

# SUBSÍDIOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE SUBORNO

Pelo PROF. DOUTOR ADELINO DA PALMA  
CARLOS

1 — Discutiu-se recentemente nos nossos tribunais o alcance do art.º 318.º do Código Penal; e o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 4 de Março de 1953, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 36, págs. 89 e segs., decidiu que ele prevê e pune «toda a conduta que o agente pratica no círculo da sua competência ou que ele pode empreender por força da sua posição oficial».

Parece-nos errada esta jurisprudência; e, por isso, vamos tentar a demonstração do seu erro, com o interesse de quem se debruça sobre uma curiosa questão de direito.

2 — O art.º 318.º do Código Penal vigente reproduz o art.º 318.º do Código Penal de 1852; num e noutro cominam-se penas para o empregado público que cometa o crime de peita, suborno e corrupção, recebendo dádiva ou presente para fazer «*um acto de suas funções*».

O que deve entender-se por estas palavras?

Eis o problema.

3 — O nosso Código Penal de 1852 teve por *fontes immediatas* do seu art.º 318.º (que é o art.º 318.º do Código de 1886):

- a) O Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I, de Pascoal de Melo;
- b) Os Códigos Penais Francês, de 1810, e Brasileiro, de 1830.

É, pois, na orientação daquele Projecto e destes Códigos, que devemos ir inicialmente procurar o sentido do discutido art.º 318.º.

Ora Pascoal de Melo, no seu Código, consagrava um Título — o 44.º — aos «*que prevaricam nos seus officios*».

E aí dizia :

«Os crimes próprios dos Juizes e officiais de Justiça e outras pessoas que têm officios e cargos públicos, cometidos contra a sua particular obrigação e nos mesmos cargos e officios, que administram, vem debaixo do nome geral de prevaricação. E então se dizem prevaricar, quando fazem ou deixam de fazer *o que é da razão e da natureza do seu officio e lhes foi especialmente ordenado na lei particular do seu regimento*».

*Acto de função* — era, assim, para Pascoal de Melo, o acto de competência: o acto especialmente ordenado na lei particular do regimento do funcionário.

4 — O Código Penal Francês de 1810, na nova redacção dada ao seu art.º 177.º (fonte do nosso 318.º), em 28 de Abril de 1832, punia

«tout fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire... qui aura agréé des offres ou promesses, ou reçu des dons ou présents, *pour faire un acte de sa fonction ou de son emploi, même juste...*»

E os comentadores deste Código eram unânimes em sustentar que o acto das funções era só o que cabia na esfera da competência legal do funcionário.

Chaveau & Hélie, *Théorie du Code Penal*, II, 602, escreviam :

«Le troisième élément du crime de corruption git dans la nature de l'acte qui est le but des offres et des dons : la loi exige que ces dons et ces promesses aient été reçus ou agréés par le fonctionnaire, *soit pour faire un acte de sa fonction ou de son emploi, même juste, mais non sujet à salaire, soit pour s'abstenir de faire un acte qui entrerait dans l'ordre de ses devoirs*. La première question est celle-ci : Que faut-il entendre par un acte de la fonction ou de l'emploi ?

La définition se trouve renfermée dans ces termes eux-mêmes ; c'est un acte commis dans l'exercice des fonctions, un acte qui fait partie des attributions légales du fonctionnaire, en un mot, un acte de sa compétence, *ex officio suo*, suivant l'expression de la loi romaine.

En effet, un acte commis en dehors de ses fonctions, un acte étranger à ses attributions et qu'il n'aurait pas eu le droit de commettre en vertu de son titre, peut bien être considéré encore comme un acte du fonctionnaire, mais n'est pas un acte de sa fonction, et c'est l'acte de la fonction seul que la loi a voulu protéger contre un trafic illicite ; car son incrimination s'est arrêtée à cet égard, et on en comprend facilement le motif ; la prévarication du fonctionnaire n'apporte à l'État un véritable danger que lorsqu'elle est commise dans l'exercice des fonctions et a l'occasion d'un acte de ses fonctions, car l'État n'est strictement intéressé qu'au fidèle accomplissement des devoirs de chacun de ses agents.

Ainsi, lorsque la prévarication est commise en dehors des limites du pouvoir de l'agent, lorsqu'elle a pour objet un acte qui n'est pas dans sa compétence, cette prévarication peut sans doute leser des tiers mais elle ne menace l'État d'aucun péril, puisqu'elle ne peut prêter à la fraude aucune force légale. Elle doit donc être punie, non plus comme un délit spécial du fonctionnaire, mais comme un délit commun, si elle constitue en elle-même un délit de cette nature.»

E Garraud, *Traité*, 3.<sup>a</sup> ed., IV, 387, acrescentava :

«É necessário que o funcionário faça ou se abstenha de fazer um acto *das suas funções*, ou que faça ou se abstenha de fazer um acto do seu ministério, entrando no quadro dos seus deveres.

.....

A corrupção só tem lugar por virtude de um *acto de função*, isto é, de um *acto que faz parte das atribuições*

*legais do que o pratica ou se abstém de practicá-lo. A corrupção é mais um delicto de função, que um delicto de funcionário.»*

Esta fórmula é lapidar.

**5** — O Código Brasileiro de 1830, no seu art.<sup>o</sup> 130.<sup>o</sup> (fonte também do nosso art.<sup>o</sup> 318.<sup>o</sup>), punia o crime de :

*«receber dinheiro ou algum outro donativo, ou aceitar promessa directa, ou indirectamente, para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra ou segundo a lei.»*

E os seus comentadores escreviam :

*«Para se dar o crime de peita é preciso que o acto praticado (acção ou omissão), legal ou ilegal (pouco importa), seja um acto de officio (Tomás Alves Júnior, Anotações Teóricas e Práticas ao Código Criminal, II, 436).»*

Tal era, pois, o sentido das leis que reprimiam a *peita*, ao ser publicado o Código de 1852 ; sentido que já se podia ver esboçado na velha *Lex Julia repetundarum* (Cfr. : Ugo Brasiello, *La repressione penale in diritto romano*) ; que se descortina através das nossas Ordenações Afonsinas, L.<sup>o</sup> 2.<sup>o</sup>, tit. 51 ; Manuelinas, L.<sup>o</sup> 5.<sup>o</sup>, tit. 56 ; Filipinas, L.<sup>o</sup> 5.<sup>o</sup>, tit. 71 — e que Von Liszt sintetiza assim :

*«A dádiva deve ser a compensação do acto da função, designado de forma explícita .....  
A prática de um acto não pertencente às funções ou vedado ao funcionário, não caracteriza o crime»  
(Traité, II, 434).*

E, por isso mesmo, discorrendo, com a sua autoridade e saber excepcionais, sobre o alcance do art.<sup>o</sup> 318.<sup>o</sup>, o insigne Levy Jordão podia ensinar :

*«Para fazer ou deixar de fazer um acto de — suas funções — isto é, da sua competência. A razão é porque*

se as promessas forem aceitas ou as dádivas recebidas para praticar um acto estranho às suas funções, haveria outro crime, mas não o de peita ou corrupção, porque, punindo este, a intenção do legislador foi proteger o tráfico ilícito que o empregado podia fazer *das suas funções.*»

Como se vê, o que o preceito visava, o que o preceito defendia, era o *acto da função*; não o *acto do funcionário*, como o Supremo parece ter entendido.

E nem outra coisa nele cabia ou cabe, como a sua *interpretação* revela, depois de o terem revelado as suas fontes.

¶ — Começemos pela *interpretação gramatical*.

O artigo refere-se a *actos de funções*.

A palavra *de* é uma preposição que serve para indicar numerosas relações, com o sentido fundamental de origem, de pontos de partida, de posse.

Essas relações de dependência vinham declaradas em latim pelos casos do *genitivo* e do *ablativo*, e pelas preposições *de*, *ab* e *ex*.

O *ablativo* é o 6.º caso das declinações dos nomes latinos; e ao *ablativo* latino correspondem os nossos complementos circunstanciais, sempre regidos de preposição, clara ou oculta.

O *genitivo* é o 2.º caso das declinações latinas, que de ordinário suprimos com a preposição *de*: corresponde-lhe geralmente o nosso complemento *restritivo*.

Por isso, Morais, *Dicionário*, 10.ª ed., III, diz que *de* indica *posse* (casa do pai), ou *origem* (descende dos godos); mas também indica *limitação* ou *restrição*.

E Cândido de Figueiredo, terminante e sinteticamente, escreve:

«*De*: Preposição. *Exprime restrição da palavra que a precede.*»

Não pode o legislador ter querido empregar o «*de*» em sentido que não fosse o vulgar; não é lícito, sequer, procurar desvios, para interpretar a norma legal.

E, assim, o «de» que figura no art.º 318.º é *restritivo*: — não são todos os actos que caracterizam o suborno. São só os «*actos de funções*»; os actos da competência legal do funcionário.

A interpretação gramatical corrobora o que resulta do elemento histórico.

**7**— Objecta-se: — na competência legal não cabe a prática de *actos injustos*; e o corpo do art.º 318.º alude a actos dessa natureza.

A objecção só tem uma aparência de fundamento.

*Injusto* — é tudo que não é *justo*.

O prefixo *in* significa *negativa*.

Ora *justo* é o que é conforme à *Justiça*, no dizer de Moraes; e como a *Justiça* é conforme ao direito, o que é *justo* é *legal*, o que é *injusto* não é *legal*.

O *acto injusto* do art.º 318.º é, pois, o *acto da competência do empregado*; o *acto de suas funções*, mas praticado contra o que a lei determina ou impõe.

É das funções do professor examinar os alunos e classificá-los segundo o seu mérito. Se, determinado por qualquer dos meios que o art.º 318.º contempla, ele classifica mal e reprova quem deve ser aprovado, pratica *acto de suas funções* (examinar), mas *injusto* (reprovar quem devia ser aprovado).

**8**— Sem dúvida há hoje quem sustente que na repressão do suborno deve punir-se não só a prática do *acto da função*, mas também a de todos os *actos contrários aos deveres da função*; e é possível que a defesa social justifique esta orientação, em face da onda de imoralidade que cobre o mundo.

Mas o problema que tem de colocar-se perante os tribunais, *maxime* na jurisdição penal, não é o do *dever ser*; é o do *ser*.

O que o juiz tem de ver é o que a lei *preceitua*; não o que ela *deveria preceituar*.

Se a lei se mostra insuficiente para garantir a ordem social, cabe ao legislador modificá-la; mas enquanto ele o não fizer, o papel do juiz é aplicar a lei vigente.

E os autores que interpretam os preceitos repressivos do suborno como abrangendo a prática dos *actos contrários aos deveres da fun-*

*ção, fazem-no em face de leis muito posteriores à nossa, e de conteúdo mais amplo que o da nossa.*

Na realidade, os Códigos Penais modernos vão mais longe que o Código Penal Português na caracterização do crime.

O *soviético* (art.º 117.º), pune como suborno a aceitação de dádivas pelo funcionário, como recompensa pela execução ou omissão, no interesse do corruptor, de um acto que aquele deva ou possa executar, *por razão do seu cargo.*

O *italiano*, de 1930, considera corrupção a prática de um acto *contrário aos deveres de ofício* (art.º 319.º).

O *suíço*, do *Cantão de Vaud*, de 26 de Novembro de 1931, contempla no art.º 253.º a *corrupção activa*, considerando assim a que se comete para determinar um membro de autoridade, funcionário ou empregado público, a *violar os deveres do seu cargo.*

E o *espanhol*, de 1944, fala, nos art.ºs 385.º, 386.º e 387.º, em *actos relativos ao exercício do cargo*, e em actos que o funcionário devesse praticar *no exercício dos deveres de seu cargo.*

Mas todos estes Códigos são *muito posteriores* ao nosso, e de orientação que transcende a do nosso.

Em face deles, estão certas a doutrina de Manzini e as observações de Ripolles.

Firmada entre nós a orientação que tais Códigos seguiram, seria correcta a decisão do nosso Supremo, em seu acórdão de 26 de Outubro de 1949 (*Boletim*, n.º 15, pág. 185), e acertada a teoria sustentada pelo Sr. Dr. Furtado dos Santos, a págs. 190 do mesmo número do *Boletim.*

Sucede, porém, que o nosso Código se conserva com a redacção inicial; e é em face do seu texto, e *não do de preceitos muito mais modernos e muito mais amplos no seu conteúdo*, que o problema *sub judice* tem de ser resolvido.

Ora o texto do nosso Código não comporta, nem consente, a interpretação que lhe deu o Supremo.

Ele continua a punir apenas o *«acto de função»* e não o acto *«facilitado pelo exercício do cargo»*, ou *«contrário aos deveres de ofício»*.

Considerar abrangidos pelo art.º 318.º actos desta natureza, é calcar a lei a pés juntos; é exceder o poder de julgar; é levar as liberdades interpretativas aos limites do inconcebível.

9 — Um exemplo ilustra, de modo flagrante, a razão da nossa tese.

Sabemos que o art.º 177.º do Código Penal Francês, fonte do nosso art.º 318.º, era similar deste na caracterização do crime.

Em França, como entre nós, a onda da corrupção alastrou, quando as liberdades individuais foram cerceadas e o livre direito de crítica ficou sufocado.

E, então, reconheceu-se ali a necessidade de punir o suborno que tivesse por objecto já não o «*acte de ses fonctions ou de son emploi*», mas o acto facilitado ou permitido pelo exercício das funções.

Pois bem: — para punir estes actos, a jurisprudência francesa não encontrou remédio no Código Penal; e foi mister publicar-se uma lei nova.

Fê-lo o Governo de Vichy, em 16 de Março de 1943, acrescentando ao art.º 177.º do Código Penal a seguinte alínea, mantida por Ordenança de 8 de Fevereiro de 1945:

«*Si les offres, promesses, dons ou sollicitations, tendaient à l'accomplissement ou à l'abstention d'un «acte qui, bien qu'en dehors des attributions personnelles de la personne corrompue, était ou arrait été facilité par sa fonction ou par le service qu'elle assurait, la peine sera...*»

O texto encontra-se em *Les Cinq Codes*, de Etienne Carpentier, ed. de 1949; a análise respectiva encontra-se no *Droit Pénal Spécial* de Marcel Rousselet e Maurice Patin, Sirey, 1950.

Mas, sem tal lei — *lá como cá* — o acto injusto que não coubesse na esfera de competência legal do funcionário, não caracterizaria o crime; e como o legislador português não promulgou medida semelhante, entre nós continua a não o caracterizar.

É mau o sistema?

Decerto!

Mas a culpa não é dos juizes; nem a deficiência da lei lhes dá o direito de passarem a criar direito, ou a punir, por preceitos inaplicáveis, actos que a lei não contempla.

E foi isso que fez o Supremo — salvo o devido respeito — no acórdão que sugeriu este comentário.