Jesus, op. cit., p. 126 – grifamos).

Faria, que a vantagem pode ser expressa por dinheiro ou qualquer outra utilidade, *seja ou não de natureza patrimonial*, proporcionando um lucro ou proveito” (grifamos).³⁹ Para evitar similares dissensões, melhor seria que o legislador explicitasse: *vantagem indevida de qualquer natureza*, como entendemos ser a melhor interpretação (ou *vantagem indevida de ordem econômica*, em caso contrário).

2.2.4 Excesso de exação

Delito previsto no § 1.º do art. 316: “Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa”. O preceito tem diversas passagens de difícil interpretação, como o “deveria saber” e o “meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza”.

Com respeito à conduta incriminada, há duas tendências legislativas: a da não criminalização específica e a da criminalização autônoma (o Brasil adotou posição intermédia: criou uma figura típica específica, mas inseriu-a em um parágrafo do artigo destinado à concussão, como se fosse um *subtipo* desse delito).

O excesso de exação não é previsto como crime pelo Código Penal italiano; conforme o caso, a conduta consubstanciará *concussão* (art. 317) ou *abuso de ofício*⁴⁰ (art. 323 – delito genérico para toda conduta que importe em abuso de autoridade ou de poder; não restrita, portanto, à exigência de taxas, impostos e emolumentos); e a figura do art. 316, § 2.º do CP brasileiro (excesso de exação qualificado) no direito italiano configura modalidade de *peculato* (art. 316).

De fato, a tipificação de uma conduta nos moldes do *abuso d'ufficio* italiano parece-nos a melhor solução, eis que abarcaria outras condutas atualmente consideradas irrelevantes penais pela jurisprudência dominante, em face da redação do CP de 1940 para o excesso de exação (*verbi gratia*: “A legislação penal brasileira não prevê a cobrança excessiva de custas judiciais como fato penalmente punível. É fato atípico, sujeito, tão-somente quando previsto em legislação estadual, à sanção disciplinar” (RT 675/320). Andaria melhor o legislador, portanto, se abolisse o crime do excesso de exação e introduzisse a figura do “abuso de função”, criminalizando a conduta do agente público que, a fim de obter para si ou para outrem vantagem não patrimonial ou para ocasionar dano injusto a terceiros, abusa de sua função pública. Ter-se-ia, outrossim, *abuso de função qualificado* se o abuso visasse a injusta vantagem patrimonial através de ingerências que não caracterizassem nenhuma outra figura penal (tipo subsidiário).⁴¹

(39) Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal*. São Paulo : Atlas, 1997. v. 3. p. 312-313.

(40) “*Abuso d'ufficio* – Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, com la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni.”

(41) Figura mais abrangente que o ‘exercício arbitrário ou abuso de poder’ do art. 350 do CP, que ademais fora revogado tacitamente pelos arts. 3.º e 4.º da Lei 4.898/65 (Abuso de Autoridade), cuja pena detentiva chega a ser risível.

O acerto dessa posição pode ser inferido a partir da própria sistemática penal italiana. Como se disse, o excesso de exação qualificado do art. 316, § 2.º (“Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos”), não tem figura equivalente no Código Penal italiano; tal conduta é punida, então, com fulcro no art. 316 (“peculato mediante profitto dell’errore altrui”), que corresponderia ao nosso art. 313. Com efeito, se analisarmos a conduta típica estatuída pelo art. 316, § 2.º, de nosso Código Penal, veremos que se adequa, satisfatoriamente, à previsão do art. 313: o funcionário público que desvia, em proveito próprio, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos, na verdade está se apropriando de dinheiro que, no exercício da função, recebeu *por erro de outrem* (afinal, o contribuinte não teria entregue o valor excedente se não houvesse incorrido em erro). Nesse diapasão, não se justifica que a pena cominada ao art. 313 esteja situada entre um e quatro anos de reclusão, e a do art. 316, § 2.º, entre *dois e doze anos*, se a última conduta está, na verdade, compreendida na descrição típica do art. 313, e em ambos os casos restam violadas a probidade administrativa e o patrimônio de terceiros. Daí porque – repise-se – pugnamos pela abolição dos §§ 1.º e 2.º do art. 316, introduzindo-se a figura genérica do *abuso de função* e deixando a conduta do atual § 2.º para subsunção ao peculato mediante erro de outrem (art. 313), cuja pena seria majorada.

Há, ademais, um sério equívoco na legislação, que deve ser corrigido tão logo quanto possível. O art. 20 da Lei 8.137/90 cominou ao autor do crime de excesso de exação simples (art. 316, § 1.º) a pena de três a oito anos, além de multa; o excesso de exação qualificado (art. 316, § 2.º), de sua parte, foi mantido com a redação antiga, que lhe cominava pena mínima de *dois anos (inferior à pena mínima do excesso de exação simples...)*.

Ainda quanto àquelas duas tendências – a de não criminalização específica e de criminalização autônoma – verifica-se que o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal adotou a segunda tendência, quanto ao excesso de exação qualificado: tipificou a conduta com foros de autonomia, sob o *nomen iuris* de *desvio de indébito* (“Desviar, em proveito próprio ou alheio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos. Reclusão de 2 a 12 anos e multa”). Precipitou-se, portanto, em direção oposta àquela apontada por nós no parágrafo anterior.

2.2.5 Da corrupção passiva e ativa

Definida pelo art. 317 do CP brasileiro: “Solicitar ou receber, 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”. Pena de reclusão de um a oito anos e multa.

Talvez a conduta que, dentre os delitos funcionais, suscite mais vigorosa e premente preocupação do jurista pátrio, pelo caráter sintomático, ou quiçá crônico, que assumiu na realidade brasileira, seja a tipificada pelo art. 317. Nesse senso, a digressão de Nelson Hungria: “A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o contínuo, que não move um papel sem

a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépido, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados a sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Ariadne. O *estado maior* da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições".⁴² Todavia, a criminologia tem revelado que o juízo de censurabilidade popular acerca desse delito, bem como dos chamados "crimes do colarinho branco", é curiosamente arrefecido: há mais constrangimento em relação aos crimes violentos impunidos, do que em relação àqueles primeiramente mencionados. A confusão entre a esfera do público e do privado na órbita da Administração Pública (Bobbio), que gera a corrupção e o peculato, reflete-se no vulgo, que não sente a perda da coisa pública como algo que o afete verdadeiramente. São dados que devem ser considerados na elaboração legislativa.

A corrupção privilegiada é definida pelo art. 317, § 2.º ("Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa"). Veja-se que, nessa espécie, o motivo determinante da conduta não é a venalidade, a ganância, mas o pedido ou a influência de outrem; o agente público não auferir qualquer vantagem indevida. A tendência, nesse particular, é a descriminalização, desde que haja punição administrativa bastante. É o que fez o Anteprojeto de Parte Especial: aboliu a corrupção passiva privilegiada. Acatamos, aqui, o pensamento de Paulo José da Costa Jr.:⁴³ "Pode-se aceitar a idéia, desde que se imponha uma sanção administrativa para o funcionário que, após o pedido ou a influência de terceiros, realize um ato contrário aos próprios deveres funcionais".

A sistemática italiana acerca dos crimes de corrupção é excelente (até em função da tradição peninsular no combate à corrupção - a célebre "operazione mani pulite"). Tal sistemática, em nosso entendimento, é passível de adoção, com vantagens, pelo legislador brasileiro. O Código Penal italiano, na matéria em apreço, distingue nitidamente entre *corruzione impropria* (por venalidade, o agente pratica ato conforme aos deveres do cargo ou função - "corruzione per un atto d'ufficio") e *propria* (por venalidade, comete ato contrário aos seus deveres funcionais - "corruzione per un atto contrario ai dovere d'ufficio"), estabelecendo pena bem mais rigorosa para a primeira espécie (arts. 319 e 318).⁴⁴ No Brasil, há apenas *causa de aumento de pena* em caso de corrupção própria (aumento de um terço - art. 317, § 1.º, do CP: "(...) o funcionário retarda ou deixa de praticar

(42) Apud Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 100.

(43) Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 125.

(44) Cf. Damásio de Jesus, op. cit., v. 4, p. 135: "A corrupção pode ser: 1.ª) própria; e 2.ª) imprópria. No primeiro caso, é ilegal, irregular o ato que pretende que o funcionário realize (ou deixe de realizar). Dá-se o nome de corrupção passiva imprópria quando ilícito o ato funcional".

qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional”). No Anteprojeto de Parte Especial, a pena da corrupção própria é a mesma pena do *caput*, majorada de até um terço – abre-se, pois, espaço à discricionariedade judicial, em função da gravidade da conduta contrária aos deveres de ofício.

O Código Penal italiano, outrossim, estatuiu como crime autônomo a *instigação à corrupção* (art. 322);⁴⁵ no Brasil, tal conduta corresponde à *corrupção ativa* do art. 333, com a mesma pena da corrupção passiva imprópria (art. 317, *caput*), sem redução. Estatuiu, igualmente, a *corrupção atinente a atos judiciários* (art. 319-ter), como crime autônomo: “Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 [corrupção imprópria e própria, respectivamente] sono commessi per favorite o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da tre a otto anni”. Consideramos conveniente a introdução de tipo similar no ordenamento nacional, de molde a tutelar, mais severamente, a dignidade do Poder Judiciário e das instâncias processuais.

Quanto à corrupção ativa, tipificada entre nós pelo art. 333, deve-se observar que algumas legislações consideram o crime de corrupção um delito *plurissubjetivo* (para haver um corruptor, deve existir um corrupto, e vice-versa), o que não nos parece correto. É perfeitamente possível a consumação de um desses delitos sem a menor adesão subjetiva da outra parte,⁴⁶ uma vez que são delitos *formais*; a adesão será, por isso, mero exaurimento. Nada obstante, em virtude dessa compreensão equivocada, tendem a elencar a corrupção ativa entre os delitos praticados por funcionários públicos. Fazem-no, outrossim, porque entendem que a distinção formal entre *intraneus* e *extraneus* não tem grande utilidade. É o caso do Código Penal italiano, do Código Penal português (art. 374) e do Código Penal alemão (art. 333 e 334 – compreensível, porque na realidade a seção 29.ª do StGB trata genericamente dos “delitos contra a administração pública”). Para nós, contudo, melhor posicionamento adotou o legislador de 1940, ao incluir a corrupção ativa entre os delitos praticados *por particular contra a Administração em geral* (Capítulo II do Título XI).

Vejam, agora, duas curiosas figuras penais do sistema jurídico norte-americano que, com proveito, poderiam ser adaptadas para o ordenamento brasileiro. Trata-se de condutas relativamente contraditórias na realidade nacional, e que com dificuldades se subsumiriam ao tipo da corrupção (embora o vulgo assim as classifique, costumeiramente). Os arquétipos servir-nos-iam, pois, como sugestões para alterações substanciais do Código Penal de 1940.

A legislação federal norte-americana estabeleceu as aludidas figuras no Título 18.º do *Federal Criminal Code*; o título cuida, justamente, dos crimes federais e do respectivo procedimento. Entre eles, encontram-se os seguintes: a) *Nepotism in appointment of receiver or trustee* (*United States Code, Title 18, part I, § 1910*) –

(45) “Chiunque offre o promette denaro od altra utilità ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto del suo ufficio, soggiace, qualora l’offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell’articolo 318 [corrupção imprópria], ridotta di un terzo.”

(46) Nesse sentido, Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 99-102.

quem, sendo juiz em alguma corte dos Estados Unidos da América, indica para cargo de depositário alguma pessoa em relação à qual há vínculo de consangüinidade ou afinidade até o quarto grau: multa de até \$ 10,000 ou prisão de até cinco anos, ou ambos (*o delito é extensível a outros cargos de confiança similares*); b) *Lobbying with appropriated moneys* (§ 1913) – quem, sendo um oficial público ou empregado dos Estados Unidos da América ou de algum de seus departamentos ou agências, viole ou tente violar a proibição de que dinheiros públicos destacados sejam utilizados, sem autorização do Congresso, em pagamento de serviços pessoais, anúncios, telegramas, telefonemas, cartas, impressos ou escritos quaisquer destinados a influenciar membro do Congresso a votar ou se manifestar contra ou a favor de alguma legislação ou destinação de verbas: multa de até \$ 500, ou prisão de até um ano, ou ambos, mais a perda da função ou emprego público (pune os *lobbies* financiados por dinheiros públicos ou com destinação pública). Ambas as figuras pertencem ao *chapter* 93 (“*public officers and employees*”), e referem-se a eventos que, insistimos, têm permeado nosso cotidiano com relativa assiduidade: o *nepotismo*⁴⁷ (comum em todas as instâncias públicas, e não apenas no tocante à escolha dos auxiliares do Juízo) e os *lobbies*⁴⁸ (particularmente atuantes em períodos de reformas, e que podem envolver, irregularmente, verbas e rendas públicas, quando referentes aos interesses de funcionários ligados a autarquias ou paraestatais, por exemplo).

2.2.6 Da prevaricação

Delito previsto no art. 319 do CP, consiste em o agente público retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Pena de detenção, de três meses a um ano, além da multa.

(47) Cf. *Jornal da Tarde*, de 29.12.1996 (Editorial): “Essa iniciativa acaba com o nepotismo despidoradamente praticado nos tribunais federais, especialmente nos Tribunais Regionais do Trabalho, no Tribunal Superior do Trabalho e no Superior Tribunal de Justiça. Há tempos, como é sabido, essas cortes foram convertidas por seus dirigentes em enormes cabides de emprego para esposas, concubinas, filhos, pais, sobrinhos, cunhados, noras, genros, primos e agregados de magistrados e ministros. Só na Paraíba, o ex-presidente do TRT (...) chegou a contratar 63 parentes para cargos de confiança. Além de não precisar prestar concurso e de receber salários vultosos, todos esses parentes empregados nesses tribunais têm ainda o direito de se aposentar com vencimentos integrais. E, em alguns casos, também gozam da prerrogativa de contar em dobro o tempo de serviço”.

(48) Passagens do cenário político atual ilustram bem o poderio de um *lobby* e o “diálogo” que pode vir a manter com a Administração Pública (tangenciando a corrupção passiva e o desvio de verbas [peculato]): “Segundo Mercadante, o que poderia ser averiguado na época é ‘se houve alguma pressão indevida sobre as prefeituras’ em favor da CPEM. A empresa, conforme a denúncia, seria ligada ao advogado Roberto Teixeira, compadre de Luiz Inácio Lula da Silva e dono da casa onde este mora em São Bernardo. ‘Agora, se esse *lobby* era tão poderoso, por que Campinas e São Paulo não contrataram a CPEM, por que a saída do Paulo de Tarso

A sistemática italiana adota, a esse respeito, duas incriminações distintas: uma para quem *abusa do ofício* (art. 323, já visto) e outra para quem *recusa ou se omite à prática de atos de ofício* (art. 328).⁴⁹ A divisão, *a priori*, é conveniente por mais didática. A segunda incriminação (art. 328) envolve a recusa indevida de atos urgentes (por razões de Justiça ou de segurança pública, de ordem pública ou por motivos sanitários ou de higiene) e o não cumprimento, dentro de trinta dias, de outros atos devidos; quanto a essa última hipótese, há a possibilidade de o funcionário eximir-se da pena, apresentando por escrito as razões do atraso, dentro de trinta dias da mora funcional. Consagrou-se, na verdade, um fator de estímulo às prevaricações, ante a facilidade de se esquivar da sanção penal respectiva. É superior, por conseguinte, a figura pátria do art. 319.

3. Incriminações no Direito Comparado – Sugestões para alterações substanciais no Título XI da Parte Especial do Código Penal

Registre-se, de início, que a sistemática do Código Penal português para os delitos contra a Administração (à qual, aliás, já se fez referência supra) é digna de nota e de eventual adoção. O Título V da Parte Especial trata dos *crimes contra o Estado*, abarcando os seguintes Capítulos: *dos crimes contra a segurança do Estado* (incluindo o art. 333.º: *Coacção contra órgãos constitucionais*⁵⁰ – “Quem por violência ou ameaça de violência impedir ou constranger o livre exercício das funções de órgão de soberania...”), envolvendo os crimes contra a *soberania nacional*, os crimes contra a *realização do Estado de direito* e os crimes *eleitorais*; *dos crimes contra a autoridade pública* (resistência, desobediência, motim, evasão, usurpação de funções etc.), *dos crimes contra a realização da Justiça* (falso testemunho, suborno [equivalente ao art. 343 do CP], prevaricação etc.), e *dos crimes cometidos no exercício de funções públicas* (corrupção passiva e ativa, peculato, concussão etc.). Consolida-se, num único diploma, toda a matéria

da prefeitura de São José não mudou a decisão de romper o contrato com a empresa?”, questionou Mercadante” (“Líderes do PT admitem que partido errou”, *Jornal da Tarde*, 20.06.1997).

(49) “*Rifiuto di atti d'ufficio*. Ommissione. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione di sei mese a due anni. “Fuore dei casi previsti dal primo comma il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o com la multa fino a lire due milioni. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.”

(50) Releva enfatizar essa figura típica, uma vez que prevê explicitamente a possibilidade de que se atente contra a “liberdade” de órgãos públicos – não, obviamente, a liberdade ambulatoria, mas a liberdade de exercício funcional. Os órgãos constitucionais lusos, portanto, podem ser sujeitos passivos de constrangimento, o que não tem correspondência na legislação brasileira.

concernente aos crimes contra a Administração; andou melhor o legislador português, sob esse prisma, que o legislador brasileiro, que distribuiu os delitos contra a Administração *lato sensu* por um extenso emaranhado legislativo.⁵¹ Já o StGB reúne todos os tipos que vulneram a Administração Pública sob uma única rubrica: *Delitos contra a Administração Pública* (Seção 27.^a), sem discriminar subseções.

De outra parte, temos por censurável, na lei brasileira, o fato de que a *evasão* (art. 352 do CP) só configura ilícito penal *se* acompanhada de violência contra a pessoa; daí ser comum, sobretudo no meio policial, a afirmação de que o detento tem “direito” à fuga, o que não corresponde à realidade – tanto que a Lei de Execução Penal prevê sanção disciplinar em detrimento do preso que tenta se evadir ou efetivamente foge (art. 50 da Lei 7.210/84: “Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...) II. fugir”; no mesmo sentido, art. 49, parágrafo único: “Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada”). Contudo, considerando-se que o detento pretende frustrar a aplicação da lei penal, elidindo o *ius puniendi* estatal e por extensão comprometendo a tranqüilidade pública, aponta-se a conveniência da tipificação da conduta como crime, nos moldes do art. 352.^o do Código Penal português (entre os crimes contra a autoridade pública: “1. Quem, encontrando-se legalmente privado da liberdade, se evadir é punido com pena de prisão até 2 anos. 2. Se o agente espontaneamente se entregar às autoridades até a declaração da contumácia, a pena pode ser especialmente atenuada”).

A doutrina nacional, outrossim, de há muito tem se debruçado sobre a possibilidade de funcionário público cometer delito de desobediência e de desacato, inclinando-se no sentido positivo. Mais especificamente, observam-se três correntes: a primeira delas repudia, em caráter absoluto, a configuração de desacato perpetrado por funcionário público (Cf. RT 103/1.196); a segunda delas admite que o funcionário público seja sujeito ativo do crime de desacato, desde que o ofendido seja seu superior hierárquico (RT 409/297); a terceira corrente, enfim, admite a possibilidade em qualquer situação, seja o funcionário superior, inferior ou da mesma categoria hierárquica do ofendido (RT 565/342). O segundo posicionamento nos parece o mais acertado, conquanto a jurisprudência dominante transite entre a segunda e a terceira corrente. Para sanar tais celeumas, convém persiga-se o exemplo do direito penal português, que tem tipo específico para a

(51) *Verbi gratia*: Dec.-lei 5.452/43 (CLT), em seu art. 49, V (sujeito passivo: INSS); arts. 4.^o a 12 da Lei 1.079/50 (crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado – ressalve-se que, ao nosso sentir, não são realmente “crimes”); art. 4.^o, I e II, da Lei 1.579/52 (crimes cometidos contra o livre funcionamento e contra o caráter investigatório das Comissões Parlamentares de Inquérito); art. 20 da Lei 4.947/66 (invasão de terras da União, dos Estados e dos Municípios); art. 1.^o do Dec.-lei 201/67 (crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores); art. 22 da Lei 5.478/68 (crime contra a Administração da Justiça: deixar o funcionário público ou o empregador de prestar informações pertinentes à instrução de processo ou execução de sentença de caráter alimentício); art. 50 da Lei 6.766/79 (crimes referentes ao parcelamento do solo urbano); art. 2.^o a 23 da Lei 7.492/83 (crimes contra o sistema financeiro nacional); art. 3.^o da Lei 8.137/90 (contra a ordem tributária); arts. 89 a 99 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações); etc.

desobediência de funcionário no trato da coisa pública: “O funcionário que, tendo recebido requisição legal de autoridade competente para prestar a devida cooperação à administração da justiça ou a qualquer serviço público, se recusar a prestá-la, ou sem motivo legítimo a não prestar, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias” (Recusa de Cooperação – Art. 381.º). Interessa-nos, pois, a introdução da figura típica em tela.

O art. 377.º do Código Penal português, ademais, tipifica o delito de *participação econômica em negócio*: “O funcionário que, com intenção de obter, para si ou para outrem, participação econômica ilícita, lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão de sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar é punido com pena de prisão até cinco anos”. A incriminação útil para os casos de administradores públicos que se locupletam por intermédio de licitações fraudulentas e contratos administrativos viciados; há de se atentar, porém, para os tipos penais que a Lei 8.666 já introduziu com o fito de coibir a criminalidade em meio às licitações e contratos públicos.

O Código Penal alemão, em seu art. 344, apresenta o crime de *persecução de sujeito inimputável* (art. 344 do CP alemão): “Aquele que, como oficial público chamado a colaborar em processo penal, à exceção dos processos por infrações sancionadas com penas não privativas de liberdade, persegue penalmente um sujeito inimputável ou que segundo a lei não possa ser perseguido penalmente, ou age com tal escopo, é punido com pena detentiva de um a dez anos”. A figura penal também é interessante, na medida que repele a *persecutio criminis* descabida ou despienda, perpetrada dolosamente. Sem correspondente no ordenamento nacional.

4. Perspectivas legislativas no Brasil

A par de todas as críticas expendidas e das sugestões declinadas, e a despeito dos posicionamentos *supra* adotados, esse empreendimento não estaria completo se olvidasse a análise, ainda que perfunctória, dos diversos projetos de lei que, introduzindo alterações referentes aos delitos contra a Administração, tramitam pelo Congresso Nacional. Avaliaremos, por óbvio, apenas os principais (além dos que já foram referidos no curso da exposição).

O Projeto de Lei 3.106/92 (Senador Marco Maciel) visa a suprimir a prescrição de algumas ações penais, acrescentando um parágrafo ao art. 10 do CP (torna *imprescritível* a ação penal pelo crime de extorsão mediante seqüestro, crimes de *corrupção e contra a Administração Pública*). Apesar dos bons intentos, compreendemos ser de duvidosa constitucionalidade uma semelhante modificação: a *Lex Legum* contempla apenas duas hipóteses de imprescritibilidade, a saber, nos crimes de racismo e nos crimes cometidos por grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5.º, XLII e XLIV). Por esse motivo, o legislador infraconstitucional não poderia, a seu bel-prazer, estatuir a imprescritibilidade de outros crimes, à margem dos lindes constitucionais. Por outro lado, o argumento contrário labora a idéia de que a Constituição não veda expressamente que outros delitos sejam declarados imprescritíveis por lei ordinária (assim como há outros delitos *inafiançáveis*, previstos nos arts. 323 e 324 do CPP ou na Lei 5.197/67, em seu art. 34, que não aqueles assim considerados pela

CF – incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5.º). Consideramos correta a primeira interpretação: a própria evolução legislativa demonstra que, à diferença da afiançabilidade (usualmente tratada em diplomas infraconstitucionais), a imprescritibilidade de crimes guardou, as mais das vezes, *status* constitucional, por comprometer – muito mais que a concessão ou não de fiança – a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Sobre o Projeto de Lei 3.041/97, do Dep. Augusto Nardes, já tivemos oportunidade de discorrer. Modificar-se-ia o art. 327 do CP, introduzindo a expressão “agente público”. O Projeto alteraria, ainda, o § 2.º do art. 327, equiparando a agente público, além dos exercentes de cargo ou função em paraestatais, também as *fundações e sociedades instituídas ou mantidas total ou parcialmente pelo Poder Público em qualquer Poder e nível de governo, bem como toda pessoa que esteja obrigada a prestar contas por utilizar, arrecadar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos*. Desnecessário, portanto, que em uma sociedade hipotética o Poder Público viesse a deter todo o seu capital social (empresas públicas) ou a maioria deste (sociedades de economia mista): sendo a sociedade mantida, ainda que parcialmente, pelo Poder Público, seus funcionários seriam agentes públicos. Semelhante elastério abarcaria mesmo os funcionários da Ordem dos Advogados do Brasil, desde que se a considerasse *autarquia* obrigada a prestar contas de suas finanças. A definição, ademais, estaria bem mais próxima daquela adotada pelo art. 84, § 1.º, da Lei 8.666/93 (o art. 84 conceitua servidor público e figuras equiparadas [§ 1.º] para os fins exclusivos da Lei de Licitações). O § 3.º, por fim, continuaria mantendo à margem as autarquias (disfunção já apontada), conquanto estabelecerias mais uma causa de aumento de pena: “Será acrescida da metade a dois terços se for *agente político*”. Conveniente.

Na Exposição de Motivos, Augusto Nardes assevera: “O Código Penal precisa ser atualizado em relação à expressão funcionário público que deixou de ser utilizada. A Constituição refere-se a servidor público civil. Leis posteriores, como a que trata da improbidade administrativa, menciona o agente público, com significado bem abrangente e a Lei do Regime Único dos Servidores Públicos adota a termo constitucional. A proposição visa alcançar maior número de pessoas para a segurança na manipulação dos valores e bens da União, Estados e Municípios, incluindo, assim, os ocupantes de cargo, emprego ou função pública, não só de caráter administrativo, mas político, delegado ou honorário. Amplia a área de abrangência atinente a pessoas que devem prestar contas por utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos, esclarece o campo de aplicação em relação às empresas e sociedades cujos servidores são equiparados a agentes públicos para efeitos penais. *Essa previsão legal, antes omitida, vem pôr termo a discussões doutrinárias a respeito da matéria (...)*”.

Polêmica, por sua vez, é a *Proposta de Emenda à Constituição 373/96*, do Dep. Feu Rosa e outros: por essa emenda, o inciso LXXIX do art. 5.º da Carta Magna é criado com a seguinte dicção: “*Qualquer cidadão* será parte legítima para propor ação penal popular subsidiária, quando o procedimento investigatório relativo a *crimes contra a administração pública* for arquivado a requerimento do Ministério Público”. Acerca dessa PEC., digressões mais elaboradas são imprescindíveis.

Atualmente, contempla-se em doutrina três hipóteses de *ação penal popular*: uma ligada aos chamados crimes de responsabilidade na esfera federal, em que

qualquer do povo pode “denunciar” (= representar⁵²) a prática do ilícito aos órgãos competentes para julgamento (caso Collor de Melo), e que suscita ampla discussão, ante o entendimento (acertado, em nossa opinião) de que são *infrações político-administrativa*, e não crimes;⁵³ de outra parte, há a ação de *habeas corpus* (art. 5.º, LXVIII, da CF), essa sim legítima ação penal popular, embora vise à tutela do *ius libertatis*, e não do *ius puniendi*; em terceiro lugar, alguns apontam a ação penal falimentar, em que o síndico ou *qualquer credor* poderão oferecer queixa caso o Ministério Público, dentro de cinco dias da vista concedida conforme o art. 108 do Dec.-lei 7.661/45, não ofereça denúncia (Cf. art. 108, par. ún., do Dec.-lei 7.661). Nesse último caso, entendemos não haver “ação penal popular”, mas simples ação penal privada subsidiária da pública (art. 5.º, LIX, da CF) exercitada pelos *sujeitos passivos* do crime falimentar: os credores. De qualquer modo, a PEC 373 traria uma nova e autêntica hipótese: qualquer um do povo – e não apenas o sujeito passivo, a saber, a Administração Pública – poderia intentar a ação penal em caso de crimes contra a Administração. Restaria instituída, no ordenamento pátrio, uma modalidade de *ação popular persecutória* (o que, entendemos, hoje inexistente).

Um segundo aspecto desse projeto merece atenção, por vulnerar orientação pacífica da jurisprudência no sentido de que, em caso de arquivamento do inquérito policial ou das peças instrutórias por iniciativa do Ministério Público, *descabe ação privada subsidiária*. Com efeito, não se trataria de *inércia* do órgão ministerial (“Se esta não for intentada no prazo legal”), mas de juízo negativo acerca da necessidade da *persecutio criminis in iudicio*. Entretanto, a vingar o projeto em estudo, no caso específico dos crimes contra a Administração Pública (Capítulos I, II e III do Título XI da Parte Especial), *ainda que haja arquivamento a requerimento do Ministério Público, poderá qualquer cidadão propor a ação penal respectiva*. Fez Rosa procura justificar a inovação na Exposição de Motivos: “De fato, no que tange à proteção de interesses difusos, urge que se tutele de forma mais eficiente a proteção ao patrimônio público. Trata-se de medida inspirada no penalista Basileu Garcia, que em nada significa menosprezo ao Ministério Público, mas sim ampliação da possibilidade de todo cidadão defender o bem comum”.

(52) Art. 14 da Lei 1.079/50: “É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados”.

(53) Com essa orientação, Damásio E. de Jesus, *Direito penal*, 15. ed., São Paulo : Saraiva, 1991, p. 195: “A expressão ‘crime de responsabilidade’, na legislação brasileira, apresenta um sentido ambíguo, uma vez que se refere a crimes e a infrações político-administrativas não sancionadas como penas de natureza criminal. (...) Pode-se dizer que há o crime de responsabilidade próprio, que constitui delito, e o impróprio, que corresponde à infração político-administrativa. Entre nós, são crimes de responsabilidade impróprios os definidos na Lei 1.079, de 10.04.1950 (crimes de responsabilidade do Presidente da República, de Ministros de Estados, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e dos Governadores dos Estados e seus Secretários) e na Lei 7.106, de 28.06.1983 (crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal e dos Governadores dos Territórios Federais e seus Secretários). Os crimes de responsabilidade próprio (ou em sentido estrito) estão descritos: a) no CP; e b) na legislação especial (extravagantes)” (grifamos).

A despeito do excesso de poderes que, entendemos, fora cometido ao *Parquet* pelo constituinte de 1988, a emenda em apreço poderia erigir questionamentos acerca de sua *constitucionalidade*, a teor do art. 129, I, da CF: “São funções institucionais do Ministério Público promover, *privativamente*, a ação pública, na forma de lei”. O Ministério Público representa *função essencial à Justiça*, dizendo respeito, diretamente, aos *direitos e garantias individuais* (tanto que a previsão da ação penal privada, que excetua o preceito transcrito, foi lançada pelo constituinte originário no rol dos direitos individuais do art. 5.º) – aspecto pétreo da *Lex Legum*, que não pode ser vilipendiado nem mesmo por emenda constitucional (art. 60, § 4.º, IV, da CF). A se entender, porém, que as funções institucionais do art. 129 não se socorrem na imutabilidade conferida pelo art. 60, § 4.º, admitir-se-á que a PEC teria guarida no ordenamento vigente.

A hipótese de “ação popular subsidiária”, na verdade, não pode ser equiparada ao preceito constitucional permissivo do art. 5.º, LIX (ação penal de iniciativa privada), porque nesse caso houve *inércia* do órgão ministerial. Naquele, o Ministério Público entendeu ser *incabível* a ação penal; ora, se nem mesmo o Juiz pode opor-se a esse entendimento, reservando-se-lhe o procedimento do art. 28 do CPP, seria um contra-senso admitir que o cidadão pudesse fazê-lo.

O processo penal que instrui o julgamento dos delitos contra a Administração sofrerá também transmutações, em sendo sancionado o *Projeto de Lei 1.708/96*, do Deputado João Pizzolatti: “Dá nova redação ao *caput* do art. 89 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que ‘dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências’”. Pela nova redação, “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, *excetuados os casos dos crimes praticados contra a administração pública e mediante violência contra a pessoa*, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos (...)”. O projeto, dessarte, exclui da possibilidade de *sursis* processual os autores de crimes contra a administração pública e perpetrados com violência contra a pessoa. Note-se que diversos crimes contra a Administração (*e.g.*, a resistência, o desacato, a desobediência, a violação de sigilo funcional, a advocacia administrativa, a corrupção passiva etc.), por serem crimes de *médio potencial ofensivo* (pena mínima cominada igual ou inferior a um ano), admitiram *a priori* a suspensão condicional do processo. O proponente esclarece, na Exposição de Motivos, que uma “violência” foi praticada pelo legislador com a Lei 9.099, permitindo a suspensão condicional do processo, indiscriminadamente, em todos os crimes de médio potencial ofensivo; tal estado de coisas acabaria por gerar grandes comoveções sociais em caso de crimes como o *homicídio culposo*, o *estelionato*, o *furto simples*, o *aborto consentido*, a *lesão corporal grave*, a *apropriação indébita*, a *corrupção ativa e passiva* e o *contrabando*. Ilustra a idéia com a imagem de um corrupto inveterado que não venha a sofrer sequer o processo criminal, ou com a reação de um pai que teve seu filho morto por um motorista embriagado, ao ficar sabendo que o criminoso não sofrerá nem mesmo o ônus de um processo penal.

Os argumentos são incisivos, mas um tanto falaciosos e emocionais. Para os casos de furto, estelionato, apropriação indébita etc., a nova redação nem mesmo introduziria qualquer modificação, já que não são crimes contra a administração

nem tampouco cometidos com violência contra a pessoa. O estado de embriaguez não induz, outrossim, à caracterização necessária de crime culposos; pode-se reconhecer dolo eventual, e então não incidiria o art. 89 da Lei 9.099. Apenas a embriaguez culposa, em princípio, demandaria sem maiores dúvidas o tipo do homicídio culposos (art. 28, II, do CP). Finalmente, há de se observar que o Juiz poderá negar a suspensão condicional do processo se não estiverem presentes as chamadas *circunstâncias judiciais* do art. 77, II, do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do delito – esses elementos poderiam obviar a questão, quanto ao corrupto inveterado), em face da expressa remissão do art. 89, *in fine*. Por tudo isso, repudiamos o aludido Projeto de Lei.

O *Projeto de Lei 1.668/96*, oriundo do Poder Executivo, é o mais extenso e complexo de todos. Pretende *alterar o Título XI do Código Penal, que trata dos crimes contra a Administração Pública*. As principais alterações que ocasionaria são comentadas a seguir.

Precipuamente, o *excesso de exação* (316, § 1.º) passaria a ter pena cominada de *dois a oito anos de reclusão e multa* (atualmente: 3 a 8 anos e multa). Corrigir-se-ia, na oportunidade, o fato de a pena mínima do excesso de exação ser maior que a cominada em crimes potencialmente mais graves, como o peculato e a concussão; mais que isso, sanar-se-ia o equívoco da Lei 8.137, que tornou a pena mínima do excesso de exação simples *maior* que a do excesso de exação qualificado (art. 316, § 2.º).

Com respeito à *facilitação de contrabando e descaminho* (art. 318), o Projeto introduz causa de aumento de pena (§ 1.º) em se tratando de tráfico de armas, procurando coibir uma das facetas mais sólidas do crime organizado no país: “A pena será aumentada de um terço se o crime tem por objeto a introdução, no território nacional, de armas ou munições”.

O crime de *advocacia administrativa* (art. 321) sofre alteração em seu *nomen juris*, que passa a ser “patrocínio indevido”. A nova denominação, realmente, nos parece mais adequada; segundo o expositor, essa denominação “ajusta-se melhor ao conteúdo do tipo”.

O Projeto *mantém* o art. 322 do CP (violência arbitrária), com o objetivo declarado de *ratificar sua vigência*, refutando o entendimento de que teria sido revogado pela Lei 4.898, art. 3.º, *i*, (Abuso de Autoridade⁵⁴). No sentido da revogação, manifestavam-se os tribunais estaduais: TACrimSP – rel. Lauro Malleiros – RT 436/410 (“Trata-se de lei que regulou inteiramente a punição dos crimes de abuso de poder, classe a que pertencia o denominado delito de violência arbitrária”); TACrimSP – 2.ª Câ. – ApCrim 6.404 – rel. Paula Bueno – j. 26.09.1968 – RT 398/298). No sentido da vigência, contudo, manifestou-se o Excelso Pretório (embora não unanimemente):

(54) Art. 322 do CP: “Praticar violência, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da pena correspondente à violência”.

Art. 3.º, *i*, da Lei 4.898/65: “Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: (...) à incolumidade física do indivíduo”. Pena: multa, detenção por 10 dias a seis meses, e/ou perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de até três meses (art. 6.º, §§ 3.º e 4.º).

“Violência arbitrária. Pretendida revogação do art. 322 do CP pela Lei 4.898/65. Inocorrência. Decisão que admite *em conflito com as proferidas pelo STF e devidamente apontadas*. Recurso extraordinário conhecido e provido (...) *O crime de violência arbitrária, previsto no art. 322 do CP, não foi revogado pela Lei 4.898/65*” (STF – RE – rel. Oswaldo Trigueiro – RT 449/504 – grifamos).

Na Exposição de Motivos, o então Ministro da Justiça Nelson Jobim asseverava que a Lei 4.898 cuidara das modalidades de *abuso de poder*, praticados no exercício da função, anteriormente contemplado pelo art. 350 do CP.⁵⁵ Por isso, não teria absorvido nem esgotado as hipóteses possíveis de *violência arbitrária*, nas quais o funcionário age não com mero abuso ou excesso de poder, mas com *evidente exorbitância, extrapolando a função, sem apoio na lei*.⁵⁶ As figuras discrepariam, pelo que se dessumisse dessas inferências, ante a diversa intensidade com que atingem o bem jurídico tutelado. A título de ilustração, citaríamos o caso do oficial de justiça que citou equivocadamente um cidadão, e ante os protestos do mesmo, no edifício do Fórum, veio a agredi-lo (1.^a Câ. Crim. do TJMG). Houve, *in casu*, mais que abuso de poder; houve exorbitância, sem apoio na lei, embora a pretexto de cumprir função pública. Agrada-nos a ratificação da vigência do preceito, pois aplicar a casos que tais as penas brandas do abuso de autoridade seria estimular a violência no exercício da atividade pública.

Introduz-se ainda, no art. 322, o § 1.º (“A pena aplica-se independentemente de sanções civis e administrativas”) e o § 2.º (possibilidade de perda do cargo, emprego ou função, qualquer que seja a pena privativa de liberdade aplicada, considerando-se a gravidade do fato ou a reiteração do agente). O segundo parágrafo estabelece, de maneira contundente, um efeito da sentença condenatória, suplantando a incerteza do art. 6.º, § 3.º, c, da Lei 4.898 (de aplicação largamente facultativa) e o limite generoso do art. 92 da Parte Geral do Código Penal (pena restritiva de liberdade aplicada em *quantum* maior ou igual a um ano, tratando-se de crimes funcionais). Já o primeiro parágrafo contém previsão despcienda, ante a independência natural das órbitas administrativa, civil e penal. Faria sentido, talvez, junto à figura da desobediência (art. 330), que para parte da jurisprudência

(55) Art. 350: “Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano”.

(56) Cf. Damásio de Jesus, op. cit., v. 4, p. 156: “O legislador, atendendo às críticas e sugestões, simplesmente ordenou a matéria na lei nova, empregando termos minuciosos e permitindo ao julgador maior elasticidade na aplicação da sanção penal e maior equidade na fixação da resposta penal, em face da maior ou menor gravidade dos fatos. Além disso, havia dúvida a respeito de a descrição do art. 322 abranger somente a violência física ou também a moral. Assim, a lei nova surgiu para dirimir tais dúvidas, revogando o art. 322. Essa posição é pacífica no TACrimSP, correspondendo à nossa orientação”. Já a Suprema Corte entendeu que “esse crime [art. 322], punido além da sanção correspondente à violência (lesão corporal ou homicídio), com detenção de seis meses a três anos, não foi absorvido pelo de abuso de autoridade, previsto na Lei 4.898, cuja sanção detentiva é de dez dias a seis meses”.

não subsiste caso a lei comine à conduta penalidade civil ou administrativa, sem ressalvar a aplicação cumulada do art. 330.⁵⁷

Incorpora-se modificação formal ao delito de *violação de sigilo funcional* (art. 325); introduzem-se as expressões “fato ou circunstância” (e não mais apenas “fato”) e “em razão do cargo ou da função” (e não mais, apenas, “em razão do cargo”), e majora-se a pena (1 a 4 anos de reclusão; hoje: 6 meses a dois anos). A menção a fatos *ou circunstâncias* deve-se a um entendimento minoritário de que, para a configuração do delito do art. 325, deveria o agente revelar *integralmente* determinado fato sob sigilo (revelá-lo parcialmente não corresponderia à conduta de “revelar fato”). As “circunstâncias” seriam, pois, aspectos parciais de “fatos” não revelados completamente.

O Projeto também introduz figuras equiparadas à violação de sigilo funcional (§ 1.º), sob o título de “informação privilegiada”: “Incorre nas mesmas penas quem: I – revela ou facilita que se revele conteúdo de medida administrativa, política ou econômica, de atribuição da Presidência da República, de Ministério ou do Banco Central do Brasil, que deva permanecer em sigilo até sua divulgação oficial (...); II – embora não sendo funcionário público, faz uso da revelação de que trata o inciso anterior com o fim de obter vantagem econômica”. A esse último caso adequar-se-iam, provavelmente, certas condutas de especuladores da bolsa de valores (que incorreriam na descrição típica do inciso II) ao obterem informações privilegiadas junto a agentes públicos (que, por sua vez, incorreriam na descrição típica do inciso I).

Estatuir-se-ia, outrossim, uma nova figura penal, denominada de *improbidade*, no art. 326 do CP, hoje prejudicado pela Lei 8.666/93 (previa, originalmente, o crime de violação de sigilo de proposta de correspondência). O tipo é assim definido: “Praticar o funcionário público ato de improbidade, considerando-se como tal, para os efeitos penais: I – Utilizar atos, programas, obras, serviços ou campanhas, custeados pelos cofres públicos, para promoção pessoal ou de terceiros; II – utilizar, autorizar ou permitir a utilização de bens ou equipamentos, de propriedade de repartição pública ou sob sua guarda, em desacordo com a lei ou regulamento, com dano para a Administração Pública”.

De se consignar, inicialmente, que os atos de improbidade já estão disciplinados pela Lei 8.429/92, que embora congregue uma série de “tipos” de improbidade, não lhes imprimiu feições penais. São, com efeito, infrações de caráter administrativo. Na abordagem de Pazzagliani Filho *et alii*,⁵⁸ “improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta

(57) “Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se dita lei ressalvar, expressamente, a cumulativa aplicação do art. 330 do CP” (TACrimSP, Recurso em sentido estrito, rel. Lauro Malheiros, RT 409/317). Em igual sentido: RT 372/190, 374/214 e 572/335, entre outras.

(58) Marino Pazzagliani Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior. *Improbidade administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1997. p. 37-38.

os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos". A Lei Federal em questão discrimina as figuras de improbidade em três espécies: as que ocasionam a *obtenção de vantagem patrimonial indevida* em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades do art. 1.º⁵⁹ (art. 9.º); as que causam *lesão ao erário*, por ensejar perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres das entidades do art. 1.º (art. 10); e as que violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11). Para todos os casos, o espectro de penas compreende o ressarcimento integral do dano, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (art. 12). O art. 37, § 4.º, da CF previra, para a hipótese, a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade de bens (na realidade, uma medida cautelar, e não uma "pena"), a perda da função pública e o ressarcimento ao erário, *sem prejuízo da ação penal cabível*. O diploma em apreço contém, ademais, uma única figura propriamente penal, criminalizando a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente (art. 19).

O Projeto pretende, nesse diapasão, tornar algumas figuras de improbidade *crimes* (punidos com detenção de seis meses a dois anos e multa, se o fato não constitui delito mais grave); na verdade, originalmente essa era a intenção do projeto que se tornou a Lei 8.429.⁶⁰ A descrição típica do inciso I, que restaria inserido no art. 326 do CP, mostra-se *temerária*. Quando, exatamente, estará o administrador se utilizando das "obras" que empreende para sua promoção pessoal? De uma certa maneira, toda obra realizada em um governo é depois mencionada pelo administrador, com vistas à sua própria eleição ou à de seu candidato à sucessão, justamente para promover sua imagem de homem público... Por conseguinte, a figura apresenta-se por demais ampla, demandando o acréscimo de elementos do tipo que a reduzam a parâmetros aceitáveis, sem comprometer a segurança jurídica. Uma leitura seca, com efeito, levaria à identificação do delito em praticamente toda campanha política, nas quais, invariavelmente, faz-se menção aos atos, programas, obras, serviços ou campanhas custeados pelo erário e empreendidos naquela gestão, para promoção de um nome e/ou de uma imagem, seja própria ou de terceiro.

(59) Art. 1.º: "Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei".

(60) "Em sua versão original, continha, paralelamente à disciplina civil, a regulamentação da ação penal, depois suprimida, em evidente demonstração de que o legislador não intentou confectionar uma norma penal das condutas de improbidade administrativa" (Pazzaglini *et alii*, op. cit., p. 35).

O inc. II também apresenta redação infeliz. Pune, a bem dizer, o peculato de uso (núcleo *utilizar*); e, nesse caso, tal deveria ser o *nomen juris*. Contudo, o delito se configura apenas em caso de *dano* para a Administração. Ora, a ocorrência do dano poderia perfeitamente viabilizar o enquadramento da conduta no peculato-apropriação, desde que presente pelo menos o dolo eventual: “Diante de nossa lei, não existe o crime de peculato de uso (...) a coisa usada deve ser restituída nas mesmas condições em que se encontrava antes, não acontecendo isso, v.g., com o uso de automóvel, cuja gasolina e cujo óleo foram consumidos, não o provendo antes de entregá-lo, o agente (...) haverá apropriação indébita delas.”⁶¹ Outrossim, para criminalizar o peculato de uso, melhor seria utilizar a redação do Anteprojeto de Parte Especial do Código Penal (já transcrito *supra*), ou então a proveniente do Código Penal italiano (art. 314, segunda parte): “Aplica-se a pena de reclusão de seis meses a três anos quando o agente agiu com o único escopo de fazer uso momentâneo da coisa, e essa, depois do uso momentâneo, é restituída de imediato”.

Quanto aos núcleos *autorizar* e *permitir* – cuja diferença é de difícil aferição – a conduta poderia caracterizar, conforme as circunstâncias, *prevaricação* (praticar ato de ofício – a permissão ou a autorização – contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse pessoal: art. 319), *condescendência criminosa* (deixar de responsabilizar subordinado que cometeu o peculato-apropriação no exercício do cargo, ou não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: art. 320, aplicável se a “autorização” ou “permissão” for posterior à própria utilização) ou *participação por omissão no delito de peculato* (art. 312 c/c art. 13, § 2.º, a, e art. 29, *caput*, do CP).⁶² Desnecessários, portanto, os tipos penais em apreço da conduta.

As figuras de improbidade teriam penas relativamente brandas, compreendidas entre seis meses e dois anos de detenção, além de multa (*se* o fato não constituir crime mais grave – trata-se de delito expressamente *subsidiário*). Maior intimidação causam as sanções da própria Lei 8.429/92 (sem natureza penal), que entre outras medidas prevê a perda dos direitos políticos e a indisponibilidade de bens.

O delito do art. 344 do CP (*coaço no curso do processo* – pena de um a quatro anos de reclusão e multa, além da pena correspondente à violência) seria complementado pelo Projeto, introduzindo-se-lhe duas novas figuras típicas (em um curioso “§ 1.º”, visto que não há previsão de um § 2.º...): “Incorre nas mesmas penas quem: Coação indireta – promove campanha por meio da imprensa, rádio, televisão ou qualquer outro meio de comunicação, com o propósito de constranger testemunha ou perito, ou influir na atuação de juiz, jurado, membro do Ministério Público ou advogado, em processo judicial, inquérito policial ou administrativo; Violência contra o direito de defesa – II – pratica ou permite que se pratique violência física ou grave ameaça contra alguém, com o fim de obter confissão ou qualquer declaração para produzir prova em inquérito policial, administrativo ou processo judicial, se o fato não constitui crime mais grave”.

⁽⁶¹⁾ Magalhães Noronha. *Direito penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1968. v. 4, p. 269.

⁽⁶²⁾ “Coopera-se por omissão com a mesma exigência devida nos delitos omissivos impróprios: é necessário que o comportamento negativo constitua infração de dever jurídico. Se o omitente possui o dever jurídico de impedir o evento, violando a obrigação, concorre para sua produção, tornando-se partícipe” (Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 1, p. 378).

A primeira figura é temerária, no que pertine ao núcleo “influir” que demandaria maior precisão. Recentes episódios do cotidiano brasileiro apontam para referida temeridade. Por ocasião do julgamento de conhecido líder do Movimento dos Sem-Terra, os integrantes da organização mobilizaram-se em intensa campanha (que incluía camisetas, manifestações públicas e declarações sucessivas à imprensa) pela absolvição do réu, sob o argumento de que o processo penal instaurado teria desideratos políticos. O Partido dos Trabalhadores, cooptado para a campanha, chegou a veicular uma página na Internet concitando seus correligionários à participação.⁶³ Obviamente, tencionavam com essa campanha influenciar a decisão dos jurados, compelindo-os a um decreto absolutório. A conduta, indubitavelmente, guardaria adequação típica com a figura da *coaçoão indireta*; no entanto, compreendemos que similares manifestações, desde que impessoais e voltadas à informação do público em geral, não podem ser coibidas nem reprimidas com sanções penais, sob pena de ofensa veemente ao art. 5.º, IV, da CF (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”). Por tais motivos, seria de rigor a inclusão de elementos do tipo a *qualificar* a ação nuclear “influir”, de molde a elidir tão-somente a influência *nefanda e maliciosa*, essa sim merecedora de efetiva peleja. Tal o seria, por exemplo, se as manifestações em tela fossem destinadas, especificamente, às pessoas dos jurados designados, molestando-os, perseguindo-os ou constrangendo-os.

Ainda sobre o inciso I, esclarece o expositor: “O tipo, obviamente, não atinge a atividade da imprensa falada e escrita, que continua livre para transmitir informações ou fazer apreciações críticas”. Tencionou, dessarte, salvaguardar a garantia constitucional do art. 5.º, IX (liberdade de comunicação).

O inciso II, ao descrever o crime de *violência contra o direito de defesa*, é oportuno e mereceria, *a priori*, lograr vigência; prestar-se-ia, se por mais não fosse, a combater um pernicioso aspecto de nossa cultura policial (obtenção de confissões e declarações por intermédio de violência física ou moral). A grave ameaça deve ser, obviamente, *injusta* (“ameaçar” a testemunha de que, se não disser a verdade, responderá por falso testemunho, é um dever do Juiz, e não uma “violência”). Nada obstante, o dispositivo revogaria tacitamente o art. 1.º, I, a,

(63) “Se no dia 17 perdermos o pedido de transferência [o julgamento seria realizado na comarca de Pedro Canário], os advogados devem entrar com novo pedido, agora no Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, pois como o relator era a favor, permite exigir julgamento em instância superior. Diante disto, *é importante transferir em princípio, as manifestações para o dia 29 de setembro*. Porém será fundamental que *todos intensifiquem as manifestações e a campanha pela absolvição de Rainha, proposta pelo PT*. Para o dia 17, quando será decidido pelo desaforamento ou não, *sugerimos que sejam enviadas mensagens ao desembargador presidente da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Dr. Wellington da Costa City [o site, nesse ponto, fornece o n. do fax do desembargador]*, tentando sensibilizá-lo sobre a eventualidade de um desastre. A luta pela absolvição não pertence mais a José Rainha e nem ao MST. Pertence a todos os que lutam justiça e a democracia. – *Plínio de Arruda Sampaio – Secretário Agrário do PT*” (os grifos são nossos, a exceção do último). Nesse passo, há de se atentar para o fato de que a influência, na hipótese, dirigir-se-ia direta e declaradamente ao desembargador responsável pela decisão do pedido de desaforamento, o que mereceria, afim, alguma censura.

da Lei 9.455/97 (Lei de Tortura),⁶⁴ com desvantagem (pena menor – reclusão de um a quatro anos – e benefícios que não seriam concedidos ao torturador por força do art. 5.º, XLIII, da CF, e §§ 6.º e 7.º do art. 1.º da Lei 9.455) e fomentando todas as celeumas de uma *novatio leges in mellius*. Por isso mesmo, é preferível que a conduta continue a ser disciplinada pela Lei 9.455. Somente por intermédio de uma análise hermenêutica conduzida e parcial, poder-se-ia pugnar pela coexistência dos preceitos: dir-se-ia, então, que a ressalva do art. 344 (“além da pena correspondente à violência”) permitira a aplicação cumulativa das penas do art. 1.º, I, *a*, da Lei de Tortura (“Constranger alguém...”) e do que seria o inc. II do art. 344 do CP. Mas é claro que a *mens legislatoris* visara, em 1940, às penas das lesões corporais...

O Projeto criaria, ademais, um novo crime contra a Administração da Justiça: *desobediência a ordem judicial*, a ser inserta no art. 359 (o atual *caput* desse artigo – desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito – passaria a ser seu parágrafo único). O expositor analisa que o art. 330, situado no capítulo dos crimes praticados por particular contra a Administração (pena: 15 dias a 6 meses), não abrange o ato de desobediência a ordem judicial *quando cometido por funcionário público no exercício da função*; haveria, então, *prevaricação* (319 do CP), com amplitude nem sempre desejável. Por isso, a necessidade de tipo específico: “Deixar o funcionário público ou o particular, *para satisfazer sentimento ou opinião pessoal*, de cumprir mandado judicial de que é destinatário ou retardar injustificadamente o seu cumprimento. Pena – detenção, de 6 meses a dois anos” (grifamos). Parece-nos que, mesmo para essa hipótese específica, remanesceria a *desobediência*, como tipo subsidiário,⁶⁵ se não restasse caracterizado o intuito de “satisfazer sentimento ou opinião pessoal”, dolo específico inexistente no art. 330, conquanto presente no art. 319 (“interesse ou sentimento pessoal”).

Finalmente, introduz-se um parágrafo único no art. 517 do CPP, que cuida do recebimento da denúncia ou queixa. Eis a dicção do que seria o parágrafo: “Ao receber a denúncia o juiz poderá fundamentadamente *afastar o réu do exercício do cargo ou função, durante o processo, pelo prazo máximo de quatro meses*, sem prejuízo da remuneração, quando a gravidade do fato, a reiteração na prática de ilícitos da mesma natureza ou a conveniência da instrução criminal assim o exigirem” (grifamos). O dispositivo guarda paralelismo com o art. 147 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), que autoriza o afastamento do servidor no caso de processo administrativo disciplinar (prazo de 60 dias, prorrogável por mais 60 dias). Trata-se de *medida cautelar*, tendente a prevenir maiores prejuízos ao interesse público (em havendo sérias perspectivas de que o funcionário volte a delinquir) e a coibir a intromissão do agente público na instrução do feito (destruindo provas e intimidando testemunhas, no pleno gozo de sua *auctoritas*). O afastamento, todavia, não pressupõe que o delito perpetrado tenha atingido a Administração Pública. A inovação é propositada.

(64) “Constitui crime de tortura: I – Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.” Pena: reclusão de dois a oito anos.

(65) *Data venia* da posição do então Ministro da Justiça, há entendimento jurisprudencial (ao qual nos filiamos) de que o funcionário público *pode* praticar o delito de desobediência: RT 565/342.

5. Conclusão

É mister, por tudo o que se disse, revisar-se o Título XI do Código Penal brasileiro. Conquanto a previsão original atendessem, satisfatoriamente, à objetividade jurídica tutelada – *desenvolvimento regular da atividade do Estado, dentro de regras de dignidade, probidade e eficiência*⁶⁶ –, a natureza cambiante dos grupos sociais contemporâneos não poderia prescindir de uma legislação penal mais consentânea com o comércio jurídico em cujo âmbito transitam. Hodiernamente, a própria estrutura das administrações modernas tende a assumir feições imprevisíveis; *exempli gratia*, em algumas cidades norte-americanas (entre elas, New York) experimenta-se já o emprego de profissionais de administração, pagos nessa condição pelos cofres públicos, responsáveis pela gestão municipal; ao prefeito remanescem as funções representativas. Semelhante divisão de atribuições, caso venha a se generalizar, demandará uma vez mais modificações adequadas no ordenamento legal pertinente à Administração Pública – e, particularmente, em sua faceta penal.

Ademais disso, e a despeito da qualidade com que os tipos penais compreendidos entre os arts. 312 e 359 do CP foram redigidos, algumas imperfeições subsistiram às reformas puntiformes; imperfeições que requerem a atenção do legislador. Se não para colmatar lacunas até então supridas pela atividade jurisprudencial, ao menos para sepultar discussões de que ainda se acercam os tribunais. Reformas de caráter formal e substancial, com a introdução de novas figuras típicas, serão bem-vindas, *desde que cautelosas* – para que não ensejem tumultos em meio aos operadores do Direito.

Boa parte das alterações encaminhadas ao Congresso Nacional, no tocante aos crimes contra a Administração, tem plausibilidade. Voltam-se às realidades mais gritantes do fenômeno delitual no momento presente: o crime organizado, o tráfico de armas, a utilização inadequada de informações privilegiadas (caminhando para a criminalização do *insider trading*), a coação para obtenção de provas ilícitas, a improbidade administrativa. Embora determinados arquétipos, ao nosso sentir, comportem reparos que os compatibilizem com os fins aos quais se prestam, a iniciativa legislativa (particularmente a manifestada pelo Projeto de Lei 1.668/96) denota a preocupação dos órgãos legiferantes com a atualização do Direito Penal positivo; traz à baila, outrossim, as respectivas discussões, com o que novos subsídios podem ser hauridos face aos embates doutrinários.

Importa, sobretudo, que as reformas atendam ao que Jescheck⁶⁷ denominou de *princípio do Estado de Direito*, em seus conceitos *formal* e *material*. Formalmente, as modificações devem salvaguardar, prioritariamente, a *segurança jurídica*, visto que “el Derecho Penal posibilita las más graves injerencias en la esfera de la libertad de los ciudadanos”. Substancialmente, deve-se perquirir o máximo grau de correspondência possível com a idéia de *Estado Justo*, limitando a instância penal às intervenções necessárias e preservando a dignidade humana; afinal,

⁽⁶⁶⁾ E. Magalhães Noronha, op. cit., p. 252.

⁽⁶⁷⁾ Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Espanha (Granada) : Comares Editorial, 1993. p. 21-22.

“razão teleológica do Estado é a consecução do bem comum”.⁶⁸ Observados esses conceitos, quaisquer alterações terão, certamente, guarida no âmago social.

Bibliografia

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- CODICE PENALE E NORME COMPLEMENTARI – Milano : Dott A. Giuffrè Editore, 1994.
- CODICE PENALE TEDESCO, IL – Traduzione di G. De Simone, L. Foffani, G. Fornasari, M. Sforzi. Milano : Cedam, 1994.
- CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS – Coimbra : Almedina, 1996.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da, PAGLIARO, Antonio. *Dos Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo : Malheiros, 1997.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981. v. 3.
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo, FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Resumo de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1997. n. 7.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. España (Granada) : Comares Editorial, 1993.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. v. 1 e 4.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1988.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de diritto penale italiano*. Turim : Unione Tipografico, 1950. v. 5.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 2.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo : Atlas, 1997. v. 3.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1968. v. 4.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1997.
- SILVA FRANCO, Alberto, et alii. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo : RT, 1995. [dessa obra, extraiu-se a maior parte dos julgados coligidos nesse trabalho].
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo : LTr, 1997. vol. I.

⁽⁶⁸⁾ E. Magalhães Noronha, op. cit., p. 250.