

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL
SERVIÇO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL JUNHO - ANO 1978 NÚMERO 58

Dos crimes contra a Administração Pública

Prof. RUBEM DE OLIVEIRA LIMA
Da Universidade de Brasília

SUMÁRIO

- I — Introdução
- II — Dos crimes contra a Administração Pública
- III — Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral
- IV — Dos crimes contra a Administração da Justiça
- V — Conclusão

I. Introdução

Situado no âmbito do Direito Público, o Direito Penal pressupõe a coexistência do Estado, entidade abstrata, surgida, na concepção mais moderna de Kelsen e Jellineck, como resultante da Nação politicamente organizada. É o ordenamento jurídico, o escalão mais alto na cadeia das pessoas jurídicas.

2. Abandonando o conceito arcaico que procura na raça, credo, religião, língua e outros fatores isolados, o elemento aglutinante, homogeneizante, que reúne os indivíduos, as pessoas em grupos sociais distintos, com características próprias, as concepções modernas, evoluindo, têm preferido definir a Nação como o agrupamento, o conjunto de indivíduos que professam os mesmos princípios sociais e jurídicos, ou seja, que pretendem viver em comunidade, submissos todos ao mesmo determinante social.

3. Esse determinante social, porém, partindo do indivíduo para chegar ao conceito do grupo, deve encarar o contraste entre a vontade daquele, que

se manifesta nas suas relações individuais, e as necessidades do grupo, que se manifestam no ordenamento social, que tem objetivo mais amplo, a procura do bem comum. De um lado o interesse do indivíduo; de outro o interesse da coletividade.

Diz Hely Lopes Meirelles no seu tratado **Direito Administrativo Brasileiro**:

“Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o **bem comum**.”

4. Daí, se considerarmos que o grupo social, na concepção adotada, deve impor condicionamentos à ação individual, objetivando a harmonia desejada, não resta outra alternativa que reconhecer a necessidade de poder agir quando e onde se faça necessário, em prol dessa harmonia. Mas agir como, se o grupo, ainda nesta fase, não tem volição, porque a sua vontade não poderia ser a soma das vontades dos indivíduos, já que estas podem ser conflitantes? Surge, assim, o conceito do Estado como pessoa jurídica que, embora abstrata, tem atributos próprios e é capaz de discernir e decidir.

5. Essa capacidade, ou seja, a **facultas agendi**, que os romanos contrapunham à **norma agendi** é, portanto, inerente à própria concepção do Estado moderno. Não é a vontade do império, mas o império da vontade. Mas não se pode deixar de reconhecer o dilema: a cada indivíduo (**persona**) deve-se assegurar a liberdade de agir conscientemente, decidindo do que, para cada um, representa o bem, o melhor, o desejável, e a satisfação desses desejos (**besoins**), tão bem considerados por Marcel Valine, no seu **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, representa a meta de cada um no processo evolutivo de aprimoramento do homem, dentro dos conceitos de Darwin e Lamarque de que a natureza cria e o uso aperfeiçoa.

6. Todavia, sendo o homem um ser social, vive condicionado ao grupo e os seus desejos devem ser, também, condicionados a parâmetros que, se não eliminam, pelo menos possam minimizar os conflitos, quando tais desejos sejam divergentes, ou quando os interesses de um indivíduo contrariem os de outrem.

7. Ora, se aos indivíduos se reconhece a faculdade de agir, essa faculdade deve ser condicionada à harmonia social; somente o grupo (no caso a Nação considerada, **ad argumentandum**, como tal) pode prevenir os conflitos e resolvê-los. Mas como, se amorfo e sem vontade própria? Voltamos, assim, à idéia da criação de uma personalidade abstrata, à qual se reconhece o poder de agir.

8. A ação, porém, surge como manifestação concreta da vontade que é o seu pressuposto, e, conseqüentemente, quem age o faz em razão de uma vontade resultante do próprio discernimento; o animal age em função dos seus instintos, a sua ação é instintivamente condicionada, mas o homem age conscientemente; primeiro quer, depois pensa e delibera. E o Estado? Se lhe emprestamos uma personalidade, se lhe reconhecemos uma **facultas agendi**, imperioso será que a ação deve ser concretamente entendida, daí

resultando a conclusão de que essa entidade abstrata, para manifestar-se, há que ser corporificada.

9. O Estado, pois, deve corporificar-se para agir em prol do bem comum, caso contrário, jamais passará de mera construção teleológica. Surge, então, a grande dúvida: se o Estado deve ser corporificado, se o homem é o único a quem se pode reconhecer a faculdade de agir racionalmente, o Estado, ao corporificar-se, não pode fazê-lo senão através do homem. Ora, a construção lógica da qual resulta o reconhecimento dessa personalidade abstrata não seria fruto tão-somente de uma indagação situada no tempo e no espaço, mas ao contrário, como bem esclarece Amaral Fontoura, é resultante de um processo evolutivo que se origina nas próprias origens do homem e com ele evolui. Antes foi o pai que encenava as suas funções, decidindo do bem comum da família isoladamente tomada; depois foi o patriarca em relação à tribo, para, finalmente, surgir o Estado abrangendo todo o grupo na sua decisão.

10. Realçam, de tudo, três conclusões que se impõem: a primeira, é que o interesse do indivíduo está condicionado ao bem coletivo; a segunda de que, na vida social, os interesses dos indivíduos podem ser conflitantes; e, finalmente, a última, é que, sendo o Estado o árbitro do bem comum, pode conflitar a sua vontade com a do indivíduo, ou dos indivíduos.

11. Corporificado o Estado no governo, última manifestação do processo social evolutivo, há que se lhe assegurarem os meios de agir, consubstanciados num ordenamento geral das relações entre os indivíduos em primeiro plano, entre estes e o Estado, e, finalmente, entre os Estados de per si. E aí teríamos definido os três campos principais do relacionamento social, ou seja: o privado, o público e o internacional, todos, porém, delimitados por um ordenamento complexo, a ordem jurídica, já que desse condicionamento resulta o reconhecimento e delimitações da **facultas agendi**, ou mais precisamente, do direito.

12. Temos, assim, identificados o indivíduo, a Nação, o Estado, a ordem jurídica, e o Governo. Pode-se, então, examinar, dentro dessas colocações, as diversas posições em que o ser humano pode ser encontrado. Em harmonia ou em conflito uns com os outros, entre eles e o Estado, entre um Estado e outro.

13. A ordem jurídica, ao contrário do conceito abstrato do Estado em que a **facultas agendi** foi o elemento caracterizador fundamental, deve ser objetivamente tomada como o conjunto de normas, através das quais o Estado, na sua representação concreta, o Governo, manifesta a ação; mas e isto é importante, manifesta, não executa. Entre manifestar uma vontade de agir e executar essa vontade, há grande distância. Pretende-se praticar uma ação, anuncia-se essa vontade, mas, para ser concretizada, é necessário que se ponha em funcionamento um mecanismo que a torne real, palpável, conhecida, reconhecida, respeitada e acatada. E o Estado, da mesma forma, não prescinde desse mecanismo. O homem quer, pensa, delibera e decide ir, mas tem de locomover-se para executar essa ação e o faz pelos veículos naturais ou artificiais que possui. Comparativamente, também o Estado deve cobrir essas fases: quer, discerne, delibera e decide, e executa essa decisão

pelos meios que possui, ou seja, o governo e Administração Pública, tomada esta como o conjunto de mecanismos capazes de agir concretamente, em seu nome, em sua representação:

“Após a organização soberana do Estado, com a instituição constitucional dos três Poderes que compõem o Governo, e a divisão política do território nacional, segue-se a **organização da Administração**, ou seja, a estruturação legal dos **órgãos** que irão desempenhar as funções, através de agentes públicos (pessoas físicas).” (H. L. Meirelles — obra citada.)

14. Esse conjunto de mecanismos, instituições que são, age, portanto, em representação do Estado corporificado no governo. É o sistema de relação entre o Estado e a Nação e tem, assim, na emanação do Estado, o poder de agir em função do bem comum:

“O estudo da **Administração Pública** em geral, compreendendo a sua estrutura e as suas atividades, deve partir do conceito de Estado sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados.” (H. L. Meirelles — obra citada.)

15. Não é fácil conceber-se o bem comum, quando o que é considerado o bem, para a coletividade, não o seria para o indivíduo, como ocorre nas limitações da faculdade de cada um agir em razão só da satisfação dos seus desejos, sem considerar as múltiplas relações sociais. É a velha regra de que as faculdades reciprocamente se delimitam. Em outras palavras, cada um pode agir, até o ponto em que surge o conflito de interesses, ou mais claramente, dos direitos individualmente considerados, e somente a ordem jurídica pode harmonizá-los. Quando a ordem jurídica traça normas de comportamento aos indivíduos reciprocamente considerados, diremos que atua no campo privado e tais normas são de ordem privada; se traça normas de comportamento dos indivíduos no grupo, na sociedade, coletivamente considerados, ou entre estes e o Estado, diremos que atua no âmbito público, e tais normas são de ordem pública e, finalmente, se considera as coletividades entre si, ou melhor, os Estados em relação uns com os outros, diríamos que são normas ou convenções internacionais. Decorre daí a tríplice dimensão do Direito, subdividido em Direito Privado, Direito Público e Direito Internacional.

16. O nosso tema, situando as relações do indivíduo com a Administração Pública, situa-se, portanto, na órbita do Direito Público.

17. Outro aspecto que não se pode deixar a *lato*, na abordagem do tema, é que a norma jurídica deve impor-se de tal forma que o indivíduo, o Estado e suas manifestações sejam condicionados ao seu império; que não possam agir fora dos limites que traça, e a norma deve assegurar a sua execução através do elemento coação. A norma jurídica não traduz uma relação natural de causa e efeito, condicionamento que representa para a harmonia social. Nela encontramos uma relação de condição e consequência, que se manifesta através de uma faculdade, de uma obrigação ou de uma proibição. A norma pode, assim, permitir, obrigar ou proibir, mas sempre fazendo

com que essa permissão, obrigação ou proibição, seja assegurada pela definição das conseqüências que devem resultar de cada transgressão. É o elemento coativo da relação jurídica que se caracteriza pela definição de um sujeito ativo, um sujeito passivo, e do elemento coação que lhes condiciona a ação. Assim é que o Estado, para manter a ordem social, delimita os direitos dos indivíduos entre si, e para as transgressões, estabelece as conseqüências como exemplificaremos: o direito de propriedade assegura ao indivíduo o domínio e posse sobre a coisa que lhe pertence e estabelece a conseqüência da ação de outrem que vise perturbar esse domínio e posse, ou seja, estatui a reparação ou indenização da relação jurídica rompida, fornecendo, ainda, o instrumental de que se valerá o titular do direito, para o seu restabelecimento, o direito da ação, e completa, assim, o condicionamento: domínio, posse e ação. Todavia, se a relação jurídica se forma entre o indivíduo e a coletividade que o Estado representa, o elemento coação muda de aspecto, sem deixar de traduzir uma conseqüência, senão vejamos: se os indivíduos agem por sua conta, ao arpejo da ordem jurídica, podem fazê-lo simultaneamente em dois campos de interesses: por exemplo, se um indivíduo, voluntariamente, destrói a propriedade de outro, além da reparação, devolução, indenização, conseqüentes ao seu ato, também fere a harmonia social, e, portanto, submete-se a outras sanções; deve ser punido, e essa punição, visando evitar a transgressão e manter a ordem social, situa-se na órbita do Direito Público; é o Estado que, muito embora ressarcido o prejuízo, tem, ainda, contra o indivíduo, de aplicar a sanção que a norma estatui. É ainda Hely Lopes Meirelles que esclarece:

“O terceiro princípio é o de que a Administração Pública precisa e se utiliza freqüentemente de **poderes discricionários** na prática rotineira de suas atividades. Esses poderes não podem ser recusados ao administrador público embora devam ser interpretados restritivamente quando colidem com os direitos individuais dos administrados.”

18. O Direito Penal, pois, representando o conjunto de normas que, fixando limites de ação, define as transgressões puníveis, estabelece a pena, ou condição dessa transgressão, e a aplicação ao transgressor, visando a ordem e harmonia social.

19. Se a norma, já agora considerada, no âmbito da Ordem Pública, pune a transgressão quando esta ocorre em função das relações entre os indivíduos, com muito mais razão há de fazê-lo quando a transgressão ocorre em função das relações diretas dos indivíduos com o Estado, corporificado este no Governo e na Administração Pública, definindo, assim, tais transgressões, ou crimes, e estipulando as penas, dentro do princípio que os romanos já tão esclarecidamente fixaram: “Nullum crimen, nulla poena sine lege.”

II. Dos crimes contra a Administração Pública

20. Como vimos na introdução, sendo o Estado uma entidade abstrata, uma pessoa jurídica, diz-se que essa personalidade é de Direito Público, e, sendo assim, é sujeito de direitos dos quais sobressai o **imperium**, ou seja, o

direito de agir **sponte sua**, por intermédio da sua manifestação concreta, o governo e a Administração Pública.

Consubstancia nas normas jurídicas que dele emanam, na ordem jurídica, esse direito de império que, indiscutivelmente, lhe assiste, condicionado apenas pelo bem comum, e pela própria sobrevivência. Daí a concepção de que inexistente lei errada ou iníqua; quando se visualiza o defeito, este será, necessariamente, do seu intérprete, do hermenêuta que deve traduzir o seu significado dentro do princípio de que a norma procura sempre o melhor para a ordem social e, em decorrência, para o indivíduo. Nas leis tributárias, esse império manifesta-se claramente quando o Estado dispõe sobre a contribuição compulsória que as pessoas devem cumprir, muito embora a obrigação tributária se contraponha a direitos subjetivos do indivíduo, como o de livre disposição dos seus bens, como ocorre, da mesma forma, quando a norma proíbe a venda de bens de pai a um filho, sem o expresse consentimento dos demais.

21. Já vimos que, na relação jurídica, há sempre um sujeito ativo e um sujeito passivo. No nosso tema, o sujeito passivo, a Administração Pública, já resultou examinado na introdução. Cabe, agora, definir quem será o sujeito ativo da relação, considerando que, em se tratando de norma penal, a transgressão transita do sujeito ativo que pratica a ação, para o sujeito passivo que sofre os seus efeitos, diferentemente do que ocorre na formação da norma, quando a ação parte do Estado que manifesta a sua vontade e define as condições e as conseqüências que o sujeito ativo da relação transgredida põe em evidência.

Para Fernando H. Mendes de Almeida, na obra citada, o agente se conceitua como sujeito ativo do delito:

“5. Agente ou sujeito ativo do delito — Em caráter essencial, somente funcionário pode cometer peculato. Acidentalmente, pode haver o concurso de particular, o qual na co-autoria, responde como se fora funcionário, ainda que não adquira, em razão disto, tal qualidade. É o que resulta dos arts. 25 e 26 do Código Penal, a saber: Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas. Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

6. Sujeito passivo do delito — O sujeito passivo do peculato é o Estado, entendendo-se por tal, no nosso regime, a União, os Estados Federados, as autarquias territoriais (Municípios) e institucionais.”

22. A Administração Pública, como instrumento operativo do Estado, definida como o conjunto de órgãos e unidades que lhe executa as funções, o faz por intermédio dos seus agentes, os servidores públicos em geral, ou o funcionário público em especial.

“Governo e Administração são termos que andam juntos e muitas vezes confundidos, embora expressem conceitos diversos nos vários aspectos que se apresentam.

Governo, em sentido formal, é o conjunto de poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos. Na verdade, o Governo ora se identifica com os poderes e órgãos supremos do Estado, ora se apresenta nas funções originárias desses poderes e órgãos como manifestação da soberania. A constante, porém, do Governo é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção ou inovação da ordem jurídica vigente. O Governo atua mediante atos de soberania ou, pelo menos, de autonomia política, na condução dos negócios públicos.

Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de administração, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos que, por sua variedade e importância, merecem estudo em capítulo especial." (Hely Lopes Meirelles — obra citada.)

Em princípio, pois, diríamos que o agente ativo da transgressão é, por definição, o servidor público. Mas casos há em que a transgressão pode ser originária de quem, fora do conceito de servidor público, tem, todavia, relações tais com a Administração Pública, que se equipara com aqueles. Fernando H. Mendes de Almeida (**Dos crimes contra a Administração Pública**) assim se expressou:

"Vale dizer que, em face da lei penal, não ficará reservado o vocábulo (funcionário), apenas para aquele que, como tal, a lei administrativamente, expressamente, indica, mas também para todo aquele que, pelos seus cometimentos, entre em contato com um interesse publicístico de contornos nítidos."

23. É, ainda, Hely Lopes Meirelles, na sua clareza meridiana, quem esclarece:

"Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas definitivamente ou transitoriamente do exercício de alguma função estatal."

e mais adiante escreve:

"Os agentes públicos, gênero que acima conceituamos, se repartem inicialmente em quatro espécies ou categorias bem diferenciadas, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados que, por sua vez, se subdividem em subespécies ou subcategorias, como veremos a seu tempo."

24. Assim considerados, os servidores públicos, no exercício das suas funções, podem cometer infrações que caracterizam três tipos de responsabilidade: a administrativa, a civil e a criminal. Dessa última trataremos em particular no tema em desenvolvimento.

25. A responsabilidade criminal é a que decorre de ilícitos praticados, na órbita do Direito Penal, vale dizer em razão do cargo ou das funções que o agente exerce. Hely Lopes Meirelles mais uma vez define:

“A responsabilidade criminal é a que resulta do cometimento de **crimes funcionais**, definidos em lei federal. O ilícito penal sujeita o funcionário a responder a processo crime e a suportar a condenação prevista na lei criminal em que for julgado incurso, com as penas acessórias correspondentes...”

26. Uma vez cometido o ilícito na órbita da Administração Pública, o agente sujeita-se às seguintes punições (penas): repreensão, multa, suspensão, destituição de função, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade. São tais punições situadas, todavia, internamente, e aplicáveis pela própria Administração, com as cautelas legais.

27. Externamente, porém, há outras punições definidas em lei, mais precisamente no Código Penal. Na Exposição de Motivos em que o Eminentíssimo Doutor Francisco Campos apresentou o projeto do Código Penal, assim se esclareceu:

“O art. 327 do projeto fixa, para os efeitos penais, a noção de funcionário público: “Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Ao funcionário público é equiparado o empregado de entidades paraestatais. Os conceitos da concussão, da corrupção (que a lei atual chama peita ou suborno), da resistência ou do desacato são ampliados. A concussão não se limita, como na lei vigente, ao **crimen supereactionis** (de que o projeto cuida em artigo especial), pois consiste, segundo o projeto, em “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, mesmo fora das funções, ou antes de assumi-las, mas em razão delas, qualquer retribuição indevida.”

A corrupção é reconhecível mesmo quando o funcionário não tenha ainda assumido o cargo. Na resistência, o sujeito passivo não é exclusivamente o funcionário público, mas também qualquer pessoa que lhe esteja, eventualmente, prestando assistência.

O desacato se verifica não só quando o funcionário se acha no exercício da função (seja, ou não, o ultraje infringido **propter officium**, senão também quando se acha **extra officium**, desde que a ofensa seja **propter officium**.”

28. O Código Penal Brasileiro cuida dos crimes contra a Administração Pública nos arts. 312 a 359, em três capítulos, o primeiro tratando dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, o segundo dos praticados por particular contra a administração em geral, e o terceiro e último, dos crimes contra a administração da justiça.

29. A própria seqüência e subdivisão da matéria nos três capítulos obedeceu à mesma sistemática que adotamos na conceituação quer de servidor público, quer de agente ativo do ilícito, sendo de realce que pela própria e excelente colocação feita, dos crimes contra a administração da justiça, resulta positivado o conceito amplo de Administração Pública com que procuramos dar a maior abrangência possível ao termo, porquanto, na moderna sistemática do novo Plano de Classificação de Cargos, avulta o conceito de servidor público, genérico, sobre o conceito de funcionário público, específico, sem que se houvesse esquecido dos que, não sendo servidores públicos, na medida da expressão, tornam-se, por motivos vários, responsáveis por ilícitos praticados contra a Administração Pública.

30. No art. 312, tratou o Código Penal do crime de peculato, muito embora não haja empregado o vocábulo, ao referir-se a

“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...”

31. Com a mesma abrangência, embora fora da órbita penal, dispunha o Código de Contabilidade Pública:

“**Art. 87** — Todos os responsáveis, de direito ou de fato, por dinheiros, valores e outros bens da União, ou pelos quais deva esta responder, ainda mesmo quando residam fora do país, ficam sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas que, de acordo com a lei, fixará a situação desses responsáveis para com a Fazenda Nacional, excetuados os Ministros de Estado.”

E o Decreto-Lei nº 199/67, de forma diversa, mas no mesmo sentido dispôs no art. 33:

“O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, a qual abrange todo aquele que arrecadar, ou gerir dinheiros, valores e bens da União, ou pelos quais esta responda, bem como, quando houver expressa disposição legal, os administradores de entidades da Administração Indireta ou de outras entidades.”

32. O peculato pode ser doloso ou culposo, sendo digno de nota que, em se tratando de culpa, nos termos do § 2º do artigo, quando concorre apenas para o crime de outrem, e o servidor (aqui empregamos o termo genérico) repara o dano causado antes da sentença irrecorrível, considera-se, **ipso facto**, extinta a punibilidade, e, se a reparação é posterior à sentença, reduz a pena pela metade. É curioso que, pelo Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, foi regulamentado o instituto da prisão administrativa, até 90 dias, para compelir os servidores omissos ou remissos em entrar para os cofres públicos com dinheiros a seu cargo.

33. Ocorre que, se a prisão administrativa deve ser providenciada tão logo constatado o alcance, e produz os efeitos desejados, quando apreciado

o ilícito na órbita da justiça criminal, já deverá estar ressarcida a Fazenda Pública, o que não altera a posição do responsável, salvo na hipótese do § 2º do art. 312.

34. No peculato identificam-se três aspectos essenciais, ou seja: uma apropriação indébita, ou desvio de dinheiro, valor ou bem móvel, a apropriação ou desvio deve incidir sobre a coisa pública ou de terceiros sob a guarda do Estado (como quando ocorre com os depositários públicos) e, finalmente, o servidor esteja ou possa vir a estar na posse imediata ou mediata da coisa ou valor.

35. O que a norma visa proteger é o interesse público, para que possa a Administração Pública cumprir a sua função na base da confiança dos administrados. O que o peculatório atinge não é tanto o patrimônio público, mas, e principalmente, a confiança na Administração Pública. A pena fixada indica a gravidade do crime, variando, como varia, de 2 a 12 anos de reclusão e multa de cinco a cinquenta mil cruzeiros, ou de detenção de 3 meses a 1 ano, se ocorre a hipótese do § 2º (crime culposo).

36. O objeto material do delito, como já ficou dito, são os valores, dinheiros, bens móveis, públicos, ou de terceiros sob a guarda da Administração Pública. Fato, porém, que tem causado dúvidas na exata caracterização do crime de peculato, quando ocorre desvio de bens móveis, é o uso do objeto, da coisa, fora do local de trabalho. O servidor remove máquina de escrever para a sua residência. O fato em si não caracteriza a ocorrência do ilícito, desde que resulte clara a intenção de utilizar-se dela em objeto de serviço. É necessária a pesquisa do *animus dolendi*, ou de culpa, em caso de furto, hipótese que estaria intimamente ligada a idéia consubstanciada na expressão subtrair. Se remove o objeto, com autorização superior, é iniludível a responsabilidade civil pela sua guarda, na ocorrência de furto, salvo evidência de força maior. Mas se o faz sem autorização, caracteriza-se a hipótese do § 2º do art. 312, quando ocorre o furto ou roubo.

37. Também a expressão “em razão do cargo” merece breve comentário. Não pode ser considerada apenas em função do cargo público. A autorização legalmente dada a terceiros inclui-se na expressão.

38. O ilícito pode caracterizar-se por ação ou omissão, e a tentativa, parece-nos, somente pode ser configurada, constatada, quando houver o flagrante e é punível com 2/3 da pena cominada para o delito consumado. Não se incluem, neste estudo, as sanções administrativas, nem o equacionamento da responsabilidade civil, que operam em instâncias distintas e independentes, muito embora todas possam estar ligadas ao mesmo elemento de prova. Em outras palavras, as sentenças e decisões não afetam uma e outra, apenas as provas concludentes podem embasá-las positiva ou negativamente. Há que se ter judicioso cuidado neste particular.

39. Já o peculato por erro de outrem, verdadeira usurpação de atribuições, difere dos casos anteriores, porquanto neste o servidor apropria-se do valor ou coisa que lhe advém em razão de erro de outro, também servidor.

Não ocorre a hipótese, quando se constata erro de cálculo em folha de pagamento, embora esteja sujeito o beneficiário à devolução do que indevidamente recebeu, desde que o fato não resulte de conluio.

40. Sobre peculato tem-se gasto rios de tinta, muitos tratados poderiam enfadar as prateleiras, mas a jurisprudência dos tribunais, seguida e farta, tem dado ao delito as interpretações que, no conjunto, exaurem todas as hipóteses viáveis de interpretação, pelo que não nos parece oportuno tecer maiores comentários na espécie.

41. O art. 314, cuidando do extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento oficial, interrompe a sequência dos crimes que se caracterizam pela sua natureza eminentemente econômica. Há, todavia, que considerar a hipótese de ser praticado dolosamente, com intuito de beneficiar terceiros, mediante vantagens financeiras, ou outras, para o servidor. Pode ocorrer, também, para ocultação de outros delitos, inclusive do próprio peculato doloso. Na hipótese, porém, o que a lei visa proteger é o interesse público, ou a custódia de prova documental ou de valor histórico. O sujeito passivo é o Estado, já que os documentos públicos lhe pertencem. Difícil será, porém, a ocorrência isolada do crime, ou seja, sem que o tenha o agente praticado com evidência de crime mais grave. Ocorre-nos a hipótese de que tenha o servidor concorrido para o extravio ou sonegação, sem o *animus dolendi*, v.g.: retira o documento para exposição ou exibição, embora sem autorização superior, considerada a hipótese de não se tratar de documento confidencial, reservado ou secreto. O fato material ocorreu, mas se disto não decorreu extravio, sonegação ou inutilização do documento, não se poderia imputar-lhe o crime, respondendo, porém, na instância administrativa e/ou civil. O dolo específico será, então, o elemento essencial para caracterizar o crime.

42. O art. 315, retomando a série dos crimes contra a Administração Pública, de natureza econômica, refere-se ao emprego irregular de verbas ou rendas públicas. Nesta hipótese, o sujeito ativo há de ser sempre o servidor público ou aquele a quem foi cometida a função pública, e a lei a que se refere o artigo é a orçamentária, já que é neste instrumento que o Poder Público, o Estado, fixa a programação do emprego de recursos que, em sua quase totalidade, advém da renda tributária. O Decreto-Lei nº 199, de 1967, no art. 53 estatui:

“As infrações das leis e regulamentos relativos à administração financeira sujeitarão os seus autores a multa não superior a 10 (dez) vezes o valor do maior salário mínimo, independentemente das sanções disciplinares aplicáveis.”

prevenindo, pois, o erro na gestão financeira dos recursos públicos. Do confronto dessa disposição com a do art. 315, verifica-se a manifesta intenção de caracterizar-se o crime na intenção dolosa do agente da administração. No primeiro caso, dar às verbas aplicação diversa da estabelecida em lei (orçamento) caracteriza infração de normas de administração financeira, e no segundo, ocorrerá o ilícito quando seja praticado com intenção dolosa geralmente em concorrência com outros crimes também previstos na parte

final do Código Penal. O sujeito ativo será sempre servidor público e o sujeito passivo será o Estado. O que nos parece essencial é que do ilícito praticado decorra dano patrimonial ou econômico para o erário, ou moral que atinge a Administração Pública no seu conceito público, ou a regularidade das atividades realizadas na consecução dos fins do Estado. De tal forma é difícil caracterizar-se a hipótese de ocorrer isoladamente o ilícito, que raramente se tem promovido a responsabilidade criminal, na hipótese, geralmente equacionando-se a civil ou administrativa, por suficientes para coibir o ilícito.

43. O art. 316 versa sobre concussão e o art. 317 sobre corrupção passiva. A leitura menos atenta leva ao entendimento de que seriam redundantes. Mas o certo é que, se ambas visam vantagens para o servidor, ou para terceiros, em razão da função exercida ou antes de assumi-la, diferem, todavia, essencialmente, pois que na primeira, a iniciativa, a exigência, cabe, de forma coativa, ao servidor, e na segunda, pressupondo apenas solicitação ou pedido, ou simples aceitação, configura delito menos grave, daí a diferente graduação da pena, no primeiro caso de 2 a 8 anos (multa de 2 mil a 20 mil cruzeiros), e, no segundo caso, de 1 a 8 anos (multa de 3 a 15 mil cruzeiros). Em ambos os casos, o sujeito ativo do delito é o servidor, e o passivo é o Estado, e o que a lei protege é a moralidade administrativa no que diz respeito à probidade dos servidores públicos. A diferença substancial entre ambos é que o particular, no primeiro caso, cede diante de uma coação, ao passo que, no segundo, participa no ilícito, oferecendo a vantagem, e tanto que neste caso a lei pune, hoje, ambos, com a mesma pena, já que as vontades convergem para o *animus delinquendi*, autêntico *pactum sceleris*, ou seja, a vantagem indevida. A concussão pode ser considerada, diante do *caput* do artigo e de seus dois parágrafos, como concussão tipo, com excesso de exação, ou seguida de peculato, variando nas três hipóteses a pena cominada, para firmar-se, na terceira, a mesma pena graduada para o crime de peculato (2 a 12 anos e multa de cinco a vinte mil cruzeiros).

44. Já a facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318), embora geralmente ligada a servidor público, pode, todavia, caracterizar ilícito praticado por particular ou terceiro, não ligado a serviço público, mas em co-autoria com aquele, desde que não se caracterize, quanto a este, o ilícito previsto no art. 334. Facilitar pode traduzir-se em ação ou omissão, geralmente culposa, ou simplesmente por simpatia ou outros interesses que não configurem vantagem pessoal; caso contrário, responderá, também, pelo crime de concussão ou corrupção passiva, conforme o caso.

45. O texto do art. 319 também se assemelha ao do art. 317, já que em ambos os casos o que define o ilícito é "retardar, deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo com infração de dever funcional", só que ocorre a corrupção passiva quando o servidor pratica o ato a título retributivo correspondente a auferição da vantagem indevida, o que não ocorre na prevaricação, onde o motivo é apenas interesse ou sentimento pessoal do servidor. O sujeito ativo é sempre servidor e o sujeito passivo é sempre o Estado, e a pena, por referir-se a ilícito de menor gravidade que a corrupção passiva, é menor (3 meses a 1 ano e multa de quinhentos a dois mil cruzeiros).

46. No art. 320, cuidou-se da condescendência criminosa. O tema é polêmico, visto como se caracteriza pela ocultação de infração praticada por outro servidor. O ilícito tem origem no direito disciplinar, e geralmente é punível com punição administrativa. A hipótese torna-se, todavia, mais concludente, quando caracteriza co-autoria. Quando se refere à ocultação de falta disciplinar, não se tem concebido a existência de ilícito criminal, desde que, transitando do superior para o inferior hierárquico, revela um grau de decisão daquele, ou tolerância administrativa, subjetiva; caso contrário, seria a paralisação dos trabalhos administrativos. Pressupõe-se, pois, condescendência, pelo menos, com falta grave, passível de punição administrativa com suspensão ou maior. Se ocorre a condescendência em relação a ilícito penal, já aí outras implicações podem surgir, até à co-autoria.

47. Advocacia administrativa (art. 321), um dos mais freqüentes crimes contra a Administração Pública, porque tanto mais freqüente, quanto de mais difícil caracterização. Nelson Hungria, sobre o assunto escreve:

“Na advocacia administrativa, ao contrário, a ação do funcionário é a de patrocinar, junto a qualquer setor da administração (e não apenas na repartição em que está ele lotado), valendo-se de sua qualidade, ou seja, da facilidade de acesso junto a seus colegas e da camaradagem, consideração ou influência de que goza entre estes, **interesse alheio** (naturalmente visando à remuneração por parte do interessado). Com todo o acerto esclarece Magalhães Drumond (obra citada, pág. 308): “a expressão patrocínio mostra que o interesse em causa é alheio, o qual também se faz interesse próprio por via da remuneração esperada e que estimula o patrocínio. Mas o interesse **patrocinado** é, de logo, interesse alheio.”

Não há que confundir a “advocacia administrativa” criminosa, com o livre exercício da profissão de advogado, como procurador, ou por procuratórios, junto à Administração Pública. O sujeito ativo do ilícito é o servidor público, e o sujeito passivo o Estado, e o que a lei protege é a moralidade administrativa, o conceito da Administração Pública, na pessoa dos seus servidores, sendo de anotar-se que a “advocacia administrativa”, sob o aspecto da moralidade administrativa, muitas vezes ocorre em detrimento do direito de terceiros, prejudicados no tempo e pelas preferências ilicitamente equacionadas.

48. A violência arbitrária (art. 322) compreende o emprego de força física ou maus tratos, ou vias de fato (ainda que não ofendam a integridade física), como esclarece Nelson Hungria, e, sob essa expressão genérica, ensina Garraud por ele citado: “sob essa expressão genérica, a lei abrange todas as violências, desde as mais graves, como o **homicídio** e as **lesões corporais**, até as mais leves, como as “vias de fato”, entendendo-se por esta última a expressão **maus tratos** que não consistam em **espancar** ou **ferir**, como, por exemplo, empurrar uma pessoa, puxá-la pelos cabelos ou pelas vestes, escarrar-lhe no rosto, arremessar-lhe um objeto para molestá-la (embora sem derrame de sangue) ou sujá-la, amarrá-la, arrebatá-la brutalmente algum objeto, vendá-la, amordaçá-la”. O emprego de força há de ser arbitrário, sem motivo. Faz-se mister que o exercício da função seja **causa**, não simples

ocasião do uso da violência. O objeto da tutela legal é o interesse público, visando evitar seja o poder público considerado em razão do medo, o **metus publicae potestatis**, transformando o Estado como mandante de atividade ilegítima. O sujeito ativo é o servidor público. Releva notar que a pena será a detenção de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência, nos seus vários aspectos.

49. O art. 323 cuida do abandono de função. O sujeito ativo é o servidor público e o sujeito passivo é o Estado. Pode ocorrer nas três modalidades do artigo, ou seja, o simples abandono da função pública, a decorrência de prejuízo à Fazenda Pública, e se o prejuízo à Fazenda Pública foi em zona de fronteira. Não se pode caracterizar o ilícito, se evidenciada força maior em proveito do servidor. O **animus abandonandi** deve ser rigorosamente apurado, porquanto o só afastamento do servidor, sem causa aparente, do exercício do cargo não caracteriza o crime. Aliás, também aqui vale a observação feita de que geralmente, ocorrendo apenas a hipótese do **caput** do artigo, a matéria se resolve na esfera administrativa, com as penalidades administrativamente fixadas. Não se pode, porém, deixar de analisar a caracterização legal do fato, na norma administrativa. Ocorre o abandono com 30 faltas consecutivas ou 60 interpoladas no período de 1 ano. Como a punição administrativa (demissão) é muito mais grave que a pena do Código Penal (15 dias a 1 mês), esta última hipótese vem sendo relegada, pelo que a maioria dos autores entendem que o art. 323 poderia ser suprimido; abolindo-se a figura delituosa (v. F. H. Mendes de Almeida).

50. Completando o Capítulo II, o Código Penal dispõe, afinal, nos arts. 324 a 326, sobre crimes que guardam íntima ligação com o comportamento do servidor público, com a sua atuação, como o exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado, violação de sigilo profissional e violação de sigilo de proposta de concorrência. O primeiro envolve matéria que melhor se resolve na instância administrativa que gradua penalidades mais graves, o segundo nas leis de segurança nacional, e, finalmente, a terceira, novamente nas normas administrativas, ou no âmbito do Direito Administrativo.

51. O art. 327 aborda a parte mais difícil do tema, e, talvez a mais polêmica de todo o Direito Administrativo: o conceito de funcionário público. Necessário se torna distinguir essa conceituação em dois aspectos distintos: o formal e o material. Formalmente, funcionário público é aquele que ocupa cargo ou função pública. Este conceito está mal esquematizado no Estatuto e nas leis que têm abordado a matéria. Evoluiu, porém, para abranger, de forma mais ampla, os indivíduos a quem, permanente ou eventualmente, é cometida a função pública, mesmo que não tenham vínculo definitivo com a Administração Pública, incluindo os que laboram na órbita periférica dessa Administração. Não há que confundir, porém, o elástico dado a expressão, ainda no conceito formal, com o conceito material de funcionário público (hoje na abrangência da expressão "servidor público").

52. Materialmente, funcionários públicos (servidor público) são todos aqueles que, de direito ou de fato, executam funções ou tarefas públicas, desde

que sejam, perante a Administração, responsáveis pela consecução das obrigações, tarefas, serviços ou missões que lhes sejam cometidos. O conceito que se infere da letra do art. 327 é o material, já que o funcionário foi ali considerado *ratione materiae*. Outra dúvida ocorre em relação aos que se equiparam a funcionário público, pelo exercício de cargo ou função pública em entidades paraestatais, já que o próprio conceito da paraestatalidade é difícil e controvertido, como esclarece Sílvio Santos de Faria, na sua obra **Aspectos da Parafiscalidade**.

53. Mas, pouco a pouco, a *mens legis* vai evoluindo para ampliar o conceito formal de funcionário público, como se observa, inclusive, no art. 93 do Decreto-Lei nº 200/67:

“Quem quer que utilize dinheiros públicos terá que justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.”

54. Um aspecto interessante a ser abordado é o do funcionário de fato, ou seja, as pessoas que episodicamente exercem atribuições pertinentes à função pública de direito, como se fossem funcionários. Ocorre muito em casos de emergência, como nos “engarrafamentos” de trânsito, quando um indivíduo, de boa fé, exercendo função que normalmente seria atribuível a agente da administração (guarda de trânsito), na sua falta, passa a dirigir o fluxo, objetivando o escoamento normal dos veículos. Também é típico da atividade de certos “clubes de serviço”, alguns considerados, até, entidades auxiliares da Administração Pública.

55. Não nos demoraremos na discussão do tema que, por si só, justificaria uma monografia, senão um tratado, e remetemos o exame do assunto aos inúmeros tratados, artigos, textos ou decisões judiciais que, no correr dos tempos, têm cuidado dessa conceituação.

III. Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral

56. Não somente o funcionário, ou servidor público, seja em sentido restrito, seja em sentido amplo, comete crime contra a Administração Pública; também pessoas que não tenham qualquer vínculo com esta podem cometer ilícito penal, do qual seja o Estado o sujeito passivo.

57. O art. 328, o primeiro da série, cuida da usurpação de função pública. Caracteriza-se quando o indivíduo, sem a mínima expectativa de título, exerce a função pública, pela fraude. Não é o caso do art. 324, onde existe, pelo menos, uma presunção de titularidade, antecipada ou prorrogada. O elemento material do delito será, pois, o fato de o sujeito ativo fazer-se apenas passar por funcionário público, como se infere do *caput* do artigo, com ou sem vantagem (parágrafo único). O Código teve o cuidado de referir-se só à vantagem, mas é claro que esta será sempre indevida, e pode ser considerada de dois modos diferentes, se a vantagem é apenas pessoal, como prestígio, conceito do indivíduo, sem que se caracterize a falsa qualidade, ou

se a vantagem é material, patrimonial ou pecuniária, quando outros delitos mais graves podem ser caracterizados, como até o estelionato.

58. Resistência a funcionário público no exercício da função, que não se confunde com a resistência à violência arbitrária, quando se chegaria até à legítima defesa; na realidade o crime ocorre da mesma forma, somente que em sentido inverso, ou seja, da parte (autora) para o funcionário (vítima), nos mesmos moldes da violência arbitrária do art. 322. O sujeito ativo, no caso, é o particular, e o passivo o Estado, na pessoa do funcionário, agente da Administração Pública. As penas são aplicáveis cumulativamente com as correspondentes à violência.

59. O artigo seguinte (330) cuida da desobediência a ordem legal do funcionário. A desobediência pode resultar de ação negativa ou omissão. O sujeito ativo é o particular, resistente, e o passivo é o Estado. A materialidade consiste em desobedecer ordem legal do funcionário. O ato legal deverá ser aquele praticado em relação com a função pública e decorrente de ordem legal de superior hierárquico, ou praticado por funcionário no legítimo exercício de função pública. Se um guarda de trânsito manda parar o veículo para exame da documentação, quando no seu plantão ordinário, ou se funcionando em emergências, caracterizar-se-ia desobediência, mas, se fora desses casos, emite a ordem fora do horário e local do exercício da função, ou sem a identificação funcional (documentos, farda, uniforme etc.) não se caracterizaria a hipótese. A matéria envolve, ainda, o exame do ato discricionário, sobre o qual muito se tem discutido e escrito.

60. Desacato a funcionário público (art. 331). Normalmente se confunde com a desobediência a ordem legal do artigo anterior, ou, com mais frequência, com o crime do art. 329, resistência à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça. O sujeito ativo é o particular, ou funcionário, fora do exercício legal da função, e o sujeito passivo é o Estado. Desacatar é o vocábulo chave da conceituação do delito. Será qualquer ato de particular que ofenda a integridade física ou moral de um funcionário no exercício da sua função. Daí a difícil caracterização do crime, porquanto pressupõe, quase sempre, delito mais grave, sem a cumulatividade da pena declarada em outras disposições.

61. Seguem-se a exploração de prestígio, a corrupção ativa, contrabando ou descaminho, impedimento, perturbação ou fraude de concorrência, previstos nos arts. 332 a 335, onde se caracteriza a ação em sentido inverso, ou seja, por particular, de idêntico ilícito praticado por funcionário e objeto de disposições anteriores. Apenas digno de nota o artigo 333, corrupção ativa, onde, além do que já se disse em relação ao artigo 317, anotaríamos a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Federal de Recursos, e publicado no DJ de 13-6-77, pág. 3.908:

“A. Crim. nº 2.795 — PA — Rel.: Sr. Ministro Armando Rolemberg. Rev.: Sr. Ministro José Neri da Silveira. Aptes.: Jorge de Oliveira Dupin e outros. Apda.: Justiça Pública. Advs.: Drs. Orlando de Melo e Silva, Ruy Barata e Sizenando Rodrigues de Barros Filho e outros. Designado p/lavrar o Acórdão o Sr. Ministro Aldir Passarinho.

Decisão: A Turma, por empate na votação, vencidos os Srs. Ministros Relator e Revisor, deu provimento parcial à apelação de Jorge Oliveira Dupin, Márcio José de Azevedo Ottoni e Orlando da Silva Lima para reduzir a pena aos mesmos impostas a 2 anos de reclusão, correspondendo a 8 meses pelo crime de descaminho e 16 meses pelo de corrupção ativa; por unanimidade, reconsiderando-se nesta parte os Srs. Ministros Relator e Revisor, acolheu o recurso de Antonio Arnaud Sampaio para reduzir a pena ao mesmo imposta a 2 anos de reclusão. (Em 26-5-75 — 3ª Turma).

EMENTA — Corrupção Ativa. Corrupção Passiva. Descaminho.

Comprovado que ficou terem os acusados oferecido vantagem indevida a funcionários públicos que praticaram violação a dever de ofício, caracteriza-se, por tal motivo, o crime de corrupção ativa, daí decorrendo a imposição da penalidade prevista no art. 333 do CP com o acréscimo pela qualificação do parágrafo único do mesmo artigo.

Se embora despachada a mercadoria, em nenhum instante ficou ela à disposição dos passageiros; e tendo mesmo desde o momento do despacho ficado sob o total controle das autoridades fiscais e policiais, cabível é que se caracterize apenas a tentativa de descaminho, com a pena prevista no artigo 334 do Código Penal.

O funcionário que recebeu a propina para praticar ato com infringência de dever funcional cometeu o crime de corrupção passiva (art. 317 do CP). Se ocorreu corrupção com vistas a facilitação do descaminho (art. 318), prevendo o § 2º do art. 317, como forma qualificada de corrupção passiva, chegar o funcionário a praticar o ato com infração de dever funcional, dá-se o conflito aparente de normas, com a aplicação da pena prevista no art. 317 com a qualificação do seu parágrafo primeiro, até porque a pena máxima do crime tipificado no art. 317 é maior que a do art. 318, embora a pena mínima deste último seja maior que a daquele.

Embora sejam atos distintos os pertinentes à corrupção passiva e à facilitação de contrabando ou descaminho, é certo que o § 1º do art. 51 do Código Penal não se refere a um só ato, mas sim a uma só ação, pelo que há de ver-se se ocorreu unidade de conduta e não prática de um só ato ou ocorrência de um só fato. A aplicação, assim, para o funcionário, da pena do art. 317 do CP com a qualificação do seu § 1º, mas em dosagem não inferior ao mínimo previsto para o crime do art. 318 do Código Penal.”

IV. Dos crimes contra a administração da justiça

62. Nesta última parte, examinaremos os crimes contra a administração da justiça, os quais, embora capitulados na parte relativa aos “crimes contra a Administração Pública”, no Código Penal, alguns autores os consideram à parte, em razão de não atingirem, especificamente, diretamente a

Administração Pública, mas, isto sim, os atos jurisdicionais das autoridades, como são considerados em outros países. No Direito Brasileiro, porém, desde que assim capitulados, não há que digressionar da fórmula adotada, inclusive porque guardam grande consonância com aqueles. Dentre estes citamos Nelson Hungria, Hely Lopes Meirelles (ob. cit., pág. 457) e Fernando H. Mendes de Almeida (ob. cit.).

63. O primeiro crime examinado no Capítulo (art. 388) é de reingresso de estrangeiro expulso que tem como pressuposto a decretação e execução regular da expulsão. O sujeito ativo é sempre particular, estrangeiro, e o sujeito passivo é o Estado. A materialidade do crime se traduz no reingresso fortuito, sub-reptício e irregular, ao território brasileiro. Mas ocorre-nos indagar: se o expulso, ao retornar ao país de origem, ou em outro país qualquer, configurada a hipótese de perseguição política, pedir asilo em representação diplomática brasileira? Como encarar o fato, se o seu simples ingresso na representação, dada a extraterritorialidade que tem, já caracteriza o reingresso em território brasileiro? Se o Brasil mantém convenção para extradição, resolve-se a questão, mas se não mantém, nem por isso deverá admitir a permanência do expulso por período maior que o da pena cominada no artigo (1 a 4 anos) sem prejuízo de nova expulsão, se não preferir, desde logo, inadmitir o asilo e expulsá-lo novamente. Como se vê, não é fácil a solução.

64. Denúnciação caluniosa (art. 339) é o crime de quem *mala fide*, diz Nelson Hungria, atribui falsamente a pessoa individuada uma determinada infração penal (crime ou contravenção), provocando contra o acusado atividade policial ou judicial. Neste caso, a materialidade se define no ato que atribui infração penal verdadeira a quem dela não participou ou que atribui a alguém infração penal inexistente. Não se confunde com o falso testemunho, dada a vinculação do agente ativo, nesta última ao processo judicial, policial ou administrativo, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, deixando o crime de ser punível se retratado antes da sentença, e agravada a pena de 1/3 se cometido mediante suborno e se para produzir prova em processo penal, conforme estatui o art. 342. — A denúnciação deve ser objetiva ou subjetivamente falsa, devendo estar em contradição evidente com os fatos. A jurisprudência, todavia, tem firmado que o processo contra o denunciante deve aguardar o reconhecimento judicial da inocência do denunciado.

65. A comunicação falsa de crime ou contravenção, prevista no art. 340, guarda certa sintonia com a denúnciação caluniosa e com o falso testemunho, visto como opera pela comunicação à autoridade da ocorrência de crime ou contravenção que sabe não se ter verificado. É de difícil constatação, porquanto a ocultação do crime ou do criminoso, sendo delito mais grave, via de regra, sugere ao agente ativo da falsa comunicação correr o risco, ante a ocorrência, ainda que aparente, do crime denunciado.

66. A coação no curso do processo, a fraude processual, o favorecimento pessoal ou real (previstos nos arts. 344, 347, 348 e 349) são todos capitulados em defesa da boa marcha do processo ou da ação da justiça. Sujeito

ativo são todos os que se encontrem, como autores, ligados à materialidade do fato, e o sujeito passivo é o Estado.

67. Fazer justiça com as próprias mãos, ou exercício arbitrário das próprias razões, como está no art. 345, e a ação destruidora sobre coisa própria em poder de outrem por determinação judicial não têm merecido grande preocupação dos autores, porque geralmente o ato delituoso, ou infração, são caracterizáveis como outros delitos.

68. Crime cuja caracterização ou materialidade também se torna duvidosa, na prática, é o exercício arbitrário ou abuso de poder, de difícil verificação. Há, todavia, que interpretar-se cuidadosamente o disposto no art. 350, principalmente nos seus itens I a IV.

69. Os artigos seguintes, 351 a 354, contêm matéria carcerária ou referem-se a medidas de segurança do criminoso objeto da ação delituosa aqui capitulada.

70. O art. 355, porém, sobre o patrocínio infiel, cuja oportuna definição do delito não se pode nem de leve discutir, refere-se ao advogado que trai o dever profissional, prejudicando interesse cujo patrocínio em juízo lhe é confiado. Além da materialidade que se traduz em agir, propositadamente em prejuízo do seu constituínte, o procurador ou advogado fere a ética profissional e sujeita-se, concomitantemente, às sanções previstas na norma específica. O artigo seguinte, 356, tem íntima ligação com o anterior, diferindo, porém, porque pode ser praticado em benefício da parte do constituínte, pelo seu procurador ou advogado.

71. O art. 357 prevê o crime de, mediante falsa alegação, influir juiz ou jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha, solicitar ou receber dinheiro da parte. De modo geral o fato, quando comprovado, acarreta outras cominações por crimes mais graves previstos no Código Penal.

72. A violência ou fraude em arrematação judicial (art. 358) geralmente se conceitua de forma semelhante à conceituação do crime previsto no art. 335 com a diferença de que o objeto da tutela penal no primeiro caso é apenas a arrematação quando promovida, não por entidade de direito público, mas por particular. Também aqui vale considerar que a comprovação do delito pode trazer, em seu bojo, a caracterização de delito punível com pena mais grave.

V. Conclusão

73. Importante, ao que percebemos, é que não se confundam as jurisdições administrativa e criminal. Ocorre-nos lembrar que, muitas vezes, ao concluir da apuração de ilícitos administrativos, as comissões de inquérito terminam por definir ou enquadrar o ilícito na conceituação criminal, invadindo a área de competência e jurisdição do Poder Judiciário. Já por diversas vezes têm o STF e o TFR se manifestado a esse respeito, consoante anota Waldir dos Santos no seu trabalho **O regime disciplinar do servidor público no Judiciário:**

"I — JURISDIÇÃO DISCIPLINAR E PENAL

A jurisdição administrativa não é mais do que o exercício mediante formas processuais análogas às prescritas ao processo judicial, do poder administrativo ordinário ou comum. A sentença penal pronunciada sobre o mesmo fato que constitui objeto de processo disciplinar vincula a autoridade administrativa", ensina-nos Francisco Campos (*Revista Forense*, volume 171, página 75).

E prossegue:

"Declarado pela Justiça Penal inexistente o fato delituoso, único dentre os apurados no processo administrativo que autoriza a exoneração do funcionário, não podem subsistir contra este os efeitos da sanção disciplinar que lhe foi aplicada."

Mas, "pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público". (Súmula 18 do Supremo Tribunal Federal.)

Assim como, "é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira." (Súmula 19.)

Ora, quando se tratar de fato único, pode ele ser negado pelo Judiciário ou pode não ser reconhecida nele configuração de ilícito penal. No primeiro caso:

"Se a justiça criminal nega a existência do fato, não pode subsistir a pena disciplinar imposta pela autoridade administrativa com base nesse mesmo fato." (Recurso Extraordinário nº 39.505-DF, in "DJ" de 26-3-62 — Apenso, pág. 70) e,

"Funcionário demitido a bem do serviço público com fundamento em processo administrativo e absolvido em ação penal intentada pelos mesmos fatos, tem direito líquido e certo à reintegração, na ausência de qualquer resíduo." (Decisão por maioria — RMS 9.826-SP, in "DJ" de 3-1-63 — Apenso, pág. 16, e *Revista Trimestral de Jurisprudência*, volume 24, pág. 401.)

Entretanto,

"Absolvição criminal. Resíduo. Mantida a demissão porque não excluída a possibilidade de ter havido resíduo para a punição administrativa." (RE 55.101-SP in "DJ", 11-8-65, pág. 1932; e ERE 55.101-SP, in "DJ", 20-11-67, pág. 3.844.)

No segundo aspecto, tem que se ter em vista que "o mesmo fato pode não ser bastante grave para configurar um crime e, todavia, constituir falta que justifique uma pena disciplinar como é a demissão". (RE 50.722-GB, in "DJ", 16-11-63 — Apenso, pág. 760, e *RTJ*, volume 23, pág. 491; MS 15.166-DF, in "DJ", 27-5-66, pág. 1.785, e *RTJ*, volume 37, pág. 21; RE 55.074-PE, in "DJ", 20-8-64 — Apenso, pág. 623; MS 8.369-DF, in "DJ", 12-9-61, pág. 1.897; MS 18.664-DF, "DJ", 8-8-69, pág. 3.390.)

Assim é que,

“Se a justiça criminal negar o fato ou a autoria, já não será possível, com base nele, manter a demissão, pois que cumpre observar o princípio segundo o qual, embora sejam independentes a responsabilidade civil e a criminal, não mais se poderá questionar noível sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.” (Código Civil, art. 1.525). (RE 50.722-GB; MS 15.166-DF; RE 55.074-PE.)

Com efeitos diferentes dos da absolvição por ter o Judiciário negado o fato, temos a absolvição penal por falta de prova que “não exclui a verificação administrativa da falta funcional”. (RE 43.964-RJ, in “DJ”, 1-10-62 — Apenso, pág. 514.)

“Ilícito penal e ilícito administrativo. A absolvição por insuficiência de prova para a condenação no Juízo Criminal não afasta a aplicação da sanção administrativa, decorrente de processo regular. Inteligência do art. 1.525 do Cód. Civil e do art. 386, VI, do Cód. de Processo Penal.” (RE 67.837-PR, “DJ”, 20-2-70, pág. 457.)

Ainda, “a sentença absolutória no juízo criminal, por não existir prova para a condenação, não impede o procedimento disciplinar na instância administrativa” (decisão contra os votos dos Ministros Vilas Boas, Relator; Hermes Lima e Victor Nunes Leal — Embargos em Recurso Extraordinário (ERE) 50.886-SP, in “RTJ”, volume 41, pág. 552).

Assim, “a jurisdição administrativa disciplinar não fica prejudicada pela sentença absolutória, do Juízo Criminal, se este não negou a ocorrência do fato incriminador, atribuído ao funcionário, nem a sua autoria.” (RE 45.766-GB, in “DJ”, 11-8-61, página 1.609.) Com a mesma orientação dos julgados do Tribunal Federal de Recursos: Apelação Cível 19.864-GB, in “DJ”, 22 de agosto de 1966, pág. 2.788, e Apelação Cível 17.439, in “DJ”, 8-9-64, pág. 3.218; AC 20.678-PB, in “DJ”, 5-10-70, pág. 4.622.

Como também, “a decisão no processo administrativo não depende da criminal, a não ser que decida sobre a existência do crime ou da sua autoria”. (RMS 17.367-PB, in “DJ”, 28-6-68, pág. 2.441.)

Admite-se também que “a Administração pode, mediante processo administrativo, demitir o funcionário antes do pronunciamento da justiça sobre a imputação de crime a ele feita”, não aceitando a argumentação de que, “enquanto não julgado criminalmente, não podia ser afastado do cargo”, porque “isto seria a subversão das normas administrativas”. Entretanto, “se houver absolvição, então, volta-se atrás e é o funcionário reintegrado em suas funções”. (MS 6.989-GB, in “DJ” 17-9-62 — Apenso, pág. 457, e RTJ, volume 14, pág. 88; MS 16.404-DF, in “DJ”, de 18-5-67, pág. 1.431, e RTJ, volume 41, pág. 599.)

Da mesma forma que “o que pode constituir coisa julgada é a absolvição pelo juiz, não o fato de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia”, pois que só a decisão judicial, com trânsito em julgado, negando a

existência ou a autoria do fato que determinou a punição, poderia prejudicar a jurisdição administrativa." (MS nº 19.820-DF, in "DJ", de 1-7-70, pág. 2.754.)"

74. A harmonia social, ideal que se busca realizar na organização política e administrativa do País, não encontra apenas na definição do ilícito penal, na pena que coíbe, a garantia que se pretende obter, senão os tribunais criminais estariam desertos e as prisões vazias, restando ao aparelho judiciário o exame de questões civis, ou de outra ordem, que não penal.

75. Vale dizer que em nada resulta se o Estado, além da organização dos serviços, do aparelhamento administrativo, judicial e legal, não promove a educação do homem, o seu treinamento para o convívio social. Não basta que o indivíduo não pratique o ilícito por medo da consequência; é preciso que não o faça porque lhe repugnam a lesão, a infração, o ilícito — porque sabe que só o bem gera o bem e, em decorrência, o mal não pode gerar o bem. Sendo a nação o conjunto de indivíduos, e o Estado a nação politicamente organizada, evidencia-se que o homem é a meta, a razão de ser da própria existência do Estado e é visando o homem que o Estado deve agir, identificado com a ordem jurídica, jamais considerado como um fim em si mesmo, pois que é meio e como meio deverá sempre agir, ministrando a justiça, provendo, com os serviços que presta, o bem comum.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- 1) ALMEIDA, Fernando H. Mendes de — *Dos crimes contra a Administração Pública.*
- 2) CAMPOS, Francisco — *Exposição de Motivos — Código Penal.*
- 3) FARIA, Bento de — *Código Penal Brasileiro.*
- 4) FARIA, Sílvio Santos de — *Aspectos da parafiscalidade.*
- 5) FONTOURA, Amaral — *Sociologia jurídica.*
- 6) GARCIA, Basileu — *Instituições de Direito Penal.*
Dos crimes contra a Administração Pública.
- 7) GEZE, Gaston — *Droit Administratif.*
- 8) HUNGRIA, Nelson — *Comentários ao Código Penal.*
- 9) LIMA, Miranda — *Do crime de usurpação de função pública.*
- 10) MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Administrativo Brasileiro.*
- 11) MORAIS, Dídimo de — *Peculato.*
- 12) SANTOS, Waldir dos — *O regime disciplinar do Servidor Público no Judiciário.*
- 13) SILVA, Gomes da — *Contrabando e descaminho.*
- 14) VALINE, Marcel — *Traité Élémentaire de Droit Administratif.*