

Criminalidade na Administração Pública Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígio*

Álvaro Mayrink da Costa
Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.
Professor da EMERJ e Presidente do seu
Fórum de Execução Penal.

1. Ao referir-se à **administração pública**, não se está imediatamente protegendo o Estado, mas o *funcionamento de seus órgãos*, num conceito mais amplo compreendendo toda a administração estatal dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Sanderlli ressalta, numa visão contemporânea, que as funções fundamentais do Estado objetivam estabelecer novas regras, gerais e abstratas (legislativa), cuidar dos interesses públicos que lhe são próprios (administrativa), valorar o comportamento humano com patamar normativo (judiciária) e determinar a orientação política (governo). A expressão *administração pública* não está empregada no sentido técnico do direito administrativo ou constitucional dada a maior amplitude, compreensivo da *atividade total do Estado e de outros entes públicos*. Anoto que o objeto jurídico da tutela penal é a *normalidade funcional*, a *probidade*, o *prestígio* e o *decoro* da administração pública.

1.1. Por outro lado, observo que o **conceito de administração pública**, quando empregado pelo legislador penal, não tem

* Texto atinente à palestra proferida na 204ª reunião do Fórum Permanente de Execução Penal - EMERJ, realizada 04.11.2010.

que obrigatoriamente coincidir com a noção administrativista, entendido em sentido *funcional*, como o conjunto, historicamente variável, das funções próprias do Estado, objetivando o bom funcionamento da vida comunitária. Portanto, repetindo Chiarotti, a Administração Pública abarca *toda a atividade estatal* como conjunto de entes que desempenham funções públicas e toda e qualquer atividade desenvolvida para a satisfação do bem comum. Nosso legislador seguiu o *modelo tradicional* na classificação destes injustos penais ao separá-los, praticados por funcionários (*intranei*) ou por particulares (*extranei*), de forma comissiva ou omissiva, causando ou expondo a perigo de dano a função pública. Os injustos penais *funcionais* são os realizados pelo funcionário público no exercício real e efetivo de suas funções (*delicta in officio*), dividindo-se em *próprios* (só praticado pelo funcionário no exercício da função pública) e *impróprios* (o ato seria criminalizado ainda que o sujeito ativo não fosse funcionário público).

1.2. Gize-se que o Código Penal francês (1810), em virtude da influência totalitária de Napoleão, antiliberal, abre sua Parte Especial com “*crimes e delitos contra a coisa pública*”. Aliás, é a orientação marcadamente autoritária que encontramos no movimento codificatório dos injustos penais em todos os códigos de países dominados pelo totalitarismo. Os doutrinadores registram a correção feita pelo Código Penal brasileiro (1940) de real valor técnico diante dos Códigos de 1830 e 1890 (“*Dos crimes contra a boa ordem e administração pública*”), que previa os injustos praticados por funcionários, salvo o peculato, que se encontrava no rol dos injustos *contra o tesouro e a propriedade pública* (1830), ou tão só os injustos *funcionais* (1890).

1.3. Não se pode deixar de assinalar o intenso intervencionismo estatal com a criação de novos tipos penais, olvidando-se a *sistematização* da codificação e o *princípio da proporcionalidade* diante do alargamento da persecução penal. A incapacidade de agir da Administração Pública proporcionou o puro imediatismo da *criminalização simbólica* para dar respostas imediatas aos justos reclamos da sociedade. Registre-se a tarefa de determinação do bem jurídico imediato, sem esquecer o bem maior que lhes

confere unidade. Seguimos a tradição do direito comparado ao fazer a distinção entre “crimes contra o Estado” e “crimes contra a administração pública”. O Código Penal de 1940 deixou para a legislação especial o elenco de injustos penais contra a *existência*, a *segurança* e a *integridade* do Estado e o emprego da economia popular, os então crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares.

2. A definição de **funcionário público**, embora situada no capítulo pertinente aos injustos praticados por funcionários contra a administração em geral, aplica-se a toda a legislação (“para fins penais”). O art. 327 do Código Penal (“Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”), diante de uma sociedade em *funcionamento* em que o crime é um fenômeno normal, veio a sofrer atualizações através da Lei nº 6.790, de 23 de junho de 1980, que fez acrescentar o atual § 2º (“A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargo de direção ou assessoramento do órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”) e a Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, que deu nova redação ao § 1º do citado dispositivo legal (“Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”).

2.1. O Código Penal de 1940 adotou um **conceito unitário de funcionário público**, não seguindo o Código Rocco que fazia a distinção entre *funcionário público* e *encarregado de serviço público*, evitando-se um mar de incertezas. Hungria já advertia que “não é propriamente a qualidade de funcionário que *caracteriza* o crime funcional, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício da função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou *per accidens*”. Toda atividade pública

tem uma finalidade pública realizada em razão de um interesse público. É o *efetivo exercício da função pública* que, para efeitos penais, caracteriza o funcionário público e difere do elaborado pelo Direito Administrativo. Em resumo, pouco importa que seja permanente ou eventual, voluntário ou obrigatório, gratuito ou remunerado, a título precário ou definitivo.

2.2. O legislador considera **funcionário público para efeitos penais** quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce *cargo* (conjunto de atribuições e responsabilidades específicas, com denominação própria e estipêndio correspondente criado na organização do serviço público, para ser provido e exercido por um servidor, na forma estabelecida *ex lege*), *emprego* (contratação estabelecida por lei por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob a regência da Consolidação das Leis do Trabalho) ou *função pública* (conjunto de atribuições que o poder público impõe aos seus servidores para a realização de seus próprios fins). A *função pública* é realizada na esfera de âmbito dos três poderes, e poderá resultar de eleição, nomeação, contrato ou mera situação de fato.

2.3. A Carta Política estabelece que a administração pública, *direta* ou *indireta*, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos *princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*. Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. Por último, são **servidores públicos** os agentes que, exercendo com caráter permanente uma função pública em decorrência da relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica. Com a edição da Lei nº 9.983/2000, ficam incluídas na *equiparação* as pessoas que trabalham para empresas prestadoras de serviços contratadas ou conveniadas para execução de atividade típica da Administração Pública. A equiparação na esfera de âmbito da *majorante* só alcança os ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgãos da administração direta, sociedade

de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público. A interpretação é restritiva. O Supremo Tribunal Federal decidiu, ao conceituar funcionário público, que abrangeria todos os que exercessem cargo, emprego ou função pública, no âmbito de qualquer dos poderes.

3. O **peculato**, em todos os tempos, foi severamente punido, embora nem sempre com o conteúdo jurídico contemporâneo. Na Antiguidade, a palavra *peculato* significou genericamente o furto (*furtum* próprio ou impróprio) de coisas sagradas (*sacrilegium*) ou públicas, dando-se real importância à *qualidade da coisa, ao especial direito de propriedade e não, ao turbamento da função pública e ao abuso do exercício do ofício público*. Na Idade Média, observamos que, em geral, o peculato era punido com penas atroztes, sendo comum a aplicação cumulativa da pena de infâmia que alcançavam o morto. Aliás, o Código de Florença previa que aquele que fugisse com o dinheiro público deveria ser amarrado à cauda de burro e arrastado pelas vias da cidade; já no de Veneza, os condenados tinham seus nomes esculpidos no mármore como pena de infâmia perpétua. No século XVIII, a pena foi mitigada, e geralmente era o peculato punido como furto qualificado. Ao curso do tempo, as penas foram abrandadas, tendo sido em 1717 decretada anistia geral e com a edição do Código Penal napoleônico (1810), criminalizou a conduta sem o *nomen iuris* de peculato (*Des soustractions commises par les fonctionnaires publics*), abarcando sob a figura do *forfatures* outros abusos funcionais. Observa-se, à época, a confusão conceitual entre peculato e concussão, sublinhando-se que o Código da Baviera titulava como *infidelidade no exercício das funções públicas*, espécie do crime de peculato. O Código Zanardelli (1889), com o *nomen iuris* de peculato, abarcava todas as modalidades, criminalizando o ato do funcionário público converter em uso próprio o dinheiro e outras coisas móveis que lhe foram confiadas *ratione officii*.

3.1. Observamos que o nosso Código Penal de 1830 afasta-se do Código Penal francês (1810), não incluindo o peculato entre os crimes funcionais, mas classificou-o de forma diversa, restringindo aos bens pertencentes ao Estado, razão pela qual é alocado no

título VI, que se ocupa “*Dos crimes contra o Tesouro Publico e a propriedade publica*”. O Código Penal de 1890 classificou, no título V, “*Dos crimes contra a Boa Ordem e Administração Pública*”, reunindo-o entre os injustos “*Das malversações, abusos e omissões dos funcionários públicos*”. O Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923, passou a dar maior amplitude definidora e agrava as penas então cominadas, incluindo na esfera do peculato a apropriação de bens móveis particulares, na posse de funcionário público em razão do cargo. Anote-se que, à época, os Códigos modernos já tinham preocupação acauteladora dos bens sociais, iniciada pelo Código francês, segundo o qual há no injusto de peculato não só uma ofensa à propriedade, mas principalmente, à especial confiança depositada no funcionário público, razão pela qual se incluía na classe dos crimes contra a boa ordem da administração pública. O nosso Código Penal de 1940 trata do peculato no elenco “*Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral*”.

3.2. A definição legal dada pelo Código Penal de 1940 não se afasta dos Códigos contemporâneos, apresentando forma até mais precisa: “*Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio*”. O **objeto jurídico da tutela** é duplo: de um lado, o interesse jurídico-patrimonial do Estado; e, de outro, a probidade e a fidelidade dos funcionários para garantir o normal funcionamento e a imparcialidade da administração pública, base de um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, posiciona-se a doutrina, que destacava a defesa dos bens patrimoniais da administração pública e o elevado conteúdo éticopolítico pertinente à probidade como índice de progresso moral e da educação política dos povos. Comungamos na repressão de abusos de cargo por parte de funcionários públicos no sentido de garantir a intangibilidade da legalidade material da administração e os interesses patrimoniais do Estado. Diante do duplo objeto jurídico da tutela, optaríamos pela ideia de legalidade da administração relacionada com a probidade dos funcionários. O **objeto material da ação** é o dinheiro, valor

(títulos, apólices, ações) ou qualquer outro bem móvel, fungível ou infungível (desde que passa a ser transportada), possuído em razão do ofício ou serviço. Trata-se de injusto próprio, comissivo, material, de lesão, de forma livre, instantâneo, plurissubsistente e unilateral (plurissubjetivo, na modalidade negligente). O **sujeito ativo**, tratando-se de injusto próprio, só poderá ser funcionário público ou a ele equiparado. A condição de funcionário público é qualidade elementar ao injusto do tipo que se comunica aos coautores ainda que não sejam funcionários públicos. É necessário que o **extraneus** tenha consciência da condição de funcionário público do sujeito para responder por coautoria no injusto de peculato. Se o sujeito ativo não tiver a posse, o injusto praticado será de peculato-furto ou simplesmente de furto. O agente apropria-se de dinheiro, valor ou outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo que ocupa. Dir-se-ia que o servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público. Todavia, para efeitos penais, como já foi dito, funcionário é também quem exerce emprego público ou, de qualquer modo, função pública. Daí o acerto da posição de Maggiore de que o sujeito ativo pode ser também o “funcionário de fato” e o “funcionário incompetente”, desde que não se trate de incompetência absoluta, caso em que se converte em usurpador.

Se o recebimento do dinheiro, valor ou outro bem móvel não decorrer do cargo em que está investido, inexistente violação do dever **ratione officii**. A hipótese seria de apropriação indébita e não, de peculato. Aliás, sobre o *thema*, a ocupação do cargo público deve resultar de regular nomeação oficial e, se se trata de ocupação de fato, cumpre distinguir: **a)** se a ocupação é inteiramente arbitrária, o que se tem a identificar no agente é um usurpador, incidindo nos injustos de usurpação de função pública, estelionato ou furto, mas jamais em peculato; **b)** se a ocupação de fato resultou de nomeação irregular, que vem a ser posteriormente anulada, a solução é pelo reconhecimento do peculato, operando **ex nunc**. Se o agente for prefeito municipal que se utiliza indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de serviços de funcionário, poderá, eventualmente, incidir no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201, de

27 de fevereiro de 1967. O **sujeito passivo** imediato é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal, municípios, entidades paraestatais, autarquias ou sociedades de economia mista, diante da sua equiparação). Se o objeto material da ação pertence ao particular (proprietário do bem apropriado ou desviado, que se encontrava na posse, guarda ou custódia da administração pública), este será o sujeito passivo mediato do injusto de peculato. O art. 552 da Consolidação das Leis do Trabalho equiparou o peculato aos atos praticados em detrimento das *associações sindicais*.

3.3. Questão temática importante diz respeito à aplicação do **princípio da insignificância** nos injustos contra a administração pública, diante do valor ínfimo do dano material causado à administração pública, quando estudamos o objeto jurídico da tutela com a sua duplicidade: de um lado, o interesse jurídico patrimonial do Estado e, de outro, a probidade e fidelidade dos funcionários para garantir o bom andamento e a imparcialidade da administração pública. O entendimento **(a)** majoritário é no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância nos injustos contra a administração pública, mesmo que o valor da lesão seja bagatela, porque a norma buscaria resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa. Em sentido oposto **(b)**, há manifestação do Supremo Tribunal Federal acolhendo a “circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar”.

O novo Direito Penal, com patamar no **princípio da fragmentalidade**, assume um caráter subsidiário, dirigido para o que é relevante, afastada a sua atuação desnecessária e desproporcional. A nosso sentir, nos injustos contra a administração pública, sendo o valor patrimonial da lesão ao erário mínimo, a atuação penal se torna desnecessária e desproporcional, reservando-se para a esfera de âmbito do Direito Administrativo, a questão pertinente à violação do princípio da moralidade administrativa. Não vemos, pois, que a duplicidade da tutela pessoal fique violada, diante dos princípios da *fragmentalidade*, da *intervenção mínima*, da *lesividade* e da *proporcionalidade*, pois não assume um caráter dirigido para

a *tutela de bens relevantes*, visto que as instâncias administrativa e cível são bastantes para a reprovabilidade do atuar moralmente desvalorado.

4. A conduta criminalizada no núcleo reitor derivado, **peculato-apropriação**, consiste no ato de apropriar-se (figura denominada de *peculato-apropriação* que significa assenhoriar-se, apossar-se, no todo ou em parte, dispondo como fosse proprietário) o funcionário público (quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública), de *dinheiro* (moeda metálica ou papel em curso legal no Brasil ou no estrangeiro), *valores* (qualquer título, papel de crédito ou documento negociável conversível em dinheiro ou mercadoria, apólices, letras de câmbio, títulos da dívida pública, notas promissórias, cartões de garantia ou crédito), ou *outro qualquer bem móvel* (toda coisa dotada de utilidade, não considerada imóvel, que pode ser apreendida e removida de um lugar para outro).

O Estado responde civilmente pelos danos causados por seus funcionários ao patrimônio de particulares que se encontram sob sua custódia. O legislador destacou a expressão *dinheiro* para afastar o entendimento da doutrina anterior, que não admitia *peculato de coisa fungível*, só de *coisas infungíveis*. Aduza-se que a mistura do dinheiro do funcionário público com o da administração, apenas para facilitar o troco, é atípica. Outrossim, não se equipara a prestação de serviço de um funcionário a outro, sendo a conduta atípica, pois funcionário não é coisa, *de que tem a posse em razão do cargo* (o legislador de 1940 não mais fez distinção entre posse e detenção referindo-se tão só que o funcionário (a) deve ter a posse da coisa *ratione officii*; (b) deve haver uma relação objetiva, existente entre a posse (legítima e lícita) e o cargo e não uma mera relação de confiança subjetiva; (c) excluindo a entrega abusiva ou uma usurpação de função pública. O **pressuposto** é de que o agente detenha ou tenha a posse de coisa móvel sobre a qual incida o ato, caso contrário configuraria o **peculato-furto**. A posse deverá advir do cargo ocupado pelo funcionário público, observada em sentido amplo (disponibilidade jurídica). Repetindo os doutrinadores, que exista uma relação de causa e efeito entre o funcionário público e a posse da coisa decorrente do cargo.

Para a **consumação** não se exige a prestação de contas, nem exclui o peculato a prévia caução ou depósito de fiança prestado na investidura do cargo. A antiga doutrina não via configurado o injusto de peculato quando se tratasse de coisa fungível, restringindo às coisas infungíveis. Haveria apenas a *obrigação de devolver*, somente cabendo uma ação civil ou mera irregularidade administrativa.

O **momento consumativo** no peculato-apropriação ocorre quando o funcionário público converte em seu o dinheiro, valor ou outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo. Sendo instantâneo se consuma que passa a operar *ut domini*. O **elemento subjetivo** no peculato-apropriação é representado pelo dolo, vontade livre e consciente de apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular com *animus rem sibi habendi*, requerendo de forma implícita o elemento subjetivo do injusto consistente no especial fim de agir (“em proveito próprio ou alheio”).

5. Na parte final da figura nuclear reitora situa-se o denominado **peculato-desvio**, lê-se: “ou desviá-lo” (consiste no ato de dar destinação ou emprego diverso daquele que estava destinado tanto natural como jurídico). Inexiste, por parte do peculatório, na modalidade de desvio o *animus rem sibi habendi*, podendo caracterizar-se com o mero uso irregular. No peculato-desvio é requerido, além do dolo, o elemento especial do injusto, que se constitui no desvio em proveito próprio ou alheio. Maggiore, sobre o *thema*, chamava a atenção quando o uso fosse momentâneo e sem o ânimo de apropriação, embora destacando que proveito é qualquer vantagem material ou moral, patrimonial ou não, diante da intangibilidade do patrimônio público. Repita-se que o proveito consiste em qualquer vantagem (pecuniária, material ou moral) proporcionada ao próprio agente (prestígio pessoal ou político) ou a terceiro.

A intangibilidade da coisa possuída *ratione officii* não permite a alegação de inexistência de prejuízo causado à administração pública pelo desvio. O Supremo Tribunal Federal admitiu como modalidade de peculato-desvio, o ato de congressista indicar e admi-

tir como secretária parlamentar pessoa que continuava a trabalhar em sociedade empresária de sua titularidade. Rejeitou a tese de atipicidade comportamental, sob o fundamento vencedor de que o serviço objeto material da conduta eram valores pecuniários, isto é, dinheiro referente à remuneração de pessoa como assessora parlamentar. O peculato-desvio se *consuma* com o real e efetivo desvio, independente do concreto proveito auferido para si ou para outrem. Para a configuração do injusto do tipo é imperativo que o uso da coisa se realize em contrariedade a qualquer finalidade de *utilidade pública*. É clássica a forma de desvio, como o uso de notas fiscais frias e recibos falsos para que as verbas públicas sejam aplicadas para fins diferentes daqueles para os quais foram contratados. Na hipótese de o agente mudar o destino da coisa em proveito da própria administração, haverá incidência comportamental no art. 315 do Código Penal (emprego irregular de verbas).

O **momento consumativo** no peculato-desvio, a consumação, ocorre quando o funcionário dá à coisa destino diverso do que foi determinado pela administração pública (desvio), objetivando alcançar proveito próprio ou alheio. O **elemento subjetivo** no peculato-desvio é representado pelo dolo, consciência e vontade de dar a coisa para fim diverso daquele determinado, requerendo-se o especial elemento subjetivo do injusto explícito (“em proveito próprio ou alheio”), ainda que sem o *animus rem sibi habendi*. Há a exigibilidade da presença do especial elemento subjetivo do injusto (“em proveito próprio ou alheio”). A restituição dos objetos e valores apropriados ou desviados tem repercussão na medida da pena.

6. O Código Penal de 1940 não abrigou a figura do **peculato de uso**. A posição adotada pelo anteprojeto de 1999 é a melhor ao criar a figura da improbidade administrativa (“Praticar o funcionário público ato de improbidade, definido em lei, lesivo ao patrimônio público”) aplicando-se a pena de 6 meses a 2 anos de detenção ou multa, se o fato não constitui crime mais grave, independentemente das sanções civis e administrativas. A postura pretoriana se direciona no sentido de que o peculato de uso só poderia ser reconhecido quando a coisa fosse infungível, sendo que no caso de dinheiro público, ainda com a capacidade e a restituição a tempo configura o *peculato-desvio*.

7. O legislador de 1940, sem rubrica lateral, previu a figura do **peculato-furto**, destacando sua incidência em duas hipóteses: **a)** o funcionário público, *ratione officii*, subtrai dinheiro, valor ou coisa pública ou particular, de que não tem a posse; **b)** o funcionário público concorre para que terceiro, podendo ser um *extraneus*, subtraia o dinheiro, valor ou coisa pública ou particular, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário público. Observa-se que a distinção, na hipótese, da subtração ou do concurso do injusto do tipo de furto, se dá em razão de o agente aproveitar-se da facilidade que a qualidade de funcionário público lhe proporciona. Hungria leciona que “a facilidade, a que se refere o texto legal, é qualquer circunstância de fato propícia à prática do crime, notadamente o fácil ingresso ou acesso à repartição ou local onde se achava a coisa subtraída”. Salaria que, ao contrário da legislação anterior, o Código de 1940 não exige que o concurso do funcionário ocorra mediante “ato de ofício ou emprego”, admitindo qualquer espécie de cooperação, “desde que relacionada à facilidade proporcionada pela condição de funcionário público”.

O **momento consumativo** ocorre quando da real e efetiva subtração do dinheiro, valor ou outro bem móvel público ou particular, da posse da administração pública. Admite-se a tentativa. No caso em que o funcionário concorre (deixa a porta aberta para a entrada dos furtadores), os coautores estranhos à administração pública responderão pelo injusto de peculato, pois condição elementar lhes é transmitida. O **elemento subjetivo** no peculato-furto é representado pelo dolo, vontade livre e consciente dirigida à prática dos atos incriminados na norma reitora, exigindo-se o elemento subjetivo especial do injusto, a obtenção de proveito próprio ou alheio (*animus lucri faciendi*). É indispensável que o agente tenha a consciência de prevalecer-se da facilidade que lhe é proporcionada pela sua condição de funcionário público.

8. A criminalização do **peculato culposo** é adotada pelos anteprojetos Sá Pereira e Alcântara Machado; foi mantido no Código Penal de 1940 com rubrica lateral (Peculato culposo: “Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem”). A conduta

criminalizada consiste no ato de facilitar ou proporcionar, por desatenção ou descuido, violando o dever de cuidado, a apropriação ou subtração de dinheiro, valor ou outro bem público ou particular, de que tenha a posse *ratione officii*. É relevante lembrar que inexistente participação dolosa em injusto negligente, ou vice-versa. Há exigibilidade da prática de um ato doloso por parte de terceiro para a configuração do injusto de peculato culposo, por ausência do dever de cuidado por parte do funcionário que tinha a posse da coisa *ratione officii*. O exemplo sempre citado é do funcionário desatento que na vigilância de um prédio público e, diante da ausência do dever objetivo de cuidado (guarda), permite que terceiros invadam e subtraiam bens ou valores. Hungria sintetiza que enquanto o funcionário desatento responde por peculato culposo, os demais responderão pelo título que couber (peculato próprio, peculato-furto, furto, roubo). Não basta que a conduta venha violar o dever de cuidado e cause o resultado; deve existir uma relação de determinação unindo a violação e a causação do resultado. É ponto fulcral o conceito de previsibilidade objetiva. Na hipótese, exige-se uma relação de causa e efeito entre os injustos, o primeiro permitir a realização do segundo. Ressalto que é a norma e não o autor que determina os requisitos do ato, sublinhando que dolo e culpa são ontológicos, porém estritamente normativos. O momento consumativo ocorrerá quando o *extraneus* realizar o injusto, pois inexistente tentativa em injusto culposo.

9. Se a **reparação do dano** é anterior à sentença irrecorrível, extingue-se a punibilidade. Contudo, se o ressarcimento for posterior, haverá redução da metade da pena imposta. O ressarcimento poderá dar-se pela restituição pura da coisa ou pela indenização correspondente ao seu valor. Se a reparação do dano ocorrer antes do trânsito em julgado, há, como foi dito, extinção da punibilidade, prejudicado o arrendimento posterior; se posterior, impõe-se a redução da metade da pena imposta, constituindo-se numa circunstância especialíssima que incumbe ao juiz da execução avaliar inclusive com os acréscimos legais, porém não excluindo as sanções de ordem administrativa. Tal regra desonera a incidência do art. 33, § 4º, do Código Penal, que veio a ser

acrescentado pela Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003 (“O condenado por crime contra a administração pública terá progressão de regime de cumprimento de pena condicionada à reparação do dano que causa, à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.”). A devolução do objeto material da ação no peculato doloso não extingue a punibilidade, mas deve influir na medida da pena imposta. Embora a Reforma Penal de 1984 tenha feito excluir o ressarcimento do dano no peculato culposo, corretamente, do elenco normativo do art. 107 do Código Penal, por uma falha, deixou de permanecer na Parte Especial, no art. 312, § 3º, do mesmo diploma, que contempla como causa especial extintiva da punibilidade, razão pela qual deve ser *reconhecida*. Na hipótese de coparticipação, a reparação do dano efetuado por um se estende aos demais, salvo ao terceiro que praticou o injusto a título doloso.

10. No peculato mediante erro de outrem, o Código Rocco foi a fonte para o anteprojeto Alcântara Machado, surgindo em nosso Código Penal de 1940 (“Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem”). Cogita-se da criminalização da conduta do funcionário público que, no exercício do cargo, apropria-se (recebe ou retém), indevidamente, para si ou para terceiro, dinheiro ou outra utilidade, valendo-se do erro alheio. No **objeto jurídico da tutela**, além do prestígio e normal funcionamento da Administração Pública, em destaque, a probidade dos funcionários públicos, mediatamente são tutelados os interesses patrimoniais de terceiros, no que tange a entrega de dinheiro ou utilidades ao funcionário no exercício do cargo público. A moldura situa-se na dicotomia “bom andamento e imparcialidade da administração pública” e “a esfera patrimonial da administração pública e o interesse na manutenção do destino do seu dinheiro ou da coisa móvel”. O **objeto material da ação** é o “dinheiro ou qualquer outra atividade” (*danaro o altra utilità*), no sentido de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular. A conduta criminalizada consiste no ato de apropriar-se (receber ou reter por erro de terceiro, *ut domini*, com *animus rem sibi habendi*) de dinheiro (moeda ou cédula ofi-

cial utilizada para a compra de bens e serviços) ou qualquer atividade (qualquer bem ou interesse móvel que represente interesse juridicamente relevante e valor econômico), que, no exercício do cargo (prevalecendo-se do efetivo exercício de suas funções *ratione officii*), recebeu por erro de outrem (o ato de terceiro deve ser espontâneo e voluntário, e jamais provocado, sendo que o dinheiro ou a atividade sejam recebidos indevidamente). Nesta modalidade não é pressuposto a posse anterior ilícita de dinheiro, valor ou qualquer bem móvel, do qual o funcionário se apropria, a coisa pública lhe chega por erro de outrem, de que se vale, ao receber ou não entregar, apropriando-se. O recebimento deverá ocorrer no exercício do cargo, isto é, *ratione officii*. Há opinião divergente fazendo a distinção “no exercício do cargo” de “em razão do cargo”, sob a máxima de que “o legislador não emprega palavras inúteis” (nos tempos contemporâneos, observamos vários textos legais eivados de contradições e de vocábulos inúteis). Assim, não teriam o mesmo significado jurídico-penal (quando estiver afastado do cargo por licença, férias, enfermidade), cometeria injusto do tipo de estelionato, diante do maior desvalor da conduta. O recebimento e a retenção devem ocorrer no real e efetivo exercício da função pública, caso contrário inexistirá peculato por erro.

10.1. A doutrina peninsular resume que o erro poderá ocorrer: a) sobre o que é devido (*an debeat*) ou sobre o *quantum* devido; b) sobre a pessoa a quem é feita a entrega; c) sobre a obrigação de entregar. Nas hipóteses citadas é indiferente a causa e a natureza do erro. O erro (voluntário e espontâneo) deve incidir sobre a entrega e não, sobre o recebimento. Na hipótese de o encarregado do pagamento entregar à vítima quantia menor que a devida e se apropriar da diferença, sua ação incide na norma inscrita no *caput* do art. 312 do Código Penal, ainda que, por erro, tenha entregado quantia menor, apropriando-se da diferença, posteriormente, ao fazer a verificação. Repita-se, é irrelevante a natureza do erro. Na hipótese de vencimentos pagos a mais ao funcionário público, só se consuma o injusto penal quando chamado a dar conta, cai em mora e não os devolve.

10.2. Admite-se a **coautoria** e a **participação de *extraneus***, desde que o particular tenha consciência da qualidade de funcioná-

rio público do agente. Como elementar do tipo de peculato, comunica-se. No caso de o particular não ter ciência da qualidade de funcionário público do agente haverá cooperação dolosamente distinta (“Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”).

11. Alguns setores da doutrina se referem à figura do denominado **peculato-estelionato**. Contudo, na esteira de Maggiore há distinção no campo *subjetivo*, quando o autor se aproveita do erro do sujeito passivo mediato, quando também no campo *objetivo*, diante da ausência de posse prévia da coisa e o injusto só pode recair sobre dinheiro ou qualquer outra atividade. Daí, não pode se confundir com o injusto de estelionato, visto que implica não tão só em uma indução a erro, por iniciativa do autor, mas também o emprego, por sua parte, de artifícios ou enganos. A **consumação** ocorre quando o agente se apropria do dinheiro ou outra qualquer utilidade que lhe é entregue por erro, passando a dela dispor (*ut domini*). Não típica esta figura quando o funcionário exige ou provoca o recebimento, mas tão só quando se aproveita para apropriar-se do dinheiro ou qualquer utilidade diante do erro de quem lhe paga ou entrega. Admite-se a tentativa. O **elemento subjetivo** é representado pelo dolo, vontade livre e consciente dirigida à apropriação indébita por erro, no exercício da função pública, não se exigindo especial elemento subjetivo do injusto. Todavia, o agente deve ter a consciência do erro e do exercício da função pública, podendo a apropriação ocorrer após o recebimento de boa-fé. Enfim, o que caracteriza esta modalidade de peculato é que o dolo surge em momento posterior ao recebimento, pois até este instante teoricamente o funcionário atua de boa-fé. Repita-se o dolo é concomitante ao momento consumativo.

12. Na *Lex Duodecim Tabularum*, a *corrupção* era conhecida como *crimen repetundarum* (de a *repetendis pecuniis*) que objetivava punir os juízes corruptos e declarava a impunidade do corruptor que confessasse o ato. Com Justiniano foi implantado o sistema de penas diferenciadas, pois o juiz cível era punido com a

pena pecuniária consistente no triplo do valor recebido, ao passo que o juiz penal era punido com a pena de exílio ou o confisco. O injusto do tipo de corrupção sempre produziu um grave dano político, sendo a corrupção punida do mesmo modo da concussão nas *leggi Calpurnia, Servilia, Cornelia e Julia de repetundis*. Na Idade Média, seguia-se o sistema de equiparação linear punindo-se o corrupto e o corruptor com as mesmas penas (*corrumpens iudicem tenetur poena, quae tenetur index corruptus*), no texto de Farinácio. O Direito moderno é balizado pelo Código Penal francês (1810), que previa que o corruptor ativo “*sera punis des mêmes peines que le fonctionnaire, agent ou préposé corrompu*”, cominando idêntica resposta penal ao corruptor e a funcionário público corrompido. Os nossos Códigos de 1830 e 1890 admitiam a bilateralidade, o concurso necessário como o Código Penal italiano de 1930. O Código Penal de 1940 vem a dar o *nomen iuris* de “corrupção ativa” (“Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo praticar, omitir ou retardar ato de ofício”). A pena era de reclusão, de um a oito anos, e multa, tendo sido alterada pela Lei nº 10.263, de 12 de novembro de 2003, para reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; e, no parágrafo único, a majorante (“A pena á aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”), com a mesma pena cominada à corrupção passiva. A pena passa a ser majorada da metade, diante da alteração introduzida pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002.

12.1. A corrupção como categoria geral abarca a **corrupção ativa e passiva, o peculato e o peculato de uso, o tráfico de influência, a exploração de prestígio, o abuso de poder e a lavagem de dinheiro**. Sob um enfoque crítico constitui-se na violação dos deveres jurídicos, deontológicos e éticos associados ao desempenho de qualquer cargo público ou político, objetivando vantagens individuais ou organizacionais ilegítimas. Sublinho que, ao contrário da criminalidade convencional, a criminalidade do colarinho branco, onde se insere a corrupção e as práticas ilícitas conexas, possuem como protagonistas pessoas com um perfil di-

verso, pois caracterizadas por um ambiente familiar, profissional e social estável e produtoras de uma grave ofensividade ao bem jurídico que atingem *erga omnes*.

13. A **corrupção ativa** consiste no ato de oferecer e prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Na corrupção passiva, a corrupção ativa poderá ocorrer em duas modalidades: **a)** corrupção ativa própria (“praticar ato de ofício” e “infringir dever profissional”) ou omissiva (“omitir ou retardar ato de ofício”); **b)** corrupção ativa imprópria (ato de ofício, sem infração do dever funcional). O **objeto jurídico da tutela** é o prestígio e a dignidade da Administração Pública no que concerne à probidade e ao decoro da função pública e de seus agentes. O **objeto material da ação** é a vantagem ilícita. O **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa, inclusive um funcionário público, que atue como particular (extraneus). Diante do nosso modelo que autonomizou as corrupções ativa e passiva com tipos penais independentes, inexistente concurso de pessoas, o ativo incide na violação comportamental descrita no tipo do art. 333 e o passivo no do art. 317 do Código Penal. O **sujeito passivo** é o Estado, representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, não tendo aplicação a norma alargada do art. 327, § 1º, do Código Penal, pois é necessária a qualidade de funcionário público.

13.1. Cogita-se do ato de *oferecer* (propor algo em contrapartida de alguma coisa) ou *prometer* (fazer promessa formal de dar algo em troca de vantagem indevida) *vantagem indevida* (sem amparo legal, podendo ser de qualquer natureza) a funcionário público (exige-se a qualidade de funcionário público), para determiná-lo a praticar (realizar), omitir (deixar de agir) ou retardar (demorar, adiar) ato de ofício (compreendido no âmbito da esfera de atribuições do funcionário). A corrupção não exige obrigatoriamente a bilateralidade, consumando-se a ativa e a passiva independentemente (aceitação recíproca). De forma livre, irrelevante o *modus faciendi*, podendo ser praticado por meio de palavras, gestos, insinuações ou escritos. É condição essencial que a oferta de vantagem indevida (*quelque autre avantage*) tenha por escopo

impedir o ato de ofício. Se não for pertinente ao ofício em relação à corrupção ativa, a conduta é atípica. Sublinhe-se que o corruptor deve ter a iniciativa da oferta real e efetiva da vantagem indevida, a qual poderá ser feita por terceiro (*per interpositam personam*), sendo que, se não realizar o acordado, inexistirá sequer a tentativa. Não há corrupção subsequente por ato que deveria ter sido praticado antes do ato de ofício, isto é, não se configura o injusto do tipo de corrupção ativa se o pagamento for posterior à prática do ato de ofício do funcionário público. É atípica a conduta do agente que oferece ou promete a vantagem tão só diante do ato ilegal do funcionário ou mesmo para que não venha a praticar ato de ofício que está fora de sua esfera de atribuição. Configura o injusto se a promessa de recompensa é feita a funcionário determinado para que cumpra o seu dever de ofício. Não se pode esquecer que a promessa deverá estar sempre vinculada a contrapartida da vantagem indevida, deverá resultar provado o nexo de causalidade no praticar, omitir ou retardar ato de ofício. A promessa de recompensa deve ser feita a funcionário público ou equiparado e não, a pessoa a ele ligada por amizade ou parentesco, pois se exige a qualidade de funcionário. É atípica se o pagamento efetuado a funcionário público ou equiparado foi realizado *a posteriori* à prática do ato de ofício e a promessa de vantagem ilícita é mera presunção.

O momento consumativo ocorre com a mera oferta de vantagem indevida por parte do *extraneus*, pouco importando que o funcionário a recuse. Esgota-se no mero desvalor da ação, que deve ser idônea para levar o funcionário a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, causando a lesão ao bem jurídico tutelado. A tentativa é possível quando o *modus operandi* for por escrito (plurissubjetivo). Admite-se o ato preparatório impune por bagatela (*munusculum*). É a hipótese de mimos de pequeno valor, por atos de cortesia e festas realizadas por estima e consideração típicas do relacionamento social e político. O elemento subjetivo é representado pelo dolo, vontade livre e consciente dirigida à oferta ou promessa de vantagem indevida e o elemento especial do injusto consiste no fim de determinar o funcionário a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

13.2. Cumpre recordar as seguintes **distinções diferencia-tivas** da moldura típica em comento: **a)** se a vantagem é exigida pelo funcionário público, o injusto será do tipo de concussão; **b)** se a vantagem oferecida ou prometida à testemunha, perito, tradutor ou intérprete, configurará o injusto descrito no art. 343 do Código Penal; **c)** se configurado como crime militar (“Dar, oferecer ou permitir dinheiro ou vantagem indevida para a prática, omissão ou retardamento de ato funcional”); **d)** se o oferecimento ou a promessa destina-se a obtenção de voto ou para conseguir ou promover a abstenção, configura o injusto descrito no art. 299 do Código Eleitoral; **e)** se ocorrer em transação internacional, aplica-se o art. 337-B do Código Penal.

14. A **corrupção passiva** dos funcionários públicos produz sempre grave dano político, tanto que Montesquieu cita como uma das causas da queda do Império Romano. Na Idade Média, as penas severas não tinham só como destinatários os juízes venais, mas todos os funcionários públicos em geral. Durante muito tempo eram confundidas as figuras da *concussão* e da *corrupção*, sendo que foi o Código Penal francês (1791) que primeiro as separou. O Código de 1940 elencou entre os injustos praticados por funcionário público contra a Administração em Geral, a corrupção passiva (“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”), cominando pena privativa de liberdade de reclusão, de um a oito anos, e multa. Com a edição da Lei nº 10.763, de 12 de dezembro de 2003, a resposta penal passa a ser mais severa, de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Há uma majorante (“A pena é aumentada de um terço se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou pratica infringindo dever funcional”) e uma qualificadora (“Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a influência de outrem”), cominado-se a pena de reclusão de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

14.1. A corrupção passiva (*corrumpere, guastere, disfare*) consiste na conduta do funcionário público que para cumprir, retardar ou omitir ato de ofício, recebe indevida retribuição. O **objeto jurídico da tutela** é o prestígio e o funcionamento da Administração Pública, objetivando preservar a moralidade e a probidade do fiel exercício da função pública. A corrupção passiva atinge a eficiência do serviço público, abala os pilares de segurança do Estado Social e Democrático de Direito. Repetindo Pessina, é a prostituição da pureza do cargo pela sórdida parcialidade e torpe venalidade dos indignos funcionários públicos. O **objeto material da ação** é a Administração Pública (ético-patrimonial). O **sujeito ativo** é próprio, só pode ser o funcionário público ainda que não tenha assumido o cargo, desde que a solicitação ou aceitação de vantagem indevida seja *ratione officii*. Mesmo que o funcionário só venha a receber depois de ter deixado a função pública, ocorre o injusto de corrupção passiva, uma vez que a transferência ocorreu *ratione officii*. Registre-se que a conduta do sujeito ativo está restrita à função por ele exercida, pois não sendo competente ou não possuindo atribuição a adequação típica incidirá no injusto de tráfico de influência ou como coautor do injusto de corrupção passiva. O outro funcionário ou particular que colabora responde por participação ou coautoria. Na hipótese, não se fala “em razão do cargo”, mas “em razão da função”, motivo pelo qual não se exige a titularidade do cargo público, podendo exercê-lo acidentalmente (jurado, depositário, testemunhas, tradutores, intérpretes, *ex vi* do art. 342, § 2º, e 343 do Código Penal). A função jurado constitui serviço público relevante, estabelecendo presunção de idoneidade moral e no exercício da função ou a pretexto de exercê-la será responsável nos mesmos termos em que são os juízes togados. O nosso Código não descarta em tipo derivado a corrupção dos magistrados, pois fica ao arbítrio do juiz ou tribunal a individualização da pena observada a maior responsabilidade do atuar típico. O **sujeito passivo** é o Estado, representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e demais pessoas abrangidas pelo conceito alargado do art. 327, § 2º, do Código Penal.

14.2. Cogita-se do ato de o funcionário público *solicitar* (pedir com insistência, rogar, tentar conseguir) ou *receber* (passar a ter, ganhar recompensa ou favor), para si ou para outrem (*extra-neus*), diretamente (de forma explícita ou manifesta) ou indiretamente (de forma implícita ou oculta) ainda que fora da função ou antes de assumi-la (em razão do prestígio e do bom funcionamento da Administração Pública é imperativo que o receio seja abarcado em razão da função pública e não somente pelo efetivo exercício), vantagem indevida (a vantagem ilegal não é só de natureza econômica ou patrimonial, deve ser idônea e credível) ou *aceitar* (ficar com algo que lhe é oferecido) vantagem indevida (o benefício pode ser material ou imaterial). O **momento consumativo** ocorre com a mera solicitação da vantagem indevida ou com o seu recebimento ou com a aceitação da promessa. A aceitação pode ser efetivada por intermédio de terceiro (parentes, auxiliares, amigos) e também ser manifestada de forma indireta (a não devolução de dádivas valiosas a sua mulher ou um emprego para seu filho). Na modalidade de “deixar de praticar”, cogita-se de omissivo próprio, sendo unissubsistente, inadmite a tentativa. Na modalidade de “receber”, é plurissubsistente, admite a tentativa. A questão da admissibilidade ou não da tentativa é polêmica na doutrina.

14.3. Hungria já citava os dois sistemas vigentes na legislação anterior: (a) há uma unidade complexa entre a corrupção ativa e a passiva (crime bilateral ou de concurso necessário), condicionando-se o *summatum opus* à convergência ou acordo de vontades entre o corrompido e o corruptor; ou (b), há uma incriminação separada das duas figuras penais, não ficam a consumação de cada uma delas na dependência da outra (encontro de vontades). Foi este o critério adotado pelo Código Penal de 1940, o injusto ora estudado do tipo de corrupção passiva no grupo dos “crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral” e a corrupção ativa entre os “crimes praticados por particular contra a administração em geral”. Em síntese, não há o requisito da bilateralidade nas modalidades de solicitar ou oferecer, descaracterizando-se o concurso necessário; ao passo que a corrupção nas modalidades de *receber* e *aceitar*, presen-

te a necessária preambular *offerta* ou *promessa* do corruptor, é implícita às condutas, a bilateralidade, visto que só se recebe ou se aceita o que é oferecido ou prometido. Portanto, o ato de solicitar é de iniciativa do próprio funcionário, existindo a possibilidade de se configurar a corrupção passiva sem que tivesse havido a corrupção ativa.

14.4. O elemento subjetivo é representado pelo dolo, vontade livre e consciente de solicitar, receber ou aceitar, direta ou indiretamente, vantagem indevida, com o especial elemento subjetivo do injusto (“para si ou para outrem”). Na hipótese de presentes, agrados e lembranças, de valores insignificantes (bagatelares), a conduta é atípica pela ausência de dolo. Se o sujeito passivo não tiver a finalidade de obtenção de vantagem indevida, mas somente tendo sido movido pelo *animus* de satisfazer interesse ou sentimento pessoal transmuda-se para o injusto do tipo de prevaricação.

14.5. Nosso legislador, seguindo a moldura legal suíça, configura a majorante (“A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou pratica infringindo dever funcional”). Assim, são três hipóteses: o funcionário retarda, pratica ou deixa de praticar ato de ofício em razão de vantagem recebida ou prometida. Doutrinariamente, temos a figura da **corrupção própria**, pois a corrupção ocorre para a efetiva realização de ato contrário ao dever de ofício (*Amtshandlung*), o que significa omitir ou retardar atos de função. O dever tem como patamar um encargo funcional e não um dever genérico de todos os cidadãos, tendo como fonte, leis, regulamentos, circulares, instruções, notas de serviço e até os costumes. A doutrina aponta que para identificar a violação de dever de ofício basta a preterição de um procedimento administrativo que tenha preferência por outro (“*per ritardare od omettere un atto del suo ufficio, o per fare un atto contro i dovere dell’ufficio medesimo*”). Enfim, em ambas as situações cuida-se de uma conduta ilegítima. Em síntese, a majoração depende da real e efetiva violação de dever funcional (“*für eine künflite, pflichtwidrige Amtshandlung*”), retardando-

se ou abstendo de realizar ato de ofício, ou realizando prática de ato contrário ao dever do cargo ou da função. Na omissão, o ato é legítimo, a demora ou a omissão intencional é que violam o dever funcional. Não podemos esquecer a possível presença de causa justificante (acúmulo de serviço, preferência legal ou regulamentar no processamento de outros atos).

14.6. O Código Penal de 1940 tem como fonte o dispositivo existente no Código Criminal de 1830, atenuando a resposta penal quando o motivo determinante do injusto não é a venalidade, mas o pedido ou a influência de terceiro (“Se o funcionário pratica, deixa de praticar ato de ofício, com infração do dever funcional, cedendo a pedido ou influências de outrem”). Na hipótese, o funcionário não comete ato de venalidade, mas, constrangido, cede à pressão de pessoas que detêm o poder e, temendo represálias, cede ao pedido ou à influência. O elemento subjetivo do injusto é representado pelo dolo, vontade livre e consciente de deixar de praticar ato de ofício, com o especial elemento subjetivo do injusto (intenção de agradar).

15. A norma que criminaliza o **tráfico de influência** possui, na contextualização legislativa contemporânea, história singular e relevante diante da sociedade em funcionamento. As raízes se encontram no Direito romano entre os delitos de *injúria*. A noção é elaborada pelos práticos e glosadores italianos. Cita Manzini, em sua nota sobre os antecedentes históricos, a passagem de Lampri-dio que o Imperador Alexandro Severo mandara matar sufocado pela fumaça um tal de Vetronio Turino, que frequentava a Corte e recebia dinheiro a pretexto de influir nas decisões, e quando queimava sobre uma fogueira úmida de palha verde, o pregoeiro gritava: “*fumo punitur qui fumo vendidit*”. A exploração de pres-tígio diante dos julgadores era tratada no Direito intermédio pela denominação de **vendita de fumo**, classificada entre a *injuria* e a **corruptio**. Encontramos no século XIX, na Itália, como figura autônoma, sob o nomen “*Millantado credito*”, nos Códigos Penais das Duas Sicílias (1819), no sardo (1859), no toscano (1853), no Zanardelli (1889) e no Rocco. No estudo do Direito comparado poderíamos citar o Código Penal português de 1852. Porém, o Código

Penal de 1982 não mais criminalizava expressamente o tráfico de influência, só voltando a fazê-lo no Código Penal de 1995. Registre a influência do Código Penal francês (1810) e no moderno quando trata da corrupção ativa e do tráfico de influência cometido por particulares. O Código Penal espanhol de 1995 reserva um capítulo para tratar do “tráfico de influências” em relação a funcionário público ou autoridade prevalecendo-se do exercício do cargo ou derivada da sua relação hierárquica com este ou outro funcionário, ou de particular que influi funcionário público ou autoridade, nestas condições para conseguir gerar, direta ou indiretamente, um benefício econômico, para si ou para terceiro, bem como a solicitação de dádivas, presentes ou qualquer remuneração. As Ordenações Manuelinas puniam o “concerto” para fazer despachar na Corte algum negócio.

15.1. Os Códigos de 1830 e 1890 silenciaram, e não cogitavam da exploração de prestígio do anteprojeto Sá Pereira. Sob a influência do Código Rocco (1930), que trata sob o *nomen iuris* “*Del Millantato Credito*”, surge no anteprojeto Alcântara Machado, que criminalizou o “Auferir retribuição ou vantagem ilícita, em benefício próprio ou alheio, ou obter promessa, para si ou para outrem, de retribuição ou vantagem dessa natureza, a pretexto de exercer influência junto a funcionário público, relativamente a ato funcional”. O Código Penal de 1940 constrói a moldura típica (“Obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em funcionário público no exercício da função”), com a majorante de uma terça parte se o agente alega ou insinua que a vantagem é destinada ao funcionário, dada nova redação pela Lei nº 9.127, de 16 de novembro de 1995 (“Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função”). O Código de 1940, sob o *nomen iuris* de “exploração de prestígio”, no Capítulo III, *Dos crimes contra a Administração da Justiça*, tipifica o “Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer utilidade, a pretexto de influir um juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha”, com o aumento de

uma terça parte se o agente insinua que o dinheiro ou a utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas. O Código Penal de 1969 mantém o texto anterior.

15.2. O desenho da atual factualidade típica numa moldura penal é mais severa mantendo a distinção entre *tráfico de influência* (praticado por particular) e *exploração de prestígio* (praticado por funcionário público), o injusto do tipo de tráfico de influência configura-se no ato de solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função, com a majorante, no caso do agente ter alegado ou insinuado que a vantagem é também destinada ao funcionário. O **objeto jurídico da tutela** é o interesse da Administração Pública em Geral no sentido de preservar o bom andamento, prestígio, confiança e moralidade, na proteção da legalidade e imparcialidade no seu efetivo exercício. O **objeto material da ação** é a vantagem objetivada no negócio *ob turpem causam*. O **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa, inclusive outro funcionário público que explore o prestígio. O comprador de influência não é destinatário da norma. A doutrina, majoritariamente, vê a eventualidade da prática de um crime putativo, que para Fragozo “seria o de participação em corrupção ativa”. Magalhães Noronha afasta a possibilidade do comprador de influência ser coautor, pois “não pode ser copartícipe de obter vantagem quem a dá ou dela despoja”. Paulo José da Costa Jr. é enfático ao dizer que “o comprador de fumaça é vítima de um engano, de um verdadeiro estelionato”. Hungria ressalva que quando inexistente torpeza bilateral (crédulo ignorante), o injusto do tipo de exploração de prestígio absorverá sempre o de estelionato. Em posição contrária, Cezar Roberto Bitencourt advoga que o beneficiário da venda de prestígio, como parte diretamente interessada no resultado da ação, responda pelo concurso de pessoas (“relação triangular”), na forma do art. 29 do Código Penal. Na construção da moldura reitora típica lê-se “para si ou para outrem”, que significa a admissibilidade da coautoria (“outrem” é o particular coautor). O **sujeito passivo** imediato é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios); e o mediato, o próprio funcionário público ludibriado.

15.3. O núcleo reitor essencial, de conteúdo múltiplo variado, configura o tipo de injusto de tráfico de influência no ato de *solicitar* (pedir com insistência, tentar), *exigir* (determinar, obrigar, ordenar), *cobrar* (exigir o cumprimento), *obter* (vir a ter, conseguir) para si ou para outrem (especial elemento subjetivo do injusto), *vantagem* ou *promessa de vantagem* (de caráter econômico ou não), em ato (só comissivo) praticado por funcionário público no exercício da função (emprego de pretexto de influir sobre funcionário, não sendo necessário que seja determinado, que exista efetivamente, nem que seja competente para a prática do ato, não se excluindo o injusto, se o agente alega prestígio junto a terceiro, que por sua vez, influirá sobre o funcionário).

A contrapartida da *vantagem* ou *promessa de vantagem* (preço da mediação) de influência, por parte do agente sobre o funcionário público no exercício da função, como foi dito, não se está condicionado ao caráter econômico (na legislação italiana, dinheiro ou outra utilidade), podendo se identificar “até mesmo a prestação sexual ou oferta de título honorífico”. A ação consiste em fazer supor, simulação, jactância de influir em servidor público prestígio inexistente (venda de fumaça) ilaquiando o comprador de prestígio e lesando o bom andamento, o prestígio e a confiança na Administração Pública em geral. Como assenta a doutrina, se o agente engana e fraudula o terceiro alegando prestígio que não possui para alcançar êxito que não está ao seu alcance (engodar), o injusto é do tipo de estelionato, pois não lesa o bem jurídico da Administração Pública. Exige-se a prova cabal e inquestionável de que o agente alardeou ter prestígio junto ao funcionário público ou equiparado. O **momento consumativo** ocorre no instante e lugar em que o agente pratica qualquer dos atos essenciais do núcleo típico (exceto na modalidade de obter), não sendo necessário ter conseguido a vantagem, ou o cumprimento da promessa da vantagem, mero exaurimento (basta a mera solicitação, exigência ou cobrança). Admite-se a tentativa. O **elemento subjetivo** é representado pelo dolo, vontade livre e consciente dirigida à obtenção de vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em funcionário público na prática de ato de ofício. O espe-

cial elemento subjetivo do injusto é representado pelo “para si ou para outrem”. Não se requer que o agente objetive atingir a Administração Pública em geral ou o próprio funcionário.

15.4. A pena cominada ao *caput* do injusto do tipo de tráfico de influência é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Na majorante, em que o vendedor de influência alega ou insinua que a vantagem também se destina ao funcionário público ou equiparado, a pena é aumentada da metade. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua (dar a entender) que a vantagem é também destinada ao funcionário. Cogita-se de maior desvalor da ação, uma vez que o vendedor de influência, para demonstrar o êxito, dá a entender que da vantagem haverá a participação do funcionário (“vende o funcionário”), o que atinge de forma mais grave a Administração Pública. Na hipótese de ser verdadeira a conduta reprovável do funcionário, teremos o injusto do tipo de corrupção ativa e passiva.

16. No estudo do injusto do tipo de tráfico de influência, a doutrina dava o nome de *vendita di fumo*, que era conhecido desde a legislação romana. A história registra que um indivíduo de nome Vetronio Turino, abusando das relações com Alessandro Severo, vendera a crédulos favores do Príncipe por dinheiro, tendo o Imperador condenado a ser queimado vivo numa pira de lenha verde, ordenando que no suplício gritasse: *fumo punitur, qui fumum vendidit*. O Código Penal de 1940, seguindo o modelo do Código Rocco (*Milantato delle credito de patrocinatoro*), sob o *nomen iuris* de exploração de prestígio, repetiu o anteprojeto Alcântara Machado; porém, cominando a pena de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

16.1. O núcleo reitor essencial cogita de ato do agente “solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da Justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha”. O **objeto jurídico da tutela** é o interesse do Estado no que concerne ao regular funcionamento da administração da Justiça, no sentido de garantir o prestígio e a correção dos atores revestidos de autoridade na prestação da Justiça. O **objeto material da ação** é o dinheiro

ou qualquer outra utilidade. O **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa, e não exclusivamente o advogado ou o procurador judicial indigno (*venditore di fumo*). O **sujeito passivo** imediato é o Estado, diretamente a Administração Pública; e, mediato, a pessoa ilaqueada em sua boa-fé, fraudada ou lesionada em seu patrimônio e, quando da majorante, as autoridades e os funcionários em sua dignidade e respeitabilidade pública e privada.

16.2. O núcleo reitor normativo do injusto do tipo de exploração de prestígio é composto pelos atos de *solicitar* (pedir, pleitear) e *receber* (aceitar, obter em pagamento) dinheiro ou qualquer outra utilidade (de qualquer natureza, material ou moral), a pretexto de influir (simulação de influência ou *venditore di fumo*) em juiz (magistrado), jurado (juiz leigo que funciona nos tribunais do júri), órgão do Ministério Público (promotores e procuradores), funcionários de Justiça (funcionários públicos que integram carreiras no Poder Judiciário), perito (tradutor, intérprete ou testemunha). Como salienta Maggiore, se em vez de ser um pretexto, a jactância corresponde a uma realidade, e não haveria uma mera simulação de influência, teríamos a incidência comportamental nos injustos dos tipos de corrupção ou, eventualmente, de suborno. O rol é taxativo, constituindo de conteúdo misto alternativo. Como já foi ressaltado, o Código Penal de 1940 seguiu o modelo italiano. Exaltados estes aspectos, já mencionamos a regência do princípio da especialidade em relação ao tráfico de influência (Administração Pública) e exploração de prestígio (Administração da Justiça). No primeiro, a pretexto de influir em ato de funcionário público; ao passo que, no segundo, tão só nas pessoas taxativamente elencadas na norma penal. Vê-se, destarte, que o objeto material pode ser justo ou injusto, legal ou ilegal, cujo meio empregado é fraudulento. O **momento consumativo**, na modalidade de solicitar, ocorre quando é realizado o pedido do dinheiro ou de outra utilidade independentemente da aceitação ou não da vítima, sendo atividade de mera conduta será inadmissível a tentativa, exceto na modalidade escrita. Na modalidade de receber, injusto material, dá-se com o recebimento do dinheiro ou de outra utilidade (plurissubjetivo). O **elemento subjetivo** do

injusto do tipo de exploração de prestígio é representado pelo dolo, vontade livre e consciente de solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da Justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha. Não se requer especial elemento subjetivo do injusto (posição majoritária da doutrina).

16.3. A pena cominada ao injusto do tipo de exploração de prestígio é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e do aumento de uma terça parte na hipótese *ut referida*. Aumenta-se de uma terça parte da resposta penal se o agente *alega* (menciona) ou *insinua* (dá a entender, sugere) que o dinheiro ou a utilidade também se destina (é partícipe) a qualquer das pessoas referidas no *caput*. Vale salientar o maior desvalor da ação, atingindo o prestígio dos operadores da Justiça, que nos tempos atuais ficam imediatamente também denegridas pelas “mídias investigativas”, que espalham logo já seriam corruptos. Para o reconhecimento da majorante, pouco importa que tenha ou não o agente o objetivo de desacreditar as pessoas perante as quais alardeia prestígio. Na dicção de Manzini: “*Lo screditamento, inest rei ipsoe*”. 📄