

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

A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA CORRUPÇÃO PASSIVA:

**A (I)LEGALIDADE DO ENTENDIMENTO QUE VEM SENDO FIRMADO NOS
TRIBUNAIS SUPERIORES DA REPÚBLICA**

LUIZA NOEL GONÇALVES MAGALHÃES DE OLIVEIRA

RIO DE JANEIRO

2022

LUIZA NOEL GONÇALVES MAGALHÃES DE OLIVEIRA

**A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA CORRUPÇÃO PASSIVA
A LEGALIDADE DO ENTENDIMENTO QUE VEM SENDO FIRMADO NOS TRIBUNAIS
SUPERIORES DA REPÚBLICA**

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 do Professor Dr. Antonio José Teixeira Martins.

RIO DE JANEIRO

2022

LUIZA NOEL GONÇALVES MAGALHÃES DE OLIVEIRA

A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA CORRUPÇÃO PASSIVA

**A LEGALIDADE DO ENTENDIMENTO QUE VEM SENDO FIRMADO NOS TRIBUNAIS
SUPERIORES DA REPÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais (Direito), pela Universidade Federal do Rio de
Janeiro, Faculdade Nacional de Direito.
Orientador(a): Antônio José Martins

Data da Aprovação: ___ / ___ / _____

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2022**

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e avós pelo apoio e torcida incondicionais em todas as decisões que tomei ao longo deste caminho, ainda que nem sempre concordassem com minhas escolhas, obrigada por confiarem em mim. Às minhas irmãs Victoria e Clara pela parceria e incentivo ininterruptos, independentemente de qualquer atrito que houvesse no trajeto. Obrigada por serem ouvido, colo e ajuda sempre que preciso.

Ao meu companheiro Gabriel pela compreensão nos momentos de ausência, pelo carinho e acolhimento diários. Obrigada por ser um dos meus maiores incentivadores desde o dia nº 1. Você é minha calma e confiança.

A todos os meus amigos que há tempos se tornaram minha família. Àqueles que carrego comigo desde os primeiros anos de minha vida e, de especial forma, aos irmãos que fiz na gloriosa Faculdade Nacional de Direito. Compartilhar esses anos da graduação com cada um de vocês foi um enorme privilégio. As conversas eternas nos vagões do metrô rio, os perrengues vividos na central do Brasil e as trocas na calçada do Bar e Restaurante Coração de Maria, nada disso será esquecido.

Aos professores com quem cruzei ao longo destes 10 períodos na Moncorvo Filho, nº 8, pela dedicação e ensinamentos. A troca com cada um de vocês, já nos meus primeiros meses de faculdade, me fez confiar que a opção pela UFRJ não poderia ter sido mais acertada. Agradeço aqui, em particular, ao meu orientador Antônio Martins pela atenção cuidadosa e ensinamentos ao longo dos últimos meses.

Aos colegas com quem trabalhei na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por compartilharem comigo minhas primeiras experiências profissionais e meses de tantos aprendizados, que extrapolam completamente o âmbito jurídico-profissional.

Por fim, aos meus colegas de escritório, que me acolheram desde o primeiro dia de trabalho e com quem aprendi quase tudo do pouco que sei sobre a prática da advocacia criminal. Agradeço à Graciele Pereira por ser alegria e motivação. À Alessandra Vieira e Djalma Padilha pelo companheirismo. À incansável Bárbara Regis e João Arantes pela confiança, parceria e aprendizados. Ao Sérgio pelas cobranças necessárias e pela oportunidade. No Sérgio Riera Advogados me encantei pela profissão que espero exercer por todos os anos a seguir.

Obrigada a todos e cada um de vocês.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a evolução do entendimento jurisprudencial a respeito dos contornos típicos do crime da corrupção passiva, bem assim a legalidade deste juízo que vem sendo firmado nos tribunais superiores da república. Com vistas a cumprir esta proposta, utiliza-se de maneira não exaustiva, a literatura pertinente no que tange às considerações propostas, além do levantamento e análise dos casos paradigmáticos no âmbito do STF e STJ, nos quais foram levados à julgamento os envolvidos nos principais escândalos políticos nacionais. O trabalho propõe, nesta perspectiva, examinar as decisões proferidas pelas referidas Cortes, levando em consideração as premissas alcançadas a partir do inicial estudo doutrinário, além de observar as possíveis causas deste movimento jurisprudencial. Por fim, a partir das conclusões atingidas, busca-se demonstrar que apesar das nefastas consequências enfrentadas em razão dos crônicos e frequentes casos experienciados envolvendo a simbiose entre o público, a partir da venalidade da função pública no aparato estatal, a legitimidade da tentativa de combater este problema, não legitima qualquer meio de perquiri-lo, como vem sendo aplicado *in casu*, com a violação de inúmeras garantias constitucionais e previsões legais no ramo do direito penal.

Palavras-chave: Corrupção; Corrupção passiva; Análise Jurisprudencial; Legalidade.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the evolution of case law regarding the typical contours of passive corruption, as well as the legality of what has been ruled by Brazilian higher courts. Therefore, it is used in a non-exhaustive way, the relevant doctrine regarding the proposed considerations, as well as STF and STJ's case law, in which those involved in major national political scandals were brought to trial. The work proposes, from this perspective, to examine the decisions ruled by the aforementioned Courts, taking into consideration the premises reached from the initial doctrinal study, in addition to observing the possible causes of this change in case law. Finally, from the conclusions reached, it seeks to demonstrate that despite the dire consequences faced due to the chronic and frequent cases experienced involving the symbiosis between the public, from the venality of the public function in the state apparatus, the legitimacy of the attempt to combat this problem, does not legitimize any means of pursuing it, as has been applied *in casu*, with the violation of numerous constitutional guarantees and legal provisions in the branch of criminal law.

Keywords: Passive corruption; bribery; case law analysis; legality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AP	Ação Penal
BNB	Banco do Nordeste do Brasil
CF	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal de 1940
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
MPF	Ministério Público Federal
PT	Partido dos Trabalhadores
PP	Partido Progressista
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
UDN	União Democrática Nacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

DESENVOLVIMENTO

I. A EVOLUÇÃO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

A. HISTÓRICA

B. LEGAL

II. ANÁLISE DO TIPO PENAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA

A. BEM JURÍDICO TUTELADO

A.1. FORMA DE AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO

B. TIPICIDADE

B.1. BILATERALIDADE

B.2. CONCURSO DE PESSOAS

III. EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

A. AÇÃO PENAL n° 307/DF

B. AÇÃO PENAL n° 470/MG

C. “OPERAÇÃO LAVA JATO”

C.1. AÇÃO PENAL Inq 4.259/DF

C.2. AÇÃO PENAL 996

D. REsp n° 1.745.410/SP

IV. ANÁLISE DO PANORAMA ATUAL

A. CAUSAS

B. LEGALIDADE

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Hoje a corrupção é um dos maiores – se não o maior – problema político-social no Brasil. Em verdade, não se trata apenas de uma questão jurídica. Nas palavras de Adriana Romeiro, “definitivamente, a corrupção está na moda”.¹

Em que pese não ser uma questão recente, tampouco, particular do país – Montesquieu já no século XVIII cita justamente a corrupção como uma das causas para a queda do império Romano –, tornam-se cada vez mais recorrentes os escândalos políticos, espetacularizados pela imprensa, que proporcionam especial relevo ao assunto no âmbito nacional.

Ademais, tais casos envolvendo a venalidade da função pública, bem assim a preponderância dos interesses privados frente ao interesse coletivo, e o decorrente destaque desta questão se desdobram para diversos âmbitos sociais, sobretudo, no debate político eleitoral.

Neste sentido, a inflamação do discurso do combate à corrupção cresce junto com o – cada vez maior – sentimento de repúdio social, por meio da disseminação de um ideário moralista e baseado na concepção de que a punição, e sua maior severidade, seriam caminhos para a vencer tal batalha.

O que não se considera em tal discurso, no entanto, são as causas culturais e estruturais da corrupção no cenário brasileiro, que, de acordo com Miguel Reale Jr., se deve às sequelas deixadas pelo liberal-escravismo. É dizer, a história social do país, marcada pela instabilidade e desigualdade, veio sendo temperada pela confusão entre o público e o privado, de modo que a orientação patrimonialista do Estado reforça a supremacia do interesse particular, na esfera que deveria prevalecer o interesse coletivo.²

Assim, tanto a corrupção não é um fenômeno novo na realidade brasileira, que desde o Código Criminal do Império, datado de 1830, bem como no Código Penal de 1890, já constava

¹ ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e poder no Brasil**: uma história, séculos XVI a XVIII. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. p. 11.

² REALE JR., Miguel. **Discursos sobre o Brasil**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 118-119.

a criminalização da conduta relacionada à venda da função pública, outrora denominadas peita e suborno.

Importante salientar que no contexto destes diplomas inexistia a criminalização apartada e individualizada do particular/do corruptor. O que se tinha era a presença de normas que impunham idêntica sanção penal àqueles que dessem ou prometessem o pagamento da peita.³

Posteriormente – muito embora tenha mantido a equiparação da pena cominada ao funcionário e ao particular – o Código Penal de 1940 (“CP”)⁴, quebrando com a tradição, tipificou as referidas condutas em seus artigos 317 e 333, correspondentes, respectivamente, aos tipos penais da corrupção passiva e ativa.

- (i) Corrupção passiva, delito previsto no capítulo dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral:

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.

§ 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: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

- (ii) Corrupção ativa, delito previsto capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração em geral:

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

³ LAUFER, Daniel. **O Delito de Corrupção: Críticas e Propostas de Ordem Dogmática e Político-criminal**. 2016. Tese (Doutorado), Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 73.

⁴ BRASIL. **Código Penal**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 07 nov. 2021.

No ponto, percebe-se rapidamente uma opção do legislador em desmembrar o injusto penal, de forma que se impõe a discussão a respeito da (as)simetria entre as condutas criminalizadoras, bem assim da obrigatoriedade da bilateralidade.⁵

No que se refere às condutas incriminadoras, a partir da leitura dos tipos acima expostos, vê-se que o legislador não inseriu expressamente no *caput* do artigo 317 a expressão “ato de ofício”⁶, diversamente da redação dada ao artigo 333, que dispõe expressamente a necessidade do recebimento da vantagem indevida pelo funcionário público “*em razão de sua função*” para fins de configuração da corrupção passiva.

Assim, torna-se relevante, também, a discussão no que diz respeito à (des)necessidade da indicação de um ato de ofício delimitado, ou ao menos da existência de nexo de causalidade entre a ação praticada pelo funcionário público e a contraprestação a ser recebida.

A doutrina pátria, alicerçada no princípio da legalidade estrita, tem certo consenso a respeito deste ponto, no sentido de exigir ao menos uma relação de causalidade entre o pagamento de vantagem indevida e o exercício de função pública – este último, obviamente, delimitado pelo exercício das respectivas atribuições.

Por algum tempo, inclusive nos casos de maior relevância nacional, a exemplo do caso “Collor” e – em certa medida – o “Mensalão”, a jurisprudência comungou do entendimento majoritário doutrinário.

Cabe dizer, na Ação Penal nº 307/DF⁷, de relatoria do ministro Ilmar Galvão, na qual restou denunciado o ex-presidente Fernando Collor, a Suprema Corte do país chegou a decidir pela rejeição da denúncia em razão da ausência de descrição do ato de ofício determinado na exordial que imputava o cometimento da corrupção passiva.

Nem 30 (trinta) anos se passaram e, hoje, o cenário é absolutamente diverso.

⁵ Entende-se por delito bilateral aqueles que, por sua natureza, exigem o concurso de agente para sua consumação. Isto é, o pacto de vontade (*pactum sceleris*) entre os sujeitos é pressuposto essencial.

⁶ BRASIL, op. cit.

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal. **Revista Trimestral de Jurisprudência** / Supremo Tribunal Federal. – Vol. 162, Tomo 1, 1997 – Brasília: STF.

O que se percebe é que com o passar dos anos a tendência dos tribunais é o gradativo e equivocado alargamento do tipo penal da corrupção passiva, através da – também equivocada, quando se trata da esfera penal – atuação ativa do poder judiciário.

Esta recente mudança na direção do entendimento jurisprudencial, a exemplo do que se verifica na denominada “Operação Lava Jato” é no mínimo preocupante.

Sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, têm sido frequentes as decisões judiciais que desprezam – quase por completo – a necessidade de qualquer liame entre a solicitação ou recebimento e a função do funcionário público. O que se verifica em tais casos é a indevida aplicação do direito penal como forma de correção de problemas originariamente sociais.

O contexto social-político-jurídico de enfoque nos – cada vez mais – frequentes casos envolvendo a disfunção do funcionário público como integrante da administração estatal, corroborado pela imoralidade que permeia o ideário do corrupto, dá ensejo à alteração dos contornos dos tipos penais previstos pelos artigos 317 e 333 do CP.

Mas não só isso, para além da tentativa da utilização da sanção penal como ferramenta para solução de questões públicas e coletivas, a grosseira alteração jurisprudencial verificada, bem como a absoluta insegurança jurídica experienciada, passam a atuar como instrumento de controle político, provocando efeitos diretos e manifestos na sociedade e contexto eleitoral.

Não se olvida que existam lacunas a serem enfrentadas no que tange a questão social da corrupção do cenário brasileiro.

No entanto, não se pode aceitar que o chamado “combate à corrupção” seja levado a efeito a todo e qualquer custo, caracterizando uma aplicação contemporânea da ideia Maquiavélica de que os fins justificam os meios.

Isto pois a aplicação do direito penal - de natureza *ultima ratio* -, justamente por representar a forma mais gravosa de intervenção estatal, exige a estrita observância de seus princípios fundamentais, defensores das garantias individuais.

Neste sentido, portanto, questiona-se a impossibilidade do enfrentamento de tal problemática a partir do injustificado alargamento do tipo penal verificado na jurisprudência nacional, em franca violação ao princípio da legalidade.

Como se explica a grosseira mudança experienciada se, desde a promulgação do Decreto-lei 2.848/1940⁸, a única alteração direta no texto legal dos artigos em comento foi a alteração da sanção aplicada aos artigos, que passou de 01 (um) a 8 (oito) anos para 02 (dois) a 12 (doze) anos?

A substancial expansão que se verifica a partir do ativismo judicial atinge o ponto da total desconsideração da elementar “em razão da função” prevista no tipo penal da corrupção passiva.

Sem precisar adentrar mais a fundo na matéria, vê-se, pois, que poucos não são os riscos e problemáticas que permeiam a questão da tipicidade na corrupção dentro da ordem jurídica brasileira.

A presente monografia, destarte, se debruçar-se-á na análise da questão envolvendo o delito da corrupção passiva, mormente, a legalidade do novo entendimento jurisprudencial que vem sendo firmado na jurisprudência pátria e suas possíveis causas.

⁸ BRASIL, op. cit.

DESENVOLVIMENTO

I. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGAL DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

A. HISTÓRICA

Susan Rose-Ackerman, em sua obra “Corrupção e Governo”, define a corrupção como “abuso de um poder delegado (*entrusted power*) para ganhos privados”.⁹

No entanto, sendo a corrupção política um fenômeno histórico, esta é antiga e mutante.¹⁰

Por esta razão, inicialmente, é importante destacar que o significado dado ao termo “corrupção” nos dias hoje, nada tem a ver com a interpretação dada na idade moderna, por exemplo. Por de trás da mesma terminologia, escondem-se universos culturais absolutamente distintos.¹¹

Neste sentido, pensando no Brasil dos séculos passados, o emprego do termo “corrupção” referia-se ao sistema de governo, não às pessoas.

Diversamente, nos dias de hoje, quando se fala em corrupto a referência gira em torno da pessoa do corrupto. Analisando o cenário brasileiro, a alteração semântica do conceito pode ser percebida a partir de 1945, momento em que a oposição comandada pelos políticos da União Democrática Nacional (UDN) passa a atacar a corrupção individual, relacionada à falta de moralidade das pessoas – neste caso, dos políticos ligados ao governo varguista e até mesmo Getúlio Vargas. O problema seria as pessoas, não a forma de governo republicana.¹²

Em 1961, a campanha de Jânio Quadros foi pautada na ideia de “varrer a corrupção do país”. O mesmo pode se dizer do cenário que antecedeu e justificou o golpe de 1964, executado, em tese, contra os subversivos e corruptos. Anos depois, o discurso que elegeu o Fernando

⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan e PALIFKA, Bonnie. **Corrupção e governo: causas, consequências e reforma**. Rio de Janeiro: Fgv Editora, 2020. p. 26.

¹⁰ AVRITZER, Leonardo *et al.* **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p. 200.

¹¹ ROMEIRO, Adriana. *Op. cit.*, p. 12.

¹² AVRITZER, Leonardo *et al.* *Op. cit.*, p. 201.

Collor em 1989, também trazia a ideia da caça aos corruptos (marajás). Pode-se perceber que a solução passa a ser a “eliminação” do corruptor, e não da corrupção *per se*.

Hoje, a herança do caráter individual da corrupção é perceptível a quem tenha olhos para ver. A eleição do último presidente do Brasil ilustra perfeitamente este legado. A principal bandeira para seu triunfo foi justamente o suposto “combate à corrupção”, diretamente voltado ao partido opositor.

No entanto, apesar do aspecto pessoal que se vem de comentar, percebe-se também um “ingrediente sistêmico de caráter ideológico”.¹³ É dizer, o comportamento individual vem a ser enquadrado na perspectiva política e sistêmica.

Justamente nesta perspectiva, isto é, quando a corrupção deixa de ser de ser episódica para se integrar à lógica do funcionamento do próprio sistema”,¹⁴ Vicens Vives passa a indagar se corrupção não residiria antes nos “defeitos de uma organização administrativa”, de forma que a existência de gritantes “diferenças estruturais tornaria bastante atrativos os benefícios materiais à disposição da burocracia e não em um maior ou menor controle dos cargos públicos pela monarquia”.¹⁵

Ademais, é importante ressaltar que da mesma forma que é possível verificar uma mudança semântica do que se entende como corrupção, houve também alterações no âmbito em que esta se dá.

A dimensão pública, nem sempre foi compreendida nos moldes verificados até então e que também vem sofrendo modificações. Antes a corrupção era entendida como um atentado contra o monopólio do poder do soberano. A partir das mudanças de forma de governo e da evolução social e jurídica, a prática corrupta passou a representar uma afronta à funcionalidade do Estado em si.

¹³ *Ibidem*, p. 203.

¹⁴ ROMEIRO, Adriana. *Op. cit.* p. 64.

¹⁵ VICENS VIVES, Jaime. **Coyuntura económica y reformismo burgués y otros estudios de historia de España**, 1. ed. Barcelona: Ariel, 1969. p. 133-135.

Neste mesmo sentido, importante delinear que a corrupção ainda vem assumindo nova concepção, desta feita, no setor privado. Não havendo mais que se falar na venalidade de funções estritamente no setor público.¹⁶

B. LEGAL

Como visto, a corrupção não é própria da sociedade moderna e independe de determinado regime ou forma de governo. Deste modo, os códigos mais antigos da humanidade já traziam a previsão da criminalização daquelas condutas relativas à mercancia da função pública.¹⁷

Delimitando a análise para o cenário brasileiro, apesar de não se tratar de um fenômeno recente, a primeira vez que a o ordenamento jurídico adotou a expressão “corrupção” foi justamente na redação do Código Penal de 1940, vigente até a presente data.

No entanto, nada obstante não tenha trazido expressamente o termo “corrupção”, já no Código Penal do Império de 1830 – cujo projeto foi assinado pelo jurista Bernardo Pereira de Vasconcelos, após a proclamação da independência do Brasil –, era possível vislumbrar a tipificação da corrupção *strictu sensu*, à época denominadas de peita (artigo 130), quando a corrupção envolvia dinheiro ou qualquer outro donativo, e suborno (artigo 133), quando se dava por meio de influência ou pedido de terceiro.¹⁸

“Art. 130. Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei.

Penas - de perda do emprego com inhabilidade para outro qualquer; de multa igual ao trespobro da peita; e de prisão por tres a nove mezes.

A pena de prisão não terá lugar, quando o acto, em vista do qual se recebeu, ou aceitou a peita, se não tiver effectuado.”

“Art. 133. Deixar-se corromper por influencia, ou peditorio de alguém, para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever.

Decidir-se por dadiva, ou promessa, a eleger, ou propôr alguém para algum emprego, ainda que para elle tenha as qualidades requeridas.

Penas - as mesmas estabelecidas para os casos da peita.”

¹⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, volume 933, julho de 2013. p. 2.

¹⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume IX. Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 367.

¹⁸ COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal**: curso completo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 695.

Neste momento, o legislador ainda optou pela separação também da conduta quando referente à juízes (*peita der sentença*) dos crimes de peita e suborno, cuja pena era consideravelmente mais severa.

“Art. 131. Nas mesmas penas incorrerá o Juiz de Direito, de Facto, ou Arbitro, que por peita der sentença, posto que justa seja.
Se a sentença fôr injusta, a prisão será de seis mezes a dous annos; e se fôr criminal condemnatoria, soffrerá o peitado a mesma pena, que tiver imposto, ao que condemnára, menos a de morte, quando o condemnado a não tiver soffrido; caso, em que se imporá ao réo a de prisão perpetua.
Em todos estes casos a sentença, dada por peita, será nulla.”

Com o advento da Proclamação da República em 1889, foi elaborado por Batista Pereira o Código Penal de 1890, reconhecido por sua precariedade técnico-legislativa, que passou a dispor os tipos penais ora comentados, conjuntamente em sua “secção III”.¹⁹

Por fim, com a outorga da Constituição de 1937 pelo Estado Novo Vargasista, foi pretendida a elaboração de um novo Código Penal, que dialogasse com o novo texto constitucional. Neste sentido, o Professor Alcântara Machado foi o responsável pela elaboração do texto e seu projeto foi enviado à comissão revisora composta por Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra e Francisco Campos.²⁰

O CP de 1940, por sua vez, equidistante da constituição de 1934 e a de 1946 (fruto do desmonte do Estado Novo), foi elaborado no contexto do regime ditatorial, inspirado no Código Penal da Itália fascista de 1930, incorporou as bases de um direito punitivo.

Como adiantado, o diploma rompeu com a tradição e, neste ponto, seguindo a orientação do código penal suíço, passou a prever 2 (dois) crimes distintos aos sujeitos integrantes do injusto penal consistente na venalidade em torno da função pública: a corrupção passiva (artigo 317) e corrupção ativa (artigo 333).

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, parte especial**. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 565.

²⁰ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 77-81.

A partir da análise da evolução da redação de tais artigos, pode-se perceber que desde o Código de 1830, já se fazia presente a expressão “ato de ofício” nos tipos referentes ao suborno e a peita. Cumpre esclarecer, no entanto, que atualmente, após a separação das condutas dos sujeitos envolvidos no injusto da corrupção, hoje, a expressão só está presente no tipo penal da corrupção ativa, que se refere, em tese, à conduta do particular.

Ademais, importante destacar que com a instituição do novo código penal, foi ultrapassada a tradição da existência de tipos penais diversos para abordar a venalidade da função pública de diferentes cargos públicas, além da criação do artigo 327, que fixa a noção de funcionário público para fins penais.

Assim, o que se tem é que tal opção legislativa encontra fundamento na tentativa de uma redação mais ampla, que pudesse, desta forma, abarcar a mercantilização da função pública nos diversos setores da administração.

No entanto, apesar da inspiração do legislador brasileiro no código suíço então vigente – no que se refere à criminalização da corrupção em dois dispositivos diferentes – há algum tempo, com a revogação do texto inspirador do Código Penal brasileiro de 1940, a Suíça superou tal opção e passou a dispor em sua legislação outros artigos relacionados à conduta da corrupção passiva, na “Lei Criminal de Corrupção”²¹.

Já no Brasil, os artigos 317 e 333 do CP, ainda não sofreram qualquer alteração em seus *caputs*, notadamente, quanto às condutas incriminadoras pelos tipos penais. A única mudança, porém, aconteceu em 2013, que previu o aumento das penas cominadas aos dois tipos.

Para além disso, apesar de não atingir diretamente os tipos penais da corrupção ativa e passiva do CP, no movimento do chamado “combate à corrupção”, pode-se perceber uma crescente atuação legislativa na criação de normas criminalizadoras.

Neste sentido, mencione-se a Lei 12.846/13, conhecida por Lei Anticorrupção, que regulamenta a “*responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela*

²¹ MONTEIRO, Luan de Azevedo. **A origem da amplitude do tipo penal da corrupção passiva**. 63 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” e as “10 Medidas Contra a Corrupção” propagadas pelo Ministério Público Federal, que propõe, dentre outros a introdução de tipos penais contra o chamado caixa dois e o enriquecimento ilícito de funcionários públicos.²²

II. ANÁLISE DO TIPO PENAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA

Consoante exposição do capítulo anterior, a redação vigente do Código Penal brasileiro dispõe que corrupção passiva é o ato de *“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”²³.*

A. BEM JURÍDICO TUTELADO

A existência de uma tipificação penal, bem assim de uma sanção, exige a afetação de alguma gravidade a um bem jurídico tutelado pelo Estado.

Assim, ao passo que o bem jurídico tutelado figura como a fundamentação à aplicação da Lei-penal (razão de ser), o seu estudo revela-se essencial à definição dos limites-jurídicos penais dos delitos.

Bernd Schunemann explica que o princípio da tutela dos bens jurídicos, dentro da lógica do direito penal moderno, fornece a devida orientação sobre o que deve ser tutelado por intermédio do direito penal, não apenas na dimensão formal, mas principalmente na dimensão material.²⁴

²² LEITE, Alaor (org.); TEIXEIRA, Adriano (org.). **Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 22-23.

²³ BRASIL, op. cit.

²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos**. In: SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Luís Greco (coordenador). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 75. Apud LAUFER, Daniel. Op. cit. p. 77-78.

A outorga de legitimidade para a criminalização de determinadas condutas possibilita, justamente a partir da fundamentação pela proteção de tais bens jurídicos, a otimização da tutela de direitos fundamentais, no lugar de fomentar a tendência de ampliação da intervenção estatal através da “mundialização” do direito penal.²⁵

A violação à bens jurídicos é elemento necessário, mas não suficiente à criminalização de tal comportamento. À afetação aos bens jurídicos contrapõem-se os princípios limitadores da punibilidade, dentre eles, o da subsidiariedade - o direito penal como a *ultima ratio* - e o da danosidade social.²⁶

Em se tratando da corrupção (tanto a passiva, como a ativa), torna-se relevante ressaltar a existência de bens jurídicos de natureza coletiva e a possibilidade de sua tutela, além do fato de que a mera imoralidade não basta à legitimação da intervenção penal estatal (princípio da intervenção mínima). Neste sentido leciona Claus Roxin, “o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas de bens jurídicos”²⁷.

A este respeito, também, Hassemer assevera:

“A infração contra uma norma (moral ou ética) não podia ser suficiente para explicar uma conduta como criminosa, senão, primeiramente, a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente ‘bens jurídicos’. Com isso foi introduzida a mudança para um sistema do Direito Penal orientado empiricamente, mesmo que ainda necessitasse de muitas lutas para atrair a atenção do legislador penal e dos juristas sobre as conseqüências dos seus procedimentos. (...) A repreensão à violação de uma norma (moral ou ética) não pode ser suficiente ao legislador como fundamento da conduta humana merecedora de pena. Ele precisa antes provar a lesão de um bem jurídico: apresentar uma vítima desta conduta e indicar quanto a esta a lesão de bens, de interesses.”²⁸

É evidente que o delito em comento – tal como a concussão, prevaricação, dentre outros – possui grande carga de imoralidade, sobretudo no contexto da sociedade brasileira atual, no entanto, isto, definitivamente, não basta à legitimação da aplicação da sanção penal.

²⁵ Ibidem.

²⁶ GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara *et al* (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.13.

²⁷ ROXIN, Claus (tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz). **Problemas fundamentais de Direito Penal**, Lisboa, Veja, 1986. p. 29-30.

²⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 56.

Assim, para além de viabilizar a compreensão de questões jurídicas decorrentes, a delimitação do bem jurídico tutelado, especialmente no caso da corrupção, possibilita a cautela em não buscar o combate à corrupção e correção de tal problema social por meio do direito penal.

Nada obstante a relevância de uma definição neste sentido, até hoje não existe acordo doutrinário e jurisprudencial acerca do bem jurídico tutelado pelo artigo 317 do CP.

Como visto, tal dispositivo - bem como o artigo 333, no qual está disposto o delito de corrupção ativa - está inserido no Título IX do referido diploma legal, que trata dos “crimes praticados contra a administração pública”.

Neste sentido, importante destacar que o CP não entende a “administração pública” apenas da atividade administrativa em seu sentido estrito. Aqui se tutela toda a atividade estatal, em seu campo subjetivo (conjunto de entes que desempenham funções públicas) e objetivo (toda e qualquer atividade desempenhada no sentido da satisfação do bem comum)²⁹.

A doutrina, de forma geral, apresenta conceituação bastante ampla, compreendendo o conjunto de órgãos e recursos públicos materiais destinados à realização dos interesses da coletividade, alcançando assim, todas as funções e poderes do Estado, não apenas as propriamente executivas. Esta definição acompanha o texto constitucional, que define amplamente em seu artigo 37, sem qualquer distinção entre os âmbitos federal, estadual e municipal, os princípios reitores da atuação administrativa.

Desta forma, a Constituição estabelece que a administração pública, ajustada aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, é um bem jurídico a ser tutelado pelo Estado.³⁰

²⁹ COSTA JR., Op. cit., p. 679.

³⁰ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”

O que se tem, portanto, é que o legislador através da criminalização da confusão dos interesses público/privado, consubstanciada na mercancia da função pública, visa a tutela da administração pública, ao ofender seu regular funcionamento, tal como previsto no texto constitucional.

Neste sentido, leciona Luis Regis Prado:

A tutela penal no tipo em exame tem por escopo proteger o interesse atinente ao normal funcionamento, transparência e prestígio da Administração Pública, com especial atenção à obediência ao dever de probidade, evitando-se, destarte, os nefastos danos causados pela venalidade no exercício da função pública. (...) É interessante frisar que a corrupção representa uma agressão ao próprio funcionamento do Estado de Direito democrático. Atinge tanto o prestígio da Administração Pública ante os administrados como o dever da Administração de servir com objetividade aos interesses gerais, segundo exigência da Constituição Federal, que destaca a probidade e a impessoalidade como dever de todos aqueles que exercem funções públicas, além da eficiência inerente à prestação do serviço público (art. 37, caput).³¹

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho assevera que o “fenômeno Administração Pública abrange todas as operações estatais que trazem por finalidade a realização de serviços e o cumprimento de desígnios públicos”.³²

Nos dizeres de Roxin, a existência de tal bem jurídico consiste na garantia do funcionamento estatal erigido para a consecução de fins.³³

No âmbito da corrupção passiva, vale ressaltar a existência de três correntes que buscam definir o bem jurídico tutelado pelo tipo penal: (i) dever de lealdade e probidade dos servidores públicos; (ii) probidade, moralidade e funcionamento de administração pública; e (iii) a imparcialidade.

A primeira corrente, da qual comunga Galdino Siqueira, defende a ideia de que o bem jurídico tutelado seriam “os próprios deveres de lealdade, fidelidade e probidade a serem respeitados pelo servidor público”.³⁴ Aqui, portanto, o enfoque não é do dano causado à

³¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 4: parte especial: arts. 289 a 359**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 377.

³² OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manuel de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 25.

³³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

³⁴ LAUFER, Daniel. Op. cit., p. 83.

administração pública em si, mas sim da “inobservância de deveres dos funcionários públicos junto à estrutura organizacional do Estado.”³⁵

A fundamentação do núcleo do injusto estaria, portanto, na lesão ao princípio da autoridade ou no prestígio da administração pública. Entretanto, a existência de um dever extrapenal do funcionário público, isoladamente, considerado não legitima a incriminação pretendida.

É dizer, a despeito da existência de tais obrigações intrínsecas à função pública, bem assim a necessidade de sua observância para regular prestação dos serviços administrativos, não se pode dizer que a infração de tal dever justifique a intervenção da norma penal.³⁶

Ao definir o bem jurídico tutelado na esfera do dever funcional para com a administração pública que teria o funcionário (*intraneus*), mas também o particular (*extraneus*), acaba-se por equiparar a infração penal ao ilícito administrativo.³⁷

Da mesma forma, sendo tais deveres de natureza ética e moral, justificar a criminalização insculpida o artigo 317 do CP em tal violação, significaria dizer que o Direito Penal estaria legitimado a punir as “meras imoralidades” – o que, definitivamente, não se verifica.

Diversamente, a segunda corrente fundamenta-se no atentado à administração pública propriamente dita, saindo do centro o funcionário. O foco passa a ser, portanto, nos princípios norteadores da administração e sua função de prestação, que deve ser exercida em favor do interesse coletivo.

Aqui, tendo-se presente a ausência de uma definição pela doutrina brasileira, que não diverge frontalmente a respeito do bem jurídico tutelado, serão abarcadas as correntes que gravitam em torno da dignidade/prestígio/moralidade/probidade do Estado-administração.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibid., p. 84.

³⁷ No direito penal, em se tratando dos delitos especiais, o *intraneus* seria o agente apto a praticar os atos típicos previstos na lei, enquanto *extraneus* seria o agente que pratica atos estranhos à estruturação típica do crime, mas, referentes à figura penal.

Os conceitos fornecidos são bastante próximos e convergem para a proteção de múltiplos fatores a serem tutelados. De modo geral, trata-se como a própria Administração como o bem jurídico a ser protegido:

“a tutela no tipo penal em exame tem por escopo proteger o interesse atinente ao normal funcionamento, transparência e prestígio da Administração Pública, com especial atenção à obediência ao dever de probidade. (...) É interessante frisar que a corrupção delitiva representa uma agressão ao próprio Estado de Direito democrático. Atinge tanto o prestígio da Administração Pública ante os administrados como o dever de Administração de servir com objetividade aos interesses gerais, segundo exigência da Constituição Federal, que destaca a probidade e a impessoalidade como dever de todos aqueles que exercem funções públicas, além a eficiência inerente à prestação do serviço público.”³⁸

“(...) bem jurídico tutelado é ainda aqui o funcionamento normal da administração pública, de acordo com os princípios da probidade e moralidade. É a segurança do prestígio da função que se tem em vista.”³⁹

“Bem jurídico protegido, no dispositivo em exame, é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, constituindo a corrupção passiva a venalidade de atos de ofício, num verdadeiro tráfico da função pública.”⁴⁰

Como se vê, a despeito das singelas variações, verifica-se um substrato em comum no sentido de que o artigo 317 do CP se presta à tutela da administração e seu “correto e bom funcionamento”.⁴¹ Comportamentos desviantes de seus funcionários, que violam as diretrizes fornecidas pela constituição, implicam a disfunção indesejada.

A imprecisão da definição, sem a individualização de um interesse próprio de tutela, acarreta a incapacidade de fornecer uma tipificação bem definida do injusto penal em alguns aspectos, como, por exemplo, a justificação da punição da corrupção passiva imprópria.

É dizer, partindo de tal entendimento, como explicar a sanção ao funcionário que recebe vantagem indevida para praticar ato lícito e inserido no escopo de suas funções, mas que acaba por gerar maior efetividade ao serviço público?

³⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 1347.

³⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, volume 4: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais**. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 257.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. **Código Penal Comentado**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 2369.

⁴¹ COSTA JR., Paulo José; PAGLIARO, Antonio. **Dos crimes contra a administração pública**, 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2006. p. 100.

Mas não é só. Ainda que se considere a prática de um ato ilícito, como fundamentar a condenação de um servidor que, motivado pela corrupção, frauda o procedimento de compra de equipamentos para determinado setor da administração, mas, com seu agir, provoca melhorias no sistema de saúde, por exemplo?

A resposta é clara, a tutela do “correto e bom” funcionamento falha nesta justificativa.

Por fim, buscando contornar a indefinição ora enfrentada, existe uma terceira corrente que defende que o bem jurídico a ser tutelado seria a imparcialidade. Aqui, se busca fundamentar a sanção penal em “legítimos interesses do cidadão, não propriamente da administração”⁴², uma vez que nada obstante a corrupção passiva envolva a quebra de deveres funcionais, a infringência normas administrativas não basta à aplicação da sanção penal, até porque já tutelados em outros ramos do ordenamento jurídico.

Dentre os princípios constitucionalmente estabelecidos no âmbito da administração pública, tem-se o princípio da imparcialidade. Sua orientação é no sentido de que a atuação dos servidores não seja pautada no interesse de terceiros. A administração deve ponderar e agir, sob critérios uniformes, visando o interesse coletivo.

Aqui não se fala no aspecto ético que permeia o tipo penal da corrupção. A tutela recai na imparcialidade. O servidor, ao sujeitar-se a promessa de vantagem ilícita para atender aos interesses de particulares, lesiona a chamada “autonomia intencional” do Estado.⁴³

Ao individualizar a imparcialidade, encontra-se objetivamente um bem jurídico que, ao evitar situações de privilégios à terceiros, o servidor atua no sentido da igualdade na prestação pública, corroborando a ideia da primazia do interesse coletivo.

O julgamento da AP 470⁴⁴, - processo que apurou o recebimento de vantagens indevidas por parte dos deputados federais para que votassem de acordo com os interesses particulares dos corruptores -, por exemplo ilustra claramente a lesão/proteção à imparcialidade que se pretende.

⁴² LAUFER, Daniel. Op. cit., p. 89.

⁴³ COSTA, Antonio Manuel de Almeida. **Sobre o crime de corrupção**. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 93/94.

⁴⁴ BRASIL, STF - **AP: 470 MG**, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08- 2014.

A.1. FORMA DE AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO

Abordadas as nuances referentes ao bem jurídico tutelado, no que se refere à forma de afetação do bem, a doutrina, de forma geral, caminha em um mesmo sentido.

Corroborada também pela jurisprudência pátria, existe certo consenso quanto à classificação do crime como formal ou de mera conduta. Nestes termos, apesar do *caput* do artigo 317 descrever um resultado, sua verificação na espécie prescinde à consumação do delito.

A este respeito, leciona Paulo José da Costa Jr.:

“Do modo como foi prevista em nosso estatuto, a corrupção pode ser conceitualmente considerada como um crime tentado. Basta que o funcionário solicite a vantagem indevida, atendida ou não sua solicitação, para que o crime se tenha como aperfeiçoado. O legislador pátrio, compenetrado e consciente da corrupção ambiental existente, fez retroceder o momento consumativo do crime (...).”⁴⁵

Em contraposição aos crimes materiais ou de resultado – nos quais o resultado descrito no tipo penal é indispensável à sua consumação –, os crimes formais ou de mera conduta fornecem uma tutela mais rigorosa à determinados bens jurídicos, de forma que a potencialidade do dano já é suficiente para legítima sanção penal.

Deste modo, defende Hungria que não seria concebível a tentativa: “ou é formulada a solicitação e o crime se consuma, ou não é formulada e nenhum crime haverá”.⁴⁶

Na prática, o que se verifica é que o agente público, caso tenha solicitado vantagem indevida para a prática de determinado ato de interesse do particular, ainda que não tenha efetivamente recebido a vantagem prometida, já se considera consumado o crime da corrupção passiva.

Da mesma forma, considerando a hipótese na qual o *intraneus* solicita a vantagem, mas o *extraneus* nega seu pagamento, a negativa do “particular” em nada interfere na consumação

⁴⁵ COSTA JUNIOR, Op. cit., 1999. p. 695.

⁴⁶ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 371.

do delito. Estaria perfeitamente configurada a subsunção do fato à norma. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente”.⁴⁷

Neste sentido, colaciona-se alguns julgados dos tribunais superiores da república, que reafirmam a natureza formal do delito previsto no artigo 317 do CP:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA, ATIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. (...) . NATUREZA FORMAL DO ART. 317 DO CP. (...)

3. De fato, como o MP/SP argumenta em seu recurso especial, o crime de corrupção passiva tem natureza formal, consumando-se com a mera solicitação por parte do servidor público. O eventual favorecimento por este conferido ao corruptor pode até interessar para a incidência da majorante prevista no art. 317, § 1º, do CP; a tipicidade objetiva da figura delitiva do caput do referido artigo, contudo, resta completada com o simples ato de solicitar a vantagem. (...)10. Recurso Especial desprovido.⁴⁸

(...) CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE. PRESENTE A JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. (...)

5. Quanto ao 8º denunciado, no que tange à imputação de corrupção ativa constante do Item III.I, subitem b.1, a denúncia não preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. É imprescindível que a denúncia informe como o denunciado teria supostamente contribuído para a consecução do delito que lhe é imputado, o que não ocorreu na espécie. 6. Denúncia não recebida com relação ao 8º denunciado, especificamente no que concerne à imputação constante do subitem b.1, do item III.I da denúncia (...).⁴⁹

No ponto, destaca-se que a natureza formal da corrupção passiva é um argumento muito utilizado por aqueles que defendem a desnecessidade da delimitação de um ato de ofício que figure como objeto do pacto do injusto, para a configuração do crime da corrupção passiva. Todavia, no limite, no lugar de prescindir do resultado para a configuração do crime de corrupção passiva, deixa-se de exigir qualquer ligação com o cargo exercido pelo funcionário, de forma a anular requisito elementar do tipo penal.

B. TIPICIDADE:

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 281.

⁴⁸ BRASIL, STJ. **REsp 1847488/SP**, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, STJ, 5ª Turma, julgado em 20.04.2021, publicado em 26.04.2021.

⁴⁹ BRASIL, STF. **Inq 2.245**, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, STF, Tribunal Pleno, julgado em 28.08.2007, publicado em 09.11.2007

A respeito da tipicidade formal do crime da corrupção passiva, o ponto central de discussão da doutrina e jurisprudência nacional giram em torno da interpretação da expressão “em razão de sua função”, constante do *caput* da norma legal. Nada obstante, também serão comentadas outras questões pontuais no presente capítulo.

Inicialmente, pode-se destacar que a corrupção passiva é classificada como crime funcional. Esta categoria de delitos diz respeito àqueles que exigem do sujeito ativo determinada “qualidade especial” – no caso, ser funcionário público.⁵⁰ A este respeito, importante mencionar o artigo 327 do CP, que traz expressamente a definição da expressão “funcionário público” para fins penais:

“Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.
§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.
§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”

Necessário salientar, no entanto, que apesar da exigência de que o autor seja possuidor de cargo público, não se faz necessário que o sujeito esteja efetivamente no exercício de sua função. Isto porque, disciplinando a chamada corrupção antecedente, o *caput* do artigo prevê: “ainda que fora da função ou antes de assumi-la”.

Ademais, observa-se que o legislador de 1940 adotou o termo “função” ao invés de “cargo”, que teria um sentido técnico e mais restrito. O emprego da expressão mais ampla permite, pois, que o corrupto (sujeito ativo) não se trate tecnicamente de um detentor de cargo público, como seria o caso de um jurado, por exemplo.⁵¹

No que se refere ao requisito típico da “vantagem indevida”, parte da doutrina defende que a vantagem deve ser de natureza pecuniária, mas a corrente majoritária entende que não. No primeiro sentido, Hungria afirma que deve se tratar de “dinheiro ou qualquer utilidade

⁵⁰ REALE JUNIOR, Miguel; SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. **Código penal comentado** – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 927.

⁵¹ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 369.

material, ainda que destinado a terceiro”.⁵² Do outro lado, Regis Prado defende o entendimento da vantagem em sentido amplo, não se tratando necessariamente de valor econômico.⁵³

Aqui, deve-se, todavia, ser analisado também o aspecto subjetivo da suposta vantagem oferecida, no sentido da necessidade da presença do interesse pessoal do funcionário em receber a retribuição, para além da vontade do particular em retribuir. Por esta razão, pois, que se entende que as “vantagens socialmente aceitas” - boas-festas, pequenos presentes de cortesia, homenagens por honorabilidade - não configuram a elementar exigida pelo artigo 317 do CP.⁵⁴

Por fim, em relação ao requisito típico da vantagem indevida deve estar, necessariamente, no plano privado do servidor. Isto é, a vantagem que fica adstrita à esfera pública, que não será uma vantagem pessoal ao funcionário e, portanto, será incapaz de caracterizar a figura do artigo 317 do CP.⁵⁵

Voltando a discussão para a questão central, tem-se a (des)necessidade da vantagem indevida a que o artigo se refere estar relacionada a um ato funcional do servidor público. Em outras palavras, isso importa questionar o que exatamente poderá ser objeto da venalidade do servidor para que esteja caracterizada a corrupção passiva prevista no CP.

Se de um lado os doutrinadores filiam-se em sua esmagadora maioria à corrente que entende pela necessidade da presença de um “ato de ofício”, a jurisprudência vem caminhando para o completo abandono deste entendimento, e conseqüentemente na desvalidação de um requisito típico do dispositivo.

Neste sentido, iniciando pela corrente que entende pela necessidade da presença de um ato funcional, imperioso salientar que existe, entre aqueles que comungam de tal entendimento, algum grau de dissenso no que se refere à determinação de tal ato de ofício, bem como em relação à sua natureza.

⁵² Ibidem, p. 370.

⁵³ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 1349.

⁵⁴ Ibidem, p. 1350.

⁵⁵ LEITE, Alaor (org.); TEIXEIRA, Adriano (org.). Op. cit., p. 45.

Apesar destas controvérsias, de forma geral, para tais correntes, figura-se absolutamente irrelevante para fins de tipicidade que o ato funcional sobre que versa a venalidade seja lícito (corrupção imprópria) ou ilícito (corrupção própria), isto é, contrário aos deveres do cargo do funcionário.

Ademais, partindo do ponto da prática do ato de ofício, existe também a divisão que leva em consideração o momento da promessa/pagamento *versus* o momento da prática do ato de ofício. Assim, quando a vantagem é paga visando a prática de um ato futuro, denomina-se “anteecedente”. Ao revés, quando o ato é praticado visando uma recompensa futura, chama-se “subsequente”.

Analisando o entendimento que se firmou majoritário entre a doutrina nacional, é possível identificar uma primeira corrente que defende que a obrigatoriedade da determinação do ato de ofício objeto da corrupção passiva. Nas palavras de Bitencourt, “a vantagem deve objetivar a prática de um ato futuro e certo. E isso deve, necessariamente, ser demonstrado com precisão, destacando tempo, local e condições, natureza e espécie do ato de ofício visado”⁵⁶.

Ocorre que, no limite, com a adoção de tal requisito, seriam impostas grandes restrições à aplicação da lei penal. É justamente esta a crítica de Gustavo Quandt, que chama atenção ao fato que muitas vezes a oferta e a solicitação se dão de forma velada e, se adotado tal posicionamento, tornar-se-ia inoperante o artigo 317 do CP contra os casos mais graves da simbiose entre o público e o privado.⁵⁷

Caminhando na direção do afrouxamento da exigência da determinação precisa do ato de ofício, alguns autores defendem que bastaria a identificação da natureza/classe do ato de ofício objeto da corrupção, isto é, a determinação do sentido da atuação do funcionário público. Pagliaro e Costa Jr. defendem que o ato de ofício “deve ser individualizado, ou, quando menos, individualizável.”⁵⁸

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 5, p 244.

⁵⁷ 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)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 106, janeiro de 2014. p. 210.

⁵⁸ COSTA JR., Paulo José; PAGLIARO, Antonio. **Dos crimes contra a administração pública**, 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2006. p. 114.

Neste sentido, também, Luis Regis Prado:

“O ato de ofício objeto do delito de corrupção passiva não deve [*rectius*: não precisa] restar desde o início determinado, ou seja, 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.”⁵⁹

Ao passo que o ato funcional teria que ser individualizável, teria, pois, que estar dentro das atribuições funcionais do agente público. Isto, porque, somente neste caso se poderia pensar em um dano efetivo, ainda que potencial, à administração pública.⁶⁰

Percebe-se que, sendo a função pública, de modo geral, a aptidão para a prática de atos de ofício, a exigência de que a propina se refira a ato de ofício genérico e indeterminado, significa a necessidade da relação da propina com a função pública.

Aqui, a crítica que se faz gira em torno da imprecisão que esta solução oferece. No limite, a indefinição e generalidade do ato de ofício acabariam por gerar problemas se considerada a interpretação da corrupção ativa de acordo com esta interpretação da corrupção passiva. Seria o caso, portanto, da indevida relativização do requisito típico e expresso do *caput* do artigo 333, em franca violação ao princípio da legalidade.⁶¹

De toda forma, o ponto central aos adeptos da corrente que exige a relação da vantagem indevida com ato de ofício – ainda que com divergências quanto ao grau de determinação de tal ato – é a necessidade da relação com o exercício do cargo público, e não simplesmente a titularidade do cargo público.

É neste contexto que está colocado o conceito de pacto de injusto, que seria exatamente a conexão entre a vantagem e a contrapartida esperada do funcionário público, justamente esta “troca”.⁶²

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 1350.

⁶⁰ HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 370.

⁶¹ LEITE, Alaor (org.); TEIXEIRA, Adriano (org.). Op. cit., p. 60.

⁶² *Ibidem*, p. 142.

Assim, inserido na tipicidade do delito, o pacto de injusto é mais um dos elementos sem o qual o delito da corrupção – tanto passiva, quanto ativa – não se concretiza. No ponto, importante salientar que a opção legislativa da separação dos delitos do 317 e 333 do CP, de nenhuma forma, impedem a compreensão da bilateralidade dos tipos penais.

É dizer, a prescindibilidade da bilateralidade, da identificação exata do corrupto (autor da corrupção passiva) e do corruptor (autor da corrupção ativa), não exclui a necessidade da existência do pacto, pois este permanece hígido ainda quando considerada a estrutura dos tipos individualmente.

B.1. BILATERALIDADE:

Como se sabe, portanto, o legislador de 1940 optou pela divisão, em tipos penais distintos, da conduta atribuível ao corrupto e ao corruptor. Tal escolha representa o que se convencionou chamar de “exceção à teoria monista”, adotada pelo CP em seu artigo 29.⁶³

A questão que se impõe, desta forma, diz respeito à bilateralidade obrigatória ou não entre os tipos da corrupção passiva e ativa.

A resposta parece ser simples e unânime: não. A alteração feita pelo legislador no sentido da divisão das condutas em dispositivos criminalizantes diferentes não só permite, mas objetiva, a punição do crime da corrupção passiva independentemente da configuração ativa.

A este respeito, assevera Hungria:

Modernamente, na disciplina na jurídico-penal de tal crime, apresentam-se dois sistemas: ou se enfeixam a corrupção passiva e a ativa numa unidade complexa (crime bilateral ou de concurso necessário), condicionando-se o respectivo *summatum opus* à convergência ou acordo de vontades entre o *intraneus* (corrompido) e o *extraneus* (corruptor); ou se incriminam separadamente as duas espécies, de tal modo que a consumação de qualquer delas não fica, irrestritamente, na dependência de consumação da outra (ou, seja, do encontro de vontades). Este último critério é o que foi adotado pelo nosso Código, onde figura a corrupção passiva (art. 317) entre os ‘crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral’, e a

⁶³ “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”

corrupção ativa (art. 333) entre os ‘crimes praticados por particular contra a administração em geral.’⁶⁴

Isto significa dizer, portanto, que o particular ao solicitar a vantagem indevida ao funcionário público, ainda que este não aceite, tal conduta já estaria submetida ao tipo penal do artigo 333 do CP. Da mesma forma, se o funcionário solicita a vantagem, ainda que o particular não pague, estaria configurada.

A corrupção passiva somente será necessariamente bilateral, reclamando a obrigatória presença do corruptor ativo, nas hipóteses típicas representada pelas condutas de “receber” ou “aceitar”.

Ao definir os delitos como figuras autônomas e prescindindo, portanto, da correspondência entre as condutas, permite-se a punição dos envolvidos unilateralmente, facilitando a aplicação da lei penal.

A possibilidade jurídico-legal de ocorrer a corrupção passiva sem a correspondente prática do delito de corrupção ativa é amplamente reconhecida pela jurisprudência dos tribunais superiores da república, conforme se depreende da leitura dos julgados abaixo transcritos:

“Considerados os diversos núcleos que se encerram nas normas penais incriminadoras em questão, nem sempre haverá uma necessária correspondência entre o delito de corrupção passiva (CP, art. 317) e o crime de corrupção ativa (CP, art. 333). (...) ao analisar as normas primárias inscritas no art. 317 e no art. 333 do Código Penal, nelas identifica tipos penais de ação múltipla ou de conteúdo variável, cuja realização pode verificar-se, unilateralmente, tal seja a modalidade típica caracterizadora do comportamento infracional do agente.”⁶⁵

“No entanto, eventual bilateralidade das condutas seria apenas fático-jurídica, não se estendendo ao plano processual, visto que a investigação de cada fato terá o seu curso, com os percalços inerentes a cada procedimento. (...) Assim, para a condenação do autor de corrupção passiva é desnecessária a identificação ou mesmo a condenação do corruptor ativo, tanto que essa exigência não constitui elemento integrante da estrutura do tipo penal.”⁶⁶

⁶⁴ HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 370.

⁶⁵ BRASIL, STF. Mensalão. 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: 08 de maio de 2022.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGRG no RESP 1;613.927/RS**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Distrito Federal. Data de julgamento: 20.09.2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65254365&num_registro=201601849512&data=20160930&tipo=91&formato=PDF . Acesso em 09.05.2022.

B.2. CONCURSO DE PESSOAS:

Diretamente relacionada à questão da bilateralidade do delito da corrupção passiva, está a discussão em torno da (im)possibilidade da configuração do concurso de pessoas.

Isto porque, conforme visto no tópico “B”, a corrupção passiva, inserida no capítulo “dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral”, é delito classificado pela doutrina como “delito especial”.

Assim, tendo-se presente que a configuração típica do artigo 317 do CP apresenta uma restrição do círculo de autores possíveis, surge a problemática envolvendo a codelinquência, uma vez que os outros agentes possivelmente não teriam as qualidades exigidas pelo tipo penal em comento.

Neste ponto, em atenção às premissas firmadas nos tópicos anteriores, importante destacar que no caso da corrupção passiva, não basta que o autor seja genericamente funcionário público. Na prática, a titularidade do cargo público, possibilita a este agente que figure como autor de possível crime de corrupção passiva. Todavia, exige-se, ademais, que este funcionário tenha competência para a prática da contrapartida oferecida/requerida ao/pelo corruptor.

Aqui, para além da distinção entre o *intraneus* (sujeito apto a assumir a condição de autor) e o *extraneus* (sujeito inapto a figurar como autor de determinado delito), em relação ao concurso de pessoas, diferencia-se a autoria e a participação delitiva, considerando a distribuição de responsabilidade entre os indivíduos que concorrem para a prática do crime.

No ponto, não se pode deixar de indicar a existência de vestígios na postura do legislador em 1940, ainda que considerando a reforma de 1984, em relação à adoção do sistema unitário, que não distingue conforme um critério de relevância as diversas contribuições para a prática

do delito.⁶⁷ Neste sentido, destaca-se a previsão do artigo 29 do CP, que trata da equivalência dos antecedentes causais e equiparação do marco penal aplicável ao autor e ao partícipe.⁶⁸

No entanto, nada obstante os indícios da predileção pelo sistema unitário, no parágrafo único do referido dispositivo tem-se a disciplina da exceção da “participação de menor importância”, bem assim o artigo 31 que dispõe sobre a acessoriedade quantitativa da participação, de forma que parecem contemplar o conceito restritivo de autor.⁶⁹

Assim, diante da dificuldade de se situar o ordenamento jurídico brasileiro em um contexto fechado de determinado sistema da codelinquência, abre-se margem para uma orientação conforme os critérios de política criminal, que parecem indicar a direção do conceito restritivo.⁷⁰

Sobretudo, voltando a discussão para o caso da corrupção passiva, esta opção parece ser ainda mais evidente, a partir da escolha do legislador em repartir a conduta em tipos penais distintos (artigos 317 e 333). Assim, ainda que considerando em um primeiro momento a opção do legislador pela adoção do sistema unitário, chama ainda mais atenção a criação de dispositivos distintos para a criminalização das condutas que envolvem a venalidade do exercício da função pública.

⁶⁷ Neste ponto, é importante alertar para a indevida confusão terminológica entre a teoria unitária e a teoria monista. A teoria unitária corresponde à equiparação de base causal de todas as condutas sob o manto da autoria. Automaticamente, portanto, toda e qualquer forma de contribuição para o crime reconduziria à categoria de autor. Enquanto isso, a teoria monista, oposta ao pluralismo, corresponderia à equiparação dos colaboradores o título da imputação, mas não necessariamente a imputação a determinado título. (P. 59 TEXTO MARIANA) Este desacerto já vinha sendo advertido por Nilo Batista: “Existe na doutrina brasileira certa imprecisão terminológica. O debate monismo/dualismo/pluralismo diz respeito à consideração de responderem todos os concorrentes por um só delito ou não, e tem suas raízes no título de sua responsabilidade. Tal debate espelha, na verdade, considerações logicamente anteriores, que transitam entre uma concepção restritiva ou extensiva de autor. Outra questão é adotar a lei um sistema diferenciador ou igualitário (de base causal ou não) no tratamento de concorrentes. A confusão pode surgir quando o sistema diferenciador for designado por dualista e o igualitário por “monista”. BATISTA, Nilo. Op. Cit. P. 36.

⁶⁸ ORTIZ, Mariana Tranchesí. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. 2010. 184 f. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Universidades de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 184. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17082011-154535/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_MARIANA.pdf. Acesso em: 09 maio 2022

⁶⁹ O sistema diferenciador se contrapõe ao sistema unitário. Neste sentido, aqui se opera a autoria e participação como forma de contribuição para o crime no concurso de agentes, rompendo com o automatismo do sistema unitário que simplifica à categoria de autoria qualquer modalidade de intervenção delitiva.

⁷⁰ ORTIZ, Mariana Tranchesí. Op. cit., p. 196.

A solução para a controvérsia parece residir na análise da “razão de ser” dos delitos especiais. É dizer, da criação legislativa de determinado tipo penal que somente determinado grupo de pessoas seria capaz de cometer e, conseqüentemente, o grau de responsabilidade jurídica daquele que inapto a cometer individualmente o delito (*extraneus*), pratica em conjunto ao *intraneus*.

A partir do estudo das teorias a respeito do substrato material dos delitos especiais, Mariana Ortiz⁷¹ assevera que o aspecto essencial reside no reconhecimento da acessibilidade do *intraneus* ao bem jurídico tutelado, o que causaria a intensificação do injusto típico. Assim, no que se refere à responsabilidade dos agentes, sobressairia a do autor, único capaz de praticar a conduta prevista no tipo penal especial. A colaboração do *extraneus* não poderá alcançar o mesmo desvalor atribuído ao autor, até mesmo porque seria incapaz de individualmente atingir o que o ilícito penal tutela.

Considerado o delito da corrupção passiva pelas condições traçadas nos capítulos anteriores – a tutela da imparcialidade da administração pública e a necessidade da relação entre a objeto do pacto e o efetivo exercício/competência do funcionário – conclui-se pela impossibilidade *extraneus* responder ao artigo 317 como (co)autor.

Deste modo, a limitação legal e o fundamento material do delito especial impõem a impossibilidade de o indivíduo não-qualificado responder por título diverso da participação em sentido estrito.

Neste ponto, é de extrema importância salientar que a conclusão aqui defendida não contraria a disposição do artigo 30 do CP. Isto porque, apesar da possibilidade da comunicação da qualidade exigível do *intraneus* com o *extraneus*, o que se defende é a necessária distinção da culpabilidade e forma de participação de tais agentes, o que significa impor impedimento da responsabilização do *extraneus* como se *intraneus* (autor) fosse.

Nas palavras de Ortiz, a interpretação de tal dispositivo como disciplinador da comunicabilidade como unidade de imputação “não leva implícita a ideia de que o *extraneus*

⁷¹ Ibid, p. 185.

possa responder pelo delito especial a qualquer título”, até mesmo porque isto “violaria o sentido da restrição típica que caracteriza os delitos especiais”.⁷²

III. EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDÊNCIAL:

Tendo sido definidos os fundamentos da tipificação da conduta prevista no artigo 317 do Código Penal, seus elementos constitutivos e bem jurídico tutelado, avançaremos ao estudo da evolução do entendimento jurisprudencial pátrio, no âmbito dos tribunais superiores.

Esta etapa do trabalho, portanto, será dedicada à análise de casos paradigmáticos, capazes de ilustrar o grosseiro alargamento que a tipicidade formal do delito em comento sofreu nas últimas décadas, mormente, no que diz respeito à interpretação da figura típica “em razão de sua função” prevista no *caput* do dispositivo.

A. AÇÃO PENAL n° 307/DF:

O primeiro caso emblemático para a jurisprudência nacional a este respeito é a Ação Penal n° 307⁷³, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal a partir de 1992.

Este procedimento foi fruto da Comissão Parlamentar de Inquérito (“CPI”) instaurada na Câmara dos Deputados para a apuração dos fatos envolvendo o ex-presidente Fernando Collor de Melo, o “caçador de marajás”.

Com o curso das investigações, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face do ex-presidente, seu tesoureiro durante a campanha eleitoral, Paulo César Farias (“PC Farias”) e outras 7 (sete) pessoas, pelo suposto cometimento de corrupção passiva e ativa, peculato e falsidade ideológica.

⁷² Ibid, p. 188.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 307/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Distrito Federal. Data de Julgamento: 13/12/1994. (p. 171 do inteiro teor do acórdão)

O entendimento firmado naquela oportunidade no que se refere à tipicidade formal do delito preconizado pelo artigo 317 do CP, conduzido pelo voto do Ministro Relator Ilmar Galvão, gira em torno da necessidade da existência de nexos de causalidade entre a (promessa de) vantagem indevida e a realização de ato funcional da competência do agente público.

Neste sentido, também votou o Ministro Celso de Mello:

“Torna-se imprescindível reconhecer, portanto, para o específico efeito da configuração jurídica do delito de corrupção passiva tipificado no art. 317, *caput*, do Código Penal, a necessária existência de uma relação entre o fato imputado ao servidor público e um determinado ato de ofício pertencente à esfera de atribuições do *intraneus*. Não custa insistir, desse modo, e tendo presente a objetividade jurídica da infração delituosa definida no art. 317, *caput*, do Código Penal, que constitui elemento indispensável – em face do caráter necessário de que e reveste esse requisito típico – a existência de um vínculo que associe o fato atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) com a perspectiva de prática (ou abstenção) de um ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público. (...) Revela-se essencial, portanto, no caos em exame, sob pena de absoluta descaracterização típica da conduta imputada aos réus, a precisa identificação de um ato de ofício incluível na esfera das atribuições do Presidente da República e por este, direta ou indiretamente, prometido ou oferecido como resposta da indevida vantagem solicitada, recebida ou esperada.”⁷⁴

Importante salientar que este posicionamento era comungado não só pela jurisprudência nacional, mas também por toda a doutrina pátria. Não por acaso, o referido processo conta com pareceres neste sentido de Júlio Fabbrini Mirabete e Raul Zaffaroni, os quais encontram-se amplamente alicerçados em passagens de eminentes representantes da doutrina nacional, tais como Heleno Fragoso, Magalhães Noronha e Nelson Hungria – este último, inclusive, integrante da comissão revisora do CP de 1940.

Assim, teria sido uma opção legislativa a adoção do termo “*em razão da função*”, no lugar do que historicamente estaria presente o “*ato de ofício*”, como consequência da opção pela utilização da expressão “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la*”.

Ademais, outro argumento muito forte à época, trazido à baila por Mirabete em seu parecer, diz respeito à análise integrada do *caput* do artigo e seus parágrafos. O parecerista assevera que a ausência da menção expressa ao “*ato de ofício*” no *caput* não exclui sua

⁷⁴ BRASIL, op. cit., p. 171.

imprescindibilidade, uma vez que nos parágrafos 1º (figura privilegiada) e no 2º (figura qualificada) o termo aparece explicitamente. Assim, afrontaria a lógica que o legislador tivesse previsto “no fato mais grave e no fato menos grave a necessidade de relação da conduta com um ato de ofício e dispense o mesmo quanto trata da espécie intermediária”.⁷⁵

Frise-se, no entanto, que apesar do consenso ora desatado, restaram vencidos os ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, que entendiam pela prescindibilidade da existência de um ato de ofício delimitado para configuração do delito da corrupção passiva.

Dentre os argumentos apresentados pelos ministros que pretendiam inaugurar esta nova concepção, encontram-se dois argumentos centrais.

O primeiro deles ressaltava se tratar uma opção legislativa muito bem delimitada no sentido de ser uma alteração radical, que de uma só vez teria quebrado com a tradição da legislação brasileira (que sempre previu o “ato de ofício”), mas também com o direito comparado (a esmagadora maioria dos ordenamentos estrangeiros também era expressa na exigência do “ato de ofício”). Nas palavras do ministro Sepúlveda Pertence a alteração seria “da maior eloquência”.

Além disso, argumentava-se que a adoção do entendimento que exige a solicitação da vantagem para a prática de um ato específico e determinado, acaba por deixar impune as condutas que fossem feitas de forma discreta/velada, bem assim os casos em que a contrapartida não se resumisse a um ato concreto.

Se de um lado houve certo dissenso entre os ministros no que se refere à tipicidade formal do delito da corrupção passiva, quanto à bilateralidade do crime, outro aspecto muito debatido ao ensejo do julgamento da AP 307, a concordância foi geral.

De toda forma, a realidade é que o entendimento firmado ao ensejo do julgamento da AP 307 acarreta algumas consequências práticas ao âmbito processual. Assim, se o ato

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 307/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Distrito Federal. Data de Julgamento: 13/12/1994. (p. 94/95 do inteiro Teor do Acórdão).

funcional é imprescindível à subsunção da conduta à norma penal, sua descrição na exordial acusatória, torna-se, também, imprescindível.

Significa dizer que a denúncia que narra o recebimento de vantagem indevida tratando da contrapartida do funcionário de forma genérica, não atende aos requisitos formais legalmente exigidos. Assim como, em se tratando de uma pluralidade de atos, ao fim da instrução processual, para que se possa falar em condenação, deve ter restado comprovado o nexo de causalidade entre o recebimento da vantagem indevida e a prática daquele determinado ato de ofício.

Resumidamente, portanto, o entendimento firmado ao ensejo do julgamento da ação que apurou as denúncias de corrupção oferecidas em favor do ex-presidente Fernando Collor de Melo – no primeiro julgamento criminal da Suprema Corte do país envolvendo um presidente – preocupava-se com a delimitação exata de um ato de ofício que correspondesse à contrapartida da vantagem indevida solicitada/recebida.

B. AÇÃO PENAL n° 470/DF:

Poucos anos depois do primeiro grande escândalo nacional envolvendo a venalidade da função pública, as manchetes dos jornais foram dominadas pelo chamado “mensalão”. Diferentemente do que se estava acostumado a verificar em casos deste tipo, o esquema em questão contava com práticas mais sofisticadas.

Gustavo Quandt definiu que as circunstâncias concretas do caso, trazidas pela denúncia e confirmadas no acórdão poderiam ser definidas em três eixos: *(i)* recebimento de valores por João Paulo Cunha, então presidente da Câmara dos Deputados, para o favorecimento de determinado grupo publicitário no processo licitatório que seria realizado; *(ii)* a entrega de dinheiro ao diretor de marketing do Banco do Brasil, “o qual transigiria com a apropriação indevida de valores do banco pelo referido grupo”; *(iii)* o emprego das vantagens indevidas auferidas neste esquema para o pagamento mensal aos deputados, em troca do apoio nas votações.⁷⁶

⁷⁶ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Op. cit., p. 181.

Aqui, portanto, a acusação gira em torno da compra e venda de votos de parlamentares, de forma que o ato de ofício mercantilizado seria justamente ele, o voto.

Ocorre, contudo, que especialmente por se tratar de uma vantagem recebida de forma contínua, torna-se ainda mais delicada a delimitação exata do ato/voto. A “mesada” comprava o apoio geral do parlamentar, que votaria nos projetos de acordo com o interesse daquele grupo, inclusive em eventuais e futuros projetos ainda indetermináveis.

No âmbito do devido processo legal, a existência de um grau mínimo de certeza imposta pelo princípio da presunção da inocência, traria um problema dificilmente superável no que diz respeito ao exercício probatório do nexo de causalidade entre a vantagem e sua contraprestação exata.

Assim, a prevalecer o entendimento firmado ao ensejo do julgamento da AP 307, a ausência de delimitação de um ato de ofício determinado obstaría a procedência da acusação ministerial. Foi justamente neste sentido, o voto – importante que se diga, divergente - do Ministro Ricardo Lewandowski:

“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”⁷⁷

A maioria dos ministros do STF, no entanto, optou por superar tal entendimento.

Diante do cenário ora delineado, conduzidos pelo voto da Ministra Rosa Weber a corte abandonou a exigência da determinação específica do ato de ofício para a subsunção da conduta à norma penal descrita pelo artigo 317 do CP. Alterando – ainda de forma subliminar – o pacto do injusto do referido delito, adotou-se a exigência de um ato potencial a (deixar de) ser praticado pelo agente público.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470/MG. Op. cit., p. 874 do Inteiro Teor do Acórdão.

Estando o crime embrionariamente relacionado à função pública do servidor, afirmou-se que, ainda que potencial, deveria necessariamente estar inscrito nas atribuições deste funcionário. Neste sentido, asseverou o Ministro Luis Roberto Barroso em seu voto:

“Basta que a causa da vantagem seja a titularidade de função pública. Essa circunstância, per se, é capaz de vulnerar os mais básicos pilares do regime republicano, solidamente assentado sobre a moralidade, a probidade e a impessoalidade administrativa. De qualquer sorte, ainda que despiciendo seja o ato de ofício, as regras da experiência comum, que integram o iter do raciocínio jurídico discursivo, indicam que o “favor” será cobrado adiante, em forma de sujeição aos interesses políticos dos que o concederam. Por isso, é mesmo dispensável a indicação de um ato de ofício concreto praticado em contrapartida ao benefício auferido, bastando a potencialidade de interferência no exercício da função pública.”⁷⁸

A alteração, todavia, não parou por aí.

Para além da desnecessidade da indicação de um ato funcional específico, começa a ser relativizada a imprescindibilidade da indicação da relação concreta entre o recebimento/solicitação da vantagem e a prática de eventual ato funcional.

Adotado tal entendimento, o juiz acusado da prática do delito de corrupção passiva em razão do recebimento de vantagem indevida de determinado empresário para que proferisse favoráveis em favor desta determinada sociedade, bastaria a comprovação da competência do referido magistrado para julgar casos relacionados ao corruptor ativo.⁷⁹

O enfraquecimento do pacto do injusto é manifesto.

Aqui, chama-se atenção, por fim, para a mudança do entendimento de forma a possibilitar o enquadramento do caso concreto à aplicação da lei penal. Em outras palavras, a diminuição da exigência de comprovação do nexos de causalidade entre vantagem e a prática/omissão de algum ato inerente ao exercício da função pública de determinado servidor, foi o que possibilitou a condenação de diversos acusados no caso concreto.

⁷⁸ 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: 26 de maio de 2022 (p. 35 do Inteiro Teor do Acórdão).

⁷⁹ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Op. cit., p. 200.

“A indicação do ato de ofício não integra o tipo legal da corrupção passiva. Basta que o agente público que recebe a vantagem indevida tenha o poder de praticar atos de ofício para que se possa consumir o crime do artigo 317 do Código Penal.”⁸⁰

Não se desconhece que as obscuras confusões entre o público e o privado estejam cada vez mais simbióticas e que, portanto, neste sentido, exista um problema político-jurídico-criminal. No entanto, a eventual lacuna legislativa, na seara criminal, não legitima a atuação ativa do poder judiciário que implique na mudança dos contornos típicos dos delitos. No limite, o que se verifica é novamente a absoluta confusão entre as esferas. Neste momento, não entre o público e o privado, mas entre os poderes legislativo e judiciário.

C. OPERAÇÃO “LAVA JATO”:

Depois do escândalo envolvendo a Câmara dos Deputados, a partir de 2014, foi o momento da denominada “Operação Lava Jato” tomar conta da mídia, do debate político e da atenção da sociedade brasileira de forma geral.

A referida operação teve início em Curitiba/PR, com investigações no âmbito de quatro organizações criminosas que teriam envolvimento com agentes públicos, doleiros e empresários. Inicialmente, denominou-se “Lava Jato”, em razão do uso de uma rede de combustíveis e lava jato para movimentação de recursos ilícitos de tais grupo.

No entanto, no curso do procedimento, foram verificadas irregularidades ligadas à Petrobras, maior estatal do país. A partir de então, novas frentes foram instaladas em outros estados, como o Rio de Janeiro, São Paulo e Distrito Federal, desencadeando a maior operação de “combate à corrupção e lavagem de dinheiro” pelo Ministério Público Federal.

Desta forma, o que hoje se denomina “Operação Lava Jato”, na realidade, compreende diversas ações penais e inquéritos instaurados em diferentes estados do Brasil, inclusive nos tribunais superiores da república (STF e STJ) em virtude da existência de envolvidos com foro especial por prerrogativa de função.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470/MG. Op. cit. p. 1096 do Inteiro Teor do Acórdão.

Neste capítulo serão analisados 2 procedimentos, selecionados para demonstrar o impacto no entendimento jurisprudencial em torno da tipicidade do delito da corrupção passiva, objeto da presente pesquisa.

Antes de adentrar à análise objetiva de cada um dos casos, é possível delinear alguns pontos que serão comuns a todos eles, que demonstram a nova mudança verificada na jurisprudência, mormente, no que diz respeito à atuação dos parlamentares.

Como visto no capítulo anterior, na AP nº 470/DF, o STF firmou o entendimento de que o ato de ofício – ainda que potencial – objeto da corrupção passiva deveria estar inserido no rol de atribuições do funcionário público, isto é, atos funcionais que sejam de sua competência.

Já nos procedimentos decorrentes da denominada “Operação Lava Jato”, os ministros da Suprema Corte passaram a reconhecer a possibilidade da configuração do crime previsto no artigo 317 do CP, mesmo quando a contrapartida da vantagem recebida, seja um ato do funcionário público que não esteja “tradicionalmente” inserido em sua competência de atuação.

Especificamente tratando dos parlamentares – personagens que figuraram como réus em diversas ações penais da referida operação – inaugurou-se o entendimento que a atuação ativa de tais figuras junto ao poder executivo no sentido do exercício de influência política, poderia configurar a elementar típica do delito da corrupção passiva, ainda que a atribuição tradicional dos parlamentares seja diversa.

Apesar de à primeira vista parecer uma alteração sutil, na prática o impacto é substancial.

Neste ponto, torna-se relevante a abertura de um parêntese: se de um lado, como será visto no presente capítulo, as consequências mostram-se evidentemente claras, os ministros do STF à época dos julgamentos afirmavam que as decisões tomadas em nada alteravam o entendimento firmado pela corte alguns anos antes no Mensalão. Na visão daqueles julgadores, a influência nos atos decisórios do poder executivo seria efetivamente uma atribuição funcional

dos parlamentares, sobretudo na lógica de um governo presidencialista – e ainda mais no contexto brasileiro do denominado “presidencialismo de coalizão”.⁸¹

Neste sentido, independentemente da (in)alteração no conceito típico, as consequências práticas são inegáveis. O que se tem é que, a partir de então, deputados e senadores poderiam se ver condenados pelo artigo 317 do CP, ainda que a vantagem indevida tivesse como contrapartida ato/decisão que não tenha sido tomada por estes.

Salta aos olhos, uma vez mais, que o enfraquecimento do pacto do injusto tenha ocorrido novamente ao ensejo de um julgamento de repercussão nacional, com inquestionáveis consequências políticas e, sobretudo, sob enorme pressão social no sentido da necessidade do combate e punição da corrupção – custe o que custar.

C.1. Inquérito nº 4.259/DF

O inquérito 4.259, em curso no STF a partir de meados de 2016, foi instaurado com base nas informações colhidas no acordo de colaboração premiada do advogado Alexandre Romano, ligado ao Partido dos Trabalhadores (“PT”).

Em um de seus termos de declaração, o colaborador confessou ter sido contratado por executivos ligados à empresa DENSEVIX ENERGIAS RENOVÁVEIS S/A, para que os auxiliasse na captação de recursos junto ao Banco do Nordeste do Brasil (“BNB”), com vistas à construção de usinas eólicas no Estado da Bahia.

Neste contexto, Alexandre Romano narra contato realizado com o Deputado Federal José Nobre Guimarães – que tinha proximidade com o Roberto Smith e teria inclusive o indicado ao cargo de presidente do BNB –, que, de acordo com a narrativa acusatória, teria recebido parcela do valor que foi pago ao colaborar por seus serviços (*lobby*), por ter facilitado a realização de reunião entre o colaborador, representantes da empreiteira e o Banco.

⁸¹ A expressão “presidencialismo de coalizão”, cunhada por Sérgio Henrique Hudson – que ainda será mais trabalhada no presente estudo – em suma, descreve as particularidades do sistema presidencialista brasileiro, no qual o presidente da república possui muitos poderes, mas esbarra em um parlamento multipartidário, de forma que naturalmente verifica-se um processo de “negociação e conflito”.

Por estes fatos, o MPF ofereceu denúncia em desfavor de José Guimarães, imputando-lhe a prática do crime de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, cabendo à 2ª Turma do STF a análise da viabilidade da acusação ministerial.

Muito embora o colegiado tenha entendido por maioria pela rejeição da denúncia, é importante destacar em quais termos se deu tal decisão, bem assim alguns pontos do voto vencido do ministro relator Edson Fachin.

Inicialmente, há que se pontuar que pelas provas carreadas aos autos, a atuação do deputado teria se limitado à facilitação do contato entre as duas partes, sem ter, contudo, exercido qualquer tipo de atuação no sentido da efetiva concretização da liberação dos valores pretendida pela empresa Engevix.

Assim, tratando-se de uma denúncia de autoria de corrupção passiva (e lavagem de dinheiro) a análise que se impõe diz respeito à possibilidade da conduta de José Guimarães se subsumir ao tipo penal de recebimento de vantagem indevida em razão do exercício de sua função.

Quanto à deliberação do ministro Edson Fachin, verifica-se que o relator do feito defende o abandono do entendimento das atribuições dos parlamentares *strictu sensu*, tal como se deu no julgamento do mensalão. Para o ministro, “atividades parlamentares não se resumem à análise e proposições de atos legislativos, mas vão além disso, franqueando-se aos congressistas participação ativa nas decisões de governo”.

De fato, não se desconhece que a CF tenha conferido aos integrantes do congresso nacional atribuições que extrapolam a mera deliberação no processo legislativo. No entanto, o relator do feito parece extrapolar o próprio texto constitucional. Fachin sustenta que a despeito da inexistência de uma previsão expressa neste sentido, a configuração do regime brasileiro, com a possibilidade da efetiva participação dos parlamentares nas decisões do governo, conferiria a eles novo espectro de poder:

“Em situações tais, tem-se sustentado não haver violação ou promessa de violação a um dever constante da esfera de atribuições do funcionário público em questão (parlamentar), razão pela qual não estaria configurada a corrupção passiva, já que esta

exige que a vantagem prometida ou proporcionada ao sujeito passivo o seja visando à prática ou omissão de um ato que se insere no âmbito das atribuições do funcionário público. (...) Nessa linha, argumenta-se que hipóteses como a presente, em que valor indevidamente percebido pelo parlamentar se dá em troca de apoio político para manutenção de um determinado agente (ora corruptor, ora partícipe da corrupção passiva) em cargo público - de onde pratica atos de desvio de dinheiro público -, não se traduz em contraprestação configuradora de corrupção passiva, pois a nomeação e exoneração do titular desses cargos não se insere na esfera das atribuições parlamentares. Com as devidas vênias de quem entende de modo diverso, compreendo que a tese não resiste a uma compreensão completa das atribuições parlamentares no regime constitucional vigente.”⁸²

É necessário, neste sentido, destacar o perigo que representa a adoção de tal entendimento.

No limite, abre-se margem para a condenação pela autoria da corrupção passiva diante de basicamente qualquer conduta de deputados e senadores, que envolva sua atuação política – até mesmo a mera facilitação do contato entre duas partes –, alargando de forma inapropriada a tipicidade formal do artigo 317 do CP e desviando a finalidade do tipo penal que visa a criminalização da venda da função pública do agente.

Já em relação ao voto do ministro Dias Toffoli, seguido pela maioria da 2ª Turma, apesar de caminhar no sentido da rejeição da denúncia, esta decisão não se dá pelo entendimento contrário ao ministro relator no que se refere às atribuições “típicas” dos parlamentares.

Em verdade, acaba não sendo estabelecido com precisão o que poderia (ou não) figurar como ato de ofício relacionado à atribuição do parlamentar. A decisão funda-se no entendimento que viabilizar o contato entre Alexandre Romano e Roberto Smith para realização de reuniões para captação de recursos do BDN, ainda que o parlamentar tenha fornecido suporte político para nomeação de Smith para presidência do Banco, não caracterizaria “exercício de influência para obtenção de financiamento nem para a liberação dos recursos”.⁸³

Assim, muito embora ao fim e ao cabo a pretensão acusatória tenha sido rejeitada, é preciso sinalizar a construção do entendimento em relação ao alargamento das funções típicas

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4259**. Op. cit., p. 35 do Inteiro Teor do Acórdão.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 996/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal. Data de Julgamento: 29/05/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339472726&ext=.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2022 (p. 55 do Inteiro Teor do Acórdão).

dos integrantes do congresso nacional, tudo com vistas ao enquadramento ao tipo penal previsto no artigo 317 do CP, de condutas que não estão expressa e tipicamente entre as atribuições formais de deputados e senadores.

Com efeito, considerando as conclusões alcançadas no capítulo II.B.2., no que se refere ao concurso de pessoas em crimes especiais, *in casu*, considerando que o ato de ofício comercializado fosse a liberação dos valores pelo BNB, é evidente que isto não estaria inserido nas atribuições de parlamentares de José Guimarães.

No entanto, caso fosse comprovado que este teria conhecimento de um possível pacto escuso firmado entre o colaborador premiado e o funcionário público competente para a realização do ato, e tivesse aderido ao acordo de modo a atuar na facilitação do contato entre as partes, o deputado poderia figurar como partícipe da corrupção passiva praticada pelo Presidente do Banco.

Gize-se, que para tanto, ele teria que saber do acordo. Seria necessário que as provas produzidas ao longo da instrução penal dessem conta de demonstrar a ciência do deputado e o dolo em participar do acordo.

Ademais, teria que estar comprovado e determinado de forma concreta o recebimento da vantagem indevida percebida (direta ou indiretamente) pelo agente público, vantagem que figuraria como contrapartida para a prática daquele ato de ofício.

Trata-se, portanto, de uma atecnia do órgão acusatório, mas que impacta diretamente na imputação veiculada por meio da denúncia oferecida.

A imputação não é a mesma e tal diferença deveria também afetar a descrição dos fatos trazidas pela exordial. No entanto, de certa forma, apesar do princípio da correlação entre a acusação e sentença, os tribunais vêm aderindo a tal imprecisão, justamente, por meio do indevido alargamento do tipo penal previsto no artigo 317 do CP.

C.2. Ação Penal nº 996/DF

A ação penal 996, por sua vez, apura condutas de políticos ligados ao Partido Progressista (“PP”) e o pagamento de propina à agentes públicos por meio da Petrobrás. As acusações são centralizadas na figura do Deputado Federal Nelson Meurer, que, na condição de integrante da cúpula do PP, teria fornecido apoio e sustentação política para manter Paulo Roberto Costa como diretor de abastecimento da referida estatal.

O diretor, supostamente, teria sido responsável por solicitar e repassar para o partido político os valores indevidos pagos por empreiteiras interessadas na viabilização do funcionamento de um cartel, com vistas à celebração de contratos irregulares no âmbito da diretoria gerenciada por Paulo Roberto.

Neste caso, novamente, o que se tem é a discussão a respeito da possibilidade da condenação de um agente público por corrupção passiva, em razão do recebimento de vantagem indevida para a prática de determinado ato para o qual não possui competência. *In casu*, trata-se da viabilidade da acusação oferecida em desfavor de Nelson Murer pela nomeação/manutenção de Paulo Roberto para diretoria da Petrobrás, tendo-se presente que esta atribuição é exclusiva do presidente da república.

Ao ensejo do julgamento do feito, a Suprema Corte condenou o deputado à pena de 13 anos e 9 meses, sendo 7 anos e 9 meses pelo cometimento do crime de corrupção passiva envolvendo o recebimento de vantagens indevidas para a manutenção de Paulo Roberto no cargo que ocupava na Petrobras, tendo sido absolvido – vencidos o relator e o revisor – em relação ao suposto recebimento de valores indevidos por meio de doação eleitoral.

No ponto, apesar de não ser o objeto central do presente estudo, é importante destacar que a absolvição em relação às verbas eleitorais recebidas pela empreiteira Queiroz Galvão se deu por ausência de provas sobre a motivação espúria da doação recebida. No entanto, a 2ª Turma do STF reafirmou o entendimento da possibilidade de valores recebidos à título de doação eleitoral, ainda que regularmente executada e oficialmente declarada na prestação de contas eleitoral, poderem figurar como vantagem indevida na configuração do crime de corrupção passiva.

Voltando especificamente à problemática referente à contraprestação do funcionário público, alguns pontos merecem destaque.

Inicialmente, é interessante verificar que, apesar do evidente alargamento do tipo penal que se demonstra no presente estudo, muitos ministros ao longo de seus votos fazem referência ao emblemático julgamento do mensalão como se o entendimento outrora manifestado estivesse sendo reafirmado:

“Devo registrar, por isso mesmo, Senhor Presidente, e no que concerne à questão do ato de ofício como requisito indispensável à plena configuração típica do crime de corrupção passiva, tal como vem este delito definido pelo art. 317, “caput”, do Código Penal, e na linha do que fiz consignar em voto proferido, em 01/10/2012, na AP 470/MG, que dele não se pode prescindir no exame da subsunção de determinado comportamento ao preceito de incriminação constante da norma penal referida. Sem que o agente, executando qualquer das ações realizadoras do tipo penal constante do art. 317, “caput”, do Código Penal, venha a agir ao menos na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais – ou que esteja relacionado com o exercício da sua função –, não se poderá, ausente essa vinculação ao ato de ofício, atribuir-lhe a prática do delito de corrupção passiva.”⁸⁴

Se de um lado é verdade que nas decisões proferidas no STF, para a perfeita subsunção da conduta do tipo penal, não se deixou de exigir que “a demonstração de que o favorecimento negociado pelo agente público se encontra no rol das atribuições previstas para a função que exerce”⁸⁵, de outro, é evidente a ampliação da suposta competência dos funcionários, sobretudo, dos parlamentares.

Ainda neste ponto, importante destacar também que apesar da nova dilatação no escopo das atribuições típicas dos funcionários, no que se refere à relativização do nexo de causalidade entre a vantagem indevida e o ato mercantilizado (vide III.B), a Suprema Corte consolidou a superação do entendimento que havia sido proferido ao ensejo do julgamento da AP 470/MG, afirmando a necessidade da demonstração da relação entre estes dois fatores, que devem figurar como contraprestação:

“Preliminarmente, no que concerne à tipificação penal do crime de corrupção passiva, registro que, a despeito de esta Suprema Corte ter assentado num passado não tão remoto (vide a respeito o julgamento da AP 470) que, para a configuração do tipo previsto no art. 317 do Código Penal, não se fazia necessária a precisa identificação

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 996/DF. Op. cit p. 251 do Inteiro Teor do Acórdão.

⁸⁵ Ibid., p. 108 do Inteiro Teor do Acórdão.

do ato de ofício praticado pelo funcionário público, tampouco a indicação da relação entre o recebimento da vantagem indevida por parte do servidor e a prática de determinado ato funcional, bastando a comprovação do mero recebimento do favorecimento, atualmente verifica-se uma evolução no entendimento da Corte a respeito do tema. Com efeito, como bem destacado pelo eminente Ministro Relator, **a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige que se demonstre o nexo de causalidade entre o favorecimento negociado pelo agente público e as atribuições inerentes à função estatal por ele exercida ou ainda por exercer, sendo, portanto, imprescindível à configuração desse delito que a vantagem indevida corresponda à uma contraprestação da possível prática ou omissão de determinado ato de ofício inserido na esfera de atribuições do *intraneus*.**⁸⁶ (grifou-se)

Outra questão que merece destaque é a necessária distinção entre cargo público e força política. A afirmação de que o ato negociado pelo funcionário deve estar inserido no rol de atribuições deste, já deveria ser suficiente para demonstrar a clara diferenciação de tais expressões.

A este respeito, a análise será baseada em trecho do voto do ministro Celso de Mello, que apesar das considerações traçadas, entendeu pela condenação do réu:

“fato indiscutível e relevante a considerar-se reside na circunstância de que, na arquitetura do nosso “presidencialismo de coalizão”, a partilha de cargos e a coparticipação político-parlamentar em seu preenchimento, no alto escalão da Administração Pública, direta e indireta, caracterizam-se como mecanismos, por excelência, a serem acionados para que o Chefe do Poder Executivo componha e preserve uma base majoritária no Parlamento, como forma de viabilizar a concretização de sua agenda governamental (...) Amparado nessas premissas, Senhor Presidente, é imperioso concluir que, no caso concreto, houve, efetivamente, **o tráfico da função pública** por parte do parlamentar ora acusado, na medida em que, em troca do recebimento periódico de vantagens indevidas, **emprestou sua força política para a manutenção, em cargo incluído na quota governamental do Partido Progressista – em cujo âmbito esse réu figurava como um dos seus mais expressivos dirigentes** –, de Paulo Roberto Costa, especificamente designado para instaurar, facilitar e operar a engrenagem de um sofisticado esquema de corrupção dentro da Diretoria de Abastecimento da Petrobras.”⁸⁷ (grifou-se)

Considerando a argumentação dos ministros em relação à configuração governamental brasileira e o presidencialismo de coalizão, de fato, os parlamentares acabam por, na prática, possuir mais influência na tomada de decisão do presidente. No entanto, isso não é o mesmo que afirmar que deputados e senadores, no cenário em questão, passam a ter novas atribuições.

⁸⁶ Ibid., p. 383 do Inteiro Teor do Acórdão.

⁸⁷ Ibid., p. 256 do Inteiro Teor do Acórdão.

Inicialmente, porque, o poder de influência não lhes confere a efetiva competência. Assim, por mais que o parlamentar atue ativamente – e faça uso de sua “força política” – para nomeação ou manutenção de determinada figura em um cargo público, a realidade é que a decisão final não incumbirá a ele.

No caso da Petrobras, o artigo 24 de seu estatuto determinava que o presidente nomearia os Diretores da Companhia. Assim, ainda que se considere que tal decisão contasse com a influência direta e indireta de outras figuras políticas – como por exemplo, os parlamentares – a realidade é que chefe do executivo não fica, de qualquer forma, vinculado ao pedido do parlamentar.⁸⁸

Neste ponto, importante salientar que não se descarta a possibilidade de que o parlamentar atue como partícipe do funcionário que efetivamente detém a competência para a prática do ato mercantilizado. No entanto, esta hipótese exige a demonstração pela acusação de que o deputado não só tinha conhecimento do acordo espúrio firmado entre as partes, mas que teve dolo de participar, de modo que sua atuação tenha contribuído para o sucesso do pactuado.

A comprovação, pelo Ministério Público, em casos como este, do recebimento de vantagem indevida pelo parlamentar, figura-se de extrema importância para a determinação da participação fraudulenta deste.

Apesar desta possibilidade, necessário pontuar que a comentada interferência – gize-se que aqui não se nega que ela efetivamente exista e de fato possa influenciar na tomada de decisão do presidente, até mesmo porque inserido no contexto do denominado presidencialismo de coalisão, o presidente tem total interesse no decorrente apoio da bancada parlamentar – muitas vezes se dá por personagens que não são e, em muitos casos, jamais foram funcionários públicos.

⁸⁸ Nada obstante o exemplo que se vem de apresentar, destaca-se que no caso da acusação da AP 996, à época dos fatos imputados, o Estatuto da Petrobras já havia sofrido diversas alterações. Neste sentido, a versão então vigente previa que a Assembleia Geral elegeria o Conselho de Administração, que por sua vez elegeria os Diretores. Deste modo, a nomeação não seria do presidente da república, tampouco dependia do Deputado Nelson Meurer. Muito diversamente, seria resultado de uma intrincada rede de influências na democracia interna da Companhia.

É dizer, é inegável que força política e cargo público estão frequente e umbilicalmente relacionados. No entanto, não são e não podem ser tratados como sinônimos, até mesmo porque nem toda figura política é detentora de cargo público.

Justamente neste sentido, fez questão de manifestar sua indignação o ministro Gilmar Mendes ao ensejo do julgamento da AP 996/DF:

“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. No Inq 3.982, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 7.3.2017, expressei dúvidas quanto à acusação de Senador da República por ato de responsabilidade do Presidente da República – indicar e manter diretor de empresa pública federal. Tratava-se do caso do Senador Valdir Raupp. (...) **Ainda não supero a perplexidade de 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.”⁸⁹ (grifou-se)

Por fim, importante salientar que ainda que consideradas as peculiaridades decorrentes do já referido cenário do presidencialismo de coalizão, seria muito simplista afirmar que os parlamentares possuiriam pessoalmente influência sob determinadas decisões do presidente da república.

Isto porque, apesar da necessidade que tem o chefe do executivo de obter o apoio parlamentar com vistas a garantir sua sustentabilidade e governabilidade, tal apoio não pode ser atribuído à pessoa do parlamentar, mas sim de sua bancada. Desta forma, conforme já alertado no presente capítulo, há que se considerar que a figura que irá representar a bancada do partido nas negociações com o governo pode nem ser parlamentar:

“Além disso, nosso sistema confere as nomeações prioritariamente aos partidos, não especificamente aos seus integrantes. O objetivo do Poder Executivo em fazer concessões é obter o apoio da bancada parlamentar, não apenas do parlamentar individualmente. Portanto, ainda que, na maior parte dos casos, os líderes do partido no parlamento representem a bancada na negociação, a condição de parlamentar é pouco mais do que accidental. Em tese, o partido poderia concentrar a negociação em liderança que não ocupa cargo no parlamento.”⁹⁰

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 996/DF. Op. cit., p. 430 do Inteiro Teor do Acórdão.

⁹⁰ Ibid., p. 433 do Inteiro Teor do Acórdão.

E neste mesmo sentido, ainda que se verifique a influência espúria de determinado partido, em razão do recebimento de vantagens indevidas, é preciso identificar *(i)* quem foi o agente responsável pela conduta, bem assim *(ii)* se a influência exercida teria sido capaz de interferir efetiva e diretamente na decisão tomada, sob pena da indevida responsabilização penal objetiva.

A este respeito, lapidar o voto do ministro Ricardo Lewandowski:

“No entanto, o que importa considerar, ao menos para fins da configuração do crime de corrupção passiva, na forma como descrito na denúncia, é que, dada as aludidas particularidades das atribuições inerentes à função de Líder no peculiar sistema presidencialista brasileiro, é este quem detém a potencial **capacidade de fornecer apoio direto e decisivo à sustentação política para manutenção de terceiros em cargos sensíveis da administração pública federal direta ou indireta**. Em outras palavras, sem a sua necessária intervenção na qualidade de interlocutor, o apoio ao Executivo não se concretiza no mundo fenomênico. Já os demais integrantes da cúpula partidária, a despeito de também exercerem poder político relevante, em relação à indicação ou manutenção de quadros no governo, o fazem apenas de forma reflexa ou indireta, concedendo sustentação ao Líder, para que este possa atuar em nome do partido e defender seus interesses. Note-se que não basta o simples fato de o parlamentar ocupar posição hierárquica relevante ou de cúpula no contexto político do partido, sendo importante que, em razão de sua função tenha competência suficiente para, por si só e independentemente da manifestação de terceiros, exercer direta e decisivamente a alegada influência política. Do contrário, com o devido respeito, a se responsabilizar concomitantemente vários parlamentares integrantes da cúpula partidária, todos como autores de crime de corrupção passiva, num dado período de tempo (2006 a 2014 ou, ainda, 2008 a 2011), por atos de influência política praticados em favor de certo Governo Federal, entendo que **estariamos avançando sobre o perigoso terreno de presunções e incidindo em responsabilidade penal objetiva, o que não se admite no vigente Estado Democrático de Direito.**”⁹¹
(grifou-se)

D. REsp nº 1.745.410/SP

O último caso a ser analisado no presente estudo, foi responsável por relevantíssimo alargamento do tipo penal da corrupção passiva, chegando ao ponto do completo abandono do requisito típico referente ao nexos de causalidade da vantagem indevida com o exercício da função pública do agente.

⁹¹ Ibid., p. 390 do Inteiro Teor do Acórdão.

O Recurso Especial (“REsp”) 1.745.410/SP foi originado a partir de ação penal, na qual o Ministério Público imputava aos réus Gildeon Braga e Marcelo Santos, funcionários da empresa *Seaviation* Serviços Aeroportuários Ltda – concessionária do uso de área destinada a carga e descarga de aeronaves no Aeroporto Internacional de São Paulo – a prática da corrupção passiva, dentre outros delitos, por em tese terem aceitado promessa de vantagem indevida a fim de que auxiliassem no ingresso irregular de estrangeiro no Brasil.

In casu, tanto o magistrado de piso, quanto o Tribunal Regional da 3ª Região, ao ensejo do julgamento da apelação ministerial, entenderam pela inexistência do crime tipificado no artigo 317 do CP, uma vez que os fatos imputados não guardavam qualquer relação com a função pública exercida pelos agentes, mantendo, todavia, a condenação pelo crime previsto artigo 125, XII da Lei 6.815/80 (introdução irregular de estrangeiro no território nacional).

Este entendimento, foi seguido pelo relator do caso, ministro Sebastião Reis Júnior, conforme se extrai de trecho do voto proferido:

“Ocorre que, embora o tipo penal, como dito acima, não faça expressa referência ao ato de ofício em seu caput, é certo que a expressão "em razão dela" denota um vínculo entre a vantagem indevida e a função exercida pelo agente que a solicita ou recebe. Logo, **é indispensável a existência de nexo de causalidade entre a conduta do agente público e a realização de ato funcional de sua competência.** (...) No caso, do que se colhe do acórdão impugnado, **não há vínculo entre as atribuições de Gildeon e Marcelo – serviços gerais em empresa encarregada de operação de carga e descarga em Aeroporto – e a conduta por eles praticada** (auxílio na introdução irregular de estrangeiro no território nacional). Logo, não há ilegalidade no acórdão ao concluir que, no tocante aos crimes de corrupção ativa e passiva, **Gildeon e Marcelo não detinham competência para permitir a entrada de estrangeiro, circunstância que exclui a possibilidade de tipificar a conduta nos crimes descritos nos arts. 317 e 333, ambos do Código Penal.**”⁹² (grifos nossos)

No entanto, o relator restou vencido pela maioria dos ministros integrantes da 5ª Turma do STJ, os quais seguiram o voto proferido pela ministra Laurita Vaz, inaugurando novo entendimento na Corte da Cidadania, destoante do entendimento da doutrina nacional e do que vinha sendo firmado no próprio Tribunal, bem assim no STF.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.745.410. Relator: Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Distrito Federal. P. 11. Data de Julgamento: 23/10/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700073714. Acesso em: 30 de maio de 2022.

A eminente ministra, manifestou seu entendimento pela interpretação da expressão “em razão da função” não pelo exercício da função pública – aqui envolvendo os atos para os quais o agente teria competência e atribuição –, mas pelo que materialmente a função pública exercida ofereceria.

Chega-se a afirmar, invertendo completamente o ônus da prova do processo penal e fazendo letra morta da presunção de inocência insculpida no Pacto Político, que o recebimento de vantagem por funcionário público sem explicação razoável, alinhada com a existência da prática de atos que beneficiem o responsável pelo pagamento, já seriam o suficiente para configurar o crime previsto no artigo 317 do CP.

A relatora do acórdão assentou o seguinte:

“2. Ao contrário do que ocorre no crime de corrupção ativa, o tipo penal de corrupção passiva não exige a comprovação de que a vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário público esteja causalmente vinculada à prática, omissão ou retardamento de "ato de ofício". 3. A expressão "ato de ofício" aparece apenas no caput do art. 333 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção ativa, e não no caput do art. 317 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção passiva. Ao contrário, no que se refere a este último delito, a expressão "ato de ofício" figura apenas na majorante do art. 317, § 1.º, do CP e na modalidade privilegiada do § 2.º do mesmo dispositivo. (...) 5. Não é lícito ao intérprete simplesmente pressupor que, no crime de corrupção passiva, o legislador praticou alguma sorte de atecnia, ou que falou menos do que desejava, ou que é possível "deduzir" do dispositivo a exigência de ato de ofício, como se ali estivesse uma limitação implícita ao poder-dever de punir. Ao contrário, a redação do dispositivo constitui nítida opção legislativa direcionada a ampliar a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando comparada ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao aspecto moral do bem jurídico protegido, é dizer, a probidade da Administração Pública.”⁹³

Inicialmente, quanto ao argumento de que o ato de ofício seria figuraria apenas como causa de aumento do §1º do artigo 317, parece se tratar de colocação – no mínimo – simplista. Isto porque, como visto, a corrente que defende que casos como este não estaria configurada a corrupção passiva não o faz pela ausência da prática de um ato de ofício, mas pela absoluta inexistência de nexos de causalidade entre a vantagem indevida percebida e a função pública exercida pelo agente.

⁹³ Ibid., p. 1.

Há muito tempo – precisamente desde o julgamento do “Mensalão” – a exigência da demonstração de um ato de ofício apto a figurar como objeto da corrupção já foi superado pela jurisprudência pátria. A alteração – que parece ser devida –, todavia, não pode alcançar o completo abandono de requisitos típicos do delito.

Na avaliação dos professores Luís Greco, Alaor Leite e Adriano Teixeira, a alegação de que a diferença entre a redação dos tipos legais da corrupção passiva e ativa seria uma opção legislativa para o abrandamento da incriminação veiculada pelo artigo 317 do CP seria uma premissa certa, mas que estaria levando à conclusão equivocada, uma vez que terminava pela anulação de fato da elementar “em razão da função”.⁹⁴

Não se pode tratar como iguais os requisitos de ser detentor de um cargo público e a necessidade do recebimento da vantagem indevida em razão do exercício de uma função pública.

Caso a jurisprudência adotasse o entendimento firmado no acórdão proferido no REsp em análise, qualquer delito cometido mediante paga por um funcionário público, configuraria, além do delito em questão, a corrupção passiva. Seria o caso, por exemplo, de um funcionário correios que recebesse dinheiro para incendiar cartório, que teria cometido o delito previsto no 317 do CP, além do além do delito de incêndio, tipificado no artigo 250.⁹⁵

Confira-se o trecho do voto da eminente ministra Laurita Vaz, que parece adotar exatamente este raciocínio:

“Sendo assim, tenho que o crime de corrupção passiva consuma-se ainda que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com atos que formalmente não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada. (...) Conforme bem ressaltado pelo Parquet, a acusação de corrupção passiva não tinha como objeto a afirmação de que a GILDEON e MARCELO competia realizar o controle imigratório, e sim que o delito se aperfeiçoou a partir das “facilidades que

⁹⁴ 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 maio 2022.

⁹⁵ Ibid.

detinham, em razão de suas funções, para conduzir o estrangeiro Ali Hussein pelas áreas internas e restritas do aeroporto, a fim de que o estrangeiro pudesse passar furtivamente pela área de imigração, adentrando, assim, irregularmente no território nacional. Era este o ato visado pelo suborno”⁹⁶

A opção legislativa pela expressão “em razão da função” no lugar de “prática de ato de ofício”, como se viu no capítulo I.B., trata-se de uma escolha com vistas a abarcar diferentes cargos públicos no cenário da venalidade da função exercida, incluindo aqueles que possuem mais discricionariedade e não praticam atos vinculados – aqui pode-se citar como exemplo o caso dos parlamentares analisado nos tópicos acima.

Neste sentido, não se desconsidera que, de fato, a escolha feita pelo legislador em 1940 tenha sido no sentido da ampliação do alcance do tipo penal da corrupção passiva – até mesmo quando comparado com o da corrupção ativa –, no entanto, por ainda assim subsistir a razão de ser da corrupção *stricto sensu*, não se pode relativizar o requisito típico concernente na existência de nexos causal entre a vantagem indevida e a atividade pública do funcionário.

Assim, especialmente considerando que o STJ tem como função precípua a unificação da jurisprudência nacional na interpretação de leis federais, não se pode deixar de enfatizar que se tenha proferido decisão que contraria a jurisprudência até então firmada pela Suprema Corte do país, sobretudo, em questão tão sensível para o cenário político e social nacional.

Não se pode deixar de pontuar, por fim, conforme salientado pelos professores Luís Greco, Alaor Leite e Adriano Teixeira, que a inauguração deste entendimento tenha se dado em um caso para o qual a problemática da determinabilidade do feixe de atribuições do funcionário sequer se coloque, de modo que apesar da aparente irrelevância do caso em concreto para o contexto político-jurídico – e consequentemente eleitoral –, as consequências subliminares e indiretas são manifestas.

Neste sentido, tal precedente firmado pela 6ª Turma do STJ já tem sido invocado com certa frequência em outros julgamentos da Corte, inclusive da 5ª Turma, como nos REsp

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.745.410. Op. cit., p. 23-24.

1840416/PR⁹⁷ e AREsp 1650032/RJ⁹⁸, de modo a ilustrar a propagação do entendimento ora manifestado.

IV. ANÁLISE DO PANORAMA ATUAL

Diante do quanto exposto nos capítulos anteriores, resta evidenciada a grosseira alteração verificada na jurisprudência pátria no que se refere aos contornos típicos necessários à configuração da corrupção passiva.

Assim, para além da questão referente à (des)necessidade da existência do ato de ofício, tem-se (i) a exigência da comprovação do nexo de causalidade entre a vantagem indevida e a contraprestação esperada; (ii) a identificação e determinação objetiva daquilo que figuraria como objeto da corrupção passiva; (iii) a imprescindibilidade de que este objeto, ainda que indeterminado, esteja dentro da competência funcional do agente público; e (iv) a interpretação do que seria atribuição – típica ou atípica e formal ou material – do funcionário ou não.

No presente tópico, abordar-se-á as possíveis causas para tal movimento e a legalidade do entendimento que vem sendo consolidado nos tribunais superiores da república.

A. CAUSAS

Inicialmente, conforme já exposto no presente estudo, é patente na sociedade brasileira o descontentamento com a figura da corrupção, embrionariamente relacionada ao modelo de funcionamento do país, mormente, em razão dos consecutivos escândalos casos envolvendo o tráfico e recebimento de valores ilícitos no setor público.

⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 1840416/PR**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 23/11/2020

⁹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 1650032/RJ**. Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2020. DJe 01/09/2020.

Assim, verifica-se a construção de um sentimento social de revolta em relação à corrupção, bem como a condenação moral das figuras envolvidas em tais casos, que seriam responsáveis pela perpetuação dos problemas sociais e econômicos enfrentados.

Deste modo, a corrupção – e sobretudo o discurso anti-corrupção – tomou conta das manchetes de jornais, dos debates acadêmicos, das discussões político-legislativas, das campanhas eleitorais, invadindo o dia a dia do brasileiro e assumindo enorme relevância no contexto social-político-jurídico.

Com efeito, na expectativa de uma resposta imediata ao problema, espera-se que a solução pretendida seria alcançada pela sanção penal, a qualquer custo, aos envolvidos. Isto é, indevidamente, pretende-se utilizar o direito penal como ferramenta exclusiva para a solução de problemas socioculturais.

As nefastas consequências decorrentes dos recorrentes casos envolvendo o desvio de verbas públicas e a venalidade da função dos agentes estatais – tal como acontece no tráfico de drogas e as quais não se nega a existência em nenhum momento – funcionam como justificativa para o combate à corrupção “custe o que custar”, violando, assim, a legitimidade da persecução penal

Soma-se ao discurso o argumento da alegada impunidade no Brasil. Até a “Operação Lava-Jato”, era muito vendida a ideia da impunidade da chamada criminalidade do colarinho branco. Os políticos e personagens envolvidos em tais práticas criminosas seriam de certa forma intocáveis e com a gradativa cotidianidade com que os escândalos políticos foram crescendo, o clamor popular pela punição dos envolvidos também aumentava.

Inclusive, a popularização do instituto da colaboração premiada, contribuiu para a disseminação deste “ódio”, uma vez que “criminosos” confessavam o desvio de milhões dos cofres públicos e ainda assim acabam recebendo benefícios penais, que poderiam chegar até ao perdão judicial.

Independentemente do importantíssimo auxílio às investigações que o referido instituto tenha fornecido para apuração de centenas e centenas de casos – apesar de verificados muitos

abusos em relação à valoração da colaboração e da palavra do delator –, este fator contribui significativamente para o aumento da revolta e desgosto coletivo.

Ao exigir a condenação dos envolvidos a qualquer custo, fazendo uso da máxima maquiavélica de que “os fins justificam os meios”, se esquece, contudo, que na vigência do Estado Democrático de Direito, existem valores inegociáveis. Neste sentido, independentemente do que se visa combater, não se relativiza princípios legais como o da legalidade estrita, presunção da inocência e devido processo legal.

Este contexto explica, perfeitamente, nas palavras do ministro Ribeiro Dantas, a perplexidade com que a sociedade brasileira recebe alguns julgamentos – como é o caso, por exemplo, da anulação da condenação do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva -, que relembra que é possível ter eficiência na persecução penal, sem necessariamente desprezar garantias fundamentais.⁹⁹

B. LEGALIDADE

Na esteira do que vem sendo apresentado neste estudo, a legalidade do alargamento do tipo penal da corrupção passiva nos moldes que vem sendo firmado o entendimento dos tribunais superiores da república, sobretudo, do Superior Tribunal de Justiça, considerando as normas que regem o direito penal e processual penal, é no mínimo questionável.

Na sistemática dos princípios norteadores deste ramo do direito, tem-se no da legalidade, talvez o principal orientador da aplicação da lei penal. Tal princípio vem estampado no 1º artigo do Código Penal Brasileiro, bem assim no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988¹⁰⁰, figurando como importantíssimo limitador ao poder punitivo.

Justamente em razão da gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, que implicam na drástica intervenção em direitos fundamentais, impõe-se a necessidade

⁹⁹ CREPALDI, Thiago; Danilo Vital. **Se a jurisprudência está fazendo algo novo, é levar a sério a Constituição**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-05/entrevista-ribeiro-dantas-ministro-stj>. Acesso em: 15 jun. 2022.

¹⁰⁰ BRASIL, 1988, op. cit.

de um controle limitador, com vistas a excluir a arbitrariedade dos aplicadores da lei e o excesso punitivo.¹⁰¹

Deste modo, a hermenêutica no campo do direito penal está – ao menos, deveria estar – compulsoriamente restrita ao texto frio da lei. Isto porque, ademais, a legalidade de determinado dispositivo legal é dependente do respeito ao devido processo legislativo de sua elaboração. O denominado princípio da reserva legal, por sua vez, portanto, encontra-se embrionariamente relacionado com o princípio democrático-constitucional da divisão de poderes.

Assim, ao lado da intransponível restrição imposta pela letra da lei, a qual o aplicador não poderá – não sem ferir os princípios aqui expostos – manipular para possibilitar a expansão da criminalização ali veiculada, organicamente relacionada, tem-se a limitação de que a legitimidade da lei penal depende da estrita observação do procedimento formal constitucional.

Neste sentido, portanto, leciona Carlos Maximiliano:

“Só o legislador, não o juiz, pode ampliar o catálogo de crimes inserido no Código e em leis posteriores. O Direito Criminal é, como proclamam os professores alemães, essencialmente típico: o Código concatena tipos de transgressões puníveis; qualquer falta que se não enquadre em algum daqueles moldes ou tipos, embora do mesmo aproximada, escapa ao alcance da justiça repressiva.”¹⁰²

Especialmente nos tribunais superiores, cortes as quais possuem a função de uniformizar a jurisprudência nacional em relação à interpretação da constituição federal e da legislação federal, muitas vezes à título de uma “aplicação constitucional”, deixa-se para trás os princípios que deveriam reger a aplicação da lei penal.

Sua legítima aplicação se orienta pelo estrito enquadramento da conduta humana na criminalização ensejada pela letra da lei. O aplicador não pode seguir a orientação do que “deveria” ser penalizado.

¹⁰¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, v. 20, n. 3, 2018.

¹⁰² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 322.

Da mesma forma, para a legítima condenação criminal, devem ser observados os princípios reitores do processo penal, dentre eles o da correlação entre denúncia e sentença. No entanto, na prática, o que tem sido verificado é que a imprecisão das imputações veiculadas pela acusação, tem sido acatada pelo poder judiciário, justamente, por meio do alargamento objeto do presente trabalho.

Em tal contexto, porém, tal solução acaba gerando resultados que se afastam dos limites da legalidade. A legitimidade da busca pela responsabilização dos envolvidos nos casos de corrupção de forma alguma legitima o esgarçamento do artigo 317 do CP.

Ironicamente, tudo o que se sempre criticou em relação às práticas autoritárias e obtusas que recaem sobre pretos e pobres – de maneira muito mais hostil e cruel sobre estes, é necessário que se diga – parece esquecido quando se fala da “criminalidade do colarinho branco”. Existe uma espécie de perversidade no aplauso à prisão de figuras políticas, do branco e abastado, validado por uma espécie de realização “hora e a vez da burguesia na cadeia”.¹⁰³

O combate à criminalidade deve ser feito, mas dentro do que estabelece a lei.

Para os que imaginam que esse seria um modo democrático de realização da Justiça, isso, não custa lembrar, realiza o ideal segundo o qual “direito é aquilo que é útil aos interesses do povo”.¹⁰⁴ O Direito, no entanto, não pode ser uma ferramenta para se chegar a uma finalidade que o Estado considera útil ao povo. Nas palavras de Radbruch: “Não, não deve dizer-se: tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil e proveitoso para o povo.”¹⁰⁵

Assim, ou se persegue o “combate à corrupção” respeitando as regras do jogo, ou do contrário, campeará o autoritarismo de quem se julga intérprete dos “interesses do povo”.¹⁰⁶

103 TORON, Alberto Zacharias. **Gilmar Mendes, um juiz criminal no STF**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-07/alberto-toron-gilmar-mendes-juiz-criminal-stf>. Acesso em: 01 jun. 2022. 104 Ibid.

105 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Gustav Radbruch e seu pensamento em “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”**. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jun-22/gustav-radbruch-pensamento-cinco-minutos-filosofia-direito#_ftn7_8531. Acesso em: 01 jun. 2022.

106 Ibid.

CONCLUSÃO

O presente estudo, partindo de uma análise histórica da legislação brasileira, bem como da produção doutrinária no que se refere aos requisitos típicos da corrupção passiva, buscou examinar a evolução do entendimento jurisprudencial, especialmente no contexto do STF e STJ, quanto aos contornos do artigo 317 do CP e a legalidade do juízo que vem sendo firmado.

O método aplicado, portanto, partiu da análise da doutrina tradicional nacional, perquirindo o estudo do bem jurídico tutelado pelo referido tipo penal, bem assim as principais questões envolvendo a tipicidade do delito, tais como (i) as classificações teóricas, como o caráter formal do delito e a bilateralidade; (ii) o exame de cada requisito típico do delito; e (iii) a questão da coautoria no âmbito dos delitos especiais.

Em paralelo, foram selecionados e analisados casos paradigmáticos e cada uma de suas alterações nos critérios de definição do crime da corrupção passiva, de modo a construir a evolução que a jurisprudência nacional percorreu até alcançar os moldes do entendimento que está sendo sedimentado atualmente.

O cenário político-social que se apresenta evidencia a importância do tema da corrupção no âmbito nacional e por via de consequência a questão envolvendo o entendimento que passou a ser adotado pelas cortes superiores do país. A análise detida dos requisitos típicos previstos na legislação penal, em conjunto com os princípios do direito penal reitores da aplicação da lei, bem assim o histórico legal, permitem concluir pela indevida ampliação do tipo penal.

Neste sentido, corroborando o quadro ora delineado, tem-se a análise dos casos que levam a perceber a gradual alteração no entendimento conforme os casos que chegavam para a análise do judiciário, em conjunto com o crescimento do descontentamento da população. O clamor popular pela condenação em determinados casos – não deveria, mas – acaba afetando a atuação do poder judiciário, a ponto de desrespeitar o que está previsto no tipo penal.

Percebe-se, assim, a atuação ativa do poder judiciário em franca violação à divisão dos poderes, enquanto o poder legislativo está inerte.

Neste sentido, a partir do desenvolvimento da pesquisa, foi possível alcançar as conclusões expostas nos capítulos anteriores no que diz respeito à ilegalidade da ampliação que sofrida pelo tipo penal da corrupção passiva, bem assim às causas relacionadas com a pressão social e midiática que vem sofrendo o poder judiciário quando o assunto é a criminalidade envolvendo a política do país.

Com efeito, se de um lado não se desconhece os problemas enfrentados em decorrência dos casos envolvendo a simbiose entre o público e o privado e a macrocriminalidade que permeia o aparato estatal brasileiro, considerando os norteadores encontrados no presente trabalho, conclui-se pela ilegalidade do combate que vem sendo travado em face da “corrupção”, no qual indevidamente figura como personagem central o poder judiciário.

Importante salientar, por fim, que não se defende, de forma alguma, a estagnação do combate à corrupção e suas nefastas consequências para a sociedade brasileira. O que se critica pelo presente é a ilegítima e cega busca pela punição penal de qualquer indivíduo que tenha seu nome envolvido em algum caso relacionado à corrupção *lato sensu*, com graves e diárias violações às normas que regem o direito penal e processual penal.

A mudança é necessária, mas não passa pela atuação quase legislativa do poder judiciário, sobretudo em matéria penal. Se os tipos estabelecidos outrora já não mais satisfazem o que deles se espera, não é através do alargamento de sua tipicidade nas cortes do país que se terá algum resultado, até mesmo porque tal esgarçamento é indevido.

A solução pode passar pela efetiva ação do poder legitimado para tanto, por exemplo, com a criação de novos tipos penais relacionados à corrupção passiva – o que já se verifica em diversos países, como, por exemplo, na Alemanha – exclusivamente relacionados à determinada “classe”, como é o caso dos parlamentares.

Em suma, portanto, buscou o presente estudo analisar a mudança jurisprudencial verificada ao longo dos últimos anos e o caminho que percorreu para que chegasse até este entendimento que vem sendo firmado. Deste modo, a partir da conclusão pela ilegalidade do esgarçamento da tipicidade do delito previsto no artigo 317 do CP, criticou-se a lógica de que

os fins justificariam os meios, que pretende legitimar o combate à corrupção a todo e qualquer custo, em um Estado que se pretende democrático e de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS MONOGRAFIA

AVRITZER, Leonardo *et al.* **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, v. 20, n. 3, p. 2, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado** – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 30 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 01 jan. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGRG no RESP 1;613.927/RS**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Distrito Federal. Data de julgamento: 20.09.2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65254365&num_registro=201601849512&data=20160930&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 09.05.2022.

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://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700073714. Acesso em: 30 de maio de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1847488/SP**, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, STJ, 5ª Turma, julgado em 20.04.21, publicado em 26.04.2021.

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

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inq 2.245, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, STF, Tribunal Pleno, julgado em 28.08.2007, publicado em 09.11.2007

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: 08 de maio de 2022.

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: 26 de maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 996/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal. Data de Julgamento: 29/05/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339472726&ext=.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

COSTA, Antonio Manuel de Almeida. **Sobre o crime de corrupção**. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal: curso completo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA JR., Paulo José; PAGLIARO, Antonio. **Dos crimes contra a administração pública**, 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2006.

CREPALDI, Thiago; Danilo Vital. **Se a jurisprudência está fazendo algo novo, é levar a sério a Constituição**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-05/entrevista-ribeiro-dantas-ministro-stj>. Acesso em: 15 jun. 2022.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, parte especial**. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Gustav Radbruch e seu pensamento em “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”**. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jun-22/gustav-radbruch-pensamento-cinco-minutos-filosofia-direito#_ftn7_8531. Acesso em: 01 jun. 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 mai. 2022.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara *et al* (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume IX. Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LAUFER, Daniel. **O Delito de Corrupção: Críticas e Propostas de Ordem Dogmática e Político-criminal**. 2016. Tese (Doutorado), Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

LEITE, Alaor (org.); TEIXEIRA, Adriano (org.). **Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTEIRO, Luan de Azevedo. **A origem da amplitude do tipo penal da corrupção passiva**. 63 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, volume 4: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais**. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manuel de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979.

ORTIZ, Mariana Tranches. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. 2010. 196 f. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Universidades de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 185. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17082011-154535/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_MARIANA.pdf. Acesso em: 09 maio 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 4: parte especial: arts. 289 a 359**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: RT, 2014.

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

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)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 106, janeiro de 2014.

REALE JR., Miguel. **Discursos sobre o Brasil**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 118-119.

REALE JUNIOR, Miguel; SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. **Código penal comentado** – São Paulo: Saraiva, 2017.

ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

ROSE-ACKERMAN, Susan e PALIFKA, Bonnie. **Corrupção e governo: causas, consequências e reforma**. Rio de Janeiro: Fgv Editora, 2020.

ROXIN, Claus (tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz). **Problemas fundamentais de Direito Penal**, Lisboa, Veja, 1986. p. 29-30.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Livraria do Advogado, 2013.

SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. **Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, volume 933, julho de 2013.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge; A ideia penal sobre a corrupção no Brasil. In: PRADO, Luiz Regis (org); DOTTE, René Ariel (org); **Direito Penal da Administração Pública (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa)** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 1840416/PR**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 23/11/2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 1650032/RJ**. Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2020. DJe 01/09/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal. **Revista Trimestral de Jurisprudência** / Supremo Tribunal Federal. – Vol. 162, Tomo 1, 1997 – Brasília: STF.

TORON, Alberto Zacharias. **Gilmar Mendes, um juiz criminal no STF**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-07/alberto-toron-gilmar-mendes-juiz-criminal-stf>. Acesso em: 01 jun. 2022

VICENS VIVES, Jaime. **Coyuntura económica y reformismo burgués y otros estudios de historia de España**, 1. ed. Barcelona: Ariel, 1969.