

# USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA — CARACTERIZAÇÃO

— *O crime de usurpação de função pública só se configura com a prática, de fato, do exercício das funções, ou seja, de modo real, efetivo e não com frases pronunciadas com animus jocandi.*

## TRIBUNAL DE APELAÇÃO DO RIO GRANDE DO SUL

Apelante : Heitor Tedesco

Apelação n.º 4.234 — Relator : Sr. Desembargador

CELSO AFONSO PEREIRA

### ACÓRDÃO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos da apelação criminal n.º 4.234, vinda de Getúlio Vargas, em que é apelante Heitor Tedesco, sendo apelada a Justiça Pública :

Considerando que o réu foi condenado a seis meses de detenção e multa de quinhentos cruzeiros, como incurso no art. 328 do Cód. Penal, por haver,

---

## COMENTÁRIO

### DO CRIME DE USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA

1 — Na defesa da sua personalidade, estrutura e segurança, como da melhor realização dos seus fins sociais, estabelece o Estado sanções de vária ordem, correspondentes à natureza e à gravidade

no dia 25 de setembro do ano próximo passado, comparecido à casa de Que-rino José Lorenzi, situada em Coxilha, no município referido, e se apresentado como estando "em lugar do juiz" e, nessa qualidade, cobrado do dono da casa certa quantia como indenização pela despedida injusta de um empregado;

dos delitos imediata ou mediatamente dirigidos contra a sua existência e o funcionamento dos seus órgãos. Com elas, pretende evitar as perturbações da ordem social, opondo-se já à supressão, já à infringência da norma de conduta vigente.

2 — No Brasil, as disposições tutelares da personalidade, da estrutura e segurança do Estado se distribuem por diversos diplomas (Lei n.º 38, de 4-4-1935; Lei n.º 136, de 14-12-1935; Decreto-lei n.º 431, de 18-5-1938, etc.), enquanto se enfeixam no Código Penal as protetoras do complexo de funções mediante as quais realiza o Estado os seus fins.

Assim, o vigente Código Penal não cuidou nos primeiros, mas tão só nos últimos, que classificou de *crimes contra a Administração Pública*, dividindo-os em *crimes contra a Administração em geral* e *crimes contra a administração da Justiça*, a exemplo do moderno Código Penal italiano 1.

Entre os *crimes contra a Administração em geral*, separa o Código aquêles praticados por funcionário público dos que o forem por particular; os primeiros estão apontados no seu Título XI, Capítulo I, e os segundos, no Cap. II do citado Título.

3 — E' subordinado ao capítulo que versa sôbre os delitos dos particulares contra a Administração em geral, que vamos encontrar o de *usurpação de função pública*, de que trata o acórdão *supra*. Está êle capitulado na art. 328, que reza :

"Art. 328. Usurpar o exercício de função pública :

Pena — detenção de três meses a dois anos, e multa de quinhentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Se do fato o agente auferer vantagem :

Pena — reclusão, de dois a cinco anos, e multa de um conto a dez contos de réis".

De pronto nos ocorre notar que o Código de 1940 se afastou do de 1890, como do vigente na Itália, que amiúde seguiu. De fato,

1 A divisão perfilhada pelo nosso Código já fôra adotada pelo antigo Estatuto Penal da Itália, e mereceu a crítica, a nosso ver desarrazoada, de UGO GAVAZZI, in *Trattato di Diritto Penale*, 2.ª ed., vol. IV, pág. 2, n.º 3.

considerando que o réu, ao fazer a cobrança aludida, sendo perguntado quem era, respondeu que o interrogante “não podia fazer idéia do que êle era”, pois que, “era mais do que oficial de justiça e estava a par do juiz”;

considerando que o réu apenas se arrogou função que não existe e, como se vê, o fez com *animus jocandi*;

não inscreveu êle como de *usurpação de função* o crime cometido por quem exerce função pública “antes de satisfeitas as exigências legais”, ou continua “a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso” (art. 324). Mais: preferiu incluí-lo entre os delitos praticados por *funcionário público* contra a Administração.

Estamos em que não foi feliz a inovação, no que se refere ao que exerce função pública “antes de satisfeitas as exigências legais” e ao que continua “a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado”. E isto porque não se pode dizer *funcionário público* quem se encontre em qualquer das situações aqui focalizadas: não é funcionário — de direito — quem ainda não satisfaz as condições exigidas por lei para o exercício do cargo ou função; já não o é, também, aquêle que foi exonerado. Não vemos como falar em *crime de funcionário público* quando o agente não tem esta qualidade, pois que ela falta em quem: a) não entrou no exercício de função pública legalmente mas, antes, indevida, arbitrariamente; ou b) da função foi exonerado. A aplicação do art. 324, nos dois casos examinados, só se fará mediante o alargamento do já muito amplo conceito de *funcionário público* fixado pelo próprio *Código Penal* em o seu art. 327.

Para nós, ambos os casos ficariam mais bem colocados no contexto do art. 328.

4 — Feito êste ligeiro reparo, estudemos rapidamente, também, os elementos integradores do crime de *usurpação de função pública*, objeto do acórdão prolatado pelo ilustrado Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul.

O fundamento dêste crime está no interêsse, que move a Administração Pública, de evitar seja comprometido o seu prestígio e perturbado o seu funcionamento<sup>2</sup>.

Seu elemento material consiste, atento o disposto no Código, no *indevido EXERCÍCIO de função pública*, por esta entendida qualquer atribuição delegada pelo Poder Público, federal, estadual ou municipal, ou, talvez melhor, tôda atividade destinada à realização de fins próprios do Estado, ainda que exercida por indivíduo estranho à Administração Pública<sup>3</sup>. Em nada influi, no caso, seja a

2 MAGGIORE, *Principi*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. V, pág. 194; GAVAZZI, op. cit., pág. 140.

3 MAGGIORE, op. cit., pág. 107.

considerando que o crime de usurpação de função pública “só existe havendo prática de fato do exercício das funções, ou seja, de modo efetivo, real”. “Não é com palavras que se pratica êsse crime, mas com atos”. (JORGE SEVERIANO, com. ao art. 328 do Cód. Penal, pág. 349, vol. IV);

considerando que o apelante nenhum ato praticou dos atribuídos a juiz ou a qualquer funcionário de justiça :

função, dêz que pública, de relêvo ou humilde, permanente ou provisória, gratuita ou remunerada, voluntária ou obrigatoriamente exercida<sup>4</sup>. E' necessário, tão só, tratar-se de função pública, civil ou militar.

O Código refere-se a usurpação do EXERCÍCIO de função. Assim, para configurar o crime, indispensável se faz exercer, o agente, real, efetivamente, ao menos uma das atribuições do cargo ou emprêgo público. Não haverá crime de usurpação no simples fato de se apossar alguém, ilegalmente, de cargo ou emprêgo público, sem realização de qualquer de seus encargos; menos, ainda, se apenas se atribuir prerrogativa própria do funcionário legitimamente investido, se dela não fêz uso efetivo. Foi, aliás, o que reconheceu o acórdão *supra*, ao assentar que “não é com palavras que se pratica êsse crime, mas com atos”.

Não haverá usurpação, de outra parte, em caso como o figurado pelo acórdão, em que alguém se proponha ao exercício de função pública *inexistente*. Se não existe a função — como função pública — impossível se faz a prática do crime que estudamos, pois que a incriminação do fato reside justamente na materialidade do exercício, dolosamente logrado, de função pública. Haverá, no máximo, outro crime, que não o de usurpação de função pública. O caso discutido pelo acórdão acima transcrito, a. e., excluído o *animus jocandi* que se asseverou ter existido, configura a *simulação* de exercício, dolosamente logrado, de função pública. Haverá, no máximo, mas visando à obtenção de outro fato criminoso. Simulação, sim, e não usurpação, já que se irroga o réu falsa qualidade como meio de melhor alcançar determinado resultado ilícito — o pagamento de indenização que não podia, que lhe não competia exigir. Usurpação só haveria se, investindo-se ilegalmente em função pública, dela se valesse o réu para praticar ato atribuído ao ocupante da função usurpada<sup>5</sup>.

5 — Inscrito, como está, entre os crimes “praticados por particular contra a Administração em geral”, o delito de usurpação de função pública só pode ter como agente indivíduo — nacional ou estrangeiro — estranho ao serviço público, à Administração? Não : pode figurar de sujeito ativo, aqui, além do particular, qualquer

4 MAGGIORE, op. cit., loc. cit.

Acordam, unânimesmente, em Primeira Câmara Criminal, em dar provimento à apelação para absolvê-lo, como absolvido o têm.

Custas nos termos da lei.

Pôrto Alegre, 8 de junho de 1943. — *La Hire Guerra*, presidente; *Celso Afonso Pereira*, relator; *Nésio de Almeida*. Fui presente, *Abdon de Melo*.

funcionário, desde que, exorbitando das suas, invada funções inerentes a outro, e o faça com o ânimo deliberado de exercer função em que não foi investido por lei, pois, então, há de ser visto como um intruso, um estranho, um particular, enfim: um usurpador de funções públicas. E' a lição que aprendemos em MAGGIORE: "*È vero cha soggetto attivo del delitto preveduto dell'art. 347 C. p. può esser soltanto il privato, ma quando il pubbl. uff. invada con atti idonei e concreti funzioni che sono unicamente propre di altro pubblico uff., di cui assuma la carica, l'agente deve considerarsi come privato e non già come pubblico ufficiale (Cass., 24 gennaio 1934, in "Giust. pen.", 1936, II, 218)*"<sup>6</sup>.

6 — Necessário se faz, para a imputabilidade do crime que estudamos, o elemento subjetivo, o dolo, a *voluntas sceleris*, a vontade livre e consciente de exercer função pública em que não foi regular, legalmente investido, E êsse elemento, por motivos óbvios, sempre que se verifique o *exercício*, deverá presumir-se.

Êste crime só é imputável a título de dolo, mas punível ainda que não produza lesão de direito.

7 — Finalizando esta nota, queremos registrar que o parágrafo único do art. 328 exagera as penas impostas ao agente, se da prática do delito lhe advém vantagem: em lugar de *detenção* por três meses a dois anos e multa de quinhentos a dois mil cruzeiros, sofrerá, então, o usurpador, *reclusão*, de dois a cinco anos, e multa, de mil a dez mil cruzeiros. E é razoável que assim dispusesse o legislador, porque, evidentemente, muito mais perigoso se mostra o agente, no caso.

De ressaltar que a exacerbação da pena, melhor, a qualificação do delito só terá cabida havendo vantagem *para o usurpador*, e não para terceiros, pois é claro o parágrafo: "Se... o agente aufera vantagem". Temos por certo que melhor andaria o legislador se estendesse o aumento das penas, ao menos, ao caso em que o agente, valendo-se do seu ato ilegal, *procurasse* propiciar vantagem a outrem. Não atinamos com a razão por que não o terá feito.

L. C. DE MIRANDA LIMA

6 Op. cit., vol. cit., pág. 194, nota 1.