FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CONCUSSÃO — CORRUÇÃO PASSIVA

— A concussão é delito formal que se consuma com a só exigência da vantagem indevida.

— Interpretação dos arts. 316 *e* 317 *do Código Penal.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Apelados: Ângelo Milanesi, José Januário e José Viviani
Relator: Sr. Desembargador
AZEVEDO MARQUES

ACÓRDÃO

Acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por votação unânime, vistos, relatados e discutidos os autos, com o relatório de fls., que dêste fica fazendo parte integrante, em dar provimento à apelação da Justiça Pública, para, reformando a sentença absolutória apelada, julgar procedente a acusação e condenar os réus apelados, como incursos no art. 316 do Código Penal, às penas de dois anos de reclusão e dois mil cruzeiros de multa; bem assim, às penas acessórias de perda da função pública que exerciam quando cometeram o delito e de incapacidade, por dois anos, para investidura em função pública, nos têrmos dos arts. 67 e 69 do citado Código. Pagarão, ainda, o sêlo penitenciário de cinqüenta cruzeiros e as custas do processo, em cotas iguais.

Assim decidem, pelos fundamentos do parecer da Procuradoria Geral da Justiça, a fls., que adotam, por sua manifesta procedência.

Os fatos descritos no relatório de fls., imputados aos apelados, ficaram suficientemente provados no processo. Haja vista o "auto de prisão em flagrante", que serviu de base à denúncia, onde os ditos fatos vêm descritos em todos os seus pormenores não só pelas testemunhas do flagrante, senão, até mesmo pelos próprios acusados.

Êsse "auto de flagrante" encontra subsídio nos demais elementos proba-

tórios colhidos nos inquéritos policial e disciplinar, e na instrução judicial.

Em face da lei penal, trata-se, sem dúvida, de um crime de "concussão", delito "formal" e, portanto, consumado com os atos praticados, como mostra o referido parecer.

Quanto à irregularidade do processo, por inobservância do art. 513 do Código do Processo Penal, a que se refere o mesmo parecer, não é de molde a autorizar a anulação do processo, uma vez que não prejudicou a defesa, que foi a mais ampla e completa, nem à apuração da verdade.

São Paulo, 15 de janeiro de 1949. — *Manuel Carlos*, presidente com voto. — *J. C. de Azevedo Marques*, relator. — *Renato Gonçalves.*

*

Parecer da Procuradoria Geral da Justiça

"Omissis"...

A fixação da culpabilidade há que se deter no art. 316, de rubrica *a latere* — concussão. Não cabe a desclassificação sugerida pelo Dr. Promotor interino, para o art. 317, dentro da alternatividade admitida por êle (fls.). A distinção entre os dois delitos encontra vários traços diferenciais. Derivados històricamente, a "concussão" e a "corrução passiva", do *crimem repetundæ*, apresentam, todavia, uma linha divisória. O eminente Soler, com sua clareza, assim define as fronteiras penais dos dois delitos:

"La distinción entre uno y otro delito, aun siendo ardua es indispensable, porque la corrupción es un delito bilateral y la concusion no lo es. En éste, quien paga es una víctima digna de protección contra los desmanes coativos del funcionario, mientras que en la corrupción, quien formula la promesa es un codelincuente, es corruptor del órgano.

"Por eso tiene importancia el critério sobre el que apoya la distinción Manzini: en la concusión, el fúncionario pide o exige; en la corrupción, acepta. Solamente corresponde ampliar el concepto de exigência, en el sentido de que tanto vale la exigencia explícita como la implícita, derivada de le actitud del funcionario y de la situación de hecho, de manera que la voluntad se encuentre coartada" ("Derecho Penal Argentino, Tomo V, pág. 221).

Delineando outra diferença, diz ainda o citado autor:

"En la corrupción, sea qual sea la parte que toma la iniciativa, los dos sujetos llegan a un acuerdo voluntariamente perfecto; el corruptor da porque quiere dar, es *sponte pecuniam dante* (Farinaccio). En la exacción, aun cuando se llegue a la ejecución de una resolución comúm el acuerdo dista mucho de existir, porque el "extraneus" se determina por temor al poder del sujeto activo o por error, es decir, con voluntad; es *non sponte dante*. (Op. cit., pág. 219).

"In specie", segundo a versão mais autorizada, que é a dos irmãos Braguez (fls.), não tiveram êstes a iniciativa de corromper os apelados, visando à liberdade do irmão condenado. Tanto é assim, que foi preparada a diligência policial a pedido dos referidos irmãos. Não há falar, assim, de corrupção passiva, à falta do acôrdo bilateral do ato corruptor do órgão público.

Da concussão, porém, cabe cogitar. Procederam os apelados com abuso de autoridade, querendo usufruir com o argumento de um mandado de prisão, uma vantagem ilícita. A exigência feita, refletindo a aquiescência do sujeito passivo *metu publicæ potestatis*, constituiu uma coação moral, psicológica, tendente a provocar nos irmãos Braguez um assentimento à mesma. Exigindo dinheiro em troca da garantia de não ser prêso Eduardo Braguez, quiseram os apelados traficar a própria função. Não foram bem sucedidos. Pouco importa. Provado o ato de exigir, caracteriza-se o delito, pela sua natureza formal. O insucesso da exigência, ainda que pela segura atitude do sujeito passivo, não compromete o crime.

Magalhães Drumond, comentando o art. 316, diz: "Crime formal, consu-

mando-se apenas feita a exigência, não admite tentativa". ("Com. ao Cód. Penal", ed. "Rev. For.", vol. IX, pág. 287).

Sebastian Soler, a sua vez afirma: "Para nuestra ley, el delito es formal, y se consuma con la exigencia, sin que sea necesario que se produzca el pago" (loc. cit., pág. 224).

Diverge o mestre Bento de Faria da opinião dos eminentes autores acima citados, ao dizer que: "E' possível a ocorrência da tentativa, que se verificará quando, apesar da exigência, o contribuinte não se sujeitar a ela". ("Cód. Penal Brasileiro", vol. V, pág. 511).

Pensamos, contudo, que a boa doutrina está com a conceituação de crime formal, para a concussão.

Em face dos elementos probatórios que projetam luz sôbre a elucidação do caso *sub lite*, e atendida a natureza do crime, não é possível subtrair à repressão penal a criminosa conduta dos apelados. Devem êles ser condenados como infratores do art. 316, combinado com o art. 25, do Código Penal. A prova assim autoriza.

Opinamos, destarte, pelo provimento da apelação do Ministério Público, "sub censura" da sábia judicatura do egrégio Tribunal.

São Paulo, 15 de dezembro de 1948. — *Márcio Martins Ferreira.*