

O CRIME DE CONCUSSÃO E SUA DISTINÇÃO DOS CRIMES DE EXTORSÃO E CORRUPÇÃO PASSIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

JOÃO FLORÊNCIO DE SALLES GOMES JUNIOR

Mestre e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

1. Introdução.

A tradição de condescendência do brasileiro com a apropriação do Estado pelos interesses particulares remonta à fundação de nosso país.

A naturalidade com que, desde a chegada da família real ao Brasil em 1808, confundem-se os interesses públicos e privados leva-nos a uma verdadeira (in)cultura da corrupção, na qual, por trás da pequena corrupção do dia a dia, com pequenos agrados ou propinas aos funcionários públicos de terceiro escalão está presente uma verdadeira incapacidade de compreensão da separação entre os interesses públicos e privados, a tal ponto intensa que torna a população incessível até aos maiores escândalos de alta corrupção governamental.

Nesse contexto, não é raro se ver políticos claramente envolvidos em episódios de corrupção mantendo o seu poder através do voto popular ou das negociações de bastidores.

De outro lado, a globalização e o avanço tecnológico tornaram os negócios – inclusive os ilegais – mais rápidos e potencialmente mais lucrativos ou lesivos que em qualquer outra época.

O Direito também sofreu profundas alterações. Como ensina Renato de Mello Jorge Silveira,

“em verdade, desde a Primeira Revolução Industrial, a realidade começou a se alterar, sendo que essas modificações incrementaram-se, principalmente, a partir da II Grande Guerra. Os anos que a seguiram foram marcados por um repensar em diversas áreas. Reformas de todas as ordens ocorreram, O pensamento jurídico, não fugindo a essa regra, passou por metamorfoses várias, sendo que a situação agudizou-se no final dos anos 90, momento no qual o Direito Penal encontra uma completa reavaliação. Modernidade, pós-modernidade, sociedade industrial e pós-industrial, tudo, enfim, coloca em xeque o fato de como poderá esse ramo do Direito vir a tratar novas situações, desconhecidas para os ideólogos iluministas e clássicos”¹.

Tal situação, além de constituir um desafio para o Estado pós-moderno, que se vê ameaçado por um volume de corrupção insuportável e pela reação, por vezes impensada e desproporcional, de um direito penal de matiz autoritário, nos leva a necessidade de repensar os tipos penais dos crimes contra a administração pública de forma não só a tornar o direito

¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: RT, 2003. p.17.

penal mais efetivo, como também e, fundamentalmente, adequar sua interpretação às novas realidades sem violar os seus princípios democráticos.

Nesse sentido, o que se pretende neste trabalho é iniciar uma breve reflexão sobre a delimitação típica do crime de concussão no Brasil, especialmente no que diz respeito a sua distinção dos crimes de extorsão e corrupção passiva.

Para tanto, inicia-se com breve estudo das características fundamentais do crime de concussão no direito penal brasileiro, com destaque para a questão da tutela da administração pública, cujo estudo, é de se lembrar, muito deve ao Prof. Vicente Greco Filho em sua prolicua carreira na nossa tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Em seguida, busca-se distinguir os crimes de concussão e extorsão sob duplo aspecto: a natureza da vantagem indevida a ser obtida através da ação típica e a compreensão da estrutura típica dos delitos em questão, com a correta ponderação dos bens jurídicos em jogo e de sua particular forma de violação em cada um dos tipos penais.

Com isso, pretende-se colocar em evidência o papel central que deve ter a função de tutela da administração pública no tipo de concussão.

Mais adiante, diferenciam-se os crimes de corrupção e corrupção passiva. Partindo-se da tradicional distinção da nossa doutrina e jurisprudência, baseada na ideia de que haja uma gradação na intensidade da ação típica dos referidos delitos, procura-se demonstrar a necessidade de discussão de duas questões fundamentais muito presentes no debate jurídico italiano: a primeira sobre a conveniência da abolição do crime de concussão, da qual se discorda, e a segunda sobre a importância da compreensão da existência de uma figura de concussão ambiental, que se julga bastante relevante para a solução de determinados casos concretos.

Por fim, busca-se refletir ainda que de forma incipiente sobre o papel representado pelo particular nos crimes de concussão e corrupção passiva e a conseqüente política criminal que deve orientar a ação legislativa.

2. Considerações iniciais sobre o crime de concussão no direito penal brasileiro: Estrutura típica e tutela da administração pública.²

O crime de concussão, que de acordo com Hungria deriva “do latim ‘concutere’ - verbo empregado quando se queria designar o ato de sacudir uma árvore para fazer cair os frutos”³-, está tipificado em nosso ordenamento jurídico, no artigo 316 do Código Penal brasileiro, da seguinte forma: “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.”

O sujeito ativo desse crime é o funcionário público e, de acordo com o artigo 327 da norma legal retro citada, tomada a expressão no sentido penal do termo: “considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.”

Elencado entre os crimes praticados pelo funcionário contra a administração pública em geral, o tipo penal da concussão visa tutelar, fundamentalmente, a administração pública.⁴

² O presente item foi parcialmente baseado em capítulo escrito por este autor em sua dissertação de mestrado sobre o crime de extorsão no direito penal brasileiro. GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. *O crime de extorsão no direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação de Miguel Reale Júnior. 2007.

³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal – Volume IX*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.356.

⁴ PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Malheiros, 1999. p.84: Os autores destacam que essa tutela refere-se a dois interesses da administração pública: o interesse no bom andamento da administração pública, ofendido porque a coerção pública, institucionalmente destinada à tutela de interesses do Estado ou de outras entidades públicas, é desviada à

Nesse sentido, Riccio ressalta que o objeto jurídico específico "é dado pelo interesse da administração pública, na observância dos deveres de probidade dos funcionários, no legítimo uso da qualidade ou da função e, particularmente, em que eles não abusem da qualidade ou da função, inculcando temor aos particulares, para conseguirem uma utilidade."⁵

Não por acaso, o núcleo do tipo está expresso pelo verbo exigir, pois é exatamente no momento em que o funcionário público exige a vantagem indevida que se concretiza a violação daquele seu especial dever de probidade e, por essa razão, o legislador, uma vez decidido a tutelar de forma especial a administração pública, não poderia eleger outro momento de consumação para o crime de concussão.

Dessa forma, a construção de uma estrutura típica de crime formal, na qual a consumação se opera com a mera conduta do agente, revela-se consequência obrigatória da compreensão de que a concussão é, antes de tudo, uma conduta ofensiva à administração pública.

Assim, é absolutamente indispensável que, na concussão, a exigência de vantagem indevida - que se volta, também contra a liberdade individual e o patrimônio do particular - tenha ligação com a função pública⁶ que exerce ou irá exercer o agente. Sem essa especial ligação entre o ato de exigir e a função pública exercida pelo agente, desaparece a razão de ser do tipo penal, consistente, como vimos, na tutela da administração pública. Dessa forma, só pode haver o crime de concussão se a conduta do funcionário público representa uma violação do seu dever de probidade, consistente no uso ilegítimo, visto que voltado à obtenção de vantagem indevida, daquele natural sentimento de acatamento, respeito ou temor que a função pública desperta no particular. Aliás, é preciso notar que será decisivo na compreensão da conduta típica o fato do exercício de uma função pública despertar naturalmente um sentimento de acatamento, respeito ou temor no particular. Com efeito, a existência desse especial temor torna desnecessária a presença de uma ameaça direta, consistente na promessa de um mal determinado, para a configuração do crime de concussão.

Sobre esse assunto, Carrara destaca com precisão que "o funcionário venal não pede, mas faz compreender que aceitaria; não ameaça, mas faz nascer o temor de seu poder. Agora, o particular (houvesse ou não motivo justo de temer) compreende e teme; e oferece dinheiro."⁷, enquanto Hungria sintetiza a questão ao explicar que "não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado: basta o temor genérico que a autoridade inspira. [...] O que se faz indispensável é que a exigência se formule em razão da função. Cumpre que o agente proceda, franca ou tacitamente, em função de sua autoridade, invocando ou insinuando a sua qualidade."⁸

Em outras palavras, na concussão, o funcionário público se aproveita do temor do particular ao poder público (denominado *metus publicae potestatis*) para dele exigir vantagem indevida. Pode ocorrer, no entanto, que o funcionário público empregue violência ou grave ameaça ao particular para constrangê-lo a lhe proporcionar, através de uma ação ou omissão, a pretendida vantagem indevida.

3. Diferenciação entre os crimes de concussão e extorsão.

Diante dessa possibilidade, passamos a desenvolver os critérios de diferenciação entre os crimes de concussão e extorsão.

satisfação dos interesses privados, e o interesse na imparcialidade da administração pública, em razão da vantagem indevida em benefício do agente ou de terceiro.

⁵ RICCIO, Stefano. *I delitti contra la pubblica amministrazione*. Torino: Unione Tipografico Edit. Torinese, 1955. p.237.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.348: Função pública "é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços individuais."

⁷ CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Lucca: Canovetti, 1881. p.238.

⁸ HUNGRIA, Nelson. . *op. cit.* 1958. p.359.

Tais critérios baseiam-se fundamentalmente na natureza da vantagem indevida a ser obtida através da ação típica e na compreensão da estrutura típica dos delitos em questão, com a correta ponderação dos bens jurídicos em jogo e de sua particular forma de violação em cada um dos tipos penais.

3.1 - A desnecessidade de natureza econômica da vantagem indevida no crime de concussão como critério de diferenciação parcial entre esse crime e o crime de extorsão

Parcela tradicional da doutrina tem defendido o entendimento de que a vantagem indevida exigida no crime de concussão deva ter natureza econômica.⁹ Noronha entende que o caráter econômico da vantagem indevida exigida no crime de concussão decorre de uma alegada natureza das coisas¹⁰, o que causa espanto por se tratar de crime contra a administração pública e não contra o patrimônio.

Hungria, por sua vez, limita-se a afirmar a necessidade de que a vantagem indevida própria da concussão tenha natureza econômica sem apontar nenhum fundamento para a sua afirmação, revelando suposto desprezo à "vontade" da lei, que nessa perspectiva poderia ter o seu sentido contrariado, sem a necessidade sequer de uma justificativa.

Aliás, Noronha acredita tratar-se de uma omissão legislativa e afirma que "melhor fora, entretanto, que o Código, seguindo sua técnica, fizesse como fez na extorsão, isto é, qualificasse expressamente o proveito - 'vantagem econômica'."¹¹ É importante notar desde logo que essa afirmação contém um vício essencial, ou seja, o intérprete da lei, diante de uma diferença fundamental entre dois tipos penais, sequer cogita compreender a razão da distinção efetuada pelo legislador e, presumindo tratar-se de uma omissão, impõe sua opinião contrária ao sentido revelado pela própria norma penal.

Evidentemente, não se pode aceitar a procedência dessa ordem de argumentos, pois na construção do tipo penal e ao valorar as condutas humanas, o legislador impõe, por meio da inserção ou omissão de elementos típicos, determinado sentido à norma penal. Desde que legítimas, as escolhas do legislador vinculam o aplicador do direito, a quem cabe apreender o sentido da norma e aplicá-la, se necessário, no sentido contrário à sua opinião político-criminal.

Então, não se pode negar o fato do tipo penal da concussão não exigir que a vantagem indevida pretendida pelo agente tenha natureza econômica, o que representa uma primeira distinção entre os crimes de concussão e extorsão, além daquela, mais óbvia, consistente no fato do crime de concussão ser crime próprio de funcionário público.

Parece-nos, nessa linha de reflexão, absolutamente correto o entendimento de Régis Prado, ao explicar que "quando o legislador quer restringir a vantagem à natureza econômica, o faz expressamente, conforme se observa na própria descrição legal do crime de extorsão. Assim (na concussão), a vantagem poderá ser de natureza não patrimonial, v.g., quando o agente exige do sujeito passivo que lhe conceda uma condecoração, por mera vaidade pessoal."¹²

⁹ Cf. HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, 1958. p.359; e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *op. cit.*, 1988. p.429.

¹⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Volume 4., São Paulo: Saraiva, 1995. p.239.

¹¹ *ibidem*. p.239.

¹² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001. p.399. No mesmo sentido se manifesta MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2006. p.302, com fundamento em Faria, da seguinte forma: "[...] referindo-se a lei, porém, a qualquer vantagem e não sendo a concussão crime patrimonial, entendemos, como Bento de Faria, que a vantagem pode ser expressa por dinheiro ou qualquer outra utilidade, seja ou não de ordem patrimonial, proporcionando um lucro ou proveito." Também desse modo pensa GRECO, Rogério. *op. cit.* p.117.

Nesse mesmo sentido, Pagliaro e Costa Júnior afirmam que “um exame atento do art. 316 demonstra que o dano do particular poderá não ser patrimonial. Dever-se-ia dizer, com maior exatidão, que vem tutelada toda a esfera de relações que dizem respeito ao particular, tenham elas conteúdo patrimonial ou não.”¹³ Com efeito, esse é o único entendimento que guarda coerência com a estrutura e o sentido do tipo penal. Se o princípio reitor da figura penal da concussão é a tutela da administração pública, o que importa à consumação dessa conduta é a lesão àquela mesma administração. É indiferente, portanto, a natureza da vantagem exigida pelo funcionário público no crime de concussão.

Desde que a administração pública tenha sido atingida pela violação dos deveres de probidade próprios do funcionário público, pouco importa saber se a vantagem pretendida tinha ou não conteúdo econômico. Em ambos os casos, a exigência revela-se ilegítima e, por isso, a administração pública é atingida da mesma forma, o que justifica o fato do legislador não ter se referido ao conteúdo econômico da vantagem como decorrência natural do sentido preferencial de tutela do patrimônio, revelada pela estrutura típica.

Estabelece-se, então, uma primeira distinção entre os crimes de concussão e extorsão, já que no crime de concussão a vantagem indevida exigida pelo funcionário público pode ser de qualquer natureza, enquanto na extorsão a vantagem indevida pretendida pelo sujeito ativo deve ter natureza econômica e, sob essa ótica, sempre que se tratar de exigência, por funcionário público, de vantagem indevida, de natureza não econômica, só restará ao aplicador da lei penal cogitar a aplicação do tipo penal da concussão.

3.2. - Concurso aparente de normas entre os tipos penais de concussão e de extorsão.

No entanto, não é difícil perceber que sempre resta a possibilidade do funcionário público exigir vantagem indevida, de natureza econômica, constringendo o particular a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. Diante desse aparente concurso de normas penais, a maior parte da doutrina brasileira afirma que o crime será de concussão somente nos casos em que o funcionário apenas exige, sem empregar qualquer violência ou ameaça, uma vantagem indevida. Em outras palavras, defende-se que, na concussão, a vítima deve proporcionar a vantagem indevida em razão exclusivamente do temor genérico de desagradar um funcionário público, ou ainda, de acordo com Fragoso, “por temor de possíveis represálias por parte da autoridade.”¹⁴

Segundo esse entendimento, mesmo as possíveis represálias (sempre ligadas à função do agente) não devem ser prometidas, mas apenas temidas pela vítima diante da exigência do funcionário e dos poderes que o mesmo dispõe; e muito menos ainda, deve o agente exigir a vantagem indevida por meio de violência. Como apresentado anteriormente, na concussão o meio usado pelo funcionário é o temor que sua função desperta e não a violência ou a grave ameaça. Para essa primeira corrente doutrinária, é justamente nisso que divergem a extorsão e a concussão: atuando o funcionário público mediante grave ameaça ou por meio de violência visando obter indevida vantagem econômica, o crime por ele praticado será sempre o de extorsão; limitando-se o funcionário público a explorar aquele natural sentimento de temor do particular frente à autoridade pública, o crime será o de concussão.

Nesse sentido, Hungria afirma que “existe afinidade entre a extorsão e a concussão, distinguindo-se esta daquela porque o seu sujeito ativo há de ser, necessariamente, funcionário

¹³ PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *op. cit.* p.85.

¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Especial*. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.429.

público (crime próprio), e a vítima cede, *exclusivamente, metus auctoritatis causa.*¹⁵, mas também é válido subsidiar-se em Greco, quando o autor esclarece esse critério ao afirmar que:

A concussão pode ser entendida como uma modalidade especial de extorsão praticada por funcionário público. A diferença entre ambas as figuras típicas reside no modo como os delitos são praticados. Assim, na extorsão, a vítima é constrangida, mediante violência ou grave ameaça, a entregar a indevida vantagem econômica ao agente; na concussão, contudo, o funcionário público deve exigir a indevida vantagem sem o uso de violência ou de grave ameaça, que são elementos do tipo penal do art. 158 do diploma repressivo.¹⁶

Assim também caminha majoritariamente a jurisprudência, como é possível verificar em importante acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que fixando as bases atuais desse entendimento, acabou por fundamentar as decisões de nossos tribunais superiores a respeito do assunto. O relator entende que, *in verbis*:

É inegável que o crime de extorsão previsto no art. 158 do CP e o de concussão, capitulado no art. 316 do mesmo diploma legal, guardam acentuada afinidade. Traduzem ambos a existência de uma vantagem indevida, por parte do agente, acrescida, porém, a figura típica da concussão de um *plus* representado pela qualidade de funcionário público do agente que, nessa qualidade, reclama para si, em razão de sua função e servindo-se dela, a vantagem ilegítima. Mas não é essa a única nota distintiva. Ocorre outra. Na concussão, o agente exige a vantagem (e exigir é impor como obrigação, reclamar imperiosamente), mas não constrange com violência ou grave ameaça. O funcionário impõe à vítima a prestação da vantagem indevida e esta cede-lhe às exigências, exclusivamente *metus auctoritatis causa*. Não premido por promessas de violência ou de algum mal futuro, já na extorsão, bem ao contrário, o agente constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a fazer, tolerar que se faça ou a deixar de fazer alguma coisa, obtendo, por esse meio, também, uma indevida vantagem econômica. Vê-se, por aí, que, sem violência, não há extorsão e com o emprego dela ou promessa de grave ameaça, o crime a integralizar-se haverá de ser o do art. 158, ainda que seja o agente funcionário público e que proceda no exercício ou em razão de suas funções. A não se entender dessa forma, e se se quisesse ver como forma diferenciadora das duas figuras típicas apenas a qualidade de funcionário público do agente, ter-se-ia ter de admitir a impossibilidade de praticar aquele o crime do art. 158 e que reconhecer que o legislador, de forma odiosa e protecionista, destinara inconcebível tratamento preferencial ao membro da administração, exatamente contra quem deveria destinar reprimenda mais severa quando, em nome dela e servindo-se dela, pratique violências contra o patrimônio alheio.¹⁷

Assim, depreende-se da leitura da decisão retro transcrita, a aplicação do critério da especialidade em dois momentos sucessivos, a saber:

o primeiro, quando se afirma a existência de um *plus*, representado pela qualidade de funcionário público do agente, a indicar uma especialidade do tipo penal da concussão em relação ao tipo penal da extorsão;

o segundo, quando se afirma a existência de outra nota distintiva entre esses crimes, consistente no emprego de violência ou grave ameaça, a indicar outra relação de especialidade, dessa vez do tipo penal da extorsão em relação ao tipo penal da concussão.

¹⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – Volume VII*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p.65.

¹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Volume IV. Belo Horizonte: Editora Impetus, 2006. p.137.

¹⁷ STF. HC 72.936-3. Rel. Min. Octavio Gallotti. DJU de 06/10/1995. p.33.132. Ver, ainda, RJDTACRIM 30/150 e 33/53; RT 586/309, 329/100, 627/311, 475/276, 714/375 e 764/566; JTJ 187/152; RF 254/350; RTJ 159/281; e RJTJSP 105/442.

Por outro lado, especialmente quando a doutrina e a jurisprudência referem-se, com fundamento na pena cominada, a uma maior gravidade do crime de extorsão, essa corrente parece utilizar o critério da consunção para a resolução do aparente concurso de normas penais entre os tipos penais da concussão e da extorsão. Nesse ponto, é muito importante notar que no fundamento de todo esse entendimento está a ideia de que o emprego da violência ou da grave ameaça, por representar um grau mais intenso de violação da liberdade individual, não estaria contido na expressão exigir vantagem indevida, do que decorreria a maior gravidade do crime de extorsão, confirmada, aliás, pela pena significativamente mais alta cominada pelo legislador.

Devemos notar, no entanto, e em que pese a importância que o referido critério assumiu em nossa doutrina e jurisprudência, que há um sutil equívoco nesse fundamento, capaz de alterar completamente o sentido existente nas relações entre os crimes de concussão e extorsão.

Como vimos, ao estudar a estrutura típica do crime de concussão, o fato do sujeito ativo ser funcionário público e abusar de sua função (lesando a administração pública) para constranger a vítima a lhe proporcionar a vantagem indevida justifica o fato de o legislador antecipar o momento consumativo do delito. Nesse crime, diferentemente do que acontece na extorsão, há uma lesão à administração pública que se sobrepõe às lesões, à liberdade individual e ao patrimônio, comuns aos dois crimes. O crime de concussão, portanto, revela-se objetivamente mais grave que o crime de extorsão, justamente na medida em que, além da lesividade contida neste crime, apresenta um elemento especial consistente no abuso da função pública (com a conseqüente lesão à administração pública). Com a criação de um delito formal que se consuma com a mera exigência de vantagem indevida, o legislador evidencia essa compreensão e, de forma coerente com essa valoração, antecipa o momento de consumação do crime de modo a tutelar de forma mais efetiva a administração pública.

Em decorrência dessa necessidade de fixação do princípio reitor da figura penal da concussão na tutela da administração pública e, conseqüentemente, de antecipação do momento de consumação do delito, o legislador estabelece o núcleo típico exigir e o vincula, como vimos, ao abuso da função pública. Com isso, é bom lembrar, pretende tutelar de forma mais efetiva a administração pública. Revelam-se, então, duas realidades fundamentais que impedem a conclusão de que o emprego de violência ou grave ameaça seja o critério de distinção entre os crimes de concussão e extorsão: o crime de concussão apresenta-se objetivamente mais grave que o crime de extorsão; e o emprego do verbo exigir não representa a exclusão da violência e da grave ameaça do âmbito do tipo penal da concussão, mas apenas a referida antecipação do momento de consumação do delito.

Quanto a esse último aspecto e a título ilustrativo, vale lembrar a conduta daquele que, fingindo-se fiscal da administração pública, exige indevida vantagem econômica para não proceder à fiscalização de uma empresa e comete o crime de extorsão, o que não deixa dúvida quanto ao fato de a conduta de exigir conter em seu significado também o emprego de violência ou grave ameaça.

Resumindo, basta verificar em termos ideais que diante de uma conduta objetivamente mais grave que a conduta da extorsão, o legislador, partindo da estrutura desse crime, acrescenta a ele a utilização abusiva da função pública (elemento especializador) e antecipa seu momento de consumação (o que justifica o emprego de núcleo típico diverso do tipo penal da extorsão sem que haja o abandono de sua ideia central) para criar um tipo penal (de concussão) mais adequado à tutela da administração pública. Fica evidente, então, que a solução para o concurso aparente de normas penais entre os crimes de extorsão e concussão passa pelo critério da especialidade e, diante da presença de elemento especializador no tipo

penal da concussão, consistente no abuso da função pública, leva à prevalência do crime de concussão sobre o crime de extorsão.

Nesse sentido, Noronha afirma que "na concussão há também constrangimento da vítima a entregar vantagem indevida, mas tal delito só pode ser praticado por funcionário público agindo em razão da função."¹⁸ No mesmo sentido, Fragoso destaca que "se trata efetivamente de funcionário público e a extorsão é praticada em razão das funções públicas que o agente exerce, o crime será o de concussão (art. 316 CP)."¹⁹

Entre os autores mais recentes, Bitencourt esclarece que "característica fundamental do crime de concussão é o abuso de autoridade, que pode repousar na 'qualidade de funcionário' ou na 'função pública'. Nesse sentido, destacava Bento de Faria, 'se não se verificar o abuso, quer da referida qualidade, quer da função, o ato estranho a ela configurará a extorsão prevista no art. 158'. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de concussão, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime como extorsão, constrangimento ilegal, estelionato."²⁰

No mesmo sentido, Mirabete, citando julgados, entende que "diante da similitude entre a extorsão (art. 158) e a concussão, necessária se torna a sua distinção. Na segunda, a ameaça diz respeito à função pública e as represálias prometidas, expressa ou implicitamente, a ela se referem (RJDTACRIM 33/53). Havendo violência, ou ameaça de mal estranho à qualidade ou função do agente, ocorre extorsão (RT 586/333; JTJ 187/152). Configura-se esta, por exemplo, em policiais civis ou militares constrangerem a vítima sob ameaça de revólveres (RT 329/100; 475/276; RF 254/350)."²¹ e Prado explica que "aproxima-se a concussão, em alguns aspectos, da extorsão, ressaltando-se, porém, que, na primeira, a ameaça exercida gravita em torno da função pública e as represálias infligidas a ela se referem."²²

Dessa forma, sempre que o funcionário público abusa de sua função, aproveitando-se do *metus publicae potestatis* para exigir vantagem indevida, estaremos diante do crime de concussão. Nos casos que apresentem o emprego de violência ou grave ameaça, deve-se verificar se há alguma ligação entre esses meios de execução do crime de concussão e a função exercida pelo funcionário público. Assim, se o mal prometido na ameaça estiver ao alcance do funcionário público em razão de sua função (como, por exemplo, a imposição de uma multa pelo policial rodoviário, a suspensão das atividades de uma empresa pelo agente de vigilância sanitária ou o não provimento de um recurso por um juiz de segunda instância), estaremos diante de um crime de concussão. Ao contrário, se o mal prometido na ameaça não estiver ligado à sua função pública (como, por exemplo, nos casos em que há ameaça de morte, tortura ou outros atos que, em razão de sua ilicitude, não são dados ao funcionário público praticar), estaremos diante do crime de extorsão.

E não se imagine que pelo fato do crime de extorsão ter pena significativamente mais elevada que o crime de concussão nós deveríamos, como muitos o fazem, repelir esse entendimento. Pois nesse caso, para evitar o que efetivamente configura-se como um tratamento privilegiado e odioso do funcionário público, inverteríamos a própria natureza das relações políticas no Estado de Direito: quando se deveria propor ao legislador um aumento da pena do crime de concussão em atendimento à particular gravidade desse crime, simula-se que ele apresenta menor gravidade que outro, com pena mais elevada, para alcançar o que se acha materialmente justo. Com isso, como pudemos demonstrar, fecham-se os olhos para as bases

¹⁸ NORONHA, E. Magalhães. *op. cit.*, 1995. p.239.

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *op. cit.*, 1986. p.310.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial*. Volume 5. São Paulo: Saraiva, 2004. p.401.

²¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.*, 2006. p.303.

²² PRADO, Luiz Regis. *op. cit.*, 2001. p.405.

mais fundamentais sobre as quais se constrói o tipo penal e a lição que nos resta aprender, diante da derrota da razão, é que ainda há um longo caminho até o estabelecimento do primado do Direito próprio das nações civilizadas. Por isso, preferimos sugerir a reforma legislativa.

Trata-se, na verdade, de trazer a tutela da administração pública para o primeiro plano. cremos que ao fixar a distinção entre os crimes de concussão e extorsão na intensidade do potencial de coação da conduta contra a liberdade individual da vítima, nosso sistema penal deixa a tutela da administração pública para o segundo plano.

Tal entendimento, além de equivocado pelos motivos que já se expôs, acaba por fragilizar a tutela da administração pública justamente no momento em que por várias razões que vão desde a globalização do crime aos avanços tecnológicos, mais se faz necessária deter a apropriação em curso dos poderes públicos pelos interesses privados com prejuízos de larga escala para a sociedade.

4. Diferenciação entre os crimes de concussão e corrupção passiva.

Uma vez estabelecido que na distinção entre os crimes de extorsão e concussão deve se dar como critério fundamental a verificação da possibilidade de lesão da administração pública, cabe-nos traçar a distinção entre os crimes de concussão e corrupção passiva que, por evidente, não pode se dar nos mesmos moldes.

A corrupção, conforme já mencionado, é um problema milenar em nossa sociedade; parece-nos, contudo, que tal prática vem se aprimorando e hoje está dilatada em condutas diversas, conforme pontua Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi:

“ O problema da corrupção, porém, é mais amplo, envolvendo, na verdade, qualquer locupletamento indevido decorrente da prática de ato ilegal ou mesmo antiético para beneficiar alguém ou facilitar alguma atividade, ainda que legítima de outrem, ou, ainda que sem conteúdo econômico. Nesse sentido, por exemplo, também seriam atos de corrupção o do empregado que assina o livro de presença por outro ou o funcionário que pula a catraca controladora de entradas e saídas para burlar a vigilância do horário de expediente.”²³

Cabe notar inicialmente que a distinção entre a concussão e a corrupção passiva é tão árdua que segundo nos informa Vincenzo Militello a doutrina italiana, em geral, crê que o único caminho a percorrer desde uma perspectiva de reforma é o de redefinir o alcance das respectivas condutas ilícitas depois de se aclarar se há de se construir o tipo penal da concussão como um *aliud* em relação à corrupção, ou, melhor ainda, como uma hipótese de corrupção qualificada e portanto como um plus em relação a este.²⁴

No Brasil, sempre houve menos discussão sobre a questão, inexistindo divergências doutrinárias ou jurisprudenciais mais profundas sobre a questão.

Para Hungria, “na corrupção, o funcionário não impõe ou há um acordo de vontades (o *intraneus* que solicita ou recebe a vantagem indevida e o *extraneus* que a oferece ou promete são, ambos, sujeitos ativos, aquele de corrupção passiva e este de corrupção ativa); enquanto na

²³ GRECO FILHO, Vicente.; RASSI, João Daniel. A Corrupção e o Direito Administrativo Sancionador in Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior: GZ Editora, 2014, p. 741.

²⁴ MILITELLO, Vincenzo. *Concussión y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Itália* in Temas de Derecho Penal Económico – III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico – Juan Maria Terradillos Basoco e Maria Acale Sánchez (coordinadores) – Madrid: Editorial Trotta, 2004.

concussão, ao revés, não há, como dizia Farinácio, um *esponte pecuniam dans*, pois aquele a quem exigida a vantagem indevida é sempre sujeito passivo, está sob pressão ou induzido a erro, e somente cederá *metu publicae o potestates*. Na corrupção, o funcionário solicita ou aceita na concussão, exige.”²⁵

No mesmo sentido, Noronha, após alertar sobre a indevida confusão entre os crimes de concussão e corrupção passiva, acompanha a distinção acima mencionada acrescentando interessante imagem criada por Manzini segundo a qual “a concussão é forma de autointoxicação, provocada por germe patogênico interno, um anaeróbio, ao passo que na corrupção, ele é externo, vem de fora, é um aeróbio. Por fim, conclui Noronha que na concussão o agente é um extorsionário, enquanto na corrupção é um rufião.”²⁶

Nesse mesmo sentido, caminharam os autores posteriores à reforma de 1984 como Bitencourt²⁷, Régis Prado²⁸, Greco²⁹ e Mirabete³⁰

No entanto, como bem destaca Bitencourt,

“a demonstração de que se trata de solicitação (corrupção passiva) do funcionário corrupto e não exigência (concussão) enfrenta grande dificuldade probatória, assim como a comprovação de que se trata de concussão (exigência do funcionário) e não de corrupção ativa (oferta ou promessa). Aliás, na comparação do crime de concussão (art.316) - em que há exigência do funcionário corrupto, portanto, conduta ontologicamente mais grave - com o crime de corrupção passiva (art. 317) - no qual o funcionário corrupto “apenas” solicita a vantagem indevida - constata-se uma absurda inversão na graduação legislativa da sanção cominada: a concussão - crime mais grave - recebe punição consideravelmente mais branda, qual seja, reclusão de dois a oito anos e multa; a corrupção passiva - crime menos grave, comparativamente - recebe punição consideravelmente mais grave, qual seja reclusão de dois a doze anos e multa. Pode-se afirmar - sem qualquer menosprezo institucional ao Poder Legislativo - que aqui se concentra o lixo da produção legislativa *ad hoc* que tomou conta do parlamento nos últimos quinze anos, que conseguiu destruir a harmonia que o sistema jurídico nacional até então apresentava e “desorganizar” definitivamente a rica sistematização que o bem elaborado Código Penal de 1940 ostentava, aliás, reconhecida e elogiada pelo continente europeu. O princípio da proporcionalidade, para ficar somente neste, assegurado pela atual Constituição da República, repousa solenemente no leito constitucional, seu “berço esplêndido”, à espera, quem sabe, de uma revisão infraconstitucional (em vez de constitucional), numa operação humilde, despreziosa, que aceite a modesta colaboração dos especialistas das diversas searas, cada qual na sua especialidade”.³¹

Observa Greco que “na verdade, entre os dois núcleos a diferença é de grau, se é que assim podemos chamar. A solicitação é um minus comparativamente a exigência, embora nas duas, em algumas situações, podemos visualizar o *metus publicis postestatis*, sendo este mais comum no caso de concussão.”³²

No mesmo sentido a nossa jurisprudência busca o fundamento da distinção dos crimes de concussão e corrupção passiva, na diferença de grau existente entre as ações de exigir (concussão) e solicitar (extorsão) reconhecendo, por exemplo, a corrupção passiva no caso de médico credenciado ao INSS que solicita importância em dinheiro, por fora, sem imposição,

²⁵ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, 1955. p.65. vol 9, 1958, pág.360.

²⁶ Noronha, vol 4, 1995, pág. 246, 20 ed.

²⁷ 2009, volume 5, pág

²⁸ Volume 04, 2001, 418.

²⁹ Volume 04, 2006, 454 e 455.

³⁰ Volume III, 2009. pág. 287.

³¹ Bitencourt, pág. 65, volume 05, Saraiva, 2009.

³² Greco 2006, volume 04, pág 455, impetus.

para realização operação em beneficiária da autarquia (RT 752/728) enquanto, por outro lado, afirma a existência de concussão no caso de médico credenciado ao INSS que para a realização de cirurgia imprescindível em paciente segurando pela Previdência, exige pagamento de importância que não lhe é devida (RT 755/605).³³

Consolida-se dessa forma em nosso direito o entendimento segundo o qual a distinção entre os crimes de concussão e corrupção passiva se dá, fundamentalmente, pelo grau de intensidade da ação típica.

5. A discussão sobre a necessidade de um tipo penal de concussão e a ideia de concussão ambiental no direito penal italiano como fontes de inspiração para o direito penal brasileiro.

Ocorre que certos problemas próprios do nosso tempo ou do estágio de desenvolvimento do nosso Direito Penal não são abordados, por óbvio, pelos comentadores clássicos do Código de 1940 etampouco pelos manuais atuais.

Dentre essas questões ganham relevo duas propostas bastante discutidas no âmbito da tentativa de reforma do direito penal italiano, conforme nos relata Vincenzo Militello³⁴

A primeira consiste em saber se é verdadeiramente necessário manter no sistema jurídico italiano – e, portanto, também no brasileiro que se inspira naquele – um delito de concussão que corresponda mais ou menos ao existente atualmente.

A segunda, ligada mais diretamente a questão da distinção entre os crimes de concussão e corrupção passiva, diz respeito à possibilidade e à conveniência de eventual reconhecimento normativo da denominada concussão ambiental, retomada pelo projeto de 1992 de novo Código Penal italiano.

Quanto à primeira questão é de se notar que não poucos autores italianos consideram a existência do crime de concussão como uma anomalia daquele sistema, propondo sua eliminação como forma de superação dos problemas de diferenciação em relação à corrupção que se apresentam na prática jurídica.

Tal dificuldade de diferenciação, evidentemente, também se verifica no sistema penal brasileiro.

Conforme exposto no presente trabalho, a diferenciação entre os crimes de concussão e corrupção passiva com fundamento em uma diferença de intensidade da ação pode criar, no caso concreto, significativa dificuldade de aferição de diversos elementos que devem orientar o juiz na compreensão da conduta completa, tais como a finalidade do agente, o efeito que a ação criminosa teve ou podia ter no comportamento da vítima e todas as demais circunstâncias que possam influir na coercibilidade daquela conduta.

Ocorre que a simples supressão do crime de concussão ou sua transformação em crime de extorsão qualificada, preconizada pelos juristas italianos, não parece ter o condão de superar o problema, na medida em que remanescerá a necessidade de distinção entre as condutas de extorsão e corrupção passiva, alterando-se apenas, e dependendo da redação legislativa, a distancia entre as figuras típicas, o que pode levar, aliás, a classificação de diversas condutas atualmente consideradas como concussão em corrupção passiva, com a conseqüente diminuição da tutela jurídico-penal da administração pública.

Daí porque em nosso entendimento há de se firmar, na doutrina e na jurisprudência, critérios de diferenciação mais precisos e adequados ao nosso tempo, sem a pretensão de

³³ HC 89686-SP, do STF, HC 78280-RJ

³⁴ Temas de Derecho Penal Económico – III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico – Juan Maria Terradillos Basoco e Maria Acale Sánchez (coordinadores) – Editorial Trotta.

eliminar as dificuldades próprias da interpretação jurídica através de reforma legislativa que, nesse ponto, não seria capaz de trazer a segurança jurídica almejada.

Surge então, como decorrência natural de nossa exposição, tendente a buscar novos critérios interpretativos de diferenciação entre os crimes de concussão e corrupção passiva, a segunda questão, relativa a concussão ambiental.

Como bem aponta o professor italiano Vincenzo Militello,

"la realidad de las relaciones entre funcionarios públicos y particulares no parece que pueda agotarse en dos tipologías opuestas: la relación horizontal conectada a la compraventa entre partes iguales, y, el otro extremo, una, de tipo vertical, en la que el funcionario público explota a la víctima privada. Para diferenciar las dos hipótesis no basta, en efecto, la exclusiva circunstancia de que el particular remunere al funcionario público en cuanto "constreñido" por una situación ambiental, "real o supuesta", que le induzca a pensar, que, de otra forma, no recibiría un tratamiento imparcial. Existen, en efecto, formas intermedias en las que las posiciones de los dos sujetos interaccionan de manera distinta en un haz de relaciones de cambio de tipo colusivo y con carácter no ocasional. En este caso, la reflexión va más allá de la consideración de la sola concusión y enlaza con la actualización del esquema típico del cohecho, como fenómeno no limitado relaciones continuadas e ilícitas, de indudable peligrosidad tanto para el buen funcionamiento de la Administración pública como para las condiciones de competencia en los mercados".³⁵

É necessário portanto buscar a correta tipificação das condutas criminosas relacionadas à administração pública especialmente nos casos em que, embora o particular ofereça a vantagem ao funcionário público, o que se verifica é que o particular, na realidade, se sentiu obrigado a fazê-lo.

Tais considerações, sobre a possibilidade do particular ser na verdade vítima de concussão mesmo quando oferece a vantagem indevida são particularmente importantes em países como a Itália e o Brasil dos nossos tempos em que, em certas circunstâncias, o que se verifica é a existência de uma verdadeira (in)cultura da corrupção, tendente a transformar o estado em instrumento do poder privado.

Nesses casos, todo o funcionamento de determinada instituição, ou de parcela desta, é regido pela utilização dos poderes da administração pública para a consecução de finalidades privadas de seus funcionários ou dos grupos a que pertencem.

Resta saber se diante de um conjunto de circunstâncias que materializam verdadeira exigência de vantagem indevida, sem que seja necessária sua explicitação pelo funcionário corrupto, justifica-se a incriminação do particular, especialmente nos casos em que este pretendia apenas com a oferta da vantagem, fazer valer os seus direitos de forma regular.

Nosso Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, sem que contudo se explicitasse ser esta uma discussão sobre a chamada concussão ambiental, no *Habeas Corpus* nº 78280-1/RJ, em que afirmou caracterizar-se a concussão – e não a corrupção passiva – se, embora formalmente partida do particular, a oferta da vantagem indevida corresponde, nas circunstâncias do fato, a uma exigência implícita na conduta do funcionário público.

Trata-se de caso interessante em que quatro policiais civis do Rio de Janeiro abordaram um funcionário do Banco do Brasil, que acabara de adquirir substância entorpecente para uso próprio, levando-o à delegacia de polícia em que trabalhavam, distante do local dos fatos e dedicada à investigação de crimes contra o patrimônio, onde o referido funcionário, então detido, ofereceu vantagem indevida para ser liberado.

³⁵ Pág. 243, Temas de Derecho Penal Económico – III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico – Juan Maria Terradillos Basoco e Maria Acale Sánchez (coordinadores) – Editorial Trotta.

Entendeu por bem o Supremo Tribunal Federal afirmar que o fato do preso ter oferecido a vantagem indevida não afasta da conduta dos policiais sua caracterização como concussão.

Para tanto, fundou-se o Supremo Tribunal Federal em uma série de irregularidades verificadas na atuação policial, tais como: 1) inexistência de quaisquer registros da entrada - confirmada por todas as testemunhas e pelos próprios réus - da pessoa detida nas dependências da delegacia 2) a utilização de veículo descaracterizado para a condução do preso 3) encaminhamento do preso para a delegacia especializada em roubos e furtos de carga e não para o distrito policial do bairro ou delegacia de entorpecentes 4) inexistência de registro na delegacia dos réus da diligência que eles disseram que estariam fazendo no local.

Ou seja, o que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em alguma medida, foi a possibilidade de ocorrer o que a doutrina italiana denomina concussão ambiental, em que uma série de circunstâncias relacionadas ao fato deixam claro à vítima que é necessário pagar ou prestar vantagem indevida aos agentes públicos, sob pena de vê-los atuar ilegalmente contra os seus direitos e interesses.

Nesses casos, o oferecimento formal da vantagem pelo agente nada mais é do que o resultado do processo de coação sofrido por este. Esse processo de coação, sem que haja a explicitação da exigência, verifica-se com especial significado em locais em que haja o que podemos chamar de (in)cultura da corrupção, ou seja, quando, de alguma forma, esteja a população, premida pela realidade, convencida que determinados setores da administração pública somente agem quando satisfeitos os seus interesses privados.

Creemos que, embora tenha buscado fundamento no tradicional reconhecimento da exigência indireta, de forma implícita ou tácita, como elemento do tipo penal da concussão nosso Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer, no que essencial, a existência da figura da concussão ambiental preconizada pelos juristas italianos.

É de se notar que sequer o fato do particular ter pago para se eximir de prisão e investigação legais, visto que este efetivamente estava portando entorpecente, foi capaz de afastar a figura típica da concussão no Supremo Tribunal Federal.

Tal reconhecimento, bastante valioso na medida em que permite compreender com mais precisão o que realmente ocorre em certos contextos de crime contra a administração pública, poderia se fortalecer em nosso sistema penal com sua normatização pelo legislador, a exemplo do projeto de Código Penal italiano de 1992.

No entanto, como visto no julgado em questão, a alteração legislativa não é necessária à adoção do conceito em nosso sistema penal, através das contribuições da doutrina e da jurisprudência, a quem cabe refletir sobre os novos parâmetros que devem reger o papel do particular nos crimes contra a administração pública e especialmente nos crimes de concussão e corrupção passiva e ativa.

De outro lado, ao reconhecer a existência da concussão ambiental é preciso refletir sobre aquelas circunstâncias em que o particular, em ações habituais e protraídas no tempo, após ceder as exigências do funcionário público, aproveita-se deste contato ou desta oportunidade para manter relacionamento em que também se beneficia da atuação daquele e, portanto, da lesão à administração pública.

Em razão desses casos, a própria doutrina italiana, refletindo sobre a questão tem questionado a caracterização do particular como "simples vítima inocente" do funcionário público, refletindo de forma mais crítica sobre a conveniência de se manter intocado o dogma segundo o qual o coagido não pode jamais responder por corrupção.

Em nosso direito penal, também é tradicional e, mais do que isso, inquestionado, o dogma segundo o qual o particular, vítima da concussão, não comete qualquer crime. Creemos que não há reparos a fazer a essa regra, mas é preciso analisar com cuidado os casos concretos, compreendendo que o tempo pode transformar as relações e, com isso, uma situação que se

inicia como uma coação ao particular vítima da concussão pode transformar-se em acordo de vontades, conveniente para ambos, que lesionando em conjunto a administração pública, passam a praticar, respectivamente, corrupção ativa e passiva.

Tais considerações, em nosso sentir, bem demonstram a necessidade de compreensão integral do fenômeno jurídico, com seus amplos horizontes de interdisciplinaridade. Esse caminho, no qual o sentido do tipo penal é compreendido em sua inteireza pela sensibilidade do intérprete na compreensão de toda a dimensão jurídica do delito têm no trabalho de uma vida do Prof. Vicente Greco Filho um dos seus mais bem acabados exemplos, a ser seguido por gerações de estudiosos do direito penal que a partir do Largo de São Francisco pretendem - ainda que teimosamente - cultivar o direito com o rigor técnico e a busca da clareza que tornam o trabalho do Professor referência absolutamente fundamental no direito penal brasileiro.