

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A ORIGEM DA AMPLITUDE DO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA

LUAN DE AZEVEDO MONTEIRO

RIO DE JANEIRO

2022

LUAN DE AZEVEDO MONTEIRO

A ORIGEM DA AMPLITUDE DO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Camilla de Magalhães Gomes.

RIO DE JANEIRO

2022

CIP - Catalogação na Publicação

dM775o de Azevedo Monteiro, Luan
A origem da amplitude no tipo penal de corrupção passiva / Luan de Azevedo Monteiro. -- Rio de Janeiro, 2022.
65 f.

Orientadora: Camilla de Magalhães Gomes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Corrupção. 2. Pacto do Injusto. 3. Lava-Jato. 4. Mensalão. I. de Magalhães Gomes, Camilla, orient. II. Título.

LUAN DE AZEVEDO MONTEIRO

A ORIGEM DA AMPLITUDE DO TIPO PENAL DE
CORRUPÇÃO PASSIVA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Profa. Dra. Camilla Magalhães Gomes.**

Data da Aprovação: 16 / 02 / 2022.

Banca Examinadora:

Camilla Magalhães Gomes

Antônio José Teixeira

Daniel Ribeiro da Silva Aguiar

RIO DE JANEIRO

2022

AGRADECIMENTOS

Tenho amigos que não sabem o quanto são meus amigos. A alguns deles eu quase não vejo: me basta saber que existem, embora, como não os veja com frequência, não possa lhes falar o quanto gosto deles, pois não acreditariam em mim.

Vinicius de Moraes

Com o risco de não acreditarem em mim, deixo aqui meus agradecimentos àqueles que, dentre tantos, contribuíram para minha formação e, assim, permitiram que a minha jornada nos corredores do Palácio do Conde dos Arcos fosse a melhor possível.

Em primeiro lugar, agradeço à minha orientadora, Camilla de Magalhães, por ter acolhido o projeto desta monografia, me auxiliado tão de perto em todas as etapas do desenvolvimento de minha monografia. Posso dizer que, sem o cuidadoso olhar de suas leituras e o rigor de suas críticas, o presente trabalho não teria sido o que foi.

Agradeço ao professor Carlos Eduardo Adriano Japiassú, que despertou a minha vocação pelo magistério e me ensinou tanto no tempo em que estive como seu monitor.

Agradeço ao professor Daniel Ribeiro Aguiar, que, para além da sala de aula, me mostrou a prática do direito e tornou-me outro. Sou especialmente grato por ver em mim o potencial que eu nem sabia que existia.

Agradeço ao professor Thiago Araújo Celli, que, desde o primeiro ano de faculdade, me ensinou a vocação pelas Ciências Criminais. Foi graças às suas aulas de Teoria do Crime que, posteriormente, direcionei meus estudos e carreira para a defesa da liberdade.

Agradeço, especialmente, aos professores Hamilton Gonçalves e Bianca Garcia Neri que, como meus orientadores em outros momentos, contribuíram para a minha formação e para o desenvolvimento da minha capacidade de pesquisa, escrita e crítica acadêmica.

Agradeço aos meus amigos e companheiros de pesquisa, Sabrina Ribeiro Chaves, Marina Fikota e Igor Gualberto, com os quais tive a oportunidade de trilhar este caminho. Minha formação deve muito às experiências que compartilhei com vocês.

RESUMO

Tendo em vista que a doutrina brasileira aponta a existência de uma amplitude na descrição típica do crime de corrupção passiva, este trabalho busca realizar um estudo sobre sua origem. Trata-se de um defeito de redação – isto é, um problema de tipicidade – ou um defeito das interpretações jurisprudenciais dadas pelos Tribunais Superiores – um problema de hermenêutica?

Para tanto, buscou-se compreender o que é o crime de corrupção passiva, com todas suas elementares, sua origem histórica e as razões concretas para sua redação atual. Em paralelo, também se buscou compreender cada uma das interpretações jurisprudenciais oferecidas pelas Cortes Superiores desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O percurso metodológico para estes objetivos foi através tanto de pesquisa bibliográfica quanto jurisprudencial. Em primeiro momento, foram analisadas produções doutrinárias que investigassem tanto o tipo como a racionalidade em sua redação. Em segundo, a partir da análise da produção doutrinária, foram selecionadas as alterações jurisprudenciais a serem investigadas, e, por conseguinte, os casos paradigmáticos.

Palavras-chave: Corrupção passiva; Pacto do injusto; Mensalão; artigo 317 do Código Penal; Operação Lava-Jato.

RESUMO

Watching which the Brazilian jurists aim at the existence of an amplitude in the description of the crime of bribery, this work objective to do a study about your origin. Is a defect of redaction - in other words, a legal problem - or a defect of judicial interpretations given by Superior Courts - a hermeneutics problem?

To that, sought to understand what is the crime of bribery, with all elements, your historical origin and the reasons for the actual redaction. In other side, too sought to understand each of jurisprudential interpretations given by Superior Courts since the promulgation of Federal Constitution of 1988. The method way to achieve this, is through bibliography research and jurisprudential. In the first moment, has been analyzed scientific production which investigate the redaction and your rationality. After this, through the scientific production, has been choosed jurisprudential changes and the paradigmatic cases.

Palavras-chave: Bribery; Dirty Deal; Mensalão; article 317 of Penal Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1. BALANÇO BIBLIOGRÁFICO: BREVE ESTUDO SOBRE O TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA	4
1.1 BREVE HISTÓRICO DO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA	4
1.2 DA CORRUPÇÃO PASSIVA NA DOGMÁTICA BRASILEIRA.....	6
1.3 DAS ELEMENTARES NECESSÁRIAS PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA: SOBRE O CONCEITO DE PACTO DO INJUSTO.....	8
2. DO OBJETO DA PESQUISA: A AMPLITUDE DO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA	9
2.1 A CORRUPÇÃO PASSIVA NA DÉCADA DE 90.....	12
2.2 A CORRUPÇÃO PASSIVA NO MENSALÃO	13
2.3 A CORRUPÇÃO PASSIVA NA OPERAÇÃO LAVA-JATO	17
2.4 A CORRUPÇÃO PASSIVA SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	17
3. SOBRE A ORIGEM DA AMPLITUDE: UM PROBLEMA DE TIPICIDADE OU DE HERMENÊUTICA.....	17
CONCLUSÃO.....	23
REFERÊNCIAS	25

INTRODUÇÃO

O corrupto serve principalmente como assunto de conversa. Quando se está numa reunião e alguém fala de corrupção, é inútil mudar de assunto. Pode-se, no máximo, mudar de corrupto.

Millôr Fernandes¹

Cerca de uma semana depois de afirmar que não existe mais corrupção no governo federal, o presidente Jair Bolsonaro diz: “Se acontecer alguma coisa, a gente bota para correr, dá uma voadora no pescoço dele. Mas não acredito que haja [corrupção] no meu governo”². Apesar de, à primeira vista, este tipo de discurso não aparentar ser sério, ele foi, dentre outros, uma das principais bandeiras para a eleição do presidente Jair Bolsonaro, e, atualmente, é uma das principais preocupações dos brasileiros³.

Evidentemente, há de se relevar que, historicamente, o discurso de combate à corrupção, ou discurso de emergência, é amplamente utilizado com objetivos eleitorais. Durante o segundo governo Vargas, a imprensa, através dos jornais Correios da Manhã, Tribuna da Imprensa e Última Hora, junto de políticos como Carlos Lacerda - que, posteriormente, ganhou a alcunha de caça-corruptos – criou a expressão “mar de lama”, bem como a investigação da República do Galeão, assim, criando crises políticas que, posteriormente, culminaram no suicídio de Vargas⁴.

No governo Juscelino Kubitschek, o ex-presidente foi acusado de “rei da corrupção” em razão de investigação sobre o recebimento de vantagem indevida através de um tríplice em Ipanema, que, vale dizer, foi arquivada após ter sido utilizada para suspender seus direitos

¹ FRANCO, Gustavo HB. **Antologia da maldade: Um dicionário de citações, associações ilícitas e ligações perigosas**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2015, p. 84.

² MENDONÇA, Ana. **Bolsonaro diz que dará 'voadora de pescoço' em quem cometer corrupção**. Estado de Minas. Belo Horizonte. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/10/14/interna_politica,1194537/bolsonaro-diz-que-dara-voadora-de-pescoco-em-quem-cometer-corrupcao.shtml Acesso em: 23 jan. 2022.

³ **Corrupção é principal preocupação para 62% dos brasileiros, mas denúncias podem ser coadjuvantes**. Folha de São Paulo. São Paulo. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/corrupcao-principal-preocupacao-para-62-dos-brasileiros-mas-denuncias-podem-ser-coadjuvantes-22241432> Acesso em: 23 jan. 2022.

⁴ BEZERRA, Marcos Otavio; SILVA, Giuliana Monteiro da. Denúncias de ‘corrupção governamental’ e conflitos políticos no segundo governo Vargas (1951-1954). **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 14, p. 1-26, 2021.

políticos por dez anos na véspera da suposta eleição de 1965⁵. Na ocasião, o segundo candidato que despontava nas pesquisas, Carlos Lacerda, elogiou a decisão de suspensão do ditador Castelo Branco. E mais, sob o argumento do combate a corrupção, a Marcha da Família com Deus pela Liberdade pediu a deposição do presidente João Goulart.

Sendo elemento importante no debate político, a corrupção, em 2016, isto é, o auge da Lava-Jato, tornou-se a maior preocupação dos brasileiros segundo pesquisa do Ibope⁶. De acordo com o instituto, cerca de 60% dos eleitores indicaram a corrupção como o problema mais grave do país. Até mesmo durante a maior crise sanitária da história do país, a corrupção ainda figurou como segundo lugar dos principais problemas do Brasil, em pesquisa conduzida pela Universidade de Brasília junto do Instituto Brasileiro de Pesquisa e Análise de Dados⁷.

De forma sucinta, é neste contexto social-político em que o crime de corrupção passiva tem seus contornos alterados. Em paralelo, o cenário jurídico, também não é tão simples. Mesmo para os juristas, a definição de corrupção passiva não é algo fácil⁸. Ao longo das últimas décadas, seu conceito sofreu diversas mutações, às vezes sendo mais difícil sua configuração, e, em outras, bastando apenas que um funcionário público recebesse qualquer espécie de vantagem ilícita. Como resultado disso, desde a promulgação da constituição de 1988, as Cortes superiores - leia-se, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – já modificaram significativamente o conceito, ao menos, quatro vezes. Seja coincidência ou não, sempre no contexto de casos de grande repercussão política e midiática, como o Mensalão e a Operação Lava-Jato.

Como produto dessas mudanças, as decisões mais recentes conferem uma amplitude tão extensa ao tipo penal de corrupção passiva de corrupção passiva que, de acordo com a definição dada pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível que se cometa corrupção passiva

⁵ ARAÚJO, Paulo César de. **Nos anos 1960, um ex-presidente era investigado por causa de apartamento**. Folha de São Paulo. São Paulo. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1952824-nos-anos-1960-um-ex-presidente-era-investigado-por-causa-de-apartamento.shtml> Acesso em: 23 jan. 2022.

⁶ **Corrupção é principal preocupação para 62% dos brasileiros, mas denúncias podem ser coadjuvantes**. Folha de São Paulo. São Paulo. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/corruptao-principal-preocupacao-para-62-dos-brasileiros-mas-denuncias-podem-ser-coadjuvantes-22241432> Acesso em: 23 jan. 2022.

⁷ **Nova pesquisa revela preocupações dos brasileiros em relação à covid-19**. IBPAD. Brasília. 2021. Disponível em: <https://www.ibpad.com.br/blog/nova-pesquisa-com-participacao-do-ibpad-revela-preocupacoes-dos-brasileiros-em-relacao-covid-19/> Acesso em: 23 jan. 2022.

⁸ Tanto é que, em 2017, a Revista Brasileira de Ciências Criminais dedicou um dossiê inteiro de artigos sobre o tema. Sobre isso, vale ler: RUIVO, Marcelo Almeida. O fenômeno da corrupção como desafio às ciências criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 134, p. 17-27, 2017.

mesmo vendendo a prática de atos manifestadamente ilegais e fora do rol de atribuições do funcionário. Os professores Alaor Leite, Luis Greco e Adriano Teixeira⁹ chegaram a realizar artigo com o fim de analisar a referida decisão. Segundo eles¹⁰ “a decisão conduz a resultados inaceitáveis, que a reduzem *ad absurdum* [...]”.

Dada essa breve apresentação do tema, soma-se a isso, como a primeira justificativa, que, por se tratarem de casos de grande relevância, as consequências das referidas alterações possuem impacto relevante em todo o país, mesmo aqueles que possivelmente nunca passaram ou irão passar perto de uma ação penal. Evidentemente, há de se relevar que qualquer alteração jurisprudencial, seja qual for o crime, produz impactos em toda a população quando a alteração não é devida visto que enfraquece o estado de direito. No entanto, pela “clientela” e até mesmo pela natureza do crime de corrupção passiva, as consequências revelam-se mais graves do que normalmente já seriam.

Em 2018, foi com base em uma nova interpretação do conceito de corrupção passiva que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região condenou em segunda instância o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no caso do Tríplex do Guarujá, assim, alterando os rumos da eleição daquele mesmo ano, e, conseqüentemente, os sentidos do país durante os anos seguintes.

Disso decorre a conclusão que, caso as alterações interpretativas jurisprudenciais fossem diferentes, diversos momentos relevantes da história brasileira recente poderiam ter sido modificados. Caso o conceito durante o Mensalão ainda fosse o utilizado no caso Collor, é provável que políticos como o José Dirceu não tivessem sido condenados. E mais, como é de se imaginar, caso o Tribunal Regional Federal da 4ª Região não tivesse adotado nova interpretação, o resultado das eleições de 2018 poderia ser outro.

Além de sua importância, também se deve destacar que, nesse momento, existem diversas lacunas e problemáticas no conceito de corrupção passiva que, erroneamente, estão tentando ser supridas através do alargamento do tipo penal. Dentre elas, a título de exemplo, destaca-se o recebimento de vantagem indevida através do financiamento de campanha

⁹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **A amplitude do tipo penal de corrupção passiva**. JOTA, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018> Acesso em: 13 dez. 2021.

¹⁰ Ibidem.

eleitoral¹¹. Hoje, o financiamento de campanha por doação de pessoas jurídicas está proibido, no entanto, a hipótese aqui levantada ainda é válida.

Imagine que determinado político notoriamente defensor da proibição do uso de agrotóxicos, recebe doação eleitoral devidamente registrada na Justiça Eleitoral de dono de empresa de alimentos orgânicos, ainda em sua fase de candidatura. Com isso, através desta doação, ele é eleito, e, durante seu mandato, ele consegue aprovar projeto de lei de sua autoria – note o ato de ofício – em que se restringe o uso de agrotóxicos, portanto, beneficiando diretamente a empresa do financiador da sua campanha. Tendo tal situação, perceba-se que, primeiro, todos os elementos necessários à constituição do tipo penal de corrupção passiva estão presentes, ato de ofício, vantagem, etc. E, segundo, cria-se uma problemática, visto que, por mais que se atenda a tipicidade formal do art. 317 do Código Penal, não há propriamente nenhum ato ilegal nisso. Ao contrário, a doação eleitoral é uma forma legítima de contribuir aos candidatos que compartilhem do ideário do doador.

Quanto às lacunas que, erroneamente, tenta-se suprir através do alargamento do tipo, vale mencionar, também a título de exemplo, o recebimento de vantagem indevida por parlamentares. Não raro, em casos de corrupção política, é comum que parlamentares recebam a vantagem indevida antes de sequer ser solicitado qualquer ato de ofício. Isso ocorre quando a compra, na verdade, é do apoio do parlamentar e não de determinado ato de ofício, assim, escapando ao conceito de corrupção passiva delimitado no caso Collor. Esta foi a lacuna enfrentada no caso Mensalão, quando o tipo de corrupção passiva foi alargado de forma relevante pela primeira vez.

No que diz respeito aos objetivos da monografia, considerando a existência de uma amplitude no tipo penal de corrupção passiva, como vêm apontando a doutrina¹² pretende-se pesquisar qual a origem da referida amplitude. Como objetivos específicos, se pretende investigar se a amplitude trata-se de um defeito de redação – e, portanto, um problema de tipicidade – ou um efeito das interpretações jurisprudenciais dadas pelas Cortes Superiores –

¹¹ Sobre o tema, vale mencionar: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 135, 2017.

¹² GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **A amplitude do tipo penal de corrupção passiva**. JOTA, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018> Acesso em: 13 dez. 2021

logo, um problema de hermenêutica. Além disso, considerando a última hipótese, bem como os casos paradigmáticos dessa jurisprudência, pretende-se entender se as intersecções entre política e poder judiciário podem ser as responsáveis por isso.

Com o fim de se alcançar os objetivos apresentados, a metodologia adotada foi, em primeiro plano, através de pesquisa bibliográfica. Conforme dito, os objetivos da monografia se centram em expor a origem da amplitude do tipo penal de corrupção passiva. Para isso, torna-se essencial analisar tanto a redação do tipo, assim, entendendo o contexto em que foi redigido, e, principalmente, o porquê de ter sido redigido do modo que foi. De modo geral, nesse momento da pesquisa, foram buscadas produções doutrinárias que não só investigassem o tipo penal de corrupção passiva como também tratassem da racionalidade por trás da sua redação. Dessa forma, foi possível absorver tanto os elementos constitutivos do crime de corrupção passiva quanto seus fundamentos, e, principalmente, as opções legislativas por detrás da redação dele.

Em segundo momento, foi feita pesquisa jurisprudencial a fim de selecionar casos paradigmáticos que fossem capazes de representar as alterações interpretativas jurisprudenciais que aconteceram nas últimas décadas. A partir da análise da produção doutrinária, foram selecionadas as alterações jurisprudenciais a serem investigadas, que, em geral, somente apresentavam uma única ação penal e, portanto, não necessitaram de procedimento para seleção dos casos a serem analisados.

Esta foi a circunstância de todos os procedimentos analisados, com exceção apenas do conceito de corrupção passiva apresentado na Operação Lava-Jato. Nele, foi necessário realizar a pesquisa jurisprudencial a fim de verificar quais procedimentos estariam aptos a melhor reproduzir os contornos dados nestes contextos. Para isso, foram adotados quatro casos paradigmáticos com base nos seguintes critérios: (i) no quão são capazes de externar a nova interpretação jurisprudencial adotada a partir da ascensão do lavajatismo; (ii) critério cronológico, isto é, quais foram os primeiros a adotar essa interpretação; (iii) disponibilidade dos acórdãos haja vista que alguns ainda constam em segredo de justiça. Na seção devida, estes critérios serão revisitados e melhor explicados.

E mais, apesar de a produção doutrinária apresentar alguns casos de alterações interpretativas jurisprudenciais em sede de segunda instância – poucos, é verdade, mas alguns

-, foi feita uma opção de recorte por casos de Cortes Superiores. Isto porque, são estes que possuem como missão formal comunicar suas decisões para todos os juízes e tribunais pelo país, bem como unificar a interpretação de leis federais, como é o caso do artigo 317 do Código Penal, e, por conseguinte, são estes que decidem sobre o acolhimento de teses doutrinárias acerca do tema dentro da jurisprudência. Apesar das decisões analisadas não serem vinculantes – ou seja, os órgãos inferiores não estão legalmente obrigados a segui-las – elas apresentam parâmetros relevantes para orientar o julgamento dos magistrados em todas as outras instâncias. Em virtude de sua hierarquia, eles são instrumentos fundamentais para fundar e consolidar paradigmas jurídicos, e, mais que orientar, eles indicam aos magistrados de primeira instância a forma de julgar desejada e que não será, eventualmente, reformada.

Além destes motivos, também há uma razão de ordem prática para a adoção de recorte dos casos para Cortes Superiores. Apesar de em algumas interpretações eles não serem os primeiros a adotá-las, eles são os mais relevantes quando se trata da consagração de teses dentro da jurisprudência. Pelo seu papel na unificação da jurisprudência, são estas Cortes que decidem quais interpretações jurisprudenciais serão consideradas válidas ou não.

Dessa maneira, foi possível, através da pesquisa bibliográfica, realizar uma análise tanto do tipo penal de corrupção passiva a fim de verificar se a origem da amplitude seria um problema de tipicidade. E, na fase jurisprudencial, foi possível analisar os casos em que se deram as alterações interpretativas, e, assim, verificar se a referida origem seria um problema de hermenêutica.

Como resultado desses dois momentos da monografia, sua estrutura também fica dividida de modo semelhante. Em primeiro lugar, no Capítulo 1, foram apresentados os conceitos centrais utilizados na monografia. Ou seja, foi o balanço bibliográfico em que se foi feito o estudo da corrupção passiva. Nessa empreitada, foram discutidas questões como os elementos constitutivos do crime de corrupção passiva e o histórico dos tipos penais correspondentes nos Códigos Penais anteriores. Por fim, também foi analisado, em seção separada, o conceito normativo do pacto do injusto como elemento constitutivo do crime de corrupção passiva. Dessa forma, foi possível ter o panorama das questões atinentes à tipicidade deste crime, em especial, os fundamentos da sua redação e suas opções legislativas.

Em segundo, no Capítulo 2, é feita a fase jurisprudencial do trabalho. Aqui, o capítulo é dedicado ao debate dos mais diferentes conceitos de corrupção passiva a partir da Constituição de 1988. Nesse sentido, apresenta-se o objeto da pesquisa, isto é, a amplitude do tipo penal, através da exposição do caminho trilhado pela jurisprudência desde a década de 90 até a presente amplitude. Primeiro, expõe-se o conceito reafirmado durante o caso PC Farias em que o ex-presidente Fernando Collor foi absolvido¹³. Depois, apresenta-se a mudança de paradigma do Mensalão da Operação Lava-Jato e, por fim, é exposta a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.745.410/SP¹⁴.

No terceiro e último capítulo, dedico-me, sobretudo à análise do que foi extraído tanto da análise dos fundamentos jurídicos dado pelos magistrados em seus votos quanto dos aspectos atinentes à tipicidade do crime de corrupção passiva. Para a exposição das conclusões alcançadas, foram apresentados três pontos de destaque na parte jurisprudencial e dois pontos de destaque na parte típica. Através destes pontos, foi exposta a resposta da pergunta de pesquisa da presente monografia, afinal, a origem da amplitude do tipo penal de corrupção passiva.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 307/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Distrito Federal. Data de Julgamento: 13/12/1994.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.745.410. Relator: Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Distrito Federal. Data de Julgamento: 23/10/2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=REsp1745410 Acesso em: 27 out. 2021.

1. BALANÇO BIBLIOGRÁFICO: BREVE ESTUDO SOBRE O TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Como é possível imaginar, não há como dissertar efetivamente sobre um determinado tema sem antes defini-lo ou, ao menos, que se demonstre do que se trata. Da mesma forma, não há como realizar a presente pesquisa sem que se defina o que é o crime tratado no art. 317 do Código Penal, os fundamentos para a atual redação do referido artigo, e, especialmente, qual o tratamento dado a ele na dogmática penal brasileira. Desse modo, com o fim de oferecer bases mínimas para o entendimento do objeto de pesquisa e da investigação da origem da amplitude do tipo penal de corrupção passiva como possível problema de tipicidade, será feito o estudo do referido tipo neste capítulo.

A seção 1.1 expõe uma revisão da corrupção passiva dentro da legislação penal brasileira, com especial atenção ao momento da atual redação do art. 317, com o objetivo de entender as escolhas legislativas feitas em sua confecção e, portanto, os motivos que o levaram a sua atual redação. Posteriormente, na seção 1.2, será apresentado o que é, realmente, corrupção passiva, de acordo com a dogmática penal brasileira vigente, suas manifestações concretas, e, por fim, na seção 1.3, serão apresentadas as elementares necessárias para a sua configuração, sobretudo, o conceito de pacto do injusto.

1.1 BREVE HISTÓRICO DO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Como é de conhecimento público, o histórico da corrupção passiva no Brasil não é algo recente. Apesar disso, no que diz respeito ao tipo penal de corrupção passiva, quando comparado à história brasileira, é possível afirmar que ele é relativamente recente. Na verdade, de acordo com Nelson Hungria¹⁵, a primeira vez em que as palavras corrupção passiva foram utilizadas na legislação penal brasileira foi em 1940, na presente redação do tipo penal de corrupção.

Antes disso, os códigos se referiam ao recebimento de vantagem indevida em troca de ato de ofício como suborno ou peita. No Livro V das Ordenações Filipinas de 1603, primeiro diploma penal aplicado no Brasil, se criminalizavam os oficiais do rei que recebiam serviços

¹⁵ HUNGRIA, Néilson. **Comentários ao Código Penal: arts. 250 a 361**. Forense, 1959, p. 365.

ou peitas¹⁶, e, as partes que os davam ou prometiam. Posteriormente, em outros títulos, se criminalizou o furto de qualquer objeto do rei que estivesse sob a sua guarda, bem como criminalizava o recebimento de vantagens indevidas – naqueles tempos, falavam-se em dádivas – por julgadores, oficiais de justiça, funcionários da fazenda e do governo ou seus parentes. A despeito de, no referido contexto histórico, ser comum a prática de tortura e morte como pena para determinados crimes – por exemplo, nas Ordenações Filipinas previam-se até mesmo pena de morte para quem sequer falasse mal do Rei¹⁷ -, a pena para o referido tipo¹⁸, em geral, era tão “somente” a perda do cargo e o pagamento de um múltiplo do valor recebido a título de multa, que, posteriormente, era repassado para quem o acusou e aos cofres públicos.

Além disso, a depender do valor recebido, havia a possibilidade de sofrer pena de perda de bens ou degredo ao Brasil ou África e, apenas nos casos mais graves, a morte. Vale observar que, no mesmo título – leia-se, artigo -, é criminalizada conduta que, hoje, seria lida como corrupção ativa¹⁹. Nesse caso, com as penas de perda de toda a riqueza do agente, eventual cargo que ocupasse, e, exílio para a África.

Alguns séculos depois, com a proclamação da independência do Brasil, foi redigido o Código Criminal de 1830²⁰, através do projeto assinado pelo jurista Bernardo Pereira de Vasconcelos. Nele, foi definido o crime de peita (art. 130) para o recebimento de dinheiro ou donativo, ou aceite de promessa, a fim de praticar ou deixar de praticar ato de ofício, com as possíveis penas de perda de cargo, multa, proibição de exercer outros cargos, e até mesmo prisão. Vale citar, segundo Noronha²¹, no referido Código, ainda se separavam os crimes de suborno (art. 133) – que seria o “corrompimento por influência ou petitório”- e a mencionada peita, que eram tratados em artigos diferentes.

¹⁶ Livro V Título LXXI: Dos Oficiais do Rei que recebem serviços ou peitas, e das partes, que lhas dão, ou prometem. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1218.htm>/ Acesso em: 4 set. 2021.

¹⁷ Livro V Título VII: Dos que dizem mal do Rei. Ordenações Filipinas de 1603. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1158.htm>. Acesso em: 4 set. 2021.

¹⁸ Livro V Título LXXI: Dos Oficiais do Rei que recebem serviços ou peitas, e das partes, que lhas dão, ou prometem. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1218.htm>/ Acesso em: 4 set. 2021.

¹⁹ Livro V Título LXXI: Dos Oficiais do Rei que recebem serviços ou peitas, e das partes, que lhas dão, ou prometem. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1219.htm>. Acesso em: 4 set. 2021.

²⁰ BRASIL. Código criminal de 1830. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm/ Acesso em: 11 set. 2021.

²¹ NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal, volume 4: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais. Edição Saraiva, 1968, p. 255.

E mais, neste momento histórico, a opção legislativa foi por separar, também em artigo diverso, a corrupção dos juízes – *peita der sentença* - dos demais crimes de suborno e peita, possivelmente, em razão da especial corrupção que os juízes, que eram cargos públicos utilizados como moedas de troca, sofriam na época.²²

Posteriormente, após a proclamação da República, em 1890, foi editado o Decreto 847, estabelecendo o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil²³, que, dentre outras coisas, aboliu as penas de galés e limitou o tempo de prisão para no máximo trinta anos. Elaborado por Batista Pereira, as únicas mudanças nos crimes contra a administração pública, que valem a pena ser mencionadas, são a adição do verbo exigir nos crimes de peita e suborno (art. 214 e 215, respectivamente), e o fato que, nesse Código, a menção a peita dos juízes passaria a ter a mesma redação da peita dos outros funcionários públicos, assim, servindo somente para reafirmar que juízes poderiam incorrer em peita.²⁴

Com a nova Constituição de 1937, outorgada pelo Estado Novo de Getúlio Vargas, foi realizado o pedido de confecção de um novo Código Penal para o Brasil, com o objetivo de tornar a legislação penal brasileira mais moderna e alinhada com a nova Constituição²⁵. Como responsável pela confecção do Código, foi escolhido o professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Alcântara Machado. Em abril de 1940, o projeto do Código foi entregue, e, posteriormente, submetido a uma comissão revisora, composta por Vieira Braga, Néelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra e o Ministro da Justiça Francisco Campos²⁶. Graças a estes juristas, hoje, temos o atual estágio evolutivo do tipo penal de corrupção passiva, na forma do art. 317 que conhecemos, somente tendo sofrido modificações quanto à pena (Lei 10.763/2003²⁷).

²² HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal**. SA Fabris, 1994, p. 76.

²³ BRASIL, Legislação. **Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em: 8 set. 2021.

²⁴ “Art. 216. Nas mesmas penas incorrerá o juiz de direito, de facto, ou arbitro que, por peita ou suborno, der sentença, ainda que justa.” BRASIL, Legislação. **Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em: 8 set. 2021.

²⁵ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 77-81.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Brasil, Legislação. **Lei nº 10.763 de 12 de novembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.763.htm Acesso em: 11 set. 2021.

Conforme já mencionado, nesse Código, foi a primeira vez em que se falou especificamente da palavra corrupção. De modo que, somente aí, foram abandonadas as expressões “peita” ou “suborno”. Além de, também, ser a primeira vez na história da legislação penal brasileira em que se separaram, de fato, os crimes praticados por particular e por funcionário público. De acordo com um de seus revisores, Nelson Hungria²⁸, essa mudança teve inspiração no Código Suíço, que, segundo José Pierangeli²⁹, na época, também influenciou a Lei francesa de oito de fevereiro de 1945 e o Código Espanhol de 1944.

Mais importante que isso, é o fato que foi neste Código que se abandonou a redação de mais de um artigo de corrupção passiva a fim de tratar de diferentes funções públicas, como acontecia nos antigos códigos que continham a especificação da corrupção dos juízes no Código Criminal de 1830 (art. 216) e nas Ordenações Filipinas (Livro V). Isto porque, em virtude da inspiração no Código Penal suíço, a opção legislativa foi por um tipo penal mais aberto, que abraçasse a mercantilização dos atos de ofício em todas as funções públicas possíveis, ao invés de tipos penais específicos para diferentes carreiras públicas, como acontece, por exemplo, na Alemanha, que possui ao menos seis tipos penais diversos para o crime de corrupção³⁰: suborno eleitoral (§ 108b), corrupção e suborno em negócios (§ 299), suborno em saúde (§299a), casos especialmente graves de corrupção e suborno em negócios (§ 300), que dispõe sobre os casos particularmente graves de corrupção e suborno (§ 335), para funcionários públicos internacionais (335^a).

Vale dizer que, além da Alemanha, hoje, a Suíça, também possui mais de um artigo para o crime de corrupção passiva. Em 1999, ela revogou a antiga legislação inspiradora do vigente artigo 317 do Código Penal, assim, substituindo-a pela Lei Criminal de Corrupção³¹, que trouxe a divisão do crime de corrupção passiva em quatro artigos diferentes: para militares (art. 142 do Código Penal Militar), funcionários públicos no geral (art. 322ter) - incluindo juízes -, funcionários públicos ou agentes estrangeiros (art. 322septies), e, por fim, agentes particulares (art. 322octies).

²⁸ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal: arts. 250 a 361**. Forense, 1959, p. 368.

²⁹ PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro Vol. 2: Parte Especial**. 2007, p. 842.

³⁰ Alemanha. **Lei sobre a luta contra a corrupção de 20 de novembro de 2015**, Federal Law Gazette Parte I 2015, Número 46 de 25 de novembro de 2015, p. 2025-2028. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>> Acesso em: 13 set. 2021.

³¹ Suíça. **Revision des Korruptionsstrafrechts (Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes)**. Fedlex Die Publikationsplattform des Bundesrechts. Disponível em: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2000/180/de> Acesso em: 13 set. 2021.

De acordo com as justificativas do projeto³², esta mudança teria sido realizada em razão, dentre outras coisas, da internacionalização do fenômeno da corrupção passiva – por isso a necessidade de um artigo específico para agentes estrangeiros -, da adequação da legislação suíça à convenção para o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, e, em especial, em função da evolução do bem jurídico protegido e problemas ligados ao ônus da prova na aplicação da legislação suíça.

Por conseguinte, da análise de todo o histórico do tipo penal, inclusive, da origem da redação do atual art. 317, pode-se extrair que: (i) durante a confecção do vigente tipo penal de corrupção passiva foi realizada uma opção legislativa, intencional ou não, por um tipo penal mais abrangente, que captasse todos os funcionários públicos, por meio da adoção de redação semelhante a do Código Penal suíço; (ii) a Suíça, há mais de duas décadas, já abandonou esse “modelo” de tipo penal para o crime de corrupção, passando a adotar delitos especiais de acordo com a função dos agentes, assim como países com legislação criminal próxima à nossa, como é o caso da Alemanha, que adota pelo menos seis artigos diferentes para o crime de corrupção passiva.

1.2 DA CORRUPÇÃO PASSIVA NA DOGMÁTICA BRASILEIRA

Com a devida análise dos aspectos históricos do crime de corrupção passiva, passa-se, neste subcapítulo, para a apresentação do art. 317 na dogmática brasileira. *In verbis*:

“Art. 317 - 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:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

§ 1º - 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 o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

³² Suíça. **Bbl 1999 5497. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr.** Fedlex Die Publikationsplattform des Bundesrechts. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5497_5045_4721/de Acesso em: 13 set. 2021.

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.^{33»}

Na definição clássica, fornecida por Heleno Cláudio Fragoso, a corrupção passiva seria o tráfico de autoridade no qual o funcionário público vende ou procura vender um ato de ofício³⁴. No mesmo sentido, segundo Nelson Hungria, a corrupção, de forma geral, seria a venalidade em torno da função pública, enquanto a passiva, que é o caso do presente estudo, seria a venalidade quando se tem em vista a conduta do funcionário público corrompido³⁵. Em termos mais simples, pode-se afirmar que a corrupção passiva é nada mais do que a mercancia da função pública, isto é, um abuso de poder condicionado por vantagem³⁶, onde se realiza a perversão do público pelo privado por meio de um oferecimento, recebimento, promessa ou solicitação de vantagem.

Sob a perspectiva legal, as primeiras observações a serem feitas sob o referido tipo penal são acerca de suas classificações, própria e imprópria, e, quanto à sua possível bilateralidade. Conforme foi dito no subcapítulo anterior, durante a confecção do Código Penal de 1940, foram realizadas determinadas opções legislativas que passaram, em especial, pela adoção do art. 317 com inspiração no Código Penal suíço. Ocorre que, como consequência disso, no ordenamento jurídico penal brasileiro, optou-se por incriminar a corrupção passiva e ativa em disposições distintas, posicionamento, em geral, seguido por todas as legislações modernas³⁷, com exceção apenas de poucos países, como a Itália³⁸.

Desse modo, a consumação de qualquer um deles não fica, irrestritamente, na dependência da consumação do outro, a bilateralidade não é algo imprescindível. Logo,

³³ BRASIL, Legislação. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 27 set. 2021.

³⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1965, Vol. IV, p. 1.100.

³⁵ HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. P. 365.

³⁶ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. **Crime e política. Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 31.

³⁷ PIERANGELI, José Henrique. 2007, p. 842.

³⁸ "Art. 322 Istigazione alla corruzione. Chiunque offre o promette denaro od altra utilita' non dovuti ad un publico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualita' di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto del suo ufficio, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 318, ridotta di un terzo. Se l'offerta o la promessa e' fatta per indurre un publico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio ad omettere od a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'articolo 319, ridotta di un terzo" ZINZIO, Valentina. **Istigazione alla corruzione e tentativo di corruzione attiva e passiva**. Penale it diretto procedura e pratica penale. Itália. 2012. Disponível em: <<https://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=1043>> Acesso em: 29 set. 2021.

quando o particular oferece propina a funcionário público, e este recusa, o delito de corrupção ativa ainda é consumado, e, portanto, persiste digno de punição.

Além disso, o delito de corrupção passiva também é dividido em corrupção própria e imprópria, conforme é ilícito ou lícito o ato de ofício comercializado³⁹. No entanto, vale ressaltar, quando se trata do tipo penal e seu respectivo ato comissivo, não há distinção para quaisquer fins legais no Brasil.

Sendo fornecidas as primeiras observações, passa-se aos elementos estruturantes do crime de corrupção passiva. Segundo Ribeiro Pontes, eles seriam: (i) a qualidade do sujeito ativo, isto é, faz-se necessário que ele seja funcionário público; (ii) a vantagem indevida prometida ou dada; (iii) a prática ou abstenção de um ato de ofício ou cargo⁴⁰.

O primeiro e mais evidente elemento, é o fato de que o sujeito ativo do crime de corrupção passiva, conforme já foi dito, necessita ser funcionário público. No entanto, ressalte-se que, o conceito de funcionário público aqui aplicado é o do art. 327, *caput*. Ou seja, ele pode não ser, necessariamente, servidor público, basta que ele atue ou exerça função pública⁴¹. De tal modo que, por exemplo, eventuais prestadores de serviços públicos, como são os casos de concessionárias que prestam serviços públicos, empresas de ônibus, concessionárias de aeroportos, etc, podem ter seus funcionários como eventuais sujeitos ativos do delito de corrupção ativa, apesar de serem funcionários de empresas privadas. Também não se faz necessário que ele esteja no exercício atual da função, desde que a vantagem seja prometida ou recebida em razão da função, de sorte que, a vantagem pode ser fornecida em virtude de função que será futuramente exercida ou está na iminência de sê-lo.

Quanto à vantagem indevida, não há muito que ser dito. Para a doutrina, em geral, define-se vantagem como “qualquer prestação material ou imaterial que melhore de maneira objetiva e mensurável a situação econômica, jurídica ou apenas pessoal de um sujeito⁴²”. No texto legal, não há menção à natureza da vantagem. Há doutrinadores, inclusive, Noronha,

³⁹ SILVA, Antônio José da Costa. **Corrupção Passiva e Corrupção Ativa**. Justitia v. 27, 1959, p. 8.

⁴⁰ PONTES, Ribeiro. **Código Penal Comentado**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 520.

⁴¹ SILVA, Antônio José da Costa. Op. Cit. p. 9.

⁴² LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 140.

que apontam a imprecisão do tipo quanto à vantagem como algo lamentável⁴³. Além disso, há aqueles que defendem que a elementar da vantagem indevida possui uma função restritiva, assim, devendo ser interpretada de maneira a restringir o tipo, apesar da amplitude de sua definição. Nessa linha de pensamento, indevida é apenas a vantagem que se move na esfera privada do servidor⁴⁴, ou seja, aquelas não autorizadas por lei⁴⁵.

Portanto, excluem-se aquelas vantagens “socialmente adequadas” – como é o caso de gorjetas de final de ano para garis ou carteiros e presentes de Natal para professores – e aquelas que se movem na esfera pública, como é o caso de doações para universidades federais.

Antes de tratar do terceiro dos elementos apontados por Ribeiro Pontes, deve-se destacar que, em sua obra, ele é relativamente vago quanto a seu significado. Somente fala-se sobre “a prática ou abstenção de um ato de ofício ou cargo” e nada mais é dito⁴⁶. No entanto, levando-se em conta a doutrina majoritária, ele pode ou deve ser entendido como a necessidade de que se guarde relação da vantagem indevida negociada com algum ato de ofício do feixe de atribuições do funcionário público, seja para praticá-lo, deixar de praticá-lo ou retardá-lo. Na doutrina, este elemento também pode ser controverso haja vista que doutrinadores como Gustavo Quandt apontam a falta de um fundamento claro para a transposição – da corrupção ativa do art. 333 para o art. 317 - da exigência que a vantagem indevida se refira a um ato de ofício⁴⁷, sobretudo, pela ausência de previsão legal e de, segundo ele, não existir razão conclusiva para tanto⁴⁸. A despeito disso, mesmo seus críticos admitem que a posição majoritária, seja na doutrina ou na jurisprudência, é pela exigência de relação da vantagem com a venda de ato de ofício⁴⁹.

E mais, vale dizer que, não raro, os doutrinadores e magistrados apontam que o ato de ofício mercantilizado deve, necessariamente, corresponder a ato relativo às funções do funcionário público. Para Fragoso, o ato ser da competência do agente ou estar relacionado

⁴³ NORONHA, Edgard Magalhães. Op. Cit. p. 261.

⁴⁴ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Op. Cit. p. 45.

⁴⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit. p. 419-420.

⁴⁶ PONTES, Ribeiro. Op. Cit. p. 520.

⁴⁷ QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**, Editora FGV, 2017, p. 66.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

com o exercício de sua função é tão fundamental para a presença da corrupção passiva que sua eventual ausência tornaria a conduta digna de tipificação diversa⁵⁰. No mesmo sentido, Nelson Hungria diz que o ato a que a corrupção se refere deve ser da competência do agente, pois, somente deste modo pode deparar-se com um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração⁵¹. Para fundamentar seu ponto, ele exemplifica que, o magistrado que não é competente para julgar a causa, mas recebe vantagem indevida a fim de influenciar a decisão do colega, não comete o crime de corrupção passiva, mas o de exploração de prestígio⁵² (art. 357 do Código Penal).

Apresentados os elementos constitutivos do tipo, é possível analisar o núcleo dos verbos do tipo penal, que resultam nas três possíveis condutas que resultam na configuração do delito do art. 317. A começar, deve-se mencionar que, como se depreende da leitura do referido artigo, a corrupção passiva é um crime formal, de consumação antecipada, e, portanto, se consuma com o mero perfazimento de seus verbos, seja a aceitação, recebimento ou solicitação⁵³. Dentre outras consequências, destaca-se que, em geral, não é necessária a prática do ato de ofício mercantilizado para a consumação do tipo⁵⁴.

Dito isso, conforme brevemente adiantado no parágrafo anterior, há três hipóteses para a prática do crime de corrupção passiva: (i) pedir, isto é, manifestar expressamente ou implicitamente, que deseja receber vantagem indevida; (ii) receber e/ou aceitar a vantagem indevida anteriormente oferecida; (iii) aceitação de promessa de vantagem indevida⁵⁵.

Na primeira hipótese, o funcionário público toma a iniciativa e propõe ou solicita, de forma expressa ou implícita, ao particular que a vantagem lhe seja concedida ou promessa lhe seja feita⁵⁶. Dessa maneira, torna-se desnecessária a prática de qualquer ação pelo particular, sendo o crime consumado apenas com a conduta de pedir realizada pelo funcionário público, e, portanto, irrelevante se o particular irá aceitar ou não a sua ilícita proposta.

⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit. p. 419-420.

⁵¹ HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. p. 369.

⁵² Ibidem.

⁵³ HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. p. 368.

⁵⁴ PIERANGELI, José Henrique. 2007, p. 846.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ SILVA, Antônio José da Costa. Op. Cit. p. 9.

No caso da segunda hipótese, do recebimento, a iniciativa é do particular, o corruptor, que atua direta ou indiretamente para fornecer a vantagem indevida⁵⁷. Nela, o funcionário público apenas perfaz a conduta de obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida, assim, aderindo à promessa ou proposta realizada pelo corruptor, de forma passiva.

Por último, há a hipótese de aceitação de promessa de vantagem indevida. Nessa situação, o funcionário público expõe a sua anuência com promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo particular. Desse modo, ao contrário da modalidade anterior, não é necessário que seja fornecida, efetivamente, qualquer vantagem indevida ao agente. O crime é consumado a partir da formulação da promessa entre o corruptor e o corrompido.

No que diz respeito à tentativa, de acordo com Nelson Hungria, por se tratar de crime formal e com consumação antecipada, a tentativa é inconcebível⁵⁸. Isto porque, uma vez realizada a solicitação, de forma independente da vontade do particular, o crime estará consumado. Apesar disso, o tema sobre a tentativa não é pacífico. Outros doutrinadores, como Noronha, pensam que a tentativa é cabível, apesar de restrita a poucas hipóteses⁵⁹, como exemplo ele destaca o caso de solicitação de vantagem indevida que, por acaso do destino, não chega ao conhecimento do solicitado.

Por fim, a tipicidade subjetiva se configura apenas com o dolo genérico referente a vontade de solicitar, receber ou aceitar vantagem indevida⁶⁰, sabendo conscientemente se tratar de vantagem indevida em razão da função pública que exerce ou está em vias de exercer. Junto ao dolo, há especial fim de agir, representado pelo conteúdo da expressão para si ou para outrem⁶¹, ou seja, a finalidade da ação que visa à vantagem indevida.

1.3 DAS ELEMENTARES NECESSÁRIAS PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA: SOBRE O CONCEITO DE PACTO DO INJUSTO

⁵⁷ PIERANGELI, José Henrique. 2007, p. 843.

⁵⁸ HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. P. 369.

⁵⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. Op. Cit. p. 263.

⁶⁰ HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. P. 370.

⁶¹ PIERANGELI, José Henrique. 2007, p. 845.

De acordo com Alaor Leite e Adriano Teixeira, o pacto do injusto seria a conexão entre a vantagem e a contrapartida do funcionário público⁶². Dito de outro jeito, ele seria a troca ilegal entre a vantagem privada e o exercício do serviço público, isto é, a ação funcional realizada pelo funcionário público.

No subcapítulo anterior, foram destacados diversos elementos constitutivos do delito de corrupção passiva, em especial, os apresentados por Ribeiro Pontes, quais sejam: (i) a qualidade do sujeito ativo; (ii) a vantagem; (iii) o ato de ofício a ser negociado – que, como veremos, não necessita de ser determinado e individualizado mas deve referir-se às funções que o funcionário público efetivamente exerce ou exercerá.

Apesar de não constar entre os elementos expostos por Ribeiro Pontes, o pacto do injusto pode ser definido também como um dos elementos sem o qual o delito de corrupção passiva não se realiza⁶³. E mais, no direito alemão vigente, além dele ser o elemento decisivo do crime de corrupção passiva, ele é tido até como o núcleo de todos delitos de corrupção⁶⁴.

Esse conceito normativo, assim como todos os outros mencionados, também aparece de formas diferentes, sendo mais fraco ou mais forte a depender da legislação daquele país. Em especial, ele varia conforme o quanto a redação do tipo exige que se comprove de relação entre a vantagem mercadejada e o exercício da função pública. No caso brasileiro, através de uma leitura literal do tipo, é possível dizer que a relação exigida para a configuração do crime de corrupção passiva é tão somente entre vantagem e a *posse ou titularidade do cargo ou função*⁶⁵. Disso se extrai que, sendo oferecida a vantagem, há a possibilidade de consumir o delito mesmo caso não haja qualquer expectativa de que o funcionário público vá praticar ou omitir ato de ofício no futuro. O que, além de caracterizar um pacto do injusto fraco ou flexível, redundaria em hipóteses totalmente desmerecedoras de punição.

Imagine hipoteticamente que professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro procura por apartamento para alugar. Ele encontra o tão buscado imóvel, entretanto, há diversos outros interessados. O proprietário, que nunca foi ou pretende ser aluno ou ter qualquer relação com a Universidade Federal do Rio de Janeiro, acaba por escolher o

⁶² LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Op. Cit. p. 142.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Op. Cit. p. 32.

⁶⁵ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Op. Cit. p. 143.

professor, pois, em seu julgamento, a posição de professor de universidade pública é digna de credibilidade e goza de prestígio social. Além de, é claro, pelo fato de se tratar de servidor público federal, ele possui estabilidade e remuneração fixa. Nesse contexto, a rigor, o professor, servidor público, teria recebido vantagem (a locação do apartamento) em razão da titularidade de cargo, assim, perfazendo o pacto do injusto fraco definido pelo art. 317 do CP.

Por esse e outros motivos, de forma diferente do que se extrai da interpretação literal do tipo, deve-se exigir que a vantagem seja oferecida, prometida ou concedida com o objetivo de influenciar ou remunerar o exercício da função pelo funcionário público⁶⁶. Tanto é que, ainda segundo Alaor Leite e Adriano Teixeira, o Supremo Tribunal Federal, embora de forma um tanto quanto confusa, se manifestou de maneira a apontar que é necessário, para o perfazimento do crime de corrupção passiva, que exista conexão entre a vantagem e ao menos um ato de ofício em potencial do funcionário público – vale mencionar, é o conceito de corrupção passiva que iremos analisar mais fundo no subcapítulo 2.2. Portanto, quando se fala no art. 317 que se ganha vantagem “em razão do cargo” deve-se entender em razão do exercício do cargo.

Por fim, atualmente, este é o entendimento sobre o pacto do injusto no Brasil, isto é, o quanto se exige de relação entre a vantagem e o exercício da função pública dentro do contexto jurídico-penal brasileiro.

Vale ressaltar que, apesar deste ser o pacto do injusto no contexto jurisprudencial e legal brasileiro, não há consideráveis menções diretas ao conceito normativo. Em outras palavras, quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal modificou os requisitos para a configuração do delito de corrupção passiva durante o Mensalão, dizendo que, a partir daquele momento, somente seria necessário um potencial ato de ofício do funcionário público para a presença do tipo, ele o fez sem mencionar o conceito normativo pacto do injusto, a despeito de, na realidade, estar enfraquecendo o pacto do injusto brasileiro.

Na realidade, a menção a este conceito na jurisprudência é mínima, para não dizer nula. E, na doutrina, também não é muito diferente. Somente na última década começaram a serem

⁶⁶ LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. Op. Cit. p. 143.

publicados artigos científicos em revistas de grande relevância acerca do tema⁶⁷. Até porque, conforme já falamos no subcapítulo precedente, este conceito, apesar de estar implicitamente presente nos julgados brasileiros, é, antes de tudo, um conceito normativo alemão, enquanto a nossa inspiração legislativa para a definição do crime de corrupção passiva é suíça.

Portanto, ainda que o pacto do injusto seja o cerne dos delitos de corrupção na Alemanha, deve-se trabalhá-lo no contexto brasileiro como elemento necessário para a configuração da corrupção passiva, mas implícito, posto que, em regra, não é mencionado diretamente pela jurisprudência ou doutrina brasileiras. Adiante, no capítulo subsequente, veremos, dentre outras coisas, a evolução do pacto do injusto – entenda-se, do quanto se exige de relação entre vantagem e exercício de função pública para a configuração do delito - desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até os tempos lavajatistas.

⁶⁷ Para isso, ver os artigos publicados em: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Editora FGV, 2017.

2. DO OBJETO DA PESQUISA: A AMPLITUDE DO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Tendo sido definido do que se trata o crime de corrupção passiva, os fundamentos para a atual redação do referido artigo, bem como seus elementos constitutivos, deve-se passar para a análise do objeto da presente monografia, que é nada mais do que a investigação das origens da amplitude do tipo penal do art. 317 do Código Penal. Para isso, será exposto, nas seções seguintes, todo o caminho trilhado pela jurisprudência brasileira desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até hoje, no que diz respeito ao entendimento do que é necessário para a configuração do crime de corrupção passiva, com especial atenção às definições dadas pelas Cortes superiores.

A escolha pelo recorte a partir da promulgação da atual Constituição ocorre em função de apenas uma relevante motivação: é que, conforme extraído da produção doutrinária utilizada como base da presente pesquisa, as mudanças jurisprudenciais mais relevantes dentro das elementares do tipo penal de corrupção passiva ocorreram somente a partir de 1988, com a reafirmação da jurisprudência antiga no Caso Collor, e a primeira mudança relevante no julgamento do Mensalão. Antes disso, não houve alterações relevantes nos contornos do tipo. Principalmente, não existiram modificações que tivessem influência na atual amplitude.

Inicialmente, na Seção 2.1, expõe-se o entendimento jurisprudencial em que se exigia a individualização do ato de ofício que havia sido mercantilizado pela vantagem indevida, tendo como paradigma a absolvição do ex-presidente Fernando Collor de Melo no caso PC Farias⁶⁸, em dezembro de 1994. Em seguida, na Seção 2.2, evidencia-se a mudança de paradigma realizada no julgamento da Ação Penal 470/MG (Mensalão)⁶⁹. Logo depois, na Seção 2.3, examina-se a nova alteração de paradigma ocorrida através da Operação Lava Jato, observando como caso paradigma a condenação do ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha⁷⁰. Ao final, na Seção 2.4, apresenta-se a interpretação do tipo de corrupção

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 307/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Distrito Federal. Data de Julgamento: 13/12/1994.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Distrito Federal. Data de Julgamento: 17/12/2012. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf Acesso em: 27 out. 2021.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.259. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal. Data de Julgamento: 18/12/2017 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4988413>

passiva recentemente dada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgamento do REsp nº 1.745.410/SP⁷¹, em outubro de 2018.

2.1 A CORRUPÇÃO PASSIVA NA DÉCADA DE 90

Conforme tratamos no capítulo antecedente, o crime de corrupção passiva possui diversos elementos constitutivos, dentre os quais se destaca, fundamentalmente, a relação entre o ato de ofício e a vantagem indevida, que, como também já mencionado, fundamenta o conceito normativo de pacto do injusto. Assim, a depender do quanto se exige de conexão para o perfazimento do delito de corrupção passiva, pode-se afirmar que o pacto do injusto é mais fraco ou mais forte.

Dito isso, é possível afirmar que o conceito de corrupção passiva consagrado na década de 90 possui o pacto do injusto mais forte da história da atual Constituição Federal desde sua promulgação. Dentre todos os que vão ser tratados na presente monografia, este é o que mais exige conexão entre a vantagem indevida e o ato de ofício mercadejado.

De maneira sucinta, a conexão exigida neste momento jurisprudencial, e, em especial, no julgamento da Ação Penal 307 pelo Supremo Tribunal Federal⁷², referente ao caso PC Farias, era que o ato de ofício mercadejado em troca da vantagem indevida deve ser individualizado, isto é, ele deve ser descrito na denúncia como o ato responsável pela vantagem. Foi, inclusive, por não atender essa exigência que Collor foi absolvido no Supremo Tribunal Federal⁷³.

Ou seja, caso, por exemplo, se comprove que determinada empresa forneceu vantagem indevida a um magistrado que julgou beneficentemente inúmeros processos da empresa, seria

Acesso em: 28 nov. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 1.003. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal. Data de Julgamento: 19/06/2018 Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5139625> Acesso em: 28 nov. 2021

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.745.410. Relator: Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Distrito Federal. Data de Julgamento: 23/10/2018. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=REsp1745410 Acesso em: 27 out. 2021.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 307/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Distrito Federal. Data de Julgamento: 13/12/1994.

⁷³ Ibidem.

necessário apontar quais sentenças ou decisões foram prolatadas em razão de vantagem e quais não, demonstrando elementos que comprovem a conexão entre a sentença e a vantagem.

As consequências disto são diversas. A começar, nesta interpretação jurisprudencial, é necessário que a vantagem indevida se dirigisse especificamente ao ato de ofício apontado na denúncia, e não a outro⁷⁴. Para a defesa do réu, bastaria que apontasse que a vantagem indevida se destinava a prática de ato de ofício y, e não x, e seria necessário o aditamento dela e de todos os desdobramentos do procedimento. Além disso, também se tornaria fundamental que, no curso do procedimento criminal, fosse devidamente comprovada a relação descrita na denúncia entre esses dois elementos⁷⁵, o que adiciona uma “exigência extra” para a configuração do crime de corrupção passiva.

Ademais, há de se relevar que, não raro, em casos de corrupção não há a especificação do ato de ofício que está sendo vendido, seja em razão de sua natureza discreta, ou de, em alguns casos, não estar sendo vendido um ato de ofício individual, mas sim uma sequência de atos ou simples apoio no que for preciso. Este último exemplo, seria o caso de empresa que paga propina regularmente para certos deputados a fim de que apoiem os projetos de lei que forem de seu interesse. Nesses tão comuns casos não se especificam os atos de ofício previamente, somente se compra o apoio do parlamentar. E, apesar de ser hipótese reprovável, não restaria configurado o crime de corrupção passiva pela interpretação jurisprudencial dada no caso Collor. Em especial, por essa e outras razões, esta ideia do crime de corrupção passiva foi abandonada no julgamento da Ação Penal 470⁷⁶.

No entanto, apesar de todas as críticas que podem – e devem – ser feitas a esta concepção, ela, ao contrário de alguns conceitos que serão tratados nas seções posteriores, não foi uma inovação jurisprudencial. Ao contrário, ela foi originada, na verdade, na tradição doutrinária. Até mesmo grandes criminalistas como Cezar Roberto Bittencourt dizem ser

⁷⁴ QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**, Editora FGV, 2017, p. 56.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Distrito Federal. Data de Julgamento: 17/12/2012. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf Acesso em: 27 out. 2021.

imprescindível que seja apontado o “tempo, local e condições” do ato de ofício mercadejado⁷⁷.

E, ainda hoje em dia – na verdade, em 2016 -, a Suprema Corte estadunidense aplica ideias semelhantes em seus julgamentos. Para ser mais preciso, o Tribunal Constitucional estadunidense, em 2016, cassou a condenação do governador Robert F. McDonnell, pois, supostamente, não teria sido caracterizado ou demonstrado corretamente o ato de ofício que teria ensejado o injusto penal de corrupção passiva⁷⁸. Desse modo, decidiu-se que não bastava o recebimento de vantagem indevida, no caso, 175 mil dólares dados pelo empresário Jonnie Williams, e a potencialidade de prática de ato de ofício, mas que é necessário que se comprove a existência e a especificidade dos atos de ofício que foram mercantilizados em troca desta vantagem. Vale complementar, os órgãos de persecução penal estadunidense apontaram cerca de cinco atos de ofício, somente falharam em comprovar a sua prática direta e o vínculo dele com a vantagem fornecida pelo empresário.

Em síntese, gostando ou não, esta concepção da corrupção passiva foi a mais preocupada com a delimitação do poder punitivo estatal desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, mais importante que isso, ela esteve em acordo com relevantes tradições doutrinárias que ainda possuem espaço.

Afinal de contas, foi produto de momento histórico em que, apesar da pressão social ser relevante, visto que se tratava de um ex-presidente sendo julgados, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal ainda não eram televisionados – a criação da TV Justiça ocorre somente em 2002⁷⁹ -, e, portanto, a pressão política era diferente, ao menos caso comparado com o que acontece a partir do lavajatismo.

2.2 A CORRUPÇÃO PASSIVA NO MENSALÃO

Cerca de duas décadas após a interpretação dada pela Ação Penal 307/DF, o conceito de corrupção passiva é modificado novamente através do julgamento ocorrido no caso do

⁷⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 244.

⁷⁸ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. McDonnell v. United States, 579 U.S. ____ (2016). Washington. Data de Julgamento: 27/06/2016. Disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/15-474/> Acesso em: 11 nov. 2021.

⁷⁹ Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/index/conheca> Acesso em: 11 nov. 2021.

Mensalão. Vale ressaltar, em contexto político tão importante quanto o do julgamento de um ex-presidente, como foi o caso da Ação Penal 307/DF.

De forma diferente dos casos ordinários de corrupção passiva, o Mensalão se deu, principalmente, por meio do pagamento de vantagem indevida de forma mensal – por isso, Mensalão – para algumas dezenas de pessoas com a finalidade de que votassem segundo os interesses dos corruptores⁸⁰. Nas palavras de Gustavo Quandt⁸¹, as circunstâncias concretas do caso podem ser definidas da seguinte forma:

“A denúncia e o acórdão do "mensalão" descrevem três situações distintas de corrupção: a entrega de dinheiro ao então presidente da Câmara dos Deputados para que favorecesse o grupo publicitário que venceria a licitação realizada por aquele órgão e, posteriormente, auferiria vantagens indevidas na vigência do contrato; a entrega de dinheiro ao então diretor de marketing do Banco do Brasil S.A., o qual transigiria com a apropriação indevida de valores do banco pelo mesmo grupo publicitário; e, por fim, o emprego de parte das vantagens indevidas obtidas nos crimes anteriores para a compra de votos de parlamentares - o "mensalão". Todas essas situações foram julgadas pelo STF como configuradoras dos crimes de corrupção ativa e passiva (ainda que alguns imputados tenham sido absolvidos por ausência de provas).”

Note-se que, nesse caso, o ato de ofício mercantilizado é nada mais que o voto para aprovação de projetos de lei, que, evidentemente, não é necessariamente especificado, visto que se compra o apoio geral do parlamentar e não um projeto específico. Ou seja, caso tentassem especificá-lo, seria, no mínimo, difícil justificar a relação entre cada ato de ofício praticado, isto é, cada voto dado, com o específico pagamento correspondente ao voto, haja vista que o pagamento não era por voto, e sim uma “mesada” em troca do apoio geral do deputado. Afinal de contas, quando o pagamento é mensal, e, portanto, recorrente, não se compra tão somente um ato de ofício, mas eventuais atos de ofício que podem vir acontecer no futuro – ou a não acontecer. Por conseguinte, o que é comprado é o apoio do parlamentar e não especificado ato de ofício.

Soma-se a isso que, em alguns casos, os pagamentos mensais aconteciam antes mesmo de existir o projeto de lei que seria votado. Isto porque, como foi dito, eles eram realizados com a intenção de influenciar não a prática de um ato de ofício específico e determinado, como x ou y projeto de lei, conforme exigia a interpretação jurisprudencial da década de 90,

⁸⁰ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do "Mensalão" (APn 470/MG do STF). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 106, n. 2014, p. 181.

⁸¹ *Ibidem*.

mas sim todos os eventuais votos que aquele deputado pudesse oferecer em favor dos interesses do grupo. Por isso, o pagamento era fixo e mensal, pois, independente de existir ato de ofício a ser mercantilizado ou não, ele deveria acontecer. Por mais que a venda, em última instância, seja do voto dos parlamentares, em primeiro lugar o que se vende é o apoio do parlamentar, e, logo, algo que não pode ser especificado ou determinado.

Tanto é que, em voto divergente, o Ministro Lewandowski entendendo não estar configurado o crime de corrupção passiva, e, ressalta a necessidade do ato de ofício ser expressamente designado na denúncia:

“Esta Suprema Corte decidiu, na Ação Penal 307/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, que, para a caracterização da corrupção passiva, deve ser apontado o ato de ofício do funcionário, configurador de transação ou comércio com o cargo por ele exercido. Deve-se entender, porém, que o ato de ofício mencionado no tipo descrito no art. 333 do Código Penal e que integra também a definição do ilícito mencionado no art. 317 do mesmo Codex consubstancia um ato que se insere na competência do funcionário público. Em outras palavras, é ato que guarda relação com a função, e que assim deverá ser identificado”⁸²

Tendo esse cenário para enfrentar, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, seguindo o voto da Ministra Rosa Weber, decidiram pela mudança no pacto do injusto do delito do art. 317 do Código Penal. A partir daquele momento, deixou de ser exigida a especificação do ato de ofício para a configuração do crime, e, somente tornou-se necessário que existisse ato de ofício potencial dentro do rol de atribuições do funcionário público que recebeu a vantagem indevida.

Ou seja, não é necessário mais que se diga qual ato de ofício foi mercadejado, mas é preciso que exista ato de ofício potencial para ser vendido. No voto do Min. Britto, ele transcreve trecho de Luiz Régis Prado nesse sentido:

“[...] não é necessário que no momento em que o funcionário solicita ou recebe a vantagem o ato próprio de suas funções esteja individualizado em todas as suas características. Basta apenas que se possa deduzir com clareza qual a classe de atos em troca dos quais se solicita ou se recebe a vantagem indevida - isto é, a natureza do ato objeto da corrupção”⁸³

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Distrito Federal. Data de Julgamento: 17/12/2012. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf Acesso em: 27 out. 2021. (p. 874 do Inteiro Teor do Acórdão)

⁸³ PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro. vol. 3, 2012, p. 579.

Em seu voto divergente da maioria, o Ministro Lewandowski resume a mudança interpretativa realizada no pacto do injusto durante o Mensalão:

“O Plenário desta Corte, todavia, por sua douta maioria, ao apreciar a mesma matéria nesta APn 470/MG, externou um entendimento mais abrangente, assentando ser suficiente, para a configuração do tipo previsto no art. 317 do CP o mero recebimento de vantagem indevida, por funcionário público, dispensando-se a precisa identificação do ato de ofício. E mais: dispensou, também, a necessidade de indicação da relação entre o recebimento da vantagem por parte do servidor e a prática de determinado ato funciona ”⁸⁴

Em outras palavras, caso um magistrado que recebe vantagens indevidas de determinado empresário para proferir sentenças em favor de sua empresa fosse alvo de persecução penal pelo crime de corrupção passiva, não seria exigido que se comprovasse qual sentença foi vendida, mas somente que houvesse competência do magistrado para julgar qualquer caso que pudesse, eventualmente, beneficiar o referido empresário.

Desse modo, com o enfraquecimento do pacto do injusto, isto é, com uma diminuição do quanto se exige que se comprove de relação entre a vantagem mercadejada e o exercício da função pública, foi possível adequar as condutas dos deputados acusados durante o Mensalão ao tipo penal de corrupção passiva, o que, vale ressaltar, em boa parte dos casos, não seria possível caso fosse mantida a interpretação jurisprudencial adotada no caso Collor e vigente até aquele momento.

De acordo com Gustavo Quandt, as condenações do Mensalão só foram possíveis graças a esta mudança jurisprudencial⁸⁵. Em suas palavras:

“[...] E foi justamente julgando esse segundo grupo de casos que o STF, mantendo para o crime de corrupção passiva aquela exigência de que a vantagem indevida se relacionasse com o ato de ofício, condenou diversos réus no “Mensalão”, o que só foi possível pela flexibilização do grau de exigência da determinação do ato de ofício no momento das ações de solicitar, receber, etc.

Logo, essa concepção quase negocial da determinação do ato de ofício, na medida em que se concentraria em bagatelas e deixaria impunes aqueles fatos gravíssimos

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Distrito Federal. Data de Julgamento: 17/12/2012. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf Acesso em: 27 out. 2021. (p. 3729 do Inteiro Teor do Acórdão)

⁸⁵ QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**, Editora FGV, 2017, p. 57.

nos quais a interferência do particular no funcionamento da máquina pública constitui um verdadeiro mal endêmico, deve ser tão evitada quanto possível”⁸⁶

Em consonância com o que foi dito no capítulo anterior, apesar dessa mudança representar um enfraquecimento do pacto do injusto adotado no caso Collor, a interpretação jurisprudencial anterior era dotada de relevantes lacunas de punibilidade, com relevantes e merecidas críticas. O que, evidentemente, não indica que a resposta dada durante o julgamento da Ação Penal 470/MG seja a mais adequada, apenas que, alguma mudança era precisa e, razoavelmente esperada em razão da lacuna de punibilidade gerada pelo conceito antigo.

No entanto, como foi alertado por Gustavo Quandt⁸⁷, a despeito de algum grau de ato de ofício potencial ser inevitável, a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal deveria se conter a transigir com algum grau de indeterminação, de maneira que, de modo algum poderia ser tão “intensa” a ponto de anular esse requisito do tipo. Ou seja, para ele, o tipo deve possuir grau aceitável de determinação, de modo que não se inutilize a previsão legal como também não se anule o requisito de relação do ato de ofício com a vantagem. Em suas palavras:

“De toda forma, alguma vaguidade quanto ao ato de ofício potencial, no momento da ação típica de corrupção - seja ela ativa, passiva ou bilateral - é inevitável, e a exigência de uma precisão absoluta do ato de ofício posto à venda implicaria ou a inutilidade da previsão legal, ou (o que consideramos mais provável) a infestação de presunções e ficções na jurisprudência [...] Por tais razões é preciso transigir com alguma indeterminação do ato de ofício mercenciado, com o cuidado de não aniquilar a própria exigência desse elemento dos tipos de corrupção ativa e passiva. Cremos que a "compra de votos e de apoio parlamentar para os projetos de interesse do governo" tem um grau aceitável de determinação para a incidência dos arts. 317 e 333 do CP.”⁸⁸

Em outra oportunidade, cerca de três anos depois, ele reafirma sua posição e acrescenta que:

“[...] O fato é que, se um excesso na exigência da determinação do ato de ofício ao qual a vantagem se refere tende a inutilizar os arts. 317 e 333 no combate à corrupção endêmica ou a favorecer a proliferação de presunções e ficções na jurisprudência, um abrandamento também excessivo nessa exigência de determinação conduz à própria anulação do requisito típico. No limite, a exigência de que a propina se refira a um ato de ofício genérico e completamente indeterminado termina por praticamente identificar o requisito da relação com um

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Op. Cit. 2014, p. 200.

⁸⁸ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Op. Cit. 2014, p. 213.

ato de ofício previsto no art. 333 com a simples relação da propina com a função pública exercida pelo agente, uma vez que a função pública se caracteriza, num certo sentido, pela aptidão para a prática dos atos de ofício. ”

Por fim, vale pontuar que nem sempre a posição do professor Gustavo Quandt foi a mesma no que diz respeito ao grau de exigência de relação do ato de ofício com a vantagem indevida. Em artigo mais recente, ele explica que:

“Anteriormente, ensaiamos uma explicação para essa transposição da necessidade de que a propina se refira a um ato de ofício do art. 333 para o art. 317, utilizando um argumento de concurso de agentes: se para a corrupção passiva não se exigisse essa relação, o particular que der a vantagem indevida ao funcionário apenas em razão da função deste terminaria sendo punido como partícipe na corrupção passiva (cometida na modalidade “receber”), e o resultado seria a dispensa (em alguns casos) do requisito do ato de ofício também para a punibilidade do particular. Assim, se for inevitável padronizar a aplicação dos arts. 317 e 333, que essa padronização decorra da reprodução, no primeiro, do requisito adicional contido no último concernente da propina a algum ato de ofício [...]

O argumento hoje não nos convence [...] a separação das condutas do particular e do funcionário em dispositivos diferentes, com verbos diferentes (o que é natural) e também com requisitos típicos diferentes, pode perfeitamente ser entendida como uma cláusula de barreira para a punição do particular [...] Assim, é falho o argumento do concurso de agentes para explicar a transposição, para o crime de corrupção passiva, da exigência de que a vantagem indevida se refira a um ato de ofício. ”⁸⁹

Enfim, como serão expostas nos capítulos seguintes, as posteriores alterações do pacto do injusto iniciadas a partir do caso Mensalão acabaram seguindo o alerta de Quandt⁹⁰, no entanto, pela segunda opção.

2.3 A CORRUPÇÃO PASSIVA NA OPERAÇÃO LAVA-JATO

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que o presente subcapítulo se difere dos outros em alguns aspectos. Particularmente, de forma diferente dos conceitos anteriores, ele não se dá através de um único julgamento, como a Ação Penal 307 e 470, mas de uma Operação em que se derivaram diversas ações penais. Disso se extrai que, para seu estudo, não basta que se estude somente uma ação penal, mas algumas. Pelo menos, o suficiente para que seja analisada a ideia de corrupção passiva trabalhada durante a Operação Lava-Jato e, principalmente, as alterações que a referida Operação gerou na jurisprudência do art. 317 do Código Penal.

⁸⁹ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Op. Cit. 2017, p. 54 a 67.

⁹⁰ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Op. Cit. 2014, p. 200.

Por isso, aqui, foram escolhidos quatro procedimentos como casos paradigmáticos, com base nos seguintes critérios: (i) no quanto conseguem externar a nova interpretação jurisprudencial adotada a partir da ascensão do lavajatismo; (ii) cronológico, isto é, quais foram as primeiras a adotar essa ideia; (iii) disponibilidade dos acórdãos haja vista que alguns ainda constam em segredo de justiça.

Através desses critérios, foram obtidos os seguintes procedimentos: (i) Inquérito 4259, onde deputado federal foi acusado de utilizar de sua influência para intermediar reunião entre o presidente do Banco do Nordeste e os representantes de empreiteira; (ii) o Inquérito 3983, em que Eduardo Cunha e outra deputada são acusados de receber propina pela atuação em favor da contratação de navios-sonda pela Petrobrás; (iii) Ação Penal 1.003, onde Gleisi Hoffmann e outros são acusados de receber R\$ 1 milhão na Petrobrás para a campanha de Gleisi; (iv) e, por fim, o Inquérito 3.982, em que o senador Valdir Raupp foi acusado de receber vantagem indevida destinado à sua campanha em troca de fornecer apoio político para a manutenção de Paulo Roberto Costa na diretoria de abastecimento da Petrobrás.

Apesar da diversidade dos casos, todos eles trazem à tona a mesma nova interpretação jurisprudencial sobre o tipo penal de corrupção passiva. Como foi dito no subcapítulo anterior, o conceito adotado através do Mensalão torna possível a configuração do delito do art. 317 no comércio do ato de ofício do rol de atribuições do funcionário público em troca da vantagem indevida. Aqui, nesses julgados e em muitos outros, argumenta-se que dentre os atos de ofícios previstos no rol de atribuições dos parlamentares, encontra-se a participação dos parlamentares nas decisões de governo, como, por exemplo, fornecendo sua influência política para que determinado indivíduo seja indicado a certo cargo, ou até mesmo quando proporciona sustentação política para dado indivíduo permanecer em seu cargo.

De forma simples, passou-se a entender que qualquer ato de influência dos parlamentares sobre os funcionários públicos que, eventualmente, poderiam realizar ato de ofício em favor do indivíduo que forneceu a vantagem indevida, pode configurar corrupção passiva. Explico melhor, por mais que nenhum parlamentar não tenha atribuição para desonerar ou contratar o Diretor de Tecnologia da Petrobrás, caso ele tenha influenciado, ou seja, utilizado de seu poder político, em favor da contratação de determinado indivíduo por motivos espúrios como vantagens indevidas, vai restar configurado o crime de corrupção

passiva, mesmo que o ato de ofício objetivado não seja do rol de atribuições do parlamentar. Nas palavras do Ministro Edson Fachin:

“Nessa toada, como se depreende das lições acima transcritas, a própria configuração constitucional do regime presidencialista brasileiro confere aos parlamentares um espectro de poder que vai além da mera deliberação a respeito de atos legislativos. A participação efetiva de parlamentares nas decisões de governo, indicando quadros para o preenchimento de cargos no âmbito do poder executivo, é própria da dinâmica do sistema presidencialista brasileiro, que exige uma coalizão para viabilizar a governabilidade. [...] Entretanto, quando o poder do parlamentar de indicar alguém para um determinado cargo, ou de lhe dar sustentação política para nele permanecer, é exercido de forma desviada, voltado à percepção de vantagens indevidas, há evidente mercadejamento da função parlamentar, ao menos nos moldes em que organizado o sistema constitucional político-partidário brasileiro.”⁹¹

De forma mais sucinta, o Ministro Celso de Mello, ex-decano da corte, na oportunidade de seu voto-revisor no julgamento da Ação Penal 1.003, resume essa linha de pensamento:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se a respeito dos elementos que compõem a estrutura formal do tipo penal que descreve os aspectos diversos que definem o crime de corrupção passiva, tem assinalado que no conceito de “ato de ofício”, acham-se contidos não apenas os poderes de direito do agente público, mas, também, os poderes de fato, com particular destaque para o desempenho das funções parlamentares, cuja abrangência compreende o exercício da influência política, notadamente no contexto de um processo de negociação com o Poder Executivo, objetivando a expansão da interferência congressual e partidária na própria regência do Estado e, até mesmo, no processo de ativa formulação da agenda governamental. Cumpre rememorar, neste ponto, valiosa e pertinente análise que o eminente Relator fez, não só no presente caso, mas, também, em outros votos, como aquele proferido no Inq 4.259/DF, oportunidade em que considerou, com inteira correção, que a noção conceitual de ato de ofício, tratando-se de membros do Congresso Nacional, abrange, por igual, para além de suas clássicas funções no Parlamento (representação, controle e legislação), também a prática efetiva de influência política na esfera do Poder Executivo [...]”⁹²

Deve-se levar em conta que, na visão do Ministro Edson Fachin, o relator da Operação Lava-Jato no Supremo Tribunal Federal, aliás, como também na visão de outros ministros, essa nova interpretação não altera o conceito fornecido durante o julgamento da Ação Penal 470, pois, segundo eles, o ato de influenciar na decisão de outrem seria ato de ofício do rol de atribuições dos parlamentares, mesmo que a consequência direta disso seja a possibilidade de parlamentares serem alvos de persecução penal por decisões que não foram tomadas por eles,

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.259. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal. Data de Julgamento: 18/12/2017 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4988413> Acesso em: 28 nov. 2021. (p. 35 do Inteiro Teor do Acórdão)

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 1.003. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal. Data de Julgamento: 19/06/2018 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5139625> Acesso em: 28 nov. 2021. (p. 91 do Inteiro Teor do Acórdão)

isto é, atos de ofício que não estão em seu rol de atribuições, como a contratação ou exoneração em entidades da administração indireta.

De qualquer forma, entenda-se pela posição adotada pelo Ministro Edson Fachin ou não, é certo que esta nova interpretação jurisprudencial em virtude de suas consequências representa mais um enfraquecimento do pacto do injusto, e, assim como a mudança tratada no subcapítulo antecedente, acontece em momento de grande julgamento e pressão política sobre o Supremo Tribunal Federal.

E mais, é a partir desse momento que se verifica o início da amplitude do tipo penal de corrupção passiva, onde se abarcam condutas que não necessariamente seriam a venda de ato de ofício. Isto porque, caso se siga esse conceito às suas últimas repercussões, seria possível criminalizar qualquer líder partidário dotado de influência sobre seus colegas de partido que, eventualmente, tivesse recebido vantagem de pessoa física ou jurídica beneficiada por ato de ofício de qualquer colega seu.

Em outras palavras, caso um líder partidário, que, por excelência, é parlamentar com alta capacidade de influenciar ato de ofício alheio, recebesse doação eleitoral de pessoa física, e, por acaso, qualquer parlamentar do partido ou dentro do seu eixo de influência realizasse ato de ofício que, por ventura, beneficiasse a referida pessoa física, estaria configurado o delito de corrupção passiva. Mesmo que o líder partidário em questão não tenha realizado diretamente nada, bastaria que o Ministério Público fosse capaz de desenvolver narrativa ligando o ato de ofício que beneficiasse a pessoa e qualquer ato que pudesse ser lido como influencia pelo parlamentar para dar início a ação penal, o que se torna ainda mais grave quando se leva em conta que é dever do líder partidário buscar influenciar nos votos de seus colegas.

Em outras palavras, qualquer político influente poderia ser alvo de persecução penal caso receba vantagens de qualquer natureza, mesmo que de modo legal, como acontece no financiamento de campanha, pois, em função da posição que ocupa como líder, sempre será capaz de influenciar funcionário público com ato de ofício capaz de beneficiar o doador de sua campanha. O que, vale dizer, torna-se ainda mais complexo quando se verifica que candidatos influentes podem ser apoiados por pessoas físicas que tenha interesse em sua linha de atuação política.

Imagine que o líder de partido com defesa de causas ambientais receba doação eleitoral de empresa de produtos orgânicos, e, na oportunidade de votação de projeto de lei em favor do uso de produtos orgânicos, busque influenciar o voto tanto de seus colegas de partido quanto de outros parlamentares. Nesse caso, restaria configurado o crime de corrupção passiva - é claro, somente nos contornos pelo Ministro Edson Fachin - a despeito do parlamentar somente ter influenciado em ato de ofício alheio em prol do programa político pelo qual foi eleito.

Não por outros motivos, há severas críticas feitas a essa interpretação, em particular, pelo Ministro Gilmar Mendes, que, na oportunidade do julgamento da Ação Penal 1.003, acentuou severas ressalvas a ela:

“Sobre o ato de ofício de terceiro, venho fazendo ressalvas quanto à tipicidade de imputações de corrupção, quando o acusado não é o responsável pelo ato buscado em troca da vantagem indevida. [...] Ainda não supero a perplexidade de se condenar funcionário público por corrupção em relação a atos de ofício que são da competência de outro funcionário público. A corrupção é um crime próprio, visto que “exige uma qualidade ou condição especial dos sujeitos ativos” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral Vol. I. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017). No caso, a condição de funcionário público. Rui Stoco leciona que o ato de ofício deve “ser de competência do agente ou estar relacionado com o exercício de sua função” (Rui Stoco, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, RT, 4ª edição, p. 1647).”⁹³

Por fim, vale acentuar que, durante a Operação Lava-Jato, além do conceito de corrupção passiva dado pelo Ministro Edson Fachin, foi adotada tese pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na oportunidade do julgamento da Ação Penal 694, onde se afirmou que o ato de ofício não é elementar do tipo de corrupção passiva, e, logo, ele não seria necessário para sua configuração, sendo somente causa de aumento de pena.

Melhor dizendo, na visão deles, é possível que seja realizado corrupção passiva mesmo que o funcionário público não cometa nenhuma conduta específica em função da vantagem indevida obtida por ele. Nessa hipótese, por exemplo, a corrupção passiva restaria configurada quando a vantagem indevida é oferecida com o objetivo de deixar o funcionário público

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 1.003. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal. Data de Julgamento: 19/06/2018 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5139625> Acesso em: 28 nov. 2021. (p. 217 do Inteiro Teor do Acórdão)

receptivo a eventuais futuros pedidos, que, quiçá, podem nunca acontecer. Ainda em seu voto na Ação Penal 1.003, o Ministro Gilmar Mendes resume esta posição da Primeira Turma:

“Há quem sustente que a corrupção passiva “pode ter por finalidade apenas deixar o funcionário público receptivo a futuros pedidos” (NUCCI, Guilherme Souza. Curso de direito penal. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 448). Essa tese foi adotada pela Primeira Turma do STF, a qual vem afirmando que “O ato de ofício não é elementar do tipo (artigo 317 do CP), apenas causa de aumento da pena (§ 1º do mesmo dispositivo legal)” (AP 694, Rel. Min. Rosa Weber, julgada em 2.5.2017. No mesmo sentido: AP 695, Rel. Min. Rosa Weber, julgada em 6.9.2016).”⁹⁴

Como é possível de se imaginar, esta linha de raciocínio resulta na maior amplitude penal exequível, visto que, basicamente, é o mais próximo da eliminação do pacto do injusto enquanto requisito para a configuração do crime de corrupção passiva, na medida em que torna desnecessário que se prove qualquer relação entre o recebimento da vantagem e a prática ou omissão de ato de ofício.

Em retomada ao caso da doação eleitoral, nesta interpretação dada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, caso determinado parlamentar recebesse vantagem indevida por meio dela, não seria mais necessário que se comprove sequer a possibilidade de influenciar em ato de ofício de terceiros, ou mesmo que exista qualquer potencial ato de ofício em seu feixe de atribuições para ser oferecido ao doador. Somente seria necessário que se comprovasse que a vantagem indevida tenha sido recebida em função do cargo exercido pelo parlamentar, o que, na hipótese de uma doação eleitoral, é sempre o caso, haja vista que ela somente acontece quando alguém é candidato, e, portanto, ou está em vias de exercer cargo público ou já o exerce.

2.4 A CORRUPÇÃO PASSIVA SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No dia 2 de outubro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça, novamente, redefiniu os contornos do tipo penal de corrupção passiva, e, desta vez, em contraposição até mesmo ao conceito apresentado pelo Supremo Tribunal Federal durante a Operação Lava-Jato. E, vale

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 1.003. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal. Data de Julgamento: 19/06/2018 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5139625> Acesso em: 28 nov. 2021. (p. 216 do Inteiro Teor do Acórdão)

dizer, foi capaz até mesmo de ampliar parcela da problemática envolvendo os parlamentares, - aquela apresentada na seção antecedente - para todos os funcionários públicos.

De acordo com Alaor Leite, Adriano Teixeira e Luís Greco, em artigo ao JOTA, este julgado inaugurou a interpretação em que o tipo penal de corrupção passiva não exige a comprovação de relação entre a vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário público e a prática, omissão ou retardamento de ato de ofício⁹⁵. Também nesse sentido, diz Bibiana Fontella:

“O legislador brasileiro optou por dois tipos penais diversos de corrupção, com contornos diferentes. Inegavelmente a modalidade ativa possui a restrição da vinculação do ato de ofício. Por algum tempo o entendimento doutrinário e jurisprudencial foi no sentido de aplicação extensiva do requisito do ato de ofício à corrupção passiva. Contudo, tal entendimento foi sendo transformado jurisprudencialmente, chegando ao passo de completa desnecessidade de subsunção da vantagem indevida ao ato de ofício. Entretanto, a interpretação do Superior Tribunal de Justiça passou de entender pela desnecessidade de vinculação causal da vantagem indevida às atribuições do funcionário público.”⁹⁶

Em outros termos, pode-se afirmar que, nesta interpretação, foi consumada a hipótese levantada por Gustavo Quandt, quando apontava a possibilidade de se anular o requisito de exigência de relação da vantagem indevida com o ato de ofício potencial, por ocasião de artigo sobre o conceito de corrupção passiva dado no Mensalão⁹⁷, e, naquele momento, ressaltava a necessidade de se tomar cuidado com alterações jurisprudenciais e interpretações diversas que pudessem levar a essa anulação de requisito.

No contexto fático, pode-se afirmar que o caso é relativamente simples. Na verdade, é a única alteração interpretativa que aconteceu no art. 317 do Código Penal fora do âmbito da corrupção política. Basicamente, funcionários de uma empresa concessionária do uso de área destinada à carga e descarga de aeronaves no Aeroporto Internacional de São Paulo recebiam dinheiro, isto é, vantagem indevida, para facilitar a entrada clandestina de estrangeiros no aeroporto, e, conseqüentemente, no Brasil.

⁹⁵ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **A amplitude do tipo penal de corrupção passiva**. JOTA, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018> Acesso em: 13 dez. 2021.

⁹⁶ FONTELLA, Bibiana. **A corrupção passiva e a alteração interpretativa jurisprudencial acerca da (des)necessidade do ato de ofício**. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343203/a-corrupcao-passiva-e-a-alteracao-interpretativa-jurisprudencial> Acesso em: 2 fev. 2022.

⁹⁷ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Op. Cit. 2014, p. 213.

Evidentemente fora de seu rol de atribuições, vez que eram funcionários de carga e descarga de aeronaves, e não relacionados à migração ou qualquer assunto semelhante, eles somente os “escoltavam” pelas áreas restritas do aeroporto de maneira a evitar que entrassem em contato com a fiscalização das autoridades brasileiras⁹⁸.

Por esse motivo, o Juízo sentenciante, em primeira instância, entendeu pela ausência dos requisitos típicos necessários para a configuração do crime de corrupção passiva, dessa maneira, entendeu-se na sentença pela desclassificação para o crime de introdução irregular de estrangeiro em território nacional⁹⁹, previsto no inciso XII do artigo 125 do Estatuto do Estrangeiro.

À primeira vista, de fato encontram-se alguns elementos do crime de corrupção passiva. Os funcionários da empresa, por serem de concessionária, podem ser considerados funcionários públicos. Além disso, é inegável que eles receberam vantagem indevida para praticar a conduta descrita no caso. No entanto, pouco ou nada se pode falar sobre a relação entre a conduta narrada e os atos de ofício da esfera de atribuições dos funcionários. Afinal de contas, são tão somente funcionários de serviços gerais de concessionária de operação de carga e descarga e não autoridades brasileiras responsáveis por inserção de estrangeiros no país.

Em síntese, a despeito de as condutas narradas terem sido praticadas mediante vantagem indevida, elas não constam no rol de atribuições dos funcionários, e, conseqüentemente, não configurariam corrupção passiva no conceito até então vigente pelo Supremo Tribunal Federal. Essa foi a linha tradicional que foi seguida pelo Ministro Relator Sebastião Reis em seu voto vencido¹⁰⁰.

Quem obteve a maioria foi o Voto da Ministra Laurita Vaz, que, como já adiantado, entendeu pela configuração do tipo penal de corrupção passiva no caso apresentado, pois,

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ BRASIL, Legislação. Estatuto do Estrangeiro. **Lei nº 6.815 de 19 de Agosto de 1980**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11634224/inciso-xii-do-artigo-125-da-lei-n-6815-de-19-de-agosto-de-1980> Acesso em: 2 fev. 2022.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.745.410. Relator: Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Distrito Federal. Data de Julgamento: 23/10/2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=REsp1745410 Acesso em: 27 out. 2021.

segundo ela, o delito se consuma ainda que a vantagem indevida esteja relacionada a um ato que não pertence ao rol de atribuições do funcionário público, mas que, materialmente, em razão da função pública, implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada.

Ou seja, aparentemente, para a Ministra, o decisivo nestes casos é o poder material de praticar o ato de ofício mercadejado¹⁰¹. Dessa forma, mesmo que funcionários de serviços gerais não tenham atribuição para inserção de estrangeiros no país, eles, supostamente, teriam o poder material de fazê-lo, vez que trabalhavam no aeroporto.

Com isso, pode-se afirmar que a Min. Laurita Vaz inaugurou uma interpretação jurisprudencial que suprime completamente a exigência de relação entre vantagem e ato de ofício. Ou seja, ela realiza a retirada do pacto do injusto das elementares do delito do art. 317 do Código Penal.

Até o momento do julgamento do REsp 1.745.410, é perceptível como todas as alterações jurisprudenciais relevantes nos Tribunais superiores flexibilizaram, mesmo sem perceber, o pacto do injusto como requisito típico do art. 317 do Código Penal. Isto é, não é novidade quando se fala na diminuição de exigência da relação entre vantagem indevida e prática de ato de ofício. No entanto, quando se fala do presente caso, trata-se da primeira vez, ao menos em tribunais superiores, que esse requisito típico é anulado.

Em suma, passou-se a não se exigir mais qualquer grau de relação entre a vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário público e a prática, omissão ou retardamento de ato de ofício. Apesar de não ser o primeiro caso na jurisprudência brasileira em que isso aconteceu, deve-se ressaltar que é emblemático que essa tese tenha alcançado os Tribunais Superiores. Especialmente, levando em conta que, para isso, o Superior Tribunal de Justiça, que possui como uma de suas principais missões a unificação da jurisprudência nacional na interpretação de leis federais, contrariou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada apenas alguns meses antes, conforme tratado na seção anterior.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.745.410. Relator: Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Distrito Federal. Data de Julgamento: 23/10/2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=REsp1745410 Acesso em: 27 out. 2021.

Conforme será mais bem tratado na seção seguinte, na visão de Alaor Leite, Adriano Teixeira e Luís Greco, este julgado, além de ser uma reação à tentativa de transpor os requisitos do art. 333 do Código Penal para o art. 317, merece ser alvo de desconfiança, pois, pode ter como fundamento oculto mudar a ideia de corrupção passiva em outros casos que não esse¹⁰².

Em observação preliminar, é razoável que se pense que este seria o único caso de corrupção passiva que teria alterado os contornos do tipo do art. 317 do Código Penal sem tratar de corrupção política. Contudo, de acordo com Alaor Leite, Adriano Teixeira e Luís Greco, na verdade, este julgado teria como objetivo resolver problemáticas envolvidas na concepção de corrupção passiva de casos de corrupção política. Portanto, teria como missão casos que não o envolvem.

E mais, eles também apontam que, antes da Ministra Laurita Vaz, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já havia adotado este entendimento quando manteve a condenação do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva¹⁰³. Com a devida ressalva de que o feixe de atribuições de um presidente é muito mais amplo do que um funcionário de serviços gerais. Apesar da válida desconfiança levantada pelos professores, ressalta-se obviamente que não há como afirmar se a mensagem contida na decisão se destine a outros grupos de casos, como seria o caso do ex-Presidente Lula.

Por fim, levanta-se uma última problemática gerada pela decisão contida no REsp 1.745.410. Acontece que, naquele mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal julgou a Questão de Ordem da Ação Penal 937¹⁰⁴ em seu Plenário, e, decidiu por limitar o alcance do foro por prerrogativa de função dos parlamentares. De acordo com a referida decisão, o foro somente será utilizado caso o crime seja cometido durante o período de investidura do parlamentar no cargo, isto é, durante seu mandato, e, sobretudo, quando a conduta criminosa estiver relacionada com a função pública exercida pelo parlamentar.

¹⁰² GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Op. Cit.

¹⁰³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. N. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto. Curitiba. Data de Julgamento: 30/01/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-relator-lula-trf4.pdf>

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Distrito Federal. Data de Julgamento: 03/05/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078> Acesso em: 02 fev. 2022.

Tendo isso em vista, e, principalmente, levando em conta a interpretação jurisprudencial oferecida pela Min. Laurita Vaz no REsp 1.745.410, pode-se levantar a hipótese de existir duas “espécies” de corrupção passiva, uma que seria apreciada no âmbito de prerrogativa de foro, isto é, pela Suprema Corte, e outra, que seria analisada por juízo de primeira instância, mesmo sendo praticadas pelo mesmo indivíduo, no mesmo intervalo de tempo e na investura do mesmo cargo¹⁰⁵.

Explico melhor, para fins hipotéticos, imagine que determinado deputado comercializa ato de ofício fora de seu rol de atribuições, como, por exemplo, a prática do crime de incêndio em gabinete de parlamentar que se opõe aos interesses do corruptor. Dessa forma, têm-se conduta que é realizada somente em razão do poder material do deputado de acessar livremente gabinetes de outros deputados, mas que não possui relação com o exercício da sua função pública, vez que nada tem a ver com o seu mandato e sim com o mandato do deputado que teve seu gabinete incendiado.

Portanto, na hipótese levantada, caso se siga tanto a jurisprudência gerada no REsp 1.745.410 quanto na Questão de Ordem da Ação Penal 937, será possível visualizar caso em que um deputado comete o crime de corrupção passiva, durante o período de investidura do parlamentar no cargo, mas será julgado em instância comum.

Nesse sentido, dizem Daniel Gerber e Ana Nepomuceno¹⁰⁶:

Significa dizer que se o delito cometido pelo parlamentar tiver sido praticado durante sua investidura no cargo, mas sem vinculação direta com a função, a prerrogativa de foro não irá prevalecer, e o processo será remetido para instância comum. Como fazer agora? Existirão duas distintas espécies de corrupção, uma a ser apreciada pela suprema corte, e outra, por juízo de primeira instância, ainda que ambas praticadas pela mesma pessoa, no mesmo período temporal e à frente da mesma função pública?

Assim, acumulam-se as contradições geradas pelos contornos dados pelo Superior Tribunal de Justiça ao crime de corrupção passiva. Não somente os cinco equívocos destacados por Alaor Leite, Luís Greco e Adriano Teixeira¹⁰⁷, mas contradições que vão

¹⁰⁵ GERBER, Daniel; NEPOMUCENO, Ana. **Ampliação do conceito de corrupção passiva pelo STJ traz insegurança jurídica**. Conjur. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-30/opiniao-ampliacao-conceito-corrupcao-passiva-stj> Acesso em: 2 fev. 2022.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Op. Cit.

desde o desprezo por princípios constitucionais como o da legalidade, em sua proibição da interpretação extensiva de normas penais em prejuízo do réu, até a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3. SOBRE A ORIGEM DA AMPLITUDE: UM PROBLEMA DE TIPCIDADE OU DE HERMENÊUTICA

A partir da análise realizada no capítulo em que foi exposto o objeto de pesquisa e a trilha da jurisprudência das Cortes superiores, e, levando em conta os conceitos apresentados no balanço bibliográfico bem como a análise do problema de tipicidade contidos no mesmo capítulo, foi possível chegar a alguns pontos merecedores de destaque no que diz respeito à amplitude do tipo penal de corrupção passiva e a sua origem.

O primeiro ponto é que, até o momento, todas as mudanças realizadas na jurisprudência das Cortes Superiores brasileiras acerca da configuração do crime de corrupção passiva tinham como alvo o crime de corrupção passiva no âmbito político. Retomando o final da seção anterior, é possível dizer que, até mesmo quando os réus não eram políticos, como é o caso da mudança realizada no REsp nº 1.745.410, o alvo da mudança jurisprudencial era a corrupção política, ou, ao menos, merece a desconfiança de que seja.

Na visão dos autores Luís Greco, Adriano Teixeira e Alaor Leite¹⁰⁸, é digno de desconfiança que a alteração interpretativa contida no REsp nº 1.745.410 diga respeito somente aos réus. Nas palavras deles, seria estranho que a mudança se dê em um grupo de casos em que não exista problema de determinabilidade do feixe de atribuições. Portanto, imagina-se que, na verdade, ele tenha como alvo grupos de casos em que esse problema se coloque, como é o caso da corrupção política. Segundo eles:

“Desconfiamos de que a decisão, além de ser uma reação à tentativa de transporte dos requisitos do art. 333 para o art. 317, mirava outros casos, ao simplesmente anular de fato a elementar “em razão da função”. O acórdão do STJ não foi o primeiro na jurisprudência brasileira a declarar que a vantagem indevida tenha como contraponto ações fora do plexo formal do funcionário público [...] Talvez a mensagem contida na decisão se destine a outro grupo de casos.”¹⁰⁹

E mais, os autores também colocam que o julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no caso do Tríplice do Guarujá, apenas alguns meses antes, havia adotado o mesmo entendimento que a Ministra Laurita Vaz por meio da relatoria do Desembargador João Pedro Gebran Neto, e, logo, poderia ser um possível alvo da referida alteração jurisprudencial.

¹⁰⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Op. Cit.

¹⁰⁹ Ibidem.

Em síntese, mesmo no REsp nº 1.745.410, a alteração interpretativa tinha como objetivo oferecer solução para grupo de casos no contexto fático da corrupção política. Por isso, é possível que se afirme que todas as mudanças jurisprudenciais nos contornos do tipo penal de corrupção passiva se deram no contexto de crimes de corrupção política.

Ainda nesse ponto, soma-se a isso que todas as alterações analisadas aqui ocorreram em momentos em que o ambiente político pressionava as Cortes Superiores para a adoção de medidas mais duras contra os réus dos casos analisados. Desse modo, deve-se levar em conta que quando se realizava uma alteração jurisprudencial para um caso de corrupção política isto ocorria em um contexto de pressão sobre as Cortes, o que torna razoável pensar que as mudanças foram influenciadas por isso, especialmente quando se nota que todas as mudanças foram no sentido do alargamento do conceito de corrupção passiva.

Como foi dito, até o momento da redação deste trabalho, todas as mudanças jurisprudenciais nos contornos do crime de corrupção passiva analisadas aqui foram no sentido da expansão do tipo e da diminuição dos requisitos típicos para a sua configuração. Chega-se ao ponto em que até mesmo condutas que não deveriam ser consideradas corrupção passiva passaram a ser assim tipificadas. Ou seja, chega-se na referida amplitude que é objeto de pesquisa do presente trabalho.

Nesse sentido, têm-se exemplo dado por Luís Greco, Adriano Teixeira e Alaor Leite ¹¹⁰, em artigo no JOTA, sobre os contornos dados no julgamento do REsp nº 1.745.410 :

“[...] a decisão reduz a resultados inaceitáveis, que resultam em *ad absurdum*: caso uma Ministra de uma Terceira Turma aceite dinheiro para que agrida fisicamente um colega da Primeira Turma, de modo a que este não profira seu voto, ter-se-ia, além do delito de lesões corporais, uma corrupção passiva. Da mesma forma, caso um funcionário dos correios de Santa Maria recebesse dinheiro para incendiar cartório em Maringá, teria ele cometido, além do delito de incêndio, uma corrupção passiva. Enfim, qualquer delito cometido mediante paga por um funcionário público configuraria, além do delito em questão, uma corrupção passiva.”¹¹¹

E mais, todas essas mudanças, além de serem sempre na mesma direção e em momentos de grande pressão política, também aconteceram, quase todas as vezes, no período em que um grande caso de corrupção política veio à tona. É claro que, pelo recorte de análise

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Ibidem.

de casos somente em Cortes superiores torna-se mais provável que as mudanças ocorram no contexto de corrupção política, afinal, estas Cortes possuem prerrogativa de foro para o julgamento de diversos agentes políticos importantes.

No entanto, mesmo que se considere isto, chega-se ao ponto que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, é raro um relevante caso de corrupção política chegue às Cortes Superiores e não altere os contornos do art. 317 do Código Penal. Na história recente, isto é, desde o Mensalão, quase todos os grandes casos das Cortes Superiores resultaram em mudanças jurisprudenciais.

De certo modo, confirmou-se o receio de alguns juristas da época, como Gustavo Quandt, que, concordavam com o resultado oferecido pelos novos contornos do tipo penal de corrupção passiva, mas tinham preocupação de que ele poderia levar a outras alterações que, posteriormente, anulassem até requisitos típicos do art. 317 do Código Penal, o que aconteceu no REsp 1.745.410. De forma sucinta, ele diz que “embora seja necessário transigir com alguma indeterminação [do ato de ofício], ela não pode ser tão intensa a ponto de anular esse requisito do tipo”¹¹².

Passa-se ao segundo ponto que deve ser observado. Aqui, ressalta-se a gravidade das alterações, em especial, levando em conta o curto espaço de tempo em que elas ocorreram. Sem uma única alteração legislativa, isto é, apenas através de mudanças na interpretação jurisprudencial, foi possível transformar a exigência de especificação de ato de ofício para sequer existir a necessidade de ter sido negociado ato de ofício do rol de atribuições do funcionário público. Para dizer o mínimo, é incomum que, em cerca de trinta anos, existam três alterações no mesmo tipo penal sem intervenção do legislador, principalmente, quando elas modificam tanto o conteúdo do tipo.

Outro ponto merecedor de destaque é que, em alguns casos, a mudança na interpretação era realizada até pelo mesmo magistrado, que, em poucos anos, modificava seu entendimento sobre os contornos a serem dados ao tipo. Vale pontuar, não há nenhum problema que os magistrados mudem seus entendimentos quando confrontados por melhores argumentos, pelo contrário, trata-se de hipótese digna de elogios. No entanto, estranha-se o fato de que isso

¹¹² QUANDT, Gustavo de Oliveira. Op. Cit. 2014. P. 213.

aconteça em tão pouco tempo, e, no contexto de ascensão do lavajatismo – que advogava em favor justamente da interpretação adotada posteriormente.

Dito isso, há o caso da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Laurita Vaz, que, antes de ser a relatora do REsp nº 1.745.410, onde entendeu não ser necessário que o ato de ofício mercadejado estivesse no rol de atribuições do funcionário público para a configuração do tipo, algum tempo antes disso, havia adotado o entendimento contrário no REsp nº 1.354.672.

Na época, a Ministra deu provimento ao recurso especial com base no conceito de corrupção passiva apresentado durante o Mensalão, segundo ela:

“[...] na sua forma básica do *caput*, não requer seja explicitada, detalhadamente, qual seria a conduta funcional do agente corrompido, bastando a indicação de ela potencialmente vir a existir [...] no caso em tela, *concessa vênia*, está mais do que claro, e devidamente descrita na denúncia, qual seria a potencial conduta funcional do agente público corrupto.”¹¹³

Com isso, ela acolhe a tese do parecer do Ministério Público Federal que, inclusive, tomou como base o voto do Ministro Luiz Fux na Ação Penal 470/MG, isto é, o Mensalão. Segundo ele:

“[...] Consoante consignado linhas atrás, o ato de ofício representa, no tipo penal da corrupção, o móvel do criminoso, a finalidade que o anima. Daí que, em verdade, o ato de ofício não precisa se concretizar na realidade sensorial para que o crime de corrupção ocorra. É necessário, porém, que exista em potência, como futuro resultado prático pretendido, em comum, pelos sujeitos envolvidos. (corruptor e corrupto)”¹¹⁴

Por esses pontos, bem como por outros motivos, é razoável que se pense que a origem da amplitude se trata de um problema de hermenêutica. No entanto, apesar disso, deve-se levar em conta que o art. 317 do Código Penal ainda apresenta diversos problemas ligados à sua tipicidade.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.354.672. Relator: Ministra Laurita Vaz. Distrito Federal: Data de Julgamento: 12/08/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25249293/recurso-especial-resp-1354672-df-2012-0244282-5-stj/inteiro-teor-25249294> Acesso em: 23 dez. 2021.

¹¹⁴ Ibidem.

A começar, como já dito no balanço bibliográfico, a escolha legislativa em que se buscou a criação de tipo penal com inspiração no Código Penal Suíço¹¹⁵ que abrangesse todas as espécies de corrupção passiva por funcionários públicos, desde o guarda municipal que recebe vantagem para não aplicar multa até o governador que fraudou licitações em valores milionários, resultou em um determinado grau de vagueza no tipo penal.

Isto porque, para se redigir um artigo em que se tipificam condutas de funcionários públicos tão diferentes, com funções tão diversas, é necessário que se crie uma redação disposta a ser extensiva, e, portanto, mais geral, e menos específica. Não por outro motivo, é um dos crimes com maior variação de pena no Código Penal, de 2 a 12 anos.

Nesse mesmo sentido, dizem os autores Luís Greco, Adriano Teixeira e Alaor Leite:

“A opção do legislador brasileiro foi a de abarcar todos os setores da Administração Pública com apenas um tipo penal, o que gerou a amplitude do art. 317 CP, que deseja incidir tanto sobre os funcionários públicos que praticam os atos vinculados, como sobre os altos funcionários – pense-se nos parlamentares e governantes – que possuem grande margem de discricionariedade.”¹¹⁶

Em razão dessa problemática, até mesmo a Suíça, que inspirou a atual redação do nosso Código, abandonou sua redação generalista. Há mais de duas décadas, a Suíça a substituiu a antiga redação pela Lei Criminal de Corrupção¹¹⁷, que trouxe quatro artigos de corrupção passiva, cada um com sua especificidade para diferentes categorias do funcionalismo público.

Ou seja, foram criados delitos especiais de acordo com a função dos agentes, da mesma forma que ocorreu em outros países com sistema semelhante ao nosso. Na Alemanha, além de se ostentar um tipo penal de corrupção passiva direcionado especialmente a parlamentares, são adotados pelo menos seis artigos diferentes para o crime de corrupção passiva, seguindo as especificidades de diversas categorias de funcionários públicos¹¹⁸.

¹¹⁵ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal: arts. 250 a 361**. Forense, 1959, p. 368; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro Vol. 2: Parte Especial**. 2007, p. 842.

¹¹⁶ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Op. Cit.

¹¹⁷ Suíça. **Revision des Korruptionsstrafrechts (Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes)**. Fedlex Die Publikationsplattform des Bundesrechts. Disponível em: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2000/180/de> Acesso em: 13 set. 2021.

¹¹⁸ Suborno eleitoral (§ 108b), corrupção e suborno em negócios (§ 299), suborno em saúde (§299a), casos especialmente graves de corrupção e suborno em negócios (§ 300), que dispõe sobre os casos particularmente graves de corrupção e suborno (§ 335), para funcionários públicos internacionais (335^a); Alemanha. **Lei sobre a luta contra a corrupção de 20 de novembro de 2015**, Federal Law Gazette Parte I 2015, Número 46 de 25 de

Além disso, como já foi dito no Capítulo 1, pode-se dizer que, na história brasileira, o Código Penal de 1940 é distinto de outros Códigos por adotar a redação de único artigo de corrupção passiva. No Código Criminal de 1830 (art. 216)¹¹⁹ e nas Ordenações Filipinas (Livro V)¹²⁰, havia a classificação de tipo exclusivo para o suborno de magistrados, e não somente um tipo de corrupção passiva para todos os funcionários públicos. Mesmo hoje, em razão do progresso legislativo desde a redação do Código de 1940, há quem diga que a legislação brasileira já não comporta único tipo penal para o crime de corrupção. Nessa perspectiva, dizem Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Arthur Gueirós:

“Atualmente, a legislação brasileira dispõe acerca de delitos de corrupção tanto no Código Penal, como em leis penais extravagantes [...] No bojo da Lei nº 8.137/1990, em seu art. 3º, inc. II, encontra-se o delito específico de concussão e corrupção passiva relacionado com a atividade arrecadatória do Estado. O Código Eleitoral, em seu art. 299, prevê a corrupção no âmbito eleitoral. Há ainda os delitos de corrupção ativa e passiva, ambas de natureza privada, no art. 195, incs. IX e X, respectivamente, da Lei nº 9.279/1996 (uma modalidade de concorrência desleal). Por fim, vale apontar os delitos correlatos à corrupção, previstos no Decreto Lei nº 201/1967 (art. 1º, incs. I e II), crimes praticados pelo funcionário público junto ao Sistema Financeiro Nacional (art. 23, da Lei nº 7.492/1986), crimes praticados em sede de procedimentos licitatórios (art. 89 a 91, da Lei nº 8.666/1993), dentre outros.”¹²¹

Em síntese, assim como na Suíça, a legislação especial brasileira - isto é, a legislação criminal que se encontram fora do Código Penal - se encontra longe de qualquer proposta generalista de corrupção passiva, apesar do artigo 317 do Código Penal de 1940 e a jurisprudência como um todo ainda se encontrarem nesta proposta. Sobretudo, quando se considera que, no Código em sua parte especial, ao contrário da legislação extravagante, não houve reforma.

Portanto, deve-se ponderar que, por mais que, de fato, exista um contexto de grande pressão política sobre as Cortes superiores durante as alterações jurisprudenciais, também existem graves problemas ligados à sua tipicidade. Por sua vez, estes problemas dão a

novembro de 2015, p. 2025-2028. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>> Acesso em: 13 set. 2021.

¹¹⁹ BRASIL. **Código criminal de 1830**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm/ Acesso em: 11 set. 2021.

¹²⁰ **Livro V Título LXXI: Dos Oficiais do Rei que recebem serviços ou peitas, e das partes, que lhas dão, ou prometem**. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1218.htm/> Acesso em: 4 set. 2021.

¹²¹ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. **Direito penal: volume único**. São Paulo, Atlas, 2018, p. 1600.

possibilidade que os magistrados mudem a interpretação acerca do tipo conforme sua vontade – ou o cenário político do momento. Em resumo: a fonte do problema não é uma só.

O fato de termos tido quatro conceitos de corrupção diferentes em cerca de trinta anos foi produto tanto da escolha legislativa por um tipo penal mais geral quanto pela hermenêutica envolvendo a interpretação dos magistrados que foi alterada quase todas as vezes em que um grande caso de corrupção política veio à tona. Assim, apesar de o fundamento principal do problema se encontrar na tipicidade, um dificilmente aconteceria sem o outro.

Também é claro que, com um tipo penal devidamente específico aos casos de corrupção política, como acontece na Alemanha, os magistrados ainda assim poderiam ampliá-lo. No entanto, o esforço e custo para fazê-lo seriam incontestavelmente maiores do que com o atual tipo generalista. Por outro lado, sem o problema da hermenêutica, a analisada amplitude dificilmente existiria, haja vista que todas as alterações se deram por via jurisprudencial.

CONCLUSÃO

Tendo como base a produção doutrinária que aponta a existência de uma amplitude no tipo penal de corrupção passiva, a proposta desta monografia foi verificar como ela teria se originado. Para isso, objetivou-se investigar se ela se tratava de um defeito de redação ou uma consequência de interpretações jurisprudenciais dadas pelas Cortes Superiores.

Como método para alcançar tais objetivos, foi realizada tanto pesquisa bibliográfica na produção doutrinária acerca de corrupção passiva quanto foi realizada pesquisa jurisprudencial com seleção e análise de diversos casos paradigmáticos que representavam as alterações jurisprudenciais investigadas. Na pesquisa bibliográfica, foi realizada uma análise profunda no tipo penal de corrupção passiva, assim, permitindo verificar eventuais problemas de tipicidade. Em paralelo, na pesquisa jurisprudencial, foram investigadas cada uma das alterações nas interpretações jurisprudenciais e, dessa forma, foi possível entender se a origem da amplitude seria um problema de hermenêutica.

Em sua estrutura, a monografia é dividida em três capítulos. No primeiro, é feito o balanço bibliográfico que, de um lado, firma os conceitos centrais acerca do tipo penal de corrupção, assim, realizando um estudo do tipo, e, de outro, busca os fundamentos da redação do tipo penal de corrupção e suas opções legislativas. Dessa forma, buscando responder à questão do eventual problema de tipicidade.

No segundo capítulo, é realizada a apresentação e, especialmente, a análise de cada uma das alterações jurisprudenciais relevantes dadas pelas Cortes Superiores desde a década de 90 até a presente amplitude. Ou seja, é o capítulo que se dedica ao debate de todos os conceitos de corrupção passiva oferecidos pela jurisprudência superior. Através deste capítulo é que se busca responder se a origem da amplitude do tipo penal de corrupção passiva teria se dado através de um problema de hermenêutica.

Por fim, o terceiro e último capítulo, é onde se apresentam os resultados da pesquisa. Aqui, é feita a análise do que foi extraído através da análise da produção doutrinária acerca do tipo e dos acórdãos e votos analisados nas ações penais selecionadas.

Após a referida investigação, com as definições quanto aos capítulos e o devido desenvolvimento da pesquisa, foram alcançadas diversas conclusões no que diz respeito à amplitude do tipo penal de corrupção passiva e, em especial, sua origem.

A começar, nota-se que a principal razão pela atual redação do art. 317 do Código Penal foi uma preferência pela adoção da redação dada pelo Código Penal suíço¹²², que, naquele momento, também influenciava a legislação francesa de oito de fevereiro de 1945 e o Código Criminal Espanhol de 1945¹²³. Em outras palavras, optou-se por copiar a redação de um Código que, no momento da redação do Código Penal brasileiro, representava influência em diversos Códigos. Como resultado disso, seja proposital ou não, gerou-se um tipo penal aberto com o objetivo de em uma só redação abraçar todas as espécies de corrupção passiva, desde o carteiro que desvia encomendas por dinheiro até o parlamentar que recebe milhões de propina.

Ocorre que, esta tipificação resultou em certo grau de vagueza, que, na mão de determinados magistrados, é utilizado como motivação para as mais diversas alterações jurisprudenciais. Portanto, a origem do problema de tipicidade antes levantado na hipótese de pesquisa é verdadeira. Em parte, a amplitude é gerada pela vagueza contida no tipo penal que possibilita a adoção de interpretações jurisprudenciais desconformes.

E mais, também é possível concluir através desta pesquisa que o art. 317 do Código Penal está, em certo grau, ultrapassado. Isto porque, a Suíça, - que, vale lembrar, deu a inspiração para a redação brasileira do tipo penal de corrupção passiva – já abandonou esse modelo de criminalização do tipo penal de corrupção passiva há mais de duas décadas. Em 1999, os suíços revogaram a legislação inspiradora do art. 317 do Código Penal, e, a substituíram pela atual Lei Criminal de Corrupção¹²⁴.

Nesse novo modelo, divide-se o crime de corrupção em quatro categorias diferentes, cada um com sua particularidade. Em especial, nas justificativas do projeto, têm-se o fato de, dentre outros motivos, a internacionalização do fenômeno da corrupção passiva, da evolução

¹²² HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal: arts. 250 a 361**. Forense, 1959, p. 368.

¹²³ PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro Vol. 2: Parte Especial**. 2007, p. 842.

¹²⁴ Suíça. **Revision des Korruptionsstrafrechts (Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes)**. Fedlex Die Publikationsplattform des Bundesrechts. Disponível em: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2000/180/de> Acesso em: 13 set. 2021.

do bem jurídico protegido e problemas ligados ao ônus da prova na aplicação da legislação suíça.

E mais, isto não é exclusividade do país que teria criado o modelo de tipo penal que seguimos. Outros países, como, por exemplo, a Alemanha já existe mais de seis tipos penais diferentes para o crime de corrupção. Cada um de acordo com a categoria de funcionário público e as particularidades que envolvem a venda de seu ato de ofício. Dentre eles, destaca-se o fato de ter criado tipo penal exclusivo para a corrupção política, no caso, a de parlamentares¹²⁵, que, conforme foi demonstrado no presente trabalho, é a modalidade do crime de corrupção passiva que mais causa controvérsias no que diz respeito a sua aplicação e eventuais amplitudes do tipo penal.

Portanto, além da conclusão de que o tipo penal resulta em certo grau de vagueza, o que contribui para as interpretações que resultaram na atual amplitude do tipo, também é necessário dizer que este modelo de criminalização da corrupção passiva já foi abandonado tanto no país que deu origem a presente redação do art. 317 do Código Penal quanto em países com legislação criminal semelhante à nossa como no exemplo da Alemanha.

Estas foram as principais conclusões advindas da pesquisa sobre o tipo penal de corrupção passiva. Agora, no que diz respeito à pesquisa jurisprudencial, ou seja, o que foi possível extrair da análise das alterações jurisprudenciais selecionadas destaca-se, primeiro, que todas as mudanças interpretativas que foram analisadas foram no sentido da ampliação do tipo penal de corrupção passiva, e, logo, da quantidade de condutas abarcadas pelo tipo.

E mais, além de serem todas na mesma direção, todas ocorreram no contexto de casos de corrupção política. Mesmo aquela em que se deu o julgamento de funcionários de concessionária de aeroporto – o REsp nº 1.745.410 – foi no contexto de casos de corrupção política da Lava-Jato, em especial, foi adotada a mesma interpretação dada alguns meses antes, no julgamento do caso do Triplex do Guarujá, do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Na verdade, é possível até mesmo afirmar que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, é raro que um grande caso de

¹²⁵ Alemanha. **Lei sobre a luta contra a corrupção de 20 de novembro de 2015**, Federal Law Gazette Parte I 2015, Número 46 de 25 de novembro de 2015, p. 2025-2028. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>> Acesso em: 13 set. 2021.

corrupção política venha à tona nas Cortes Superiores e os contornos do tipo penal de corrupção passiva não sejam alterados.

Portanto, tendo em vista tanto os diversos problemas de tipicidade quanto os de hermenêutica, pode-se afirmar que a origem da amplitude do tipo penal de corrupção passiva é dada pelos dois. Apesar de o principal problema se dar no âmbito da tipicidade, um dificilmente aconteceria sem o outro.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei sobre a luta contra a corrupção de 20 de novembro de 2015**, Federal Law Gazette Parte I 2015, Número 46 de 25 de novembro de 2015, p. 2025-2028. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>> Acesso em: 13 set. 2021.

ARAÚJO, Paulo César de. **Nos anos 1960, um ex-presidente era investigado por causa de apartamento**. Folha de São Paulo. São Paulo. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1952824-nos-anos-1960-um-ex-presidente-era-investigado-por-causa-de-apartamento.shtml> Acesso em: 23 jan. 2022.

BEZERRA, Marcos Otavio; SILVA, Giuliana Monteiro da. Denúncias de ‘corrupção governamental’ e conflitos políticos no segundo governo Vargas (1951-1954). **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 14, p. 1-26, 2021.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 244.

BRASIL, Legislação. **Código criminal de 1830**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm/ Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL, Legislação. **Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL, Legislação. Estatuto do Estrangeiro. **Lei nº 6.815 de 19 de Agosto de 1980**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11634224/inciso-xii-do-artigo-125-da-lei-n-6815-de-19-de-agosto-de-1980> Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 10.763 de 12 de novembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.763.htm Acesso em: 11 set. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.745.410. Relator: Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Distrito Federal. Data de Julgamento: 23/10/2018. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=REsp1745410 Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 307/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Distrito Federal. Data de Julgamento: 13/12/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Distrito Federal. Data de Julgamento: 17/12/2012. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 1.003. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal. Data de Julgamento: 19/06/2018 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5139625> Acesso em: 28 nov. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4259. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal. Data de Julgamento: 18/12/2017 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4988413> Acesso em: 28 nov. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Distrito Federal. Data de Julgamento: 03/05/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078> Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. N. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto. Curitiba. Data de Julgamento: 30/01/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-relator-lula-trf4.pdf>

Corrupção é principal preocupação para 62% dos brasileiros, mas denúncias podem ser coadjuvantes. Folha de São Paulo. São Paulo. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/corruptao-principal-preocupacao-para-62-dos-brasileiros-mas-denuncias-podem-ser-coadjuvantes-22241432> Acesso em: 23 jan. 2022

FONTELLA, Bibiana. **A corrupção passiva e a alteração interpretativa jurisprudencial acerca da (des)necessidade do ato de ofício**. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343203/a-corrupcao-passiva-e-a-alteracao-interpretativa-jurisprudencial> Acesso em: 2 fev. 2022.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 2ª ed. São Paulo:José Bushatsky, 1965, Vol. IV.

FRANCO, Gustavo HB. **Antologia da maldade: Um dicionário de citações, associações ilícitas e ligações perigosas**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2015.

GERBER, Daniel; NEPOMUCENO, Ana. **Ampliação do conceito de corrupção passiva pelo STJ traz insegurança jurídica**. Conjur. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-30/opiniao-ampliacao-conceito-corrupcao-passiva-stj> Acesso em: 2 fev. 2022.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **A amplitude do tipo penal de corrupção passiva**. JOTA, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018> Acesso em: 13 dez. 2021.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. **Crime e política. Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017

HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal**. SA Fabris, 1994.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal: arts. 250 a 361**. Forense, 1959.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. **Direito penal: volume único**. São Paulo, Atlas, 2018.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 135, 2017.

Livro V Título LXXI: Dos Oficiais do Rei que recebem serviços ou peitas, e das partes, que lhas dão, ou prometem. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1218.htm/> Acesso em: 4 set. 2021.

Livro V Título VII: Dos que dizem mal do Rei. Ordenações Filipinas de 1603. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1158.htm>. Acesso em: 4 set. 2021.

MENDONÇA, Ana. **Bolsonaro diz que dará 'voadora de pescoço' em quem cometer corrupção.** Estado de Minas. Belo Horizonte. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/10/14/interna_politica,1194537/bolsonaro-diz-que-dara-voadora-de-pescoco-em-quem-cometer-corrupcao.shtml Acesso em: 23 jan. 2022.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: Parte especial, arts. 235 a 361 do CP.** Atlas, 1980

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal, volume 4: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais.** Edição Saraiva, 1968.

Nova pesquisa revela preocupações dos brasileiros em relação à covid-19. IBPAD. Brasília. 2021. Disponível em: <https://www.ibpad.com.br/blog/nova-pesquisa-com-participacao-do-ibpad-revela-preocupacoes-dos-brasileiros-em-relacao-covid-19/> Acesso em: 23 jan. 2022.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica.** Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro Vol. 2: Parte Especial.** 2007.

PONTES, Ribeiro. **Código Penal Comentado**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. vol. 3, 2012

QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**, Editora FGV, 2017.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do " Mensalão"(APn 470/MG do STF). **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 106, n. 2014, 2014.

RUIVO, Marcelo Almeida. O fenômeno da corrupção como desafio às ciências criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, n. 134, p. 17-27, 2017.

SILVA, Antônio José da Costa. **Corrupção Passiva e Corrupção Ativa**. Justitia v. 27, 1959.

Suíça. **Revision des Korruptionsstrafrechts (Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes)**. Fedlex Die Publikationsplattform des Bundesrechts. Disponível em: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2000/180/de> Acesso em: 13 set. 2021.

Suíça. **Bbl 1999 5497. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr**. Fedlex Die Publikationsplattform des Bundesrechts. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5497_5045_4721/de Acesso em: 13 set. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. McDonnell v. United States, 579 U.S. ___ (2016)**. Washington. Data de Julgamento: 27/06/2016. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/15-474/> Acesso em: 11 nov. 2021.

ZINZIO, Valentina. **Istigazione alla corruzione e tentativo di corruzione attiva e passiva.** Penale it direto procedura e pratica penale. Itália. 2012. Disponível em: <<https://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=1043>> Acesso em: 29 set. 2021.