

ELOISA YANG

O ATO DE OFÍCIO NO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Dissertação de Mestrado em Direito Penal

Orientador: Professor Associado Luciano Anderson de Souza

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2022

ELOISA YANG

O ATO DE OFÍCIO NO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Penal, sob orientação do Professor Associado Luciano Anderson de Souza.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2022

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Yang, Eloisa

O ato de ofício no delito de corrupção passiva ;
Eloisa Yang ; orientador Luciano Anderson de Souza --
São Paulo, 2022.

169 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,
2022.

1. Direito Penal. 2. Crimes contra a administração
pública. 3. Corrupção. 4. Corrupção passiva. 5. Ato de
ofício. I. Souza, Luciano Anderson de, orient. II.
Título.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, dirijo um agradecimento duplo ao professor Luciano Anderson de Souza – um mais objetivo, e o outro mais amplo. O professor notoriamente desempenha o papel de orientador deste trabalho, motivo pelo qual agradeço a ele pelo privilégio de ter-me aceito como orientanda e pelas constantes críticas, indicações, sugestões e aprendizado, essenciais ao desenvolvimento desta dissertação. Mas também registro a gratidão ao professor pelo seu papel em minha formação. Afinal, seu auxílio, apoio, paciência e atenção, que me acompanham há cerca de sete anos, muito antes de eu sequer cogitar o ingresso no mestrado, foram essenciais à minha trajetória. Sou-lhe eternamente grata por todo este caminho que vem sendo trilhado desde o segundo ano da graduação.

Às estimadas professoras Ana Elisa Liberatore Silva Bechara e Beatriz Corrêa Camargo, meus mais sinceros agradecimentos pelas valiosas críticas e comentários feitos na banca de qualificação. Foram considerações preciosas, cruciais para o desenvolvimento deste trabalho; e foi um verdadeiro privilégio recebe-las de duas docentes tão admiradas, cuja seriedade e dedicação há muito me servem de inspiração.

Dirijo meus agradecimentos, ainda, às bibliotecas da Faculdade de Direito da USP, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Universidad de Salamanca, bem como seus respectivos funcionários, pelo material bibliográfico essencial à elaboração deste trabalho.

YANG, Eloisa. O ato de ofício no delito de corrupção passiva. 2022. 169 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado versa sobre a controvérsia a respeito da necessidade ou não da constatação de um ato de ofício correspondente à vantagem solicitada, recebida ou cuja promessa foi aceita no crime de corrupção passiva. Embora não seja um elemento explicitamente previsto no tipo penal, historicamente doutrina e jurisprudência o consideraram um requisito para a sua configuração. Para investigar o acerto ou não desta interpretação, inicia-se o trabalho a partir do estudo sobre o conceito de “*corrupção*” e a evolução de sua tutela penal no ordenamento brasileiro. Em seguida, passar-se-á à investigação sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção passiva e os seus efetivos contornos, dado que se trata de critério essencial para a correta delimitação da incidência penal. Subsequentemente, serão analisadas algumas hipóteses interpretativas que poderiam levar à necessidade da verificação do ato de ofício, tanto a partir do reconhecimento da existência de elementos normativos implícitos no tipo penal, quanto a partir da correta valoração dos elementos normativos já existentes na redação legal. Por fim, serão avaliadas as repercussões das conclusões em temas relacionados à corrupção, e também serão analisadas possíveis soluções de lege lata e lege ferenda, e a sua aptidão para conferir maior segurança jurídica à controvérsia.

Palavras-chave: Direito Penal, crimes contra a administração pública, corrupção, corrupção passiva, ato de ofício.

YANG, Eloisa. The official act in the passive bribery crime. 2022. 169 p. Master's thesis. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

ABSTRACT

The present Master's thesis addresses the controversy regarding whether or not one needs to identify the official act corresponding to the requested, received or promised bribe, in order for the facts to amount to the passive bribery crime. Despite the Brazilian Criminal Code not providing for the official act as an element of said crime, historically, doctrine and jurisprudence have required its identification. To investigate whether or not this interpretation is correct, the present research begins from the concept of "*corruption*" and the evolution of its protection in Brazilian Criminal Law. It then studies the legal interests, or "*legal goods*", that are meant to be protected by the criminalization of passive bribery, given that they constitute an essential point of reference for the correct delimitation of criminal incidence. Once these premises have been established, some interpretative hypotheses that could result in the need to identify the official act will be analyzed, either from the possibility to recognize the existence of an implicit normative element in the passive bribery crime, or from a correct interpretation of the existing normative elements. Finally, the repercussions of the conclusions on issues related to corruption will be evaluated, and some possible existing solutions will be analyzed and proposed, as an effort to provide greater legal stability to the matter.

Keywords: Criminal Law, crimes against public administration, corruption, passive bribery, official act.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1. O TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA E A CONTROVÉRSIA DO ATO DE OFÍCIO	11
1.1. Considerações iniciais.....	11
1.2. Evolução da tutela da corrupção no Direito Penal brasileiro.....	12
1.2.1. Peita e suborno: das Ordenações Filipinas ao Código Penal de 1890	15
1.2.2. Corrupção ativa e passiva: o projeto Alcântara Machado e a Comissão de Reforma.....	19
1.2.3. Alterações legislativas após 1940 e o cenário atual de recrudescimento.....	22
1.2.3.1. Influências internacionais	24
1.2.3.2. O acirramento do discurso de “ <i>combate à corrupção</i> ” e suas repercussões normativas mais recentes.....	33
1.3. Ato: administrativo, da administração e de ofício	38
1.4. As controvérsias sobre a verificação de um ato de ofício no tipo penal de corrupção passiva.....	42
1.4.1. Controvérsia central: a exigência de constatação de um ato de ofício na figura do caput.....	43
1.4.2. Controvérsias decorrentes da necessidade de verificação de um ato de ofício..	50
1.4.2.1. Grau de determinação do ato de ofício	51
1.4.2.2. A exigência da efetiva prática do ato de ofício.....	52
1.4.2.3. Ato de ofício e sua relação com as atribuições funcionais	54
CAPÍTULO 2. BEM JURÍDICO-PENAL E SUA REPERCUSSÃO NA TIPICIDADE DA CORRUPÇÃO PASSIVA	57
2.1. Considerações iniciais.....	57
2.2. Evolução histórica e entendimento atual da teoria do bem jurídico-penal	58
2.2.1. Bens jurídicos coletivos e administração pública: conceito e legitimidade.....	64
2.2.2. Princípio da ofensividade e bens jurídicos coletivos	67
2.3. O bem jurídico-penal tutelado pelo tipo penal de corrupção passiva e sua relação com a constatação de um ato de ofício	69
2.3.1. A complexidade das novas características da corrupção e as repercussões de seus efeitos na ofensividade.....	70
2.3.1.1. Os novos contornos do fenômeno da corrupção	70

2.3.1.2. Repercussões dos novos contornos da corrupção na identificação do bem jurídico tutelado	74
2.3.2. A administração pública como bem jurídico tutelado pelo delito de corrupção passiva.....	76
2.3.2.1. Perspectivas externas à administração pública	77
2.3.2.2. Perspectivas relativas à infração de dever do funcionário público	79
2.3.2.3. Perspectivas relacionadas à administração pública como ente	81
2.3.2.4. Perspectivas relacionadas à administração pública como o exercício das funções públicas.....	83
2.3.2.5. Perspectivas relacionadas à administração pública como o conjunto das atividades voltadas ao atendimento da coletividade	86
2.4. Tomada de posição	89
CAPÍTULO 3. O ATO DE OFÍCIO NO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA....	93
3.1. Considerações iniciais.....	93
3.2. Tipicidade e omissão na redação legal: a constatação de um ato de ofício como elemento normativo implícito	94
3.2.1. Princípio da legalidade e sua carga axiológica	94
3.2.2. Criação do Direito pelo intérprete e a constatação de elementos normativos implícitos.....	97
3.2.3. Critérios para a admissão de elementos normativos implícitos no tipo penal de corrupção passiva.....	101
3.2.3.1. Primeira hipótese interpretativa: a inserção de um elemento normativo implícito a partir da equiparação dos requisitos da corrupção ativa e corrupção passiva.....	103
3.2.3.2. Segunda hipótese interpretativa: a inserção de um elemento normativo implícito a partir da tradição doutrinária e jurisprudencial.....	106
3.3. Ato de ofício e limites interpretativos da redação atual do tipo penal de corrupção passiva.....	107
3.3.1. A abertura valorativa do tipo penal.....	108
3.3.2. Balizas para a interpretação dos elementos normativos do tipo no Estado Democrático de Direito.....	111
3.3.3. A valoração dos elementos normativos presentes no tipo penal de corrupção passiva.....	114
3.3.3.1. Terceira hipótese interpretativa: ato de ofício e a interpretação do elemento normativo do tipo “vantagem indevida”	115

3.3.3.2. Quarta hipótese interpretativa: ato de ofício e a interpretação do elemento normativo do tipo “ <i>ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela</i> ”	117
3.4. Tomada de posição	121
CAPÍTULO 4. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA: POR UM MODELO RACIONAL DE TIPIFICAÇÃO DA CORRUPÇÃO PASSIVA.....	125
4.1. Considerações iniciais.....	125
4.2. Análise da necessidade de alteração legislativa.....	126
4.2.1. Excessiva amplitude horizontal: a normatização pouco detalhada.....	126
4.2.2. Excessiva amplitude vertical: o intervalo de penas extensivo	128
4.3. Contribuições para uma tipificação penal racional da corrupção passiva	129
4.3.1. Escalonamento dos tipos penais de corrupção passiva	129
4.3.2. Adequação proporcional das penas.....	132
4.3.3. Maior grau de detalhamento dos elementos típicos.....	133
4.3.4. Figuras específicas e causas de aumento de pena.....	134
4.4. Repercussões da interpretação proposta em temas relacionados à corrupção	138
4.4.1. Ato de ofício e as medidas de prevenção à corrupção no setor público	138
4.4.2. Ato de ofício e a prevenção da corrupção nas contratações públicas	141
4.4.3. Ato de ofício e a regulamentação do <i>lobby</i>	143
4.4.4. Ato de ofício e o financiamento de campanhas eleitorais.....	144
CONCLUSÕES	149
BIBLIOGRAFIA	152

INTRODUÇÃO

A corrupção, se definida por uma acepção mais ampla de utilização indevida do poder público em favor dos interesses do particular, talvez seja tão antiga quanto o poder em si. Logo, também é velha conhecida do Direito Penal.

Especialmente a partir do final do século XX, ela tem ocupado posição de crescente destaque na ordem do dia da agenda política nacional e internacional, face à complexificação de seu “*modus operandi*”, e um evidente acirramento do discurso de “*combate*” ou “*luta*” contra práticas consideradas corruptas, o qual assume contornos intolerantes, em uma verdadeira “*cruzada*” moderna.

Neste contexto, são evidentes as diversas lacunas e a necessidade de racionalização e refinamento da disciplina jurídica da corrupção no Código Penal brasileiro – cuja redação no que concerne a estes tipos penais permanece inalterada desde 1940, tendo a única alteração desde então sido um aumento de pena por meio da Lei nº 10.763/03.

Dentre as controvérsias, está aquela que trata da necessidade ou não da constatação de um ato de ofício correspondente à vantagem paga pelo particular no delito de corrupção passiva.

A problemática advém do fato do tipo penal de corrupção passiva, previsto no artigo 317 do Código Penal, não fazer menção a qualquer exigência neste sentido: nele, se criminaliza a conduta 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*”. Inexiste previsão, pois, sobre se a vantagem precisaria contrapartida de algum ato por parte do funcionário público. Caso algum ato efetivamente venha a ser praticado, omitido ou retardado de forma contrária aos deveres funcionais, incide a causa de aumento do §1º – este, sim, com previsão expressa acerca do ato de ofício.

O silêncio por parte do legislador no *caput* contrasta com a redação do tipo de corrupção ativa no mesmo *Codex*, ou, ainda, com a redação dos antigos tipos penais de peita e suborno no Código Penal de 1890, predecessores dos atuais tipos penais de corrupção e que faziam menção de forma expressa ao ato do funcionário alvo da mercancia.

A despeito da literalidade do tipo penal, doutrina e jurisprudência majoritárias historicamente sustentaram que é necessário identificar o ato de ofício objeto da mercancia para que o delito de corrupção passiva reste configurado. Foi com base neste entendimento

que o Supremo Tribunal Federal absolveu o ex-Presidente da República Fernando Collor no contexto da Ação Penal nº 307-3/DF. A denúncia identificava três recebimentos de vantagens indevidas; porém, o Ministério Público não havia indicado ato de ofício correspondente em duas delas, e não logrou êxito em comprovar a relação da vantagem com o ato na terceira. Embora o recebimento da vantagem indevida em razão da função houvesse sido comprovado, a Corte entendeu que não bastava para que Collor fosse condenado.

Embora permaneça relativamente inalterado na doutrina, este entendimento tem mudado gradualmente na jurisprudência, obtendo relativa atenção ao figurar como uma das questões centrais de julgamentos de relevo nos últimos anos. É o caso da Ação Penal nº 470/MG do Supremo Tribunal Federal (popularmente conhecida como o caso do Mensalão), em que se flexibilizou esta exigência; ou, ainda, em precedentes observados no Superior Tribunal de Justiça a partir de meados da década de 2010, em que se abandonou a exigência por completo.

A relevância do tema justifica-se por tratar de questão controversa, ainda suscitada como tese defensiva e debatida, especialmente na esfera judicial; bem como por dizer respeito a uma questão central acerca da tipicidade do delito de corrupção passiva, cuja relevância no debate público não mostra sinais de arrefecimento.

Desta forma, a presente pesquisa terá por principal objetivo verificar se, para a configuração do delito de corrupção passiva na forma do *caput* do artigo 317 do Código Penal, é necessário identificar a existência de um ato de ofício correlato à vantagem indevida solicitada, recebida ou cuja promessa foi aceita pelo funcionário público.

Para tanto, o estudo partirá do conceito de “*corrupção*” e a evolução de sua tutela no Direito Penal brasileiro – considerando especialmente as mudanças legislativas na sua estrutura elementar a partir do Código Penal de 1940, fonte da controvérsia objeto deste trabalho – em relação à necessidade de constatação de um ato de ofício correlato à vantagem indevida, e também em relação às controvérsias decorrentes deste questionamento. Em seguida, passar-se-á à correta identificação do bem jurídico tutelado pela corrupção e os seus efetivos contornos, na medida em que se trata de critério essencial para a correta delimitação da incidência penal.

Estabelecidos os fundamentos, serão analisadas quatro hipóteses interpretativas. A primeira e a segunda se baseiam na possibilidade, ou não, de reconhecer a existência de um elemento normativo implícito no tipo penal de corrupção passiva, consistente na

verificação de um ato de ofício correspondente à vantagem indevida. Isto, na primeira hipótese, seria feito a partir de uma interpretação conjunta entre os tipos penais de corrupção ativa e passiva; e na segunda hipótese, a partir da tradição doutrinária e jurisprudencial. A terceira e a quarta hipóteses, por sua vez, buscam verificar, respectivamente, se é possível interpretar os elementos normativos do tipo “*vantagem indevida*” e “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”, já existentes no tipo penal, como indicadores da necessidade de verificação de ato de ofício correlato.

Por fim, considerando o cenário atual de proliferação de medidas legislativas de combate à corrupção e a quantidade de temas controversos e correlatos ao tema, passará a se analisar possíveis soluções existentes, de *lege lata* e *lege ferenda*, e a sua aptidão para conferir maior segurança jurídica à controvérsia.

CAPÍTULO 1. O TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA E A CONTROVÉRSIA DO ATO DE OFÍCIO

Sumário: 1.1. Considerações iniciais. 1.2. Evolução da tutela da corrupção no Direito Penal brasileiro. 1.2.1. Peita e suborno: das Ordenações Filipinas ao Código Penal de 1890. 1.2.2. Corrupção ativa e passiva: o projeto Alcântara Machado e a Comissão de Reforma. 1.2.3. Alterações legislativas após 1940 e o cenário atual de recrudescimento. 1.2.3.1. Influências internacionais. 1.2.3.2. O acirramento do discurso de “combate à corrupção” e suas repercussões normativas mais recentes. 1.3. Ato: administrativo, da administração e de ofício. 1.4. As controvérsias sobre a verificação de um ato de ofício no tipo penal de corrupção passiva. 1.4.1. Controvérsia central: a exigência de constatação de um ato de ofício na figura do *caput*. 1.4.2. Controvérsias decorrentes da necessidade de verificação de um ato de ofício. 1.4.2.1. Grau de determinação do ato de ofício. 1.4.2.2. A exigência da efetiva prática do ato de ofício. 1.4.2.3. Ato de ofício e sua relação com as atribuições funcionais.

1.1. Considerações iniciais

Muito tem se discutido sobre a corrupção no debate público e no cotidiano brasileiro, de modo a apontá-la como grande culpada pelos vícios na administração pública – e, de certo modo, por todas as mazelas que acometem o tecido social pátrio.

Presente de forma mais disseminada desde a década de 1980¹, o discurso de “*luta*” ou “*combate*” à corrupção tem se intensificado sobremaneira; a título exemplificativo, no pleito eleitoral de 2018, verificou-se a presença de diversas candidaturas que fundaram suas campanhas em fortes discursos de combate à corrupção, dentre os quais o atual ocupante da Presidência da República. Ou seja, para além de mera retórica, o discurso anticorrupção possui cada vez mais repercussões diretas e tangíveis no exercício do poder público.

Todavia, a utilização do termo por um interlocutor nem sempre reflete o conteúdo dos artigos 317, 333 e 337-B do Código Penal². Pelo contrário: o vocábulo é termo *equivoco*, na medida em que aceita diversas interpretações e sentidos possíveis – como

¹ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCRIM, 1999, pp. 36-38.

² Respectivamente, os delitos de corrupção passiva, corrupção ativa e corrupção ativa em transação comercial internacional.

indica a existência de outros tipos penais que em nada possuem relação com a administração pública, como a corrupção de águas e a corrupção de menores³.

Mesmo que se considere somente a esfera pública, o Código Penal não é exatamente unânime na sua delimitação, por trazer diferentes redações para a configuração dos tipos de corrupção passiva e ativa, de tal maneira que elas não configuram opostos da mesma conduta. Logo, de forma geral, a redação daquela prevê somente a solicitação, recebimento ou aceitação de vantagens indevidas *em razão da função*, enquanto esta prevê o oferecimento ou pagamento das vantagens *para que o funcionário realize algum ato de ofício*. Redação, aliás, que passou por alterações em comparação às figuras equivalentes em codificações anteriores – não mais, no entanto, do que as alterações pelas quais o próprio fenômeno e suas formas de execução passaram, especialmente nas últimas poucas décadas.

O presente trabalho, conforme já exposto, se propõe a estudar o acerto ou não na exigência de identificação de um ato de ofício para a configuração do delito de corrupção passiva – uma das notórias problemáticas atuais envolvendo o tema da corrupção. Para essa análise, antes é necessário compreender a trajetória da evolução de sua tutela penal no direito pátrio, tema ao qual este capítulo se dedicará.

1.2. Evolução da tutela da corrupção no Direito Penal brasileiro

A palavra “*corrupção*”, tomada em si, possui suas raízes na ideia de decomposição e deterioração⁴, de modo a extrapolar o fenômeno específico da esfera pública. Em um sentido amplo, supõe a existência de um ponto de partida íntegro, o qual é desviado do seu fim, com a modificação de suas características originais.

Trata-se de termo equívoco que pode ser estudado a partir de distintos parâmetros: no léxico popular, denomina-se “*corrompido*” tanto o arquivo digital em cujo armazenamento ocorreu erro, no âmbito da computação, como o funcionário público que recebeu vantagem indevida para praticar determinado ato em favor de terceiro.

³ Previstos nos artigos 271 e 218 do Código Penal. Neste sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil. Da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 89, mar./abr. 2011, p. 408.

⁴ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 557.

O fenômeno, por sua vez, pode ser analisado a partir de distintas perspectivas, de morais a econômicas e jurídicas⁵ – embora seja certo que, de todo modo, pode ser definida a partir da concepção de abuso do cargo por parte de seu detentor em favor de interesse privado. Conforme Camargo, a corrupção é melhor definida a partir da existência de uma relação trilateral⁶: trata-se do modelo *principal-agente*, adotado por autores como Gómez de la Torre e Dario Cerina, Gambetta e Bustos Gisbert⁷. Segundo esta concepção, há três partes em uma relação corrupta: o *sujeito principal*, que pode ser individual ou coletivo, e confia determinado cargo e outorga poderes ao *agente fiduciário* para que atue em seu nome e cumpra determinados deveres em seu interesse; por outro lado, há o *corruptor*, que visa algo que o agente fiduciário não deveria lhe dar em razão do compromisso estabelecido mediante um sistema de direitos e expectativas em sua relação com o sujeito principal.

Neste contexto, a corrupção ocorre quando a relação principal-agente é perturbada pela intervenção do terceiro corruptor que compromete a atuação do agente em benefício próprio, mediante o oferecimento de vantagens indevidas. Este *pacto sceleris* entre agente e corruptor possui caráter semelhante ao de uma compra e venda, em que o corruptor dá alguma vantagem indevida ao agente fiduciário e recebe de volta o que este poderia lhe proporcionar. Por consequência, ambos ganham algo em detrimento do sujeito principal e seus interesses. Há, assim, uma violação das regras que deveriam pautar o exercício do poder – seja em relação a como o agente deve agir em específicas situações, seja em aspectos mais amplos, como a forma e os critérios os quais deveriam ser utilizados no exercício deste poder.

⁵ ELISEO COCCIOLO, Endrius. Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo. *Revista de Llengua i Dret*, Barcelona, n. 50, 2008, pp. 34-36.

⁶ Em contraposição à concepção bilateral da corrupção, como uma relação de “compra e venda”, pondera a autora que se trata de uma visão estreita do fenômeno – seja em relação à natureza da vantagem oferecida, que na corrupção não precisa ser necessariamente pecuniária; seja porque a corrupção não se restringe às situações em que a vantagem oferecida e a atividade já estejam concretamente determinadas no momento da transação. CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do direito penal brasileiro: considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 89, 2011, pp. 97-98.

⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio. Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr., 2011, pp. 164-167; GAMBETTA, Diego. Corruption: An analytical map. In: KOTKIN, Stephen; SAJÓ, Andras (eds.). *Political Corruption in Transition. A Sceptics Handbook*. Londres: CEU Press, 2002, pp. 33-56; BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción política y derecho. In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, 2013.

Este modelo pressupõe a existência de um conjunto de ações devidas e previamente acordadas entre o sujeito principal e o agente fiduciário, assim como um conjunto de ações indevidas. As ações devidas são preferíveis em relação às ações indevidas, e o sujeito principal somente designa determinada função ao agente fiduciário porque espera que este aja de acordo com esta preferência. Logo, a corrupção é uma das formas pelas quais o agente fiduciário pratica as ações indevidas ou deixa de praticar as ações devidas, violando a confiança do sujeito principal⁸.

O ato corrupto, em um sentido geral, seria então definido pela expectativa de obtenção de um benefício além do devido ao agente em razão de sua posição, com fundamento, segundo Caruso Fontán, na ideia de deslealdade⁹; já a corrupção em si seria a violação de regras que regem as atividades de um indivíduo com poderes decisórios, visando para si ou para outrem uma vantagem de qualquer natureza¹⁰. Para Kindhäuser, a problemática da corrupção abarca todos os âmbitos da vida social, não se limitando ao poder público; em sua essência, trata-se não de um delito autônomo, mas sobretudo de uma forma de agressão por meio da qual podem ser lesionados distintos interesses, alguns deles de relevo penal¹¹.

A corrupção combina a utilização desviada do poder com a ideia de compra e venda consensual, realizada mediante acordo de vontades, tendo como consequência a violação do dever do principal e do agente, que passa a exercer seu poder em decorrência da vantagem. Nota-se que a questão central reside não tanto na ilegalidade ou imoralidade do ato praticado em decorrência de um benefício indevido: é na motivação para a sua prática que reside o problema, tendo em vista que, neste cenário, as ações do indivíduo devem ser pautadas por respeito aos deveres do cargo, e não pela expectativa de obtenção de benefícios além de sua remuneração.

⁸ GAMBETTA, Diego. Corruption: An analytical..., cit., p. 37

⁹ Neste sentido, Greco e Teixeira denominam “*pacto de injusto*” a obtenção ou oferecimento de vantagem com a qual se pratica um abuso de poder. GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, nº 134, ago. 2017, p. 177.

¹⁰ CARUSO FONTÁN, María Viviana. El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. *Foro – Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nº 9, 2009, p. 152.

¹¹ KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. *Política Criminal: revista electrónica semanal de políticas públicas en materias penales*, v. 2, n. 3, 2007. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713983>.

Se a corrupção é tão antiga quanto o próprio exercício do poder¹², não surpreende que alguma sorte de previsão legal sobre ela exista desde os primórdios da legislação penal pátria. De sua evolução pode-se retirar importantes elementos para a análise pretendida neste trabalho e a interpretação do tipo penal de corrupção passiva – como as alterações empreendidas pelo legislador, especialmente no Código Penal de 1940.

1.2.1. Peita e suborno: das Ordenações Filipinas ao Código Penal de 1890

Apesar de carecerem de uma exata sistematização do que se entende atualmente por crimes contra a administração pública, pois adotavam uma abordagem mais casuística de situações específicas que pudessem vulnerar os seus interesses¹³, as Ordenações Filipinas já previam uma figura análoga ao que hoje se denomina corrupção.

Desta sorte, nos termos do Livro V, Título LXXI, eram punidos os oficiais do Rei que recebessem “*serviços ou peitas*” junto a requerimentos de despachos. Eram punidas também as partes que os dessem ou promettessem. As penas variavam desde a perda do cargo, pagamento de multa e/ou degredo até a pena de morte, com dosimetria a depender do montante das vantagens recebidas. O recebimento de “*pão, vinho, carnes, frutas e outras cousas de comer, que entre os parentes e amigos se costumam dar e receber*” não era criminalizado, no entanto, desde que o oficial não julgasse as causas daqueles que dão as dádivas¹⁴.

¹² Neste sentido, ver BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Breve história de la corrupción*. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurus, 2019, pp. 40 e ss.

¹³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 35.

¹⁴ Livro V, Título LXXI: “*Dos Officiaes del-Rey, que recebem serviços, ou peitas, e das partes, que lhas dão, ou prometem. Defendemos a todos os Dezembargadores e Julgadores, e a quaesquer outros Officiaes, assi da Justiça, como da nossa Fazenda, e bem assi da nossa Caza, de qualquer qualidade que sejam, e aos da Governança das Cidades, Villas e lugares, e outros quaesquer, que não recebem para si, nem para filhos seus nem pessoas, que debaixo de seu poder e governança stêm, dadivas algumas, nem presentes de pessoa alguma que seja, posto que com elles, não traga requerimento de despacho algum. E quem o contrario fizer, perderá qualquer Officio, que tiver, e mais pagará vinte por hum do que receber, a metade para quem o accusar, e a outra para nossa Camara. E aquelle, que o tal presente der, ou enviar, perderá toda sua fazenda, isso mesmo a metade para nossa Camara, e a outra para quem o accusar, e perderá qualquer Officio, ou Officios, Carregos e mantimentos, se os de Nós tiver, e será degradado cinco annos para Africa. Não tolhemos porém, que possuão receber tudo o que lhes quizerem dar seus descendentes, ou ascendentes, e outros parentes transversaes até o segundo grão inclusive, contado segundo Direito Canonico. E assi poderão receber pão, vinho, carnes, fructas, e outras cousas de comer, que entre os parentes e amigos se costumão dar, e receber das pessoas, que com elles tiverem razão de parentesco, ou cunhadio até o quarto grão, ou que tiverem com elles tão estreita amizade, ou outra razão, por onde com direito não possuão ser Juizes de suas causas. Nem isso mesmo nenhum dos sobreditos Officiaes poderá ser Feitor de outros Officiaes seus Superiores, nem para elles comprar nem vender-lhes, nem emprestar-lhes cousa alguma do seu. E os Officiaes, que assi derem, venderem, ou lhes comprarem, venderem ou emprestarem cousa alguma, perderão suas fazendas, a metade para quem*”

Com a Independência e já no contexto da Constituição de 1824, coube ao Parlamento promulgar uma série de leis regulamentando a Carta Maior e pormenorizando

os accusar, e a outra para nossa Camera. E perderão os Offícios, Carregos, ordenados, e mantimentos, que com elles tiverem, e serão degradados cinco annos para Africa, e não poderão mais haver os taes Offícios, ou Carregos, que assi tiverão. E as ditas fazendas e Offícios, que assi se hão de perder, e dos que as ditas cousas derão, venderão, comprarão, emprestarão, ou negociarão para outros Officiaes, havemos por bem, que se possão demandar até dez annos somente. 1. E trazendo feito perante os ditos Julgadores e Dezembargadores, e mais Officiaes acima ditos, ou requerendo desembargo, ou despacho, e recebendo qualquer cousa daquelle, que assi trouxer, ou requerer, ou de outrem, que lho der por elle, sendo cada hum de todos os sobreditos Officiaes, Official, que tenha Officio de julgar, perca para a nossa Coroa todos seus bens, e o Officio, que de Nós tiver. E se a peita passar de cruzado, ou sua valia, além das sobreditas penas será degradado para todo o sempre para o Brazil. E sendo de cruzado, e dahi para baixo, será degradado cinco annos para Africa. E sendo a peita de valia de dous marcos de prata, ou dahi para cima, além do perdimento da fazenda, morrerá morte natural. 2. E sendo o que recebeu a peita, Official, que não tenha Officio de julgar, e a receber, trazendo perante elle, ou requerendo qualquer despacho, além de perder o officio, pagará trinta por hum do que receber, a metade para quem o accusar, e a outra para nossa Camera. 3. E tendo cada hum de todos os sobreditos aceita a promessa de alguma cousa, não a tendo recebida, perderá o Officio, e pagará o tresdobro da promessa, que tiver aceita, para a Corôa de nossos Reinos. E qualquer pessoa, que der, ou prometter ouro, prata, dinheiro, pão, vinho, azeite, ou outra cousa a algum Juiz, ou Dezembargador, ou a outro Official, de qualquer Officio que seja, ainda que de Nós não tenha mantimento com o Officio, em quanto perante elle andar a feito, ou requer algum desembargo, de qualquer qualidade que seja, além das penas sobreditas perca todo o direito, que na tal causa tiver, e seja logo applicado à parte. 5. Porém, se o que prometteo, ou peitou ao Dezembargador, ou Julgador, ou outro Official, o descobrir a Nós dentro de hum mez, e antes que disso sejamos sabedor per outra via, de como assi peitou, ou prometeo a peita ao dito Official, e foi per elle aceita, e nos fizer disso certo per provas dignas de fê, per que sejamos disso certificado, elle seja relevado das ditas penas, e lhe fique todo seu direito conservado, como se nunca tivesse peitado nem promettido. E se a sentença for já dada, seja nenhuma em todo o caso, ainda que seja contra elle. E sendo impetrado algum despacho em favor do que a peita deu, ou prometteo, será válido polo assi descobrir, não sendo em prejuizo de alguma pessoa particular. E descobrindo-se per outra maneira, o despacho, ou cousa que lhe foi impetrada per aquelle que recebeu a peita, ou aceitou a promessa della, será nenhum, como que não fosse impetrada, ou havida. E no caso, em que o que o descobrir, o não poder provar, havemos por bem, que a sua confissão feita pela dita maneira lhe não prejudique. 6. Outrosi defendemos aos Juizes das nossas Alfandegas, e aos Scrivães, Thesoureiros, Almojarifes e Recebedores dellas, e aos Scrivães e Recebedores, que tem carregos de screver nossos Direitos, ou rendimento de nossas rendas, ou fazendas, e aos Contadores, que tomão as contas das nossas rendas e fazenda, e aos Officiaes della, de qualquer sorte e qualidade que sejam, e aos Arrendadores, e outros quaesquer nossos Almojarifes e Recebedores, que não levem cousa alguma dos Rendeiros, a elles subditos, posto que por suas vontades de graça e sem seu requerimento lha queirão dar; nem tenham parceria com elles, nem com Official algum, a elles subdito, em rendas algumas, sob pena de quem o contrario fizer, perder o Officio, e pagar vinte por hum do que receber, e o que lho der, torá a mesma pena de vinte por hum, e se tiver Officio, o perderá isso mesmo. E se tiverem parceria de renda, cada hum perderá toda a quantia, por que a renda for arrendada, e mais o Officio, que tiver. 7. E em estes casos desta Ordenação não bastarão trez testemunhas singulares para perdimento dos Offícios, mas requerer-se-ha prova bastante segundo disposição de Direito. 8. E mandamos, que nenhum Official de Justiça, que tenha Officio de julgar, nem Meirinho da Córte, nem Alcaldes de Lisboa recebam, nem aceitem de alguma pessoa de nossos Reinos, assi Ecclesiastica, como Secular, Igrejas, Prazos graciosos, rendas, tenças, de qualquer sorte e qualidade que sejam, Ecclesiasticas, nem Seculares, nem para filho seu, nem para pessoa, que de baixo de seu poder e governança stê. E os que o contrario fizerem, perderão os Offícios, que tiverem de Nós, e mais suas fazendas, ametade para quem os accusar, e a outra para nossa Camera. E a sobredita defesa, havemos por bem, que haja lugar, e se guarde inteiramente em todos os Officiaes de nossa Caza, Camera e Fazenda, em nossa Corte, e fôra della sob as ditas penas. 9. E pelo mesmo modo defendemos, que nenhum dos Officiaes conteúdos nesta Ordenação possa comprar de litigante, que perante elle litigar, ou requerer, despacho algum, nem menos lhe vender cousa alguma, em quanto perante elles o tal litigio, ou requerimento durar. E comprando-lhe alguma cousa, ou vendendo-lha, haverão as penas cíveis e crimes sobreditas, assi o comprador, como o vendedor, como que a cousa comprada, ou vendida fôra dada de peita, e aceita segundo a distincão da valia das cousas peitadas acima ditas. 10. E isso mesmo mandamos, que todos os Officiaes da Justiça, que tem Officio de julgar, não possão rogar a pessoa alguma, que quite, ou remitta, ou largue alguma cousa a outra pessoa. E fazendo o contrario, incorrerá o Official, que assi rogar, nas penas, em que incorrêra se recebêra delle tudo aquillo, porque rogava, posto que a parte rogada não quizesse fazer o rogo”.

as balizas das relações entre os poderes. Desta forma, o primeiro debate parlamentar brasileiro em 1826 girou em torno da responsabilização de agentes públicos, e visou estabelecer alguns limites e responsabilização aos poderes do Imperador – detentor do famigerado Poder Moderador previsto no texto constitucional.¹⁵ As discussões resultaram na Lei de Responsabilidade de Ministros e Secretários de Estado e dos Conselheiros de Estado, de 15 de outubro de 1827.¹⁶

Embora seu intuito principal fosse um ajuste à dinâmica então imposta de distribuição de poderes, e não a corrupção – ou o que se entendia por ela – em si, vê-se que para tal foi determinada a responsabilização de figuras públicas por atos lesivos ao que se entendia por Estado. Dentre as figuras delitivas, o artigo 2º previa a responsabilização por “*peita, suborno ou concussão*”, com penas que variavam de multa até suspensão ou inabilitação para o cargo.

Por peita entendia-se o recebimento de dádivas ou promessas para “*se decidirem em qualquer acto do seu ministério*”. Já no suborno responsabilizava-se quem corrompia a outrem por meio de influência ou peditório, para que esta pessoa atuasse de forma contrária ao que deve no desempenho de suas funções públicas. Por meio da mesma figura, responsabilizava-se também aqueles que, não devendo, deixassem ser corrompidos ou deixassem de “*obrar o que devem*”.¹⁷

Em ambos os casos, as penas seriam devidas mesmo que os efeitos da peita ou suborno não fossem verificados; a diferença entre as duas figuras reside na motivação para a prática irregular do *intraneus*: se as dádivas ou se a influência. Não se tratava, no entanto, de uma codificação criminal propriamente dita, a qual somente sobreveio em 1830 – muito embora a Constituição de 1824 previsse a necessidade de sua organização “*quanto antes*”, fundada nas “*sólidas bases da Justiça, e Equidade*”.

¹⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 36.

¹⁶ Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38389-15-outubro-1827-566674-publicacaooriginal-90212-pl.html>. Acesso em 01.04.2020.

¹⁷ “*Art 2º São responsáveis por peita, suborno, ou concussão: § 1º Por peita, aceitando dádiva ou promessa, directa ou indirectamente, para se decidirem em qualquer acto do seu ministerio. As penas para os delictos designados neste paragrapho são: Maxima: inhabilidade perpetua para todos os empregos, e a multa do triplo do valor da peita. Média: inhabilidade perpetua para emprego de Ministro e Secretario de Estado, inhabilidade por 10 annos para os outros empregos, e a multa do duplo do valor da peita. Minima: perda do emprego, e multa do valor da peita. § 2º Por suborno, corrompendo por sua influencia, ou peditorio a alguém para obrar contra o que deve, no desempenho de suas funcções publicas; ou deixando-se corromper o que não devem, ou deixarem de obrar o que devem. As penas para os delictos designados neste paragrapho são: Maxima: suspensão do emprego por tres annos. Média: por dous. Minima: por um. O réo incorre nesta penas, ainda quando se não verifique o effeito do suborno, assim como acontece na peita*”.

O Código Criminal do Império, de 1830, foi influenciado pelos movimentos liberais e novas doutrinas penais, em conjunto com as modificações sociais que eram observadas no país.¹⁸ Previa os tipos penais de peita e de suborno em seus artigos 130 a 134.¹⁹ Na peita, a corrupção se configurava por meio do recebimento de dinheiros, donativos ou promessa deles para a prática ou omissão de “*algum acto de officio*”. Nas mesmas penas incorriam os magistrados que proferissem sentenças em troca do recebimento de vantagens.

O suborno, por sua vez, era praticado por meio da influência ou do peditório – o agente público que se deixasse corromper por meio deles para praticar ato indevido ou deixar de praticar ato devido. As penas eram idênticas, consistindo em perda do cargo, multa e prisão – esta, a não ser que o ato pelo qual foi recebida a peita não houvesse sido realizado.

Referida nomenclatura foi mantida e reunida sob a mesma seção no Código Penal de 1890, em seus artigos 214 a 218.²⁰ A essência dos tipos penais também permaneceu intacta: o artigo 214 tipificava a conduta de receber ou aceitar retribuição indevida para praticar ou deixar de praticar um “*acto do officio, ou cargo*”; o artigo 215, por sua vez,

¹⁸ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980, p. 8.

¹⁹ “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 tresdobro 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. 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. Art. 132. O que der, ou prometter peita, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado na conformidade dos artigos antecedentes, menos a de perda do emprego, quando o tiver; e todo o acto, em que intervir a peita, será nullo. 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 dadia, 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. Art. 134. Todas as disposições dos artigos cento e trinta, cento trinta e um, e cento trinta e dous, relativas aos peitados, e peitantes, se observarão a respeito dos subornados e subornadores”.

²⁰ “Art. 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida; acceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dadia ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei. Exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do officio ou commissão de que for encarregado: Penas - de prisão celllular por seis mezes a um anno e perda do emprego com inhabilitação para outro, além da multa igual ao triplo da somma, ou utilidade recebida. Art. 215. Deixar-se corromper por influencia, ou suggestão de alguém, para retardar, omitir, praticar, ou deixar de praticar um acto contra os deveres do officio ou cargo; para prover ou propor para emprego publico alguém, ainda que tenha os requisitos leaes: Penas - de prisão celllular por seis mezes a um anno, e perda do emprego com inhabilitação para outro. Art. 216. Nas mesmas penas incorrerá o juiz de direito, de facto, ou arbitro que, por peita ou suborno, der sentença, ainda que justa. § 1º Si a sentença for criminal condemnatoria, mais injusta, soffrerá o peitado ou subordinado a mesma pena que tiver imposto ao que condemnara, além da perda do emprego e multa. Art. 217. O que der ou prometter peita, ou suborno, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado e subornado. Art. 218. São nulos os actos em que intervier peita ou suborno”.

narrava a conduta de deixar-se corromper por influência ou sugestão para praticar ou deixar de praticar ato de forma contrária aos deveres do cargo. A Consolidação das Leis Penais de 1932 não alterou a situação.

Assim, até este momento, todos os tipos penais que tratam da corrupção – então denominada peita ou suborno – previam expressamente no tipo penal que a vantagem deveria ser oferecida em troca de algum ato por parte do *intraheus*.

1.2.2. Corrupção ativa e passiva: o projeto Alcântara Machado e a Comissão de Reforma

Sabe-se que o Código de 1890 não foi bem recebido, especialmente por sua baixa técnica legislativa; a pressa com que foi elaborado fez com que propostas para sua reforma não tardassem a aparecer, a primeira surgida já em 1893.²¹ Nasceu junto com a tendência de sua reforma, como pontua o então Ministro da Justiça Francisco Campos na exposição de motivos do Código Penal de 1940²². Deste ministro havia partido a carta datada de 09 de dezembro de 1937²³, contendo o pedido para que Alcântara Machado, então professor de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, elaborasse o projeto que acabou por ficar conhecido pelo seu nome.

O Projeto Alcântara Machado veio a público em 1938. Possuía inspiração italiana, citando o jurista Adolfo Zerboglio logo na epígrafe ao afirmar a necessidade de recrudescimento penal para a defesa contra as “*forças de dissolução que são difusas e profundas no mundo moderno*”, em evidente tendência autoritária – perspectiva sob a qual deve ser analisado o projeto, com expansão horizontal e vertical no todo em relação ao Código Penal de 1890.²⁴

²¹ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil...*, cit., p. 10.

²² Nos termos do primeiro parágrafo da exposição de motivos: “*Com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo. A datar de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis*”. Disponível em <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em 28.04.2020.

²³ MACHADO, Antônio Castilho de Alcântara. *Para a história da reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p. 9.

²⁴ Digno de menção, neste ponto, que não é possível afirmar que o projeto Alcântara Machado seja simplesmente uma cópia do Código Rocco. Apesar de não negar a influência em momento algum – pelo contrário, exaltando o Código italiano em diversos pontos –, Alcântara Machado se distancia dele em diversos pontos, especialmente na classificação das matérias. O professor também demonstra estar a par de outras legislações da época e das discussões a respeito deles. Não se nega, no entanto, a herança da tendência

Especificamente em relação aos crimes de corrupção, vê-se que o Projeto Alcântara Machado os inseriu no Título II, que conteria os crimes contra a administração pública, e os cindiu em dois capítulos. No Capítulo I, o qual elencava os crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, estava o crime previsto nos artigos 154 e 155 – criminalizava-se a conduta de receber retribuição indébita para praticar ato de ofício conforme ou de forma contrária aos deveres funcionais, respectivamente – o que se denomina doutrinariamente corrupção imprópria e corrupção própria. Havia também a conduta prevista no artigo 156, que consistia na prática de ato do ofício com infração de dever funcional em razão de simples influência ou pedido de outrem – conduta também conhecida pelo termo “*corrupção privilegiada*.”²⁵

Em relação ao particular, por sua vez, era criminalizada no artigo 171 a conduta de dar vantagem ao funcionário público para que praticasse ou deixasse de praticar ato do ofício, independente se com ou sem violação de dever funcional²⁶. Esta estrutura com cisão das modalidades em capítulos e, portanto, em artigos distintos foi inspirada no Código Penal suíço²⁷.

Até então, a proposta legislativa vigente previa expressamente que a vantagem indevida deveria ser dada ou recebida em troca de um ato do ofício do funcionário

autoritária. Vide: MORAES, Mariana Silveira. Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940. *Revista do CAAP*, v. XVII, 2009, pp. 81-82.

²⁵ “Art. 154 — Receber para si ou para outrem, diretamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou utilidade de outra espécie, retribuição indébita, ou aceitar, direta ou indiretamente, promessa de tal retribuição, afim de praticar ato do ofício, conforme aos deveres funcionais. Pena— reclusão por 1 a 3 anos e multa correspondente ao triplo do valor prometido ou recebido, mas nunca inferior a 1:000\$000. § único — Se o ato já estiver praticado, quando solicitada ou aceita a retribuição. Pena— detenção por 3 meses a 1 ano e multa igual ao triplo do valor prometido ou recebido, mas nunca inferior a 500\$0000. Art. 155 — Receber para si ou para outrem, diretamente ou por intermédio de outra pessoa, em dinheiro ou utilidade de outra espécie, retribuição indébita, ou aceitar, direta ou indiretamente, promessa de tal retribuição, afim de retardar ou deixar de praticar ato do ofício, ou praticá-lo com infração de dever funcional. Pena — reclusão por 2 a 5 anos e multa correspondente ao quintuplo do valor prometido ou recebido, mas nunca inferior a 2:000\$000. § 1.º — Se do ato resultar proveito ou dano para uma das partes em processo judicial ou administrativo. Pena — a mesma, aumentada. § 2.º — Se resultar condenação à reclusão. Pena— reclusão por 6 a 20 anos e multa correspondente ao décuplo do valor recebido ou prometido, mas nunca inferior a 5:000\$000. §3.º — Se resultar condenação à morte. Pena — reclusão por 20 a 30 anos e multa correspondente a vinte vezes o valor recebido ou prometido, mas nunca inferior a 10:000\$000. §4.º — Se o ato já estiver praticado, omitido ou retardado, quando solicitada ou aceita a retribuição. Pena — detenção ou reclusão por 1 a 3 anos e multa igual ao triplo do valor prometido ou recebido, mas nunca inferior a 1:000\$000. Art. 156 — Praticar, omitir ou retardar ato do ofício, com infração de dever funcional, cedendo a influencia ou pedido de alguém. Pena— detenção por 3 meses a 1 ano, ou multa de 500\$000 a 2:000\$000”.

²⁶ “Art. 171 — Dar, oferecer ou prometer retribuição ou vantagem ilícita a autoridade ou funcionário público, para determiná-lo a praticar, ou não praticar, ou retardar ato do ofício, ainda que sem violação de dever funcional. Pena — reclusão por 1 a 5 anos e multa de 1 a 20:000\$000”.

²⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 367-368.

público – seja contra ou de acordo com os seus deveres funcionais. Assim previam os códigos anteriores e o projeto Alcântara Machado.

Sabe-se, no entanto, que o projeto como um todo acabou por sofrer profundas alterações ao longo de dois anos, especialmente pela comissão de revisão composta por nomes como Vieira Braga, Roberto Lyra e Nelson Hungria. Desta revisão resultaram mudanças diversas ao projeto Alcântara Machado: nas palavras do próprio Ministro da Justiça, Francisco Campos, do processo de dois anos “*nasceu um novo projeto*”²⁸, com profundas alterações na estrutura proposta anteriormente.

A partir desta proposta, a corrupção passou a ser denominada propriamente “*corrupção*” no texto legal. Sua modalidade passiva, prevista no artigo 317, passou a consistir na conduta 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*”. O parágrafo 1º do mesmo artigo passou a prever causa de aumento para a figura da corrupção passiva, configurada quando o funcionário efetivamente retarda ou deixa de praticar ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. Há, ainda, a figura da corrupção passiva privilegiada no parágrafo 2º, concebida quando o agente deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem, porém sem recebimento de vantagens indevidas.²⁹

Já o artigo 333 passou a prever o delito de corrupção ativa, que consiste em “*oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício*”. Se o funcionário efetivamente retarda ou deixa

²⁸ Assim narra o item 86 da exposição de motivos: “(...) *O trabalho de revisão do projeto Alcântara Machado durou justamente 2 (dois) anos. Houve tempo suficiente para exame e meditação da matéria em todas as suas minúcias e complexidades. Da revisão resultou um novo projeto. Não foi este o propósito inicial. O novo projeto não resultou de plano preconcebido; nasceu, naturalmente, à medida que foi progredindo o trabalho de revisão. Isto em nada diminui o valor do projeto revisado. Este constituiu uma etapa útil e necessária à construção do projeto definitivo*”. Disponível em <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibmlink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em 28.10.2021.

²⁹ “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.*”

de praticar ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional, incide causa de aumento nos termos do parágrafo único³⁰.

Especificamente no que concerne à corrupção, é possível verificar que algumas das mudanças propostas por Alcântara Machado foram mantidas – como a separação dos delitos em corrupção ativa e passiva, ainda que o projeto original não previsse esta nomenclatura exata. Ainda, houve a diferenciação entre modalidades de corrupção – privilegiada, própria e imprópria. Em paralelo, talvez a principal alteração tenha se verificado na própria estrutura do delito de corrupção passiva: o resultado final do Código Penal, cuja redação se mantém essencialmente inalterada até os dias de hoje, reuniu as suas modalidades sob um único artigo, separando em parágrafos ao invés de artigos distintos.

Embora o parágrafo 1º siga descrevendo o recebimento de vantagem indevida para a prática ou omissão de ato de ofício de forma contrária aos deveres funcionais – de forma similar ao artigo 155 do projeto Alcântara Machado –, o *caput* do artigo 317 passou a descrever a conduta de solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”, sem menção a ato de ofício ou deveres funcionais. Em todo o resto, no entanto, permaneceu a menção ao sinalagma entre particular e funcionário público.

1.2.3. Alterações legislativas após 1940 e o cenário atual de recrudescimento

A redação legal que compreende a tutela penal da corrupção permaneceu relativamente inalterada desde a entrada em vigor do Código Penal de 1940, ressalvadas as duas alterações legislativas promovidas pelas leis nº 10.467/2002 e 10.763/2003 – as quais não impactam diretamente a controvérsia objeto deste trabalho, embora sejam indicadoras de um movimento geral de recrudescimento da tutela penal da corrupção, de forte influência internacional, que é digno de observação e será alvo de uma análise mais aprofundada.

A primeira alteração mencionada inseriu nos artigos 337-B e 337-C os tipos penais de corrupção ativa³¹ e tráfico de influência em transação comercial internacional, e

³⁰ “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.”

³¹ “Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A

trouxe uma definição de funcionário público estrangeiro no artigo 337-D. Não houve alteração notável na descrição da conduta de corrupção ativa já prevista no artigo 333; a diferença, como é de se esperar, consiste na adição do adjetivo “*estrangeiro*” ao funcionário público envolvido no ato corrupto, e a exigência de que o ato de ofício esteja relacionado a transação comercial internacional.

A inserção deste tipo penal está diretamente relacionada ao compromisso assumido pelo Brasil na Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), concluída em 1997 e incorporada ao ordenamento doméstico pelo Decreto nº 3.678/2000.

Uma segunda alteração legislativa que merece atenção é aquela empreendida pela Lei nº 10.763 de 2003, única mudança direta nos tipos penais de corrupção desde 1940. Por meio dela, o intervalo da pena prevista para os delitos de corrupção aumentou, passando de um a oito anos para a previsão atual de dois a doze anos.

A amplitude deste intervalo gera questionamentos diversos quanto à sua racionalidade, dado que permite a incorporação de condutas com gravidade consideravelmente diversa ao mesmo tipo penal. Ainda, o aumento fez com que a pena do delito de corrupção passiva se tornasse, à época, maior do que a do delito de concussão – que envolve a exigência de vantagem indevida e a ideia de coação por parte do funcionário público, conduta indubitavelmente mais grave do que a do artigo 317.³² Esta distorção permaneceu mesmo após o aumento da pena máxima da concussão para o intervalo atual de dois a doze anos, promovida pela Lei nº 13.964/2019.

Outra alteração de racionalidade duvidosa trazida também pela Lei nº 10.763/03 diz respeito à alteração no artigo 33 do Código Penal, no que concerne a inserção do § 4º. Com ele, condiciona-se a progressão de regime do condenado por crime contra a administração pública à reparação do dano causado – exigência que nem sequer a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), por definição os mais gravosos, prevê.³³

Conforme Souza, talvez a corrupção seja o maior símbolo – e motor – da transmutação dos crimes contra a administração pública desde 1940, com seu alargamento

pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.”

³² SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 145-146.

³³ TOJAL, Tarsila Fonseca. *A face revanchista...*, cit., pp. 220-221.

horizontal e vertical, não necessariamente racional³⁴ ou mesmo harmoniosa com a mudança de paradigma em relação ao bem jurídico tutelado pela norma, da qual se verá adiante. Dois dos principais elementos responsáveis por este alargamento são a influência internacional sobre o tema e o discurso bélico a seu respeito, conforme será visto adiante.

1.2.3.1. Influências internacionais

A corrupção é tema que tem sido alvo de farta criação de instrumentos internacionais de prevenção e cooperação, seja com o objetivo de investiga-la ou reprimi-la. Este movimento é observado com maior intensidade a partir do final do Século XX, em razão da preocupação com seus impactos econômicos.

Esta pressão político-criminal internacional tem sido uma das grandes responsáveis pelo recrudescimento do tratamento penal dado à corrupção nas últimas poucas décadas,³⁵ o que justifica seu estudo, ainda que não resulte diretamente em mudanças legislativas no tipo penal de corrupção passiva ou no tema central deste trabalho.

Em linhas gerais, no cenário internacional, foi o emblemático caso *Watergate* que primeiro colocou a corrupção na agenda mundial e ensejou o advento do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) estadunidense, em 1977, notório marco normativo sobre o tema. Referido escândalo é atribuído ao então presidente estadunidense Richard Nixon e culminou na sua renúncia. Envolvia, em suma, a revelação de que grandes corporações do país realizariam pagamentos indevidos à campanha para a reeleição de Nixon e a diversos governos estrangeiros. O Congresso estadunidense, conseqüentemente, houve por bem criminalizar o suborno de oficiais de governo estrangeiro por empresas, bem como estabelecer diretrizes de transparência e governança corporativa neste sentido.

Uma característica relativa à aplicação do FCPA – a qual evidencia sua forte preocupação econômica influenciadora das alterações legislativas globais neste sentido – foi que houve um decurso de praticamente duas décadas entre a sua promulgação e sua efetiva implementação. Com efeito, entre os anos de 1977 e 1996, foram registrados apenas 40 casos de aplicação da referida lei – em média, dois por ano. Nas duas décadas seguintes (1997 a

³⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 28.

³⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 160.

2016), no entanto, foram registrados 428 casos, os quais resultaram na imposição de multas de valores sem precedentes anteriores.³⁶

Estas disparidades se explicam principalmente a partir de uma certa resistência inicial ao FCPA por parte de grandes grupos empresariais, sob o fundamento de que a Lei traria desvantagens concorrenciais às companhias estadunidenses – especialmente em relação a setores que notoriamente dependiam de contratações de governos estrangeiros, como a indústria bélica e a de infraestrutura.³⁷ Daí foi constatada a necessidade de acordos multilaterais que fizessem com que outros países também se comprometessem com o combate à corrupção, como uma forma de nivelamento concorrencial visando coibir ações corruptoras de competidores estrangeiros, em interessante aplicação prática do dilema do prisioneiro.³⁸

Este entendimento pressionou uma mudança geral da percepção mundial sobre a corrupção e da compreensão dos danos causados pela mesma, bem como da necessidade de responder a escândalos diversos.

A este movimento internacional ao redor da pauta a partir da década de 1990 se somou uma observância do crescimento das relações comerciais chinesas na América Latina, espaço de histórica influência estadunidense, de forma que as preocupações de natureza concorrencial deste país se agudizaram – inclusive porque até então, este era o único país que punia criminalmente seus cidadãos pela corrupção de funcionários públicos

³⁶ BREWSTER, Rachel. *Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy*. Virginia Law Review, v. 103, n. 8, dez. 2017, p. 1614.

³⁷ BREWSTER, Rachel. *Enforcing the FCPA...*, cit., pp. 1628-1629.

³⁸ O dilema do prisioneiro é um problema da teoria dos jogos e uma representação das implicações na tomada de decisões individuais e coletivas em situações em que duas partes estão em conflito, mas possuem interesses em comum. Ele foi concebido por Melvin Dresher e Merrill Flood, e ganhou a denominação por Albert Tucker. Em seu modelo básico, trata-se de uma situação hipotética ilustrada por dois prisioneiros, coautores de um crime, detidos em celas distintas e sem comunicação entre si. Ambos estão preocupados com os seus interesses pessoais e desejam reduzir as próprias penas. Os prisioneiros têm duas escolhas – confessar ou permanecer em silêncio. Caso ambos confessem, serão sentenciados a uma pena intermediária; caso um deles confesse e o outro permaneça em silêncio, o delator será liberado e o delatado terá uma pena elevada; e caso nenhum deles confesse o crime, ambos serão sentenciados a uma pena baixa. Há um dilema porque no plano individual, o melhor cenário é aquele em que um deles confessa e o outro permanece em silêncio; no entanto, caso ambos optem por este caminho, estarão sujeitos a uma pena intermediária. Desta forma, o melhor cenário é aquele cooperativo, em que nenhum dos dois confesse o crime, levando a uma pena baixa. Em situações representadas pelo dilema do prisioneiro, os indivíduos podem escolher entre buscar maximizar os seus ganhos individuais, com o risco de que todos os envolvidos sejam prejudicados; ou cooperar e priorizar interesses coletivos, reduzindo os seus ganhos, mas também mitigando os riscos de prejuízo. O dilema se aplica a diversas situações, incluindo a que se trata neste trabalho. Vide: POUNDSTONE, William. *Prisoner's dilemma*. Nova York: Anchor Books, 1992, *passim*; PERLA, Juan O., *A Game Theoretic Analysis of the Inter-American Convention against Corruption*. Disponível em <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/Integrity-Forum-16-Juan-Perla.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2019.

estrangeiros³⁹, o que colocaria as suas empresas em posição de desvantagem frente a demais Estados que oferecessem maior tolerância para com a venalidade da função pública alheia.

Não se nega a efetiva existência de preocupações de cunho moral com a corrupção, e nem a influência da opinião pública frente aos escândalos diversos. Mas fato é que, no âmbito internacional, foram as preocupações e pressões de cunho econômico que acabaram por impulsionar as maiores alterações legislativas no tema, pela ação de diversos órgãos internacionais.

Como consequência destas pressões econômicas, a partir do final do Século XX, o tema tornou-se objeto de diversos tratados internacionais – muitos dos quais foram incorporados no ordenamento jurídico brasileiro.

É o caso da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996,⁴⁰ assinada no âmbito da Organização dos Estados Americanos a partir de intensa influência estadunidense. A Convenção foi o primeiro instrumento jurídico internacional sobre a corrupção a ser internalizado pelo direito brasileiro.

Seu preâmbulo prevê expressamente o reconhecimento dos impactos negativos da corrupção, inclusive no âmbito econômico⁴¹, e a urgência da adoção de medidas para o seu enfrentamento.⁴² Prevê, ainda, uma definição de “atos de corrupção” em seu Artigo VI – mais restritiva do que a redação do artigo 317 do Código Penal, já que menciona expressamente o ato no exercício das funções públicas como elemento do conceito de corrupção.⁴³ Por outro lado, seu Artigo IX prevê também a tipificação do enriquecimento

³⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 89, mar./abr. 2011, p. 22.

⁴⁰ Internalizada no ordenamento pátrio por meio do Decreto nº 4.410/2002, com reserva para o seu Artigo XI, parágrafo 1º, inciso c.

⁴¹ “(...) *PERSUADIDOS de que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social; (...)*”

⁴² “(...) *CONVENCIDOS da importância de gerar entre a população dos países da região uma consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção; RECONHECENDO que a corrupção, em alguns casos, se reveste de transcendência internacional, o que exige por parte dos Estados uma ação coordenada para combatê-la eficazmente; CONVENCIDOS da necessidade de adotar o quanto antes um instrumento internacional que promova e facilite a cooperação internacional para combater a corrupção e, de modo especial, para tomar as medidas adequadas contra as pessoas que cometam atos de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculados a esse exercício, bem como a respeito dos bens que sejam fruto desses atos; (...)*”

⁴³ “*Artigo VI – Atos de corrupção – I. Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção: a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios*

ilícito, que acaba por englobar situações em que há incremento no patrimônio do funcionário público sem a indicação de um determinado ato de sua autoria.⁴⁴

Também sob grande influência da lógica econômica, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborou e promulgou a supramencionada Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais em 1997⁴⁵, em consonância com o objetivo da construção de uma economia global “*mais forte, transparente e justa.*”⁴⁶

Seu preâmbulo já indica o pressuposto que a corrupção em transações internacionais desperta “*sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade*”, após significativa pressão internacional estadunidense⁴⁷.

O enfoque, como o nome da Convenção indica, recai sobre a corrupção em transações comerciais internacionais, definida, em suma, como o oferecimento de vantagem indevida a um funcionário público estrangeiro para causar ação ou omissão em suas funções oficiais, com a finalidade específica de obter vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.⁴⁸ Não obstante, há também farta menção aos danos do fenômeno da corrupção como um todo.

como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerci funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro; d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e e. a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertado! ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.”

⁴⁴ “Artigo IX – Enriquecimento ilícito – Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessária; para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de sua; funções e que não possa justificar razoavelmente. Entre os Estados Partes que tenham tipificado o delito de enriquecimento ilícito, este será considerado um ato de corrupção para os propósitos desta Convenção. O Estado Parte que não tenha tipificado o enriquecimento ilícito prestará a assistência e cooperação previstas nesta Convenção relativamente a este delito, na medida em que o permitirem as suas leis.”

⁴⁵ O ordenamento brasileiro internalizou a Convenção por meio do Decreto nº 3.678/2000. Neste ponto, um aspecto importante a ser observado é que a OCDE não é e nem se propõe a ser uma entidade representativa de todos os Estados nacionais – pelo contrário, possui um controle bastante rigoroso para a entrada de novos membros. Desta forma, a adesão à Convenção por parte de países que não são membros do grupo – como é o caso do Brasil – denota os efeitos e a influência exercida nesta seara pelos países centrais.

⁴⁶ Vide < <https://www.oecd.org/about/47747755.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2019.

⁴⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. La política criminal internacional..., cit., p. 24.

⁴⁸ “Artigo 1 – O Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros – 1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja

De forma mais ampla, por sua vez, tanto no sentido de buscar envolver mais países como no sentido de tratar da corrupção de forma mais abrangente, verificam-se também diversas movimentações quanto ao tema no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), órgão que se propõe a ter natureza notadamente universal.⁴⁹ Buscando, pois, padronizar legislação e políticas em torno do tema, a ONU também passou a encampar o discurso do combate à corrupção, inclusive pela perspectiva de sua correlação com a violação dos Direitos Humanos – ou seja, tratando o fenômeno não exclusivamente sob uma perspectiva concorrencial, mas sim como obstáculo para a realização dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.⁵⁰

Embora já o fizesse de forma embrionária desde a Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 3.514 de 1975⁵¹, é a partir de 1997, por meio do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o qual passou a atuar e encampar instrumentos internacionais contra a corrupção, e também a fomentar mecanismos de cooperação a nível nacional para compartilhamento de apoio e ajuda técnica para a elaboração de normas e mecanismos de prevenção.

Desta atuação resultou a Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, de novembro de 2000. Incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 5.015/2004, a Convenção possuía o propósito de “*promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional*”, trazendo determinações expressas sobre a criminalização da corrupção ativa e passiva de funcionários públicos nacionais. Também recomendava a medida com relação à corrupção de funcionários públicos estrangeiros.

O conceito de corrupção adotado em seu Artigo 8 é também mais restritivo do que a redação do artigo 317 do Código Penal, prevendo, em suma, a conduta do *intraneus* que pede benefício indevido para se abster ou praticar um “*ato no desempenho de suas*

diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.”

⁴⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. La política criminal internacional..., cit., pp. 24-25

⁵⁰ É o que entende, inclusive, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/CorruptionAndHR/Pages/HumanRightsAgainstCorruption.aspx>>. Acesso em 25 mai. 2019.

⁵¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal..., cit., p. 413.

funções oficiais.”⁵² Não há previsão sobre enriquecimento ilícito nesta Convenção, mas o mesmo artigo também prevê a possibilidade de conferir o caráter de infração penal a outras formas de corrupção.

Ainda no âmbito da Assembleia Geral da ONU, há outros marcos importantes que abordam questões referentes à corrupção.⁵³ Entre as resoluções aprovadas, merecem destaque a Resolução 53/176⁵⁴, de 1998, que trata especificamente da corrupção em transações internacionais, e a Resolução 55/61⁵⁵, de 2000, que aponta a necessidade de um instrumento legal internacional de combate à corrupção de forma mais ampla. Também merece menção a Resolução 55/188⁵⁶, que trata da prevenção e combate à corrupção e transferência ilícita de fundos, bem como a sua repatriação.

Posteriormente, ainda no âmbito da ONU, foi realizada em 2003 a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida, internalizada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 5.687/2006.

Se observa nela a preocupação com a corrupção e sua conexão com outros delitos, como a lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas, e a necessidade de atuação ampla e multidisciplinar na sua prevenção e combate. Há a prescrição de uma série de medidas preventivas e repressivas, com intuitos de cooperação internacional, promoção de programas de integridade e medidas de recuperação de ativos. É notadamente e emblematicamente adotada a perspectiva de combate ou luta contra a corrupção em seu artigo 1, o que denota a

⁵² “Artigo 8 – Criminalização da corrupção – 1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que sejam necessárias para caracterizar como infrações penais os seguintes atos, quando intencionalmente cometidos: a) Prometer, oferecer ou conceder a um agente público, direta ou indiretamente, um benefício indevido, em seu proveito próprio ou de outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais; b) Por um agente público, pedir ou aceitar, direta ou indiretamente, um benefício indevido, para si ou para outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para conferir o carácter de infração penal aos atos enunciados no parágrafo 1 do presente Artigo que envolvam um agente público estrangeiro ou um funcionário internacional. Do mesmo modo, cada Estado Parte considerará a possibilidade de conferir o carácter de infração penal a outras formas de corrupção.”

⁵³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. La política criminal internacional..., cit., p. 25.

⁵⁴ Disponível em < https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/53/176>. Acesso em 25 mai. 2019.

⁵⁵ Disponível em < https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/55/61>. Acesso em 25 mai. 2019.

⁵⁶ Disponível em < http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/55/188>. Acesso em 25 mai. 2019.

postura a ser adotada – lógica de recrudescimento penal visando cercear a corrupção, cada vez mais tida como fonte dos mais diversos problemas sociais.⁵⁷

Também são previstas uma série de condutas a serem penalizadas, tais quais o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, tráfico de influências, abuso de funções, enriquecimento ilícito, entre muitas outras figuras que se referem no todo a uma concepção mais ampla de corrupção.

Dentre elas, a que mais se assemelha à corrupção nos moldes do Código Penal brasileiro é o abuso de funções, que prevê em suma a conduta de realizar ato em violação à lei com o objetivo de obter benefício indevido⁵⁸. Não obstante, conforme dito, a Convenção buscou adotar uma concepção mais ampla a respeito do tema, em sintonia com o movimento geral de recrudescimento em torno da corrupção.

As pressões internacionais para recrudescimento da política de combate à corrupção não advêm somente do âmbito estatal: organizações não governamentais também desempenham papel relevante neste sentido, sendo a mais notória a Transparência Internacional, fundada em maio de 1993. Sua contribuição mais conhecida ao tema é o Índice de Percepção da Corrupção, publicado anualmente a partir de pesquisas realizadas com empresários, especialistas e o público em geral.⁵⁹

Embora não se negue a importância de mudanças de paradigma no âmbito penal, especialmente perante as já mencionadas mudanças na criminalidade transnacional e internacional – que, de fato, demandam também um olhar que vá além da tradicional concepção do Estado –, não é sem um olhar crítico que estas mudanças devem ser aceitas e implementadas. Isto seja frente à expressiva assimetria da influência exercida pelos países centrais, notadamente as potências econômicas mundiais, sobre países que não se encontram nesta categoria, a qual se intensifica com a aceleração das interações globais em matéria econômica, de forma que determinados interesses políticos e econômicos acabam por se sobrepor, mesmo dentro do âmbito das pautas tidas como internacionais⁶⁰; seja em relação

⁵⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 163.

⁵⁸ “Artigo 19 – Abuso de funções – Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade”.

⁵⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 59-61.

⁶⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 266.

ao questionamento no que diz respeito à influência significativa em determinadas pautas e até mesmo o estabelecimento de tipos penais por meio de entidades privadas.

Se a imposição de pautas por meio de instrumentos de *hard law* já é apta a gerar estes necessários questionamentos, que dirá aquela exercida por meio de instrumentos de *soft law*, como é o caso da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE.

Elaborados por Estados e atores não estatais e não vinculantes juridicamente⁶¹, os instrumentos de *soft law* geram questionamentos não somente sobre a soberania popular na definição de quais bens jurídicos merecem tutela penal, como o próprio exercício do poder de punir, que é elemento central à soberania e que sofre relevante limitação.⁶²

O processo de globalização evidencia novos interesses, de natureza difusa e pretensamente universal, que passam a ser também alvo do Direito Penal no âmbito de sua expansão.⁶³ Neste ponto, invariavelmente surgem conflitos entre distintos sistemas e culturas jurídicas, dada a esperada incompatibilidade parcial ou total entre normas e princípios nacionais e internacionais. Contudo, na origem de tais instrumentos legais, o que se observa é a exigência de que os países ratifiquem os tratados sem reservas ou com o mínimo possível de reservas, de forma que sua origem e fundamentação remeta ao âmbito político internacional, sem levar em consideração nuances sobre sua adequação ao ordenamento interno, aos bens jurídicos tidos como caros ou à lógica penal doméstica de cada país.

Isto resulta em um progressivo processo de "*pasteurização*"⁶⁴ do Direito Penal, com a tentativa de imposição de fórmulas gerais de solução para problemas complexos que não necessariamente adequam-se às normas e princípios locais, de forma que a experiência nacional acerca do tema acaba por ser anulada em prol de importações inadequadas de institutos e procedimentos que não necessariamente encontram respaldo ou espaço imediato nas legislações locais, seja por se tratarem de figuras inexistentes, seja por

⁶¹ MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 45.

⁶² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 267; no mesmo sentido, DISSENHA, Rui Carlo; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto. *A internacionalização do poder punitivo: os riscos normativos e políticos da demanda por leis penais universais*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 26, n° 147, set. 2018, p. 816.

⁶³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 112-115.

⁶⁴ DISSENHA, Rui Carlo; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto. *A internacionalização do poder...*, cit., p. 833.

partirem de uma lógica não necessariamente compatível com garantias e construções teóricas historicamente estabelecidas.⁶⁵

Isto não se mostra ideal, já que, como pondera Silva Sánchez, em um sistema penal de pressupostos teleológico-valorativos, há a necessidade de se levar em consideração as culturas e sistemas de representações valorativas locais.⁶⁶ Desta importação indiscriminada resulta também a relativização indevida de princípios caros ao Direito Penal, tais como a legalidade, conforme mencionado acima, bem como a subsidiariedade e o seu caráter de *ultima ratio*, ignorados em prol de uma intervenção mais gravosa e tida como mais eficiente⁶⁷ para o enfrentamento da criminalidade transnacional.

Neste sentido, conforme pondera Bechara, não se negam os impactos da globalização na criminalidade e o surgimento inegável de novos riscos os quais não podem ou devem ser ignorados, o que obriga os Estados nacionais a repensar as soluções tradicionais no âmbito político-criminal.⁶⁸ Estas reformulações, no entanto, acabam por produzir uma flexibilização de categorias e a relativização dos princípios que lhe deveriam ser caros, de modo a se observar uma tendência geral no sentido da expansão.

É necessário, assim, responder a tais demandas sempre sob o horizonte dos valores democráticos, lançando mão de mecanismos internacionais como complementação aos mecanismos nacionais,⁶⁹ recorrendo menos a mecanismos simbólicos, agravamentos de penas, criações de novos tipos penais e flexibilização de procedimentos, mas sim mais à racionalidade e a mecanismos preventivos⁷⁰, o que se mostra mais compatível com a concepção do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

Não é, contudo, o que tem se observado no âmbito da política criminal de combate à corrupção – onde tanto nacional quanto internacionalmente, tem se observado um movimento de intenso recrudescimento e de utilização do Direito Penal como *prima ratio* para enfrentamento da questão, o que nem sempre se dá de forma racional.

⁶⁵ DISSENHA, Rui Carlo; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto. *A internacionalização do poder...*, cit., p. 844.

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 12, out./dez. 1995, p. 35.

⁶⁷ Sobre esta busca por eficiência: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 1998, p. 66.

⁶⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 279.

⁶⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., pp. 281-287.

⁷⁰ DISSENHA, Rui Carlo; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto. *A internacionalização do poder...*, cit., pp. 844-845; SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 164.

1.2.3.2. O acirramento do discurso de “*combate à corrupção*” e suas repercussões normativas mais recentes

Um dos principais propulsores do fenômeno de expansão do Direito Penal que tem se observado nas últimas décadas é justamente o surgimento de novos interesses dignos de tutela penal, de caráter coletivo e difuso – seja pela maior atenção dedicada a determinados temas, seja pelo efetivo surgimento de novos riscos e a perseguição à denominada “*criminalidade dos poderosos*.”⁷¹ É o caso da corrupção – tida por Souza como verdadeira protagonista do cenário atual de recrudescimento do tratamento legal dado aos crimes contra a administração pública⁷².

No contexto brasileiro, na análise de Schilling, é a partir da década de 1980, com a redemocratização e aumento da quantidade de denúncias sobre corrupção e irregularidades diversas no âmbito da administração pública, que se inicia uma mudança de paradigma no sentido de reconhecer a corrupção como prática amplamente difundida e também danosa⁷³.

Alçada ao patamar de verdadeiro “*novo mal do século*”⁷⁴, a corrupção é atualmente alvo de verdadeira cruzada midiática e de movimento político-criminal pelo seu enfrentamento⁷⁵.

O tema tem figurado no centro das atenções da sociedade civil, em geral traduzido pelo discurso de “*combate à corrupção*”, que demanda a punição rápida e severa de agentes corruptores e corrompidos em detrimento de garantias constitucionais diversas como o devido processo legal e a presunção de inocência – as quais passam a ser vistas como “*regalias*” e empecilhos à concretização da justiça, e não como pressupostos do exercício do poder punitivo estatal.

Tornaram-se rotineiras as extensivas coberturas midiáticas de grandes operações policiais e atualizações minuto-a-minuto de julgamentos de casos relevantes em tribunais superiores, quase todos envolvendo o crime de corrupção. Verifica-se, ainda, a

⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Edisofer, 2011, pp. 11-15 e 46-52.

⁷² SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 28-29.

⁷³ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável...*, cit., pp. 36-38.

⁷⁴ Como aponta Silveira ao discorrer sobre o atual tratamento dado ao fenômeno. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal...*, cit., p. 424.

⁷⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 142 e ss.

construção do ideário de juízes-heróis, que acabam por figurar como protagonistas deste “*combate*” em detrimento da imparcialidade judicial, alcançando considerável popularidade e apoio da sociedade civil.⁷⁶

O discurso de “*combate à corrupção*”, muito além de retórico, possui impacto concreto na realidade social brasileira. Dois dos “*escândalos de corrupção*” mais notórios da história recente, o caso do Mensalão e a Operação Lava Jato, são certamente dos maiores responsáveis pelo desgaste da imagem pública do Partido dos Trabalhadores, culminando no impedimento da ex-presidenta Dilma Rousseff – cujo processo, ocorrido no auge da Operação Lava Jato, foi marcado por acusações genéricas de corrupção e de utilização metonímica do termo para designar irregularidades em geral em seu governo.

Não foi distinto o pleito eleitoral de 2018, em que o candidato Jair Bolsonaro se elegeu com base em forte discurso anticorrupção. O atual ocupante da Presidência da República chegou a nomear o ex-Juiz da Operação Lava Jato, Sérgio Fernando Moro, como Ministro da Justiça e Segurança Pública – que, por sua vez, alcançou maior popularidade do que o próprio presidente e exerceu a função de legitimador de seu governo.

O discurso de “*combate à corrupção*” também encampa diversas alterações legislativas, sempre no sentido de expansão horizontal e vertical da punição, com a criação de novos tipos penais, o aumento de pena dos já existentes e a flexibilização de garantias constitucionais diversas – reformas que, contudo, não costumam ser feitas de forma linear e organizada, mas sim de forma reativa a situações pontuais, em verdadeiros “*espasmos sancionatórios*” que pouco contribuem para a racionalidade sistemática de sua disciplina jurídica⁷⁷.

Verifica-se, pois, um movimento geral de intenso recrudescimento, sem que se atente a maiores reflexões sobre a complexidade do tema ou as raízes do fenômeno da corrupção para além do ideário geral de que o povo brasileiro seria por natureza corrupto.

A ênfase nas medidas sancionatórias é constatável por meio das inúmeras propostas legislativas visando o aumento de pena dos tipos penais de corrupção, a tipificação de condutas no seu entorno – como, notoriamente, o enriquecimento ilícito – e a sua

⁷⁶ TOJAL, Tarsila Fonseca. A face revanchista..., cit., p. 218. Exemplo é a discussão recente sobre a execução provisória da pena após condenação em segunda instância, tema discutido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 129.262/SP e posteriormente nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 – discussões muito movidas pelo sentimento de impunidade em casos de corrupção, apesar de seu impacto no Direito Penal como um todo.

⁷⁷ TOJAL, Tarsila Fonseca. A face revanchista..., cit., p. 219.

classificação como crime hediondo. Isto não raro se manifesta por meio de “pacotes” destinados ao combate à corrupção ou por meio de propostas isoladas.

O discurso de “*combate*”, neste sentido, foi um grande propulsor da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), a qual alterou diversos aspectos da legislação penal e processual penal vigentes – dentre eles, a disciplina sobre perdimento de bens em decorrência da sentença condenatória, adicionando a figura do denominado “*confisco alargado*.”⁷⁸

Embora não se questione a relevância do tema da recuperação de ativos decorrentes de práticas criminosas⁷⁹, o que explica, inclusive, a autonomia dada à matéria em instrumentos internacionais⁸⁰, fato é que a figura do confisco alargado demanda maiores reflexões e cautela, dada a sua possível inconstitucionalidade.⁸¹ Ademais, enseja ainda preocupações com as problemáticas referentes à presunção de ilicitude de origem dos ativos

⁷⁸ “Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. § 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal. § 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio. § 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada. § 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada. § 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes”.

⁷⁹ Segundo Jimenez Franco, a importância do tema se dá a uma, para evitar que o produto do crime seja reinvestido em atividades criminosas e siga lesionando bens jurídicos; a duas, como instrumento de dissuasão; a três, para fins de justiça social, para que o proveito possa ser convertido em benefícios para as vítimas e a sociedade; e a quatro, para incrementar a confiança nas instituições de Estado. JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel. La falta de transparencia en la recuperación y gestión de activos en España: incumplimiento normativo y mala administración. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (Eds.); SÁNCHEZ BERNAL, Javier; CARRILLO DEL TESO, Ana E. (Coords.). *Corrupción: compliance, represión...*, cit., p. 243.

⁸⁰ Como, por exemplo, na Convenção de Mérida, que prevê como uma de suas finalidades “*promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos*”.

⁸¹ Conforme a posição de Souza em DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 42.

e com um potencial caráter arrecadatório destes mecanismos⁸², além dos questionamentos sobre a própria eficácia da medida.⁸³

Pouca atenção, contudo, recebem os mecanismos preventivos – verdadeiramente eficazes contra a corrupção, mas que possuem maior complexidade e menos reflexos imediatos. Temas como reforma do sistema eleitoral, fortalecimento de sistemas de controle e transparência na gestão pública, entre diversas outras medidas preventivas que demandam maior reflexão⁸⁴, acabam por assumir posição secundária em face de novas tipificações e aumentos de pena de tipos penais já existentes, consolidando o supramencionado caráter de *prima ratio* do Direito Penal no enfrentamento da corrupção.

O cenário atual de expansão punitiva em relação à corrupção também se manifesta na forma de mudanças interpretativas jurisprudenciais – que, tal qual na seara legislativa, apresentam movimento de expansão que não dá sinais de desaceleração.

Neste sentido, menciona-se as discussões sobre a execução provisória da pena ocorridas em diversos casos no Supremo Tribunal Federal, em que se viu a influência da temática da corrupção na medida em que a exigência de trânsito em julgado da sentença condenatória era encarada como empecilho para a punição de agentes corruptos e corrompidos. De maneira mais ampla, lastrado no acirramento de um discurso que visa uma tida tutela da “*moral administrativa*”, do que decorre a ampliação punitiva em relação aos crimes contra a administração pública como um todo, menciona-se ainda a edição da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, que vedou a aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a administração pública como um todo.⁸⁵

⁸² LUCCHESI, Guilherme Brenner. Confisco alargado: análise das medidas para a recuperação de bens de origem ilícita na experiência comparada americana. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). *Crime e política: corrupção...*, cit., p. 431.

⁸³ Preciado Domènech, ao analisar as alterações similares do Código Penal Espanhol em 2015, afirmou tratar-se de medida populista e simplista que não ataca as raízes e tampouco aprimora a inteligência sobre a recuperação de ativos. PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo. *La corrupción pública en la reforma del Código Penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, 2015, pp. 36-40.

⁸⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 164.

⁸⁵ Súmula 599: “*O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública*”. É perceptível a influência do discurso de “*combate à corrupção*” na edição desta Súmula, mas cabe destacar que os julgados nos quais ela oficialmente se baseia, segundo o próprio Superior Tribunal de Justiça, são majoritariamente referentes ao crime de peculato, previsto no artigo 312 do Código Penal. Não obstante, em análise mais aprofundada sobre o histórico e o equívoco dogmático e político-criminal desta Súmula, ver: FRAGOSO, Christiano. O desacerto da Súmula 599, do STJ. In: LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTIERE, Victor Minervino (orgs.). *Compliance e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, pp. 243-249.

Há também movimento significativo de ampliação punitiva na interpretação judicial específica aos crimes de corrupção. No caso do “*Mensalão*”, que será discutido com maior detalhamento adiante, verificou-se relevante alteração jurisprudencial quanto ao momento de consumação do crime de corrupção passiva: tradicionalmente, se considerava que seria crime formal e instantâneo, consumando-se no momento em que o funcionário praticasse as condutas descritas no tipo penal (como a proposta ou aceitação de acordo espúrio), as quais não necessariamente coincidem com o momento da obtenção da vantagem indevida.

Ocorre que em 12 de novembro de 2003, foi promulgada a Lei nº 10.763, responsável por aumentar a pena dos crimes de corrupção ativa e passiva do intervalo anterior de 1 a 8 anos para 2 a 12 anos. Muitos dos acordos haviam sido realizados antes desta data, de tal maneira que caso se considerasse que a corrupção passiva se consuma com a realização do acordo, o intervalo de pena anterior (que já poderia ser considerado elevado, mas ainda mais benéfico aos réus) seria o aplicável.

Os ministros, portanto, adotaram entendimento no sentido de julgar o crime de corrupção passiva como crime material que se consuma com o pagamento da vantagem indevida, renovada a cada novo recebimento, apesar de constituir evidente *post factum* impunível,⁸⁶ como os parlamentares teriam ainda recebido valores indevidos após a alteração legislativa, as penas aplicadas puderam ser maiores.⁸⁷

Neste sentido, o próprio tema objeto deste trabalho – a necessidade de constatação de um ato de ofício para a configuração típica do delito de corrupção passiva – também passou por alterações significativas, expressando uma gradual flexibilização para que mais condutas pudessem ser contempladas pelo tipo penal, o que se verá com maior detalhamento adiante.

Não se desconhece que, conforme mencionado anteriormente, a corrupção ganhou em complexidade nas últimas décadas. Logo, é necessária uma reflexão mais aprofundada sobre quais mudanças podem ser consideradas refinamentos legítimos no sentido de adequar a interpretação do tipo penal à realidade que se pretende tutelar, e quais destas alterações configuram, ao contrário, recrudescimentos e relativizações indevidas para

Além de evidente equívoco dogmático, sua irracionalidade é de tamanha evidência que o próprio Superior Tribunal de Justiça acabou por afastar sua aplicação em caso recente de evidente insignificância no Recurso em Habeas Corpus nº 85.272/RS.

⁸⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 153.

⁸⁷ TOJAL, Tarsila Fonseca. *A face revanchista...*, cit., pp. 223-224.

viabilizar condenações e um expansionismo penal em matéria de corrupção, incompatível com os princípios que deveriam reger o Direito Penal.

De mais a mais, é importante verificar, a partir do esboço histórico *supra*, no qual fica evidente a origem dos delitos de corrupção no Direito Penal brasileiro, que sua *ratio legis* está intimamente ligada à ideia de venalidade da função pública, embora a redação do tipo penal possa ter sofrido variações diversas ao longo da história legislativa e mesmo não prever expressamente a contrapartida por parte do *intraneus*.

O cenário acima descrito condiz com o conceito de corrupção acima apresentado, i.e., violação de regras por parte de um detentor de determinada posição, mediante vantagem de terceiro que originalmente não lhe deveria ser paga. É também razoavelmente condizente com aquela que figura no imaginário popular quando se fala em corrupção – embora não se ignore que o termo venha sendo apropriado como guarda-chuva para designar quaisquer irregularidades na administração pública.

1.3. Ato: administrativo, da administração e de ofício

O tema dos crimes contra a administração pública possui íntima relação com o Direito Administrativo – e embora dele não se possa simplesmente importar conceitos de forma indiscriminada, pode-se extrair perspectivas válidas para melhor valorar os contornos penais da questão.

Este diálogo é de especial importância para o tema deste trabalho – o “*ato de ofício*” no tipo penal de corrupção passiva –, que possui algumas controvérsias dogmáticas, como as discussões sobre qual classe de atos pode ser considerada “*ato de ofício*” para fins penais, e a aparente similaridade com os conceitos de “*ato administrativo*” e “*ato da administração*”, justificando seu estudo mais aprofundado antes de se passar à análise da controvérsia em si.

À primeira vista, o elemento normativo do tipo “*ato de ofício*”, presente na causa de aumento e na figura privilegiada da corrupção passiva (artigo 317, §1º e §2º do Código Penal) e em todas as modalidades da corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal) e da corrupção ativa em transação comercial internacional (artigo 337-B do Código Penal), aparenta ser intuitivo, remetendo a atos praticados pelo funcionário público.

No Direito Administrativo, distingue-se os “atos da administração”, gênero, dos quais os “atos administrativos” são espécie⁸⁸ – expressões que se assemelham de alguma forma ao elemento normativo “ato de ofício”, o que exige uma clarificação cuidadosa.

Os “atos da administração” são, de forma mais ampla, os praticados pela administração pública no exercício de suas atribuições, para atingir os fins a que se propõe. Eles podem, inclusive, ser regidos por outros ramos do direito, como o Direito Privado, como no caso de locação de imóveis ou assinatura de um cheque por entidade da administração indireta; ou configurar atos materiais que envolvam apenas a execução de tarefas, como o ministério de uma aula por professor da rede pública – os quais também se denomina fato administrativo⁸⁹.

Eles não se confundem com o conceito mais estrito de “ato administrativo”, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, teria surgido no contexto da Revolução Francesa com o fim de distinguir os atos praticados pelas diversas entidades governamentais,⁹⁰ visto que era vedado aos tribunais franceses que conhecessem de operações dos corpos administrativos, com o intuito de delimitar a separação entre poderes.⁹¹

Inexiste definição legal de ato administrativo no Direito pátrio; contudo, sua conceituação é objeto de diversas tentativas doutrinárias. Segundo Di Pietro, parte da doutrina adota os critérios subjetivos, para os quais os atos administrativos seriam o que ditam os órgãos administrativos, excluindo-se o legislativo e o judiciário e incluindo atos de direito privado e demais atos praticados pela administração. Por outro lado, há também quem adote os critérios objetivos, segundo os quais os atos administrativos seriam aqueles praticados no exercício da função administrativa – seja editado pelos órgãos administrativos, seja pelos órgãos judiciais e legislativos. É o critério preponderante na doutrina, mas que não basta por si só, pois também inclui atos da administração sujeitos a regime jurídico distinto, como os atos de direito privado.⁹²⁻⁹³

Ao adotar uma posição mista, Mello define ato administrativo em sentido amplo como “*declaração estatal no exercício de prerrogativas públicas, manifestada*

⁸⁸ NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2009, p. 40.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 55-59.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 383.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, cit., p. 199.

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, cit., pp. 201-202.

⁹³ Como exemplos de doutrinadores que adotam os critérios objetivos: cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 134; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro...*, cit., p. 173; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 383.

mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”, sendo os atos administrativos em sentido estrito aqueles os quais se encaixam nesta categoria e que são concretos e unilaterais.⁹⁴

São exemplos de atos administrativos praticados pelo Poder Executivo a outorga de licenças e a emissão de pareceres pelos órgãos consultivos. Eles também podem ser praticados pelos Poderes Judiciário ou Legislativo no exercício da gestão administrativa, como a nomeação de aprovados em determinado concurso público ou a exoneração de um servidor.⁹⁵

Todos os atos administrativos possuem efeitos jurídicos, ao contrário dos atos da administração, que podem possuir somente efeitos materiais⁹⁶. A definição de um ato como administrativo, portanto, enseja consequências diversas: eles gozam de presunção de legalidade, de legitimidade e de veracidade, além da imperatividade e exigibilidade, por meio dos quais se impõem e configuram obrigações a terceiros. Possuem também autoexecutoriedade e estão sujeitas a análise de tipicidade, devendo corresponder a figuras definidas previamente pela lei.⁹⁷

Uma característica relevante para a análise pretendida neste trabalho consiste no fato de o silêncio, o “*não ato*”, não configurar ato administrativo, mas sim *fato* administrativo. A ausência de pronunciamento da administração, com o escoamento *in albis* de determinados prazos, pode fazer com que a pretensão do administrado seja considerada deferida ou indeferida, a depender do efeito atribuído pela lei⁹⁸.

Ademais, há controvérsias sobre a categorização dos denominados “*atos de governo*” ou “*atos políticos*”. São aqueles emanados da autoridade ou órgão mais elevado do Poder Executivo, tais como sanção e promulgação de leis, veto a projetos de lei e decretações de intervenção federal. Eles estão sujeitos a regime jurídico-constitucional

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo...*, cit., pp. 393-394. Di Pietro adota posição similar, mas mais restrita por excluir atos normativos do Poder Executivo dada a sua natureza própria, definindo o ato administrativo como a “*declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário*”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, cit., p. 205.

⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 173.

⁹⁶ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo...*, cit., pp. 40-41.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, cit., pp. 206-211; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo...*, cit., pp. 427-429; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno...*, cit., pp. 139-140.

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo...*, cit., pp. 421-425.

próprio e são praticados com determinada margem de discricionariedade desde que em obediência à Constituição Federal. Há autores como Odete Medauar que os caracterizam como atos administrativos,⁹⁹ e há posições como a de Di Pietro que lhes conferem categorização autônoma.¹⁰⁰

Percebe-se, assim, que as definições trazidas pelo Direito Administrativo possuem teor mais estrito do que as condutas que a doutrina penal denomina “*ato de ofício*” – termo cuja conceituação costuma estar atrelada de forma mais ampla ao exercício da função pública e tudo que ela envolve.

Desta forma, Bitencourt associa a corrupção passiva à venalidade de atos de ofício, como um “*tráfico da função pública*”¹⁰¹; outros autores, como Hungria, Franco e Stoco, Rosa, Faria, Prado, entre outros, discutem se o ato de ofício deve estar dentro da competência do agente – sem, contudo, adentrar a conceituação de ato administrativo ou ato da administração supramencionado ou restringir o alcance do termo de acordo com critérios desta seara¹⁰², estando muito mais relacionado ao tema das competências funcionais do *intraneus*. Pagliaro e Costa Júnior chegam a afirmar, neste sentido, que o termo “*ato*” não deve ser interpretado no sentido técnico-administrativo, compreendendo atos de governo e atos do direito privado¹⁰³.

Logo, para fins penais, verifica-se que o ato de ofício pode ser compreendido em uma acepção mais ampla como qualquer ato praticado pelo *intraneus* e que guarde relação com a sua condição de funcionário público, ainda que não estritamente dentro do rol de suas atribuições funcionais.

Vê-se que tal qual os conceitos penais de administração pública e de funcionário público – termo que nem sequer é utilizado no direito administrativo¹⁰⁴ –, não há total correspondência entre os conceitos administrativos de ato e o conceito penal de ato de ofício, aparentando ser este último mais amplo do que aquele.

⁹⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno...*, cit., p. 147.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, cit., p. 199.

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: volume 5*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 109.

¹⁰² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código...*, cit., p. 371; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1469; ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 874; FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacinto Editora, 1943, v. 5, p. 514; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 3., p. 582.

¹⁰³ PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Perfil, 2006, p. 105.

¹⁰⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 64-65.

Isto por si só não é incoerente com o fato de a interpretação penal dever possuir caráter restritivo, tendo em vista que se vislumbra com facilidade condutas que não se inserem na definição de atos da administração ou atos administrativos, mas que possuem o caráter de compra e venda da função pública e vilipendiam o bem jurídico tutelado pela norma.¹⁰⁵ Em que pese existam semelhanças entre os conceitos, fato é que não se trata de um elemento normativo do tipo com remissão necessária ao referencial jurídico administrativo, de modo a permitir a adoção de um conceito penal apartado.

Ademais, a existência de critérios próprios à esfera criminal para a valoração da ofensividade penal também justifica— aliás, torna necessária — a adoção de conceitos próprios àquele âmbito, evitando-se a adoção automática de conceitos administrativos¹⁰⁶.

Uma mera transposição deste conceito, além de inadequada pelo fato de o Direito Penal possuir critérios valorativos próprios, excluiria de indevidamente diversas condutas cujo mercadejar pode possuir relevância penal por se estar diante do direcionamento das funções públicas para interesses particulares, mas que não configuram atos administrativos, como a prolação de sentenças judiciais. Por esta mesma razão, não parece ser adequado limitar a incidência penal a atos de corrupção que envolvam as estritas atribuições funcionais do *intraneus*.

De todo modo, da análise doutrinária depreende-se a constatação da pluralidade de condutas passíveis de serem praticadas pela administração pública, com distintos efeitos, jurídicos ou não — e, conseqüentemente, a pluralidade de condutas que podem ser de alguma forma alvo de práticas de corrupção, independente de sua definição na esfera administrativa.

1.4. As controvérsias sobre a verificação de um ato de ofício no tipo penal de corrupção passiva

O tipo penal da corrupção sofreu algumas alterações ao longo da história, sendo a atual redação datada de 1940. Inalterado desde então, salvo um aumento das penas mínima e máxima no contexto da Lei nº 10.763/2003, o tipo tem se mostrado fonte de notável

¹⁰⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 70.

¹⁰⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 377.

insegurança jurídica – como é o caso, aliás, dos crimes contra a administração pública como um todo.¹⁰⁷

Especificamente quanto ao objeto deste trabalho, uma das maiores controvérsias atuais sobre a interpretação do tipo penal de corrupção passiva trata da necessidade ou não da constatação de um ato de ofício alvo do mercadejar para a configuração da figura do *caput* – o que se denominará controvérsia central do trabalho.

Como consequência da adoção da premissa de que é necessário identificar o ato de ofício correlato, há alguns desdobramentos sobre os seus contornos: se é preciso que ele seja efetivamente praticado; o quão determinado o ato precisa estar na ocasião do *pactum sceleris*; e se ele precisa estar inserido nas atribuições do cargo do funcionário público, ou se basta que ele possa garantir a sua execução. O trabalho irá se referir a eles como as controvérsias consequentes. Adiante, cada uma delas será exposta detalhadamente.

1.4.1. Controvérsia central: a exigência de constatação de um ato de ofício na figura do caput

A controvérsia central sobre o tema diz respeito à existência ou não da verificação de um “*ato de ofício*” correlato à vantagem indevida como um elemento do tipo penal de corrupção passiva. Ou seja, se seria necessário identificar a precisa conduta a ser praticada pelo *intraeus* como contrapartida da referida vantagem, ou se bastaria constatar a solicitação, recebimento ou aceitação de sua promessa.

Isto porque o tipo penal de corrupção passiva, em seu *caput*, tipifica a conduta 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*”. Inexiste, pois, previsão legal da necessidade de um ato de ofício visado pela vantagem indevida.

Neste ponto, chama atenção a diferença com as figuras dos parágrafos 1º e 2º, que preveem, respectivamente, aumento de pena para caso o funcionário retarde ou deixe de praticar qualquer ato de ofício ou o pratique infringindo dever funcional, e uma figura privilegiada com pena significativamente menor para o *intraeus* que o faça motivado por pedido ou influência de outrem.

¹⁰⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 152

Também chama atenção a diferença com a figura da corrupção ativa, que tipifica a conduta do particular que oferece ou promete vantagem indevida para determinar que o *intraneus* pratique, omita ou retarde ato de ofício; se o funcionário público efetivamente o faz infringindo dever funcional, incide a causa de aumento do parágrafo único. Destaca-se, inclusive, que há entendimento doutrinário recorrente no sentido de reconhecer que inexistente bilateralidade entre corrupção ativa e passiva, sendo eles delitos distintos e autônomos com regras próprias.¹⁰⁸

Conforme visto anteriormente, mesmo as figuras pretéritas da peita e do suborno, presentes nos códigos penais anteriores, previam a existência de algum ato por parte do funcionário público como elemento do tipo penal.

Desta forma, à primeira vista, a questão parece possuir solução simples, uma vez que o tipo não prevê a necessidade de identificação do ato: aparentemente, a consumação se daria simplesmente com a solicitação, o recebimento ou a aceitação de promessa de vantagem indevida por parte do *intraneus*, independente do motivo.

Contudo, a simples redação do tipo penal não basta para dirimir a controvérsia: o entendimento de que há a necessidade da demonstração de um específico ato de ofício encontra respaldo, ainda que de forma indireta, na doutrina pátria.¹⁰⁹ Esta posição baseia-se principalmente no entendimento da corrupção enquanto a mercancia da função pública, ou, essencialmente, a venda de atos de ofício em troca de vantagem indevida¹¹⁰; a partir desta definição, seria então necessário verificar qual seria o ato praticado pelo funcionário público em troca da vantagem.

Um outro argumento está relacionado ao fator histórico – ou seja, às fontes nas quais se inspirou o Código Penal de 1940, notadamente, o Código Penal suíço. Este

¹⁰⁸ PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração...*, cit., p. 96; GARCIA, Basileu. *Dos crimes contra a administração pública. Revista de Direito Administrativo*, v. 8, abr. 1947, p. 402; OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 59; NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 15; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal...*, cit., p. 573; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código...*, cit., p. 367.

¹⁰⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código...*, cit., pp. 368-371; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3, pp. 470-474; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal...*, cit., p. 582; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação...*, cit., p. 1466; WUNDERLICH, Alexandre. *Dos crimes contra a administração pública*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 926, e, mais recentemente, WUNDERLICH, Alexandre. *Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral*. In: SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 1059-1060.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: volume 5...*, cit., p. 109; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação...*, cit., p. 1466.

prevê também as formas simples e qualificada da corrupção passiva, da mesma forma que o Código Brasileiro, e a redação exige expressamente a relação do fato com o ato de ofício. De acordo com esta lógica, se essa foi a inspiração do código brasileiro, então a relação da vantagem com o ato de ofício é necessária.¹¹¹⁻¹¹²

Ainda, não raro, visões doutrinárias como a de Bento de Faria acabam por simplesmente afirmar a exigência do ato de ofício como parte do tipo, sem que abordem com maiores detalhes o porquê desta exigência existir, mesmo que não se encontre na redação legal. Assim, o autor, ao discorrer sobre o elemento subjetivo do tipo, afirma que seria o dolo de solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem “*como retribuição indevida pela prática, omissão ou demora do ato de ofício*”¹¹³. Hungria chega a afirmar que é irrelevante que o ato sobre o qual versa a venalidade seja lícito ou ilícito, reconhecendo a existência deste elemento do tipo.¹¹⁴

De forma contrária, Garcia dispensa a verificação do ato de ofício; para o autor, basta o nexo entre a vantagem indevida e o exercício do cargo.¹¹⁵ Nos dias atuais, Nucci também aborda a questão de maneira frontal, negando a exigência com base na ausência de qualquer previsão legal neste sentido no tipo penal. Bastaria que o funcionário público tome para si o que não é seu, pois lhe faltaria a moralidade administrativa e ética necessários¹¹⁶.

Mais do que uma divergência dogmática, a relevância prática da questão é evidenciada pela jurisprudência – conforme se verificou, a título exemplificativo, no julgamento da Ação Penal nº 307-3/DF pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁷, em que o ex-presidente Fernando Collor foi absolvido das acusações de corrupção passiva porque a

¹¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, out./dez. 1993, pp. 98-99.

¹¹² Neste ponto, em que pese o inegável valor da análise das referências utilizadas na elaboração legislativa nacional, a visão mais adequada parece ser no sentido de que a influência do Código Penal suíço diz mais respeito à estrutura e disposição dos crimes de corrupção – ou seja, a separação da corrupção ativa e passiva em artigos distintos – e à questão da bilateralidade do que especificamente à existência ou não deste elemento do tipo. É o que se verifica do magistério de Nelson Hungria, que menciona a inspiração suíça ao falar da estrutura adotada pelo legislador de 1940 e da separação entre corrupção ativa e passiva. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código...*, cit., pp. 366-367. Mesmo porque é natural que o legislador se inspire em códigos estrangeiros na elaboração legislativa – o que não implica na importação de todos os elementos dos tipos penais alheios.

¹¹³ FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro...*, cit., p. 522.

¹¹⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código...*, cit., p. 368.

¹¹⁵ GARCIA, Basileu. *Dos crimes contra...*, cit., p. 404.

¹¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção...*, cit., p. 49.

¹¹⁷ STF, AP 307, Segunda Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.12.1994.

denúncia não indicou quais teriam sido os atos de ofício praticados em decorrência do recebimento de determinadas vantagens indevidas.

Neste caso, consta do acórdão proferido em dezembro de 1994 que durante o período compreendido entre a data de sua posse em março de 1990 e o mês de junho de 1992, o ex-presidente teria recebido vantagens indevidas em razão do exercício do referido cargo, na forma de depósitos efetuados em contas bancárias.

Na denúncia, constavam três fatos: (i) o suposto recebimento de vantagem indevida da construtora Tratex para a nomeação de Marcelo Ribeiro para o cargo de Secretário Nacional dos Transportes; (ii) a suposta atuação junto à Petrobras para que fosse concedido um financiamento de combustível à VASP; e (iii) a suposta solicitação de vantagem indevida à empresa Mercedes Benz consistente em uma quantia destinada à campanha política de um aliado candidato à Câmara dos Deputados.

O relator do caso, Min. Ilmar Galvão, adotou em seu voto o entendimento de que não bastaria a mera solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida; seria necessária a existência de nexo de causalidade entre a conduta do funcionário público e a realização de um ato funcional de sua competência.¹¹⁸ Este seria, segundo o ministro, o entendimento consolidado da doutrina e jurisprudência pátrias. Isto porque, no ordenamento brasileiro, a corrupção teria se assentado na existência de um sinalagma – de forma que se excluiria a hipótese de punição das dádivas solicitadas ou recebidas.

Com base nestes entendimentos, o Ministro votou pela absolvição do ex-presidente, visto que das três condutas imputadas, para duas não havia sido apontado ato de ofício correlato (casos Mercedes-Benz e Petrobrás); e para a que havia, se entendeu não haver prova suficiente de que os recursos teriam “*passado pelas mãos do ex-Presidente da República*” – gerando dúvida quanto à existência do crime (caso Tratex e a nomeação de Marcelo Ribeiro).¹¹⁹ Seu entendimento prevaleceu e foi julgada improcedente a denúncia contra Fernando Collor.

¹¹⁸ Cf. pp. 2193-2203.

¹¹⁹ Em sentido similar, votaram os Ministros Moreira Alves, revisor do caso (pp. 2442-2452), Celso de Mello (pp. 2667-2680) e Octavio Garotti (p. 2769). Já em sentido oposto, estão os Ministros Sepúlveda Pertence (pp. 2705-2722), Néri da Silveira (pp. 2749-2750) e Carlos Velloso (pp. 2813-2817), para quem o delito de corrupção passiva se consuma com o mero recebimento da vantagem indevida, sendo dispensável a identificação de ato de ofício correlato. Conforme os ministros, a literalidade do tipo penal não traz esta exigência, que existia nos códigos anteriores – o que indicaria a posição de ruptura adotada pelo legislador de 1940. O ato de ofício, desta forma, seria requerido apenas nas formas qualificada e privilegiada do delito de corrupção passiva. Ainda, para estes ministros, esta desnecessidade da correlação entre a vantagem indevida e

O entendimento se manteve até o início da década de 2010¹²⁰, quando foi consideravelmente flexibilizado no notório julgamento da Ação Penal nº 470/MG, conhecida como “*Mensalão*.”¹²¹

A denúncia deste caso, por sua vez, narrava uma “*sofisticada organização criminosa*” que teria se iniciado com a vitória eleitoral do Partido dos Trabalhadores em 2002 e teria por objetivo a compra de suporte político de outros partidos no Congresso Nacional, bem como a garantia do financiamento das suas campanhas eleitorais – seja visando o pagamento de dívidas, seja para campanhas futuras.

Foram imputados os delitos de corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta de instituição financeira e formação de quadrilha; contudo, foi pelos delitos de corrupção – ativa e passiva – que o caso se tornou notório e ganhou o seu nome: o “*Mensalão*” seria justamente o pagamento mensal de vantagens indevidas a parlamentares para que estes votassem de acordo com os interesses do grupo patrocinador.

Neste caso, os ministros em princípio se propuseram a manter o entendimento de que a necessidade de relação da vantagem indevida com algum ato de ofício seria exigível, afirmando estarem seguindo o entendimento firmado anteriormente na Ação Penal nº 307-3/DF¹²², mas abriram mão da necessidade de sua efetiva prática e demandando um grau de determinação consideravelmente menor – tema que será tratado com maior detalhamento nos tópicos seguintes. Houve, assim, nítida flexibilização da exigência.

Foi a partir de meados da década de 2010, especialmente após o início da Operação Lava Jato e o acirramento do atual discurso de “*combate à corrupção*”, que os Tribunais Superiores agudizaram a tendência de recrudescimento e passaram a prescindir totalmente deste elemento do tipo, muito a partir de uma perspectiva moralista do bem jurídico tutelado.

um ato de ofício se evidencia, inclusive, quanto mais alto é o escalão do funcionário público, como era o caso os fatos objeto da Ação Penal 307/DF.

¹²⁰ STJ, HC 13.487/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22/11/2001, DJ 27/05/2002; APn 224/SP, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 01/10/2008, DJe 23/10/2008; HC 123.234/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/06/2010, DJe 02/08/2010; STF, Inq 785, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08/11/1995.

¹²¹ STF, AP 470, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17/12/2012, DJe 19/04/2013.

¹²² Conforme o voto do Min. Celso de Mello, às p. 2912 do acórdão: “*Cabe esclarecer, neste ponto, até mesmo para afastar dúvidas infundadas a respeito da matéria, que a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito do denominado “ato de ofício”, no julgamento da Ação Penal 307/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, permanece íntegra, não tendo sofrido qualquer modificação*”.

A partir desta época, no Supremo Tribunal Federal é possível observar votos proferidos por determinados ministros no sentido de que não seria necessário estabelecer uma relação precisa entre a vantagem indevida e o ato de ofício praticado, bastando que ela estivesse relacionada à função exercida¹²³.

A mesma tendência foi observada no Superior Tribunal de Justiça, evidenciando o recrudescimento do tratamento dado à corrupção. A Sexta Turma, neste sentido, enfrentou a questão com maior grau de detalhamento no julgamento do Recurso Especial nº 1.745.410/SP, ocorrido em 2018.¹²⁴ Embora o cerne deste caso fosse a questão das competências funcionais do *intransus*,¹²⁵ a qual se detalhará adiante, o voto vencedor proferido pela Ministra Laurita Vaz deu maior enfoque ao aspecto moral do bem jurídico

¹²³ Destaca-se neste sentido: STF, AP 695, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 06/09/2019, DJe 09/12/2019, com destaque ao voto da Ministra Rosa Weber, que afirma que “[*exige-se*], para a configuração do delito, apenas o nexo causal entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida e a função pública exercida, sem que necessária a demonstração do mesmo nexo entre a oferta (ou promessa) e o ato de ofício esperado, seja ele lícito ou ilícito. Ou seja, não é necessário estabelecer uma subsunção precisa entre um específico ato de ofício e as vantagens indevidas, mas sim uma subsunção causal entre as atribuições do funcionário público e as vantagens indevidas, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais”, e do Ministro Luiz Fux, que afirma que “[*é*] *cedição na Corte e na doutrina que, para a consumação do crime de corrupção passiva, basta a solicitação ou recebimento de vantagem ilícita, em razão da função pública. Em consequência, ressoa irrelevante, para a configuração do caput do art. 317 do CP, a ulterior prática de ato de ofício, consubstanciado na votação das emendas parlamentares. A fortiori, a participação ou não do Deputado nos paralelos crimes licitatórios subsequentes à aprovação de emendas parlamentares é questão que não afeta a prática anterior do crime de corrupção passiva*”. No mesmo sentido: STF, Inq 4141, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 12/12/2017, DJe 22/02/2018, com destaque ao voto do Min. Roberto Barroso, que afirmou que “*a prática do ato de ofício não é elemento do tipo penal de corrupção passiva, de modo que a sua ausência não implica atipicidade da conduta. O que releva para a configuração do crime de corrupção passiva é que a vantagem indevida seja recebida em razão da função, o que pode ser evidenciado pelo recebimento de vantagem indevida sem explicação razoável e pela prática de atos que beneficiam o responsável pelo pagamento. No entanto, caso constatada a presença do ato de ofício, prescinde de maior esforço argumentativo a conclusão de que a vantagem indevida ocorreu em razão da função. Dito isso, examinando a hipótese dos autos, fica claro que, independentemente da prática de ato de ofício pelo Parlamentar, há a descrição do recebimento de vantagem em razão de sua atuação em benefício da construtora, valendo-se de sua função*”. Ver, ainda, no mesmo sentido: STF, AP 694, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 02/05/2017, DJe 30/08/2017, e Inq 4506, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Roberto Barroso, j. 17/04/2018, DJe 03/09/2018, entre outros.

¹²⁴ STJ, REsp 1745410/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Min. Laurita Vaz, j. 02/10/2018, DJe 23/10/2018.

¹²⁵ O caso tratava de fatos ocorridos entre o final de 2011 e o início de 2012, envolvendo uma quadrilha destinada à introdução irregular de estrangeiros em território nacional. Nele, dois 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, teriam aceitado promessa de vantagem indevida no valor de R\$ 1.000,00 para que auxiliassem no ingresso irregular de estrangeiro no território nacional. A função desempenhada por eles não possuía relação com assuntos imigratórios, mas os funcionários teriam se utilizado de “*facilidades inerentes às suas funções*” para promover esta entrada. O Ministro Sebastião Reis Júnior, relator do caso que teve seu voto vencido, se baseou na falta de relação entre as funções dos acusados e os atos praticados para proferir voto pela atipicidade da conduta, já que o tipo penal de corrupção passiva trata de recebimento de vantagem indevida *em razão da função* – o que indicaria a necessidade de existência deste vínculo.

tutelado, o que levaria à desnecessidade da verificação de um ato de ofício correlato, já que o interesse em questão restaria lesionado pelo simples recebimento.¹²⁶

Ainda sobre o Superior Tribunal de Justiça e os desenvolvimentos mais recentes da matéria, cabe aqui uma ressalva sobre o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.765.139/PR,¹²⁷ do âmbito da Operação Lava-Jato, em que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em suma, confirmou a condenação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e diversos outros corréus pelos crimes de corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro.

Este caso não raro é listado ao lado dos casos do ex-presidente Collor e do “*Mensalão*” como uma terceira etapa da evolução jurisprudencial sobre o tema do ato de ofício na corrupção passiva, configurando a fase em que teria se abdicado totalmente deste elemento típico.¹²⁸ No entanto, esta comparação não é adequada por dois motivos.

A uma, embora se reconheça a notoriedade deste julgamento, e seu relevo no estudo da matéria da corrupção e do recrudescimento punitivo em seu redor, é importante observar que o ex-presidente foi denunciado pela forma majorada da corrupção passiva – aquela prevista no artigo 317, §1º, em que há previsão expressa da prática do ato de ofício contrário aos deveres funcionais –, ao contrário do ex-presidente Collor e dos réus no caso do “*Mensalão*”, denunciados pela forma do *caput*.

Ademais, o julgado é de abril de 2019, e desde 2018 já é possível encontrar julgados do STJ no sentido de dispensar a exigência do ato de ofício na figura do *caput*. O caso, portanto, tampouco representa precisamente o momento da mudança do entendimento do tribunal. Por este motivo, embora reconhecida a sua repercussão e inserção dentro do

¹²⁶ O voto da Ministra parte de uma visão mais próxima do aspecto moral do bem jurídico-penal tutelado, ampliando a incidência do tipo penal de corrupção passiva para qualquer hipótese em que haja recebimento indevido por parte do funcionário público, independente do motivo. O voto levou em consideração (i) a literalidade do tipo penal, que não prevê a identificação de um ato de ofício; (ii) a interpretação sistemática do art. 317, que evidencia o contraste com outros tipos penais que possuem este elemento do tipo, indicando a opção legislativa de ampliar a abrangência da incriminação; e (iii) o bem jurídico-penal tutelado, que seria a probidade da administração pública, lesionada ainda que o recebimento da vantagem não estivesse diretamente relacionado às atribuições formais do funcionário público.

¹²⁷ STJ, AgRg no REsp 1765139/PR, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 23/04/2019, DJe 09/05/2019.

¹²⁸ Ver, por todos, ALMEIDA, Gabriel Bertin de; ROCHA, Claudia da; CALDEIRÃO, Rafael Fernandes. O caso Lula e a discussão em torno da (des)necessidade da demonstração de ato de ofício específico para a caracterização do crime de corrupção passiva. *Boletim IBCCRIM*, v. 26, n. 310, p. 8-9, set. 2018, e DAGUER, Beatriz; CHINEZE, Giovana Capobianco. As alterações interpretativas dos tribunais superiores acerca do delito de corrupção passiva e a (des)necessidade do ato de ofício para sua configuração. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, n. 6, abr./jun./ 2021, pp. 50-57.

cenário de recrudescimento penal da jurisprudência como um todo, não se considera este julgado uma referência central na matéria.

Não obstante, esta controvérsia repercute diretamente na configuração do delito de corrupção, inclusive em outros casos de grande repercussão. Isto, por sua vez, torna evidente a necessidade de analisar o tema de maneira mais aprofundada, especialmente visando dirimir inseguranças jurídicas diversas ao seu redor – que tem passado por alterações no entendimento jurisprudencial, muitas vezes de tom moralista, motivadas pelo acirramento do discurso de “*combate à corrupção*” e prescindindo de maiores discussões dogmáticas.

1.4.2. Controvérsias decorrentes da necessidade de verificação de um ato de ofício

A controvérsia central deste trabalho – a necessidade ou não de verificação de um ato de ofício – traz consigo diversas controvérsias correlatas, das quais se tratará adiante. Questiona-se (i) se o ato de ofício precisa ser efetivamente praticado; (ii) o quão delimitado ele precisa estar no ato do recebimento da vantagem indevida; e (iii) se o ato precisa estar dentro das competências funcionais do *intraeus*.

Os dois primeiros temas foram alvo de intensa discussão no julgamento do “*Mensalão*”, tendo em ambos sido utilizado o termo “*ato de ofício em potencial*” com imprecisão – o que indica a existência de certa confusão entre os Ministros sobre qual seria a efetiva controvérsia do julgamento.

De todo modo, estas controvérsias somente subsistem caso se adote o entendimento de que é necessário identificar o ato de ofício na corrupção passiva, em sua figura do *caput*. Do outro lado, caso se prescinda deste elemento do tipo, então não se faz necessário enfrentar as controvérsias correlatas: bastaria que se constatasse o recebimento da vantagem indevida em razão da função. Foi como ocorreu no supramencionado julgamento do Recurso Especial nº 1.745.410/SP, em que o relator analisou a questão a partir das atribuições funcionais dos *intraei*, mas o voto que prevaleceu prescindiu desta discussão e concluiu pela tipicidade da conduta somente com base no recebimento. Feita esta ressalva, passará a se expor as controvérsias correlatas.

1.4.2.1. Grau de determinação do ato de ofício

De forma relacionada à controvérsia central, e adotando-se o pressuposto de que é necessário identificar o ato de ofício objeto da negociação no tipo penal de corrupção passiva, surge o questionamento sobre o grau de determinação deste ato de ofício – ou seja, o quanto o ato de ofício a ser praticado pelo funcionário público precisa estar delimitado no ato da solicitação, recebimento ou aceitação da promessa da vantagem indevida. Considera-se que esta foi a verdadeira discussão em torno do ato de ofício enfrentada no julgamento do “*Mensalão*.”¹²⁹

É dizer: precisa o ato estar demarcado em todas as suas circunstâncias ou basta a perspectiva e a noção geral de sua realização – ou ainda, da realização de alguma vantagem, qualquer que seja, em favor do particular?

Na doutrina, por um lado, Pagliaro e Costa Jr. entendem que ele deve ser individualizado ou ao menos individualizável, com a consciência de que a vantagem indevida é contraprestação a ele;¹³⁰ já para Prado, basta que se indique com clareza qual a classe de atos em troca dos quais a vantagem é solicitada.¹³¹

Adotando posição mais extrema, afirma Nucci que basta o recebimento da vantagem indevida em razão do cargo ocupado, já que a pessoa que a forneceu pode estar “*preparando*” o funcionário para um dia solicitar-lhe algo – ainda que nada pretenda no momento do pagamento.¹³²

A questão também impacta diretamente a configuração típica ou não do delito. Conforme aponta Salvador Netto, caso se entenda que um ato de ofício determinado é necessário, há maiores requisitos para que se possa considerar que houve corrupção passiva. Caso contrário, a subjetividade do delito e sua incidência aumentam, com um componente moral mais acentuado baseado na ideia de que o funcionário público não pode receber dádivas pela sua função, independente das consequências deste recebimento.¹³³

¹²⁹ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva: a propósito do julgamento do “Mensalão” (APn 470 do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, jan./fev. 2014, p. 203.

¹³⁰ PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração...*, cit., p. 105.

¹³¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal...*, cit., p. 582.

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção...*, cit., p. 51.

¹³³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*, v. 933, p. 47-59, 2013.

No julgamento do “*Mensalão*”, o tema não chegou a ser enfrentado por todos os Ministros, mas aqueles que o fizeram entenderam que basta a potencialidade de influir no exercício da função pública, não sendo necessário que os atos pretendidos – como, por exemplo, as específicas votações nas quais o apoio seria necessário – sejam, desde o início, precisos e determinados.¹³⁴ A corrupção passiva se configuraria não somente no recebimento de vantagem indevida para a prática de um determinado ato de ofício, mas também nas hipóteses de mercantilização da própria função exercida.

Neste julgamento, os Ministros não consideraram necessário analisar as votações específicas nas quais os legisladores teriam agido sob a influência das vantagens – motivo pelo qual as teses defensivas de que determinados parlamentares já eram anteriormente favoráveis a muitas das pautas de interesse do então governo não foram acolhidas. A ideia geral de que os parlamentares foram influenciados pelas vantagens – que, de todo modo, são indevidas – seria suficiente.¹³⁵ Houve, assim, a abertura de caminho para penas mais severas e uma ampliação da incidência penal.¹³⁶

Similar discussão pode ser encontrada no STJ, também seguindo o entendimento de que não seria necessário indicar detalhadamente qual a conduta funcional do agente corrompido, bastando a indicação de que ela potencialmente venha a existir.¹³⁷ Adota-se também, portanto, a concepção de que a venda da função pública dá-se de forma difusa, através de uma pluralidade de atos.¹³⁸

1.4.2.2. A exigência da efetiva prática do ato de ofício

Ainda a partir do pressuposto de que a identificação de um ato de ofício seria necessária, verifica-se uma segunda controvérsia relacionada à necessidade ou não de identificar o ato de ofício objeto da negociação no tipo penal de corrupção passiva, pois surge o questionamento sobre se é necessário que este ato seja efetivamente praticado, ou se basta a perspectiva de sua prática.

¹³⁴ Neste sentido, estão os votos dos ministros Luís Fux (pp. 1522 e 4053), Dias Toffoli (p. 4230), Ayres Britto (p. 2475), Gilmar Mendes (p. 4361).

¹³⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crimes contra a administração pública*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018, p. 79.

¹³⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 153.

¹³⁷ STJ, REsp 1.354.672/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 12/08/2014, DJe 25/08/2014.

¹³⁸ STJ, RHC 48.400/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 17/03/2015, DJe 30/03/2015.

A questão foi levantada por diversos Ministros no julgamento da Ação Penal nº 470/MG. A maior parte dos ministros votou no sentido de que seria necessário identificar a relação entre a vantagem indevida e um ato de ofício – não bastando, portanto, somente a comprovação do recebimento –, mas dispensou a sua efetiva prática.¹³⁹

Embora o Ministro Lewandowski tenha se considerado vencido neste ponto por ter se proposto a adotar o entendimento firmado no caso Collor, vê-se que aquela interpretação foi flexibilizada, embora não abandonada. Para a configuração do crime de corrupção passiva, bastava que fosse identificado o ato de ofício que potencialmente poderia ser praticado pelo *intransigens*, subentendendo-se a possibilidade da prática de um ato; mas sua efetiva realização não precisaria ser verificada. Este entendimento foi refletido em alguns julgamentos posteriores do Superior Tribunal de Justiça.¹⁴⁰

A controvérsia diz respeito, essencialmente, à caracterização da corrupção passiva como crime formal ou material – ou seja, se ele se consuma com o recebimento da vantagem indevida, ou se ele demandaria um evento naturalístico diverso da conduta¹⁴¹ representado pela prática do ato de ofício.

Neste ponto, a doutrina é pacífica em considerar que se trata de crime formal no sentido de que ele se consuma somente com os atos relacionados à vantagem indevida – solicitação, recebimento ou aceitação de promessa – e independe da ulterior prática de qualquer ato por parte do funcionário público.¹⁴²

¹³⁹ Conforme os votos da Ministra Rosa Weber (p. 1126 do acórdão) e dos Ministros Luís Fux (p. 1521), Dias Toffoli (p. 1952), Cezar Peluso (pp. 2167-2168 e 2214), Marco Aurélio (p. 2417), Celso de Mello (pp. 2442 e 4477), Joaquim Barbosa (pp. 3507 e 3675) e Ayres Britto (p. 4562).

¹⁴⁰ STJ, APn 685/DF, Corte Especial, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, j. 20/11/2013, DJe 14/03/2014; AgRg no REsp 1374837/RN, Quinta Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, j. 07/10/2014, DJe 10/10/2014.

¹⁴¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 190.

¹⁴² FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação...*, cit., p. 1469; PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração...*, cit., p. 112; OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção...*, cit., pp. 57-58; SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal: volume 5...*, cit., pp. 132-133. Há, por outro lado, autores que consideram a corrupção passiva ora formal, ora material a depender do núcleo do tipo que se analise. Sendo assim, praticar as condutas de “solicitar” ou “aceitar promessa” configurariam crime formal ou de mera conduta; já “receber” representaria crime material, possivelmente com base no entendimento de que o recebimento de vantagem implica em incremento no patrimônio do *intransigens* – o que, por sua vez, implicaria na ocorrência de um evento naturalístico diverso da conduta, caracterizando crime material. Neste sentido: GALVÃO, Fernando. *Direito penal: Crimes contra a administração pública*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 165; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial, volume 5...*, cit., p. 123. De todo modo, vê-se que a doutrina considera se tratar de crime que se consuma com o recebimento, solicitação ou aceitação de promessa da vantagem indevida, independente da posterior prática ou não de algum ato funcional.

No entanto, importante relembrar que o entendimento de que o ato de ofício não precisa ser efetivamente *praticado* pelo funcionário público não resolve a controvérsia central, a qual questiona se é necessário ou não *identificar* um ato a ser praticado como contrapartida à vantagem indevida.

1.4.2.3. Ato de ofício e sua relação com as atribuições funcionais

Outra controvérsia que surge caso se entenda que o ato de ofício é necessário diz respeito à exigência ou não de ele estar dentro das atribuições funcionais do *intraneus* – ou se basta uma aceção mais ampla dos denominados “*poderes de fato*” do funcionário público, de forma que a corrupção estaria também configurada em hipóteses de atos dos quais o funcionário possa garantir a execução.

Neste sentido, há autores¹⁴³ que sustentam que o ato de ofício alvo da mercancia deve estar dentro das atribuições funcionais, baseada no entendimento de que o delito se trata justamente do tráfico da função; desta forma, só assim se poderia deparar com dano efetivo ou potencial à administração pública. Caso contrário, estar-se-ia diante de crime de estelionato ou exploração de prestígio.¹⁴⁴

Este entendimento deixaria fora da tutela penal as aceitações de vantagens voltadas a atos materiais que estejam ao alcance do sujeito por conta da sua função, mas que estejam fora de suas atribuições estritas. Para que situações assim não passassem à larga, seria necessária uma interpretação ampliativa do que de fato comporiam as atribuições do funcionário público, especialmente em funções com maior grau de discricionariedade – o que abriria margem para um grau considerável de insegurança jurídica.

Por outro lado, Oliveira¹⁴⁵ sustenta que o delito de corrupção passiva também se configura se o ato for estranho à função, desde que esteja dentro dos denominados “*poderes de fato*” do funcionário público. O autor cita o exemplo de agente que esconde documento a que tem acesso em razão de sua função, mediante recebimento de vantagem indevida – é dizer, basta que o ato pretendido esteja dentro da possibilidade material graças à condição de funcionário público.

¹⁴³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código...*, cit., p. 371; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal...*, cit., p. 582; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação...*, cit., p. 1469.

¹⁴⁴ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação...*, cit., p. 1469.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção...*, cit., pp. 62-64.

A questão também foi explorada no julgamento do “*Mensalão*” por algumas das defesas, que alegaram, a depender das respectivas acusações, que o apoio político de determinados partidos ao PT não seria um estrito “*ato de ofício*” dos parlamentares, ou que o parlamentar acusado de direcionar processo licitatório não seria responsável pelas contratações da Câmara dos Deputados.

Neste ponto, os votos dos Ministros também são consideravelmente confusos, marcados por um certo consenso que os atos precisam estar compreendidos dentro das “*atribuições funcionais*”, mas divergindo sobre sua amplitude – se limitadas somente às votações, ou se compreenderiam também, no caso dos parlamentares, a articulação política como um todo.¹⁴⁶ Esta falta de clareza se dá possivelmente por estar a se tratar de cargo público dotado de maior grau de discricionariedade.

Verifica-se, de todo modo, que há significativa insegurança ao redor do tema do ato de ofício no tipo penal de corrupção passiva – decorrente inclusive do fato de se tratar de exigência que não possui previsão legal, o que faz com que dependa de construções doutrinárias e jurisprudenciais.¹⁴⁷

A questão está intimamente relacionada à definição do que é efetivamente a corrupção e como deve se dar sua tutela penal. As alterações nos entendimentos quanto às questões, por sua vez, estão relacionadas à evolução do próprio fenômeno e da sua complexidade, em conexão com as tendências internacionais em torno do tema¹⁴⁸ na medida em que reconhecem o aumento das formas de sua execução e conseqüentemente expandem a incidência penal.

¹⁴⁶ Vide os votos da Ministra Rosa Weber (p. 1290) e dos Ministros Ricardo Lewandowski (p. 874), Dias Toffoli (p. 1869), Gilmar Mendes (p. 4432), Celso de Mello (pp. 4476-4482), Ayres Britto (p. 4505) e Joaquim Barbosa (p. 3680).

¹⁴⁷ A tendência de recrudescimento em torno deste tema é evidente em julgados do Superior Tribunal de Justiça. No sentido de que deveria ser apontado ato de ofício relacionado ao cargo exercido pelo funcionário público: STJ, HC 123.234/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/06/2010, DJe 02/08/2010; HC 135.142/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 10/08/2010, DJe 04/10/2010. No sentido de que não há esta exigência: STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/08/2018, DJe 31/08/2018; AgRg no AREsp 1.650.032/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 25/08/2020, DJe 01/09/2020; Quinta Turma, AgRg no REsp 1.840.416/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/10/2020, DJe 23/11/2020; AgRg no AREsp 1.085.432/MG. No Supremo Tribunal Federal, por sua vez, verifica-se a existência de julgado recente que ainda reconhece a necessidade de relação com a função estrita do funcionário público, evidenciando a insegurança em torno do tema: STF, Inq 4.259, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, j. 18/12/2017, DJe 06/03/2018.

¹⁴⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O ato de ofício como elemento para caracterizar o crime de corrupção. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas franciscanas do Mensalão*: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 225-226.

As evidentes inseguranças em torno do tema podem ser esclarecidas iniciando-se pela correta delimitação do bem jurídico-penal que se busca tutelar por meio da criminalização da corrupção passiva, para que possa identificar qual o interesse tutelado e quais condutas efetivamente o lesionam. É o que se fará no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 2. BEM JURÍDICO-PENAL E SUA REPERCUSSÃO NA TIPICIDADE DA CORRUPÇÃO PASSIVA

Sumário: 2.1. Considerações iniciais. 2.2. Evolução histórica e entendimento atual da teoria do bem jurídico-penal. 2.2.1. Bens jurídicos coletivos e administração pública: conceito e legitimidade. 2.2.2. Princípio da ofensividade e bens jurídicos coletivos. 2.3. O bem jurídico-penal tutelado pelo tipo penal de corrupção passiva e sua relação com a constatação de um ato de ofício. 2.3.1. A complexidade das novas características da corrupção e as repercussões de seus efeitos na ofensividade. 2.3.1.1. Os novos contornos do fenômeno da corrupção. 2.3.1.2. Repercussões dos novos contornos da corrupção na identificação do bem jurídico tutelado. 2.3.2. A administração pública como bem jurídico tutelado pelo delito de corrupção passiva. 2.3.2.1. Perspectivas externas à administração pública. 2.3.2.2. Perspectivas relativas à infração de dever do funcionário público. 2.3.2.3. Perspectivas relacionadas à administração pública como ente. 2.3.2.4. Perspectivas relacionadas à administração pública como o exercício das funções públicas. 2.3.2.5. Perspectivas relacionadas à administração pública como o conjunto das atividades voltadas ao atendimento da coletividade. 2.4. Tomada de posição.

2.1. Considerações iniciais

A controvérsia objeto deste trabalho diz respeito, essencialmente, aos efetivos limites da extensão da proteção penal no crime de corrupção passiva. Neste contexto, a correta identificação do bem jurídico-penal tutelado pela norma é o ponto de partida para a análise da tipicidade e se faz essencial para distinguir as condutas as quais justificam intervenção penal, o que demonstra a relevância de seu estudo.

Isto especialmente a partir do pressuposto consagrado na doutrina de que, em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal possui a função de tutela subsidiária de bens jurídicos,¹⁴⁹⁻¹⁵⁰ constituindo tanto um meio de limitação do *ius puniendi* estatal como um critério para sua interpretação.¹⁵¹ Somente poderá se falar na existência do delito de

¹⁴⁹ Ver, por todos, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 19-20; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014, p. 70.

¹⁵⁰ Não se confunde a missão ou função do Direito Penal, que é a proteção subsidiária de bens jurídicos, com os fins da pena, cuja teorização trata da maneira com que ela deve surtir efeitos para o cumprimento da missão. Vide: CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, pp. 33-34.

¹⁵¹ HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democratico de derecho* (el objeto protegido por la norma penal). Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 2012, p. 9.

corrupção passiva se o recebimento de vantagem indevida lesionar o bem jurídico-penal tutelado por este tipo.

Esta lesão é de mais fácil identificação na hipótese da denominada corrupção própria – ou seja, quando a vantagem indevida está relacionada a um ato de ofício contrário aos deveres do cargo. Nestes casos, há a negociação de um ato ilícito por parte do funcionário público como contrapartida, o que consequentemente evidencia a ilicitude do recebimento. É a partir desta concepção da corrupção que parte da doutrina afirma que o bem jurídico tutelado pela norma são as funções públicas, conforme se verá adiante.

No entanto, surgem dúvidas em se tratando da lesão ao bem jurídico causada pela denominada corrupção imprópria – que envolve a vantagem indevida para prática de um ato de ofício de acordo com os deveres do cargo –, ou, ainda, quando nem sequer há um ato de ofício correlato, situações que se adequam à literalidade do tipo penal, mas em que aparentemente não há prejuízo ao curso normal das atividades exercidas pelo *intraneus*.

Neste sentido, o presente capítulo busca identificar o interesse tutelado pelo tipo penal de corrupção passiva, e se a conduta descrita literalmente no *caput* – a simples solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida em razão da função, sem que haja um ato de ofício como contrapartida – representa, por si, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal tutelado. Esta identificação servirá de ponto de partida para a interpretação do tipo penal, a valoração dos seus elementos e a identificação da existência ou não de lacuna na sua redação, os quais serão objeto de análise do Capítulo 3.

Para tanto, partir-se-á de uma análise da evolução histórica e do rendimento atual da teorização sobre o bem-jurídico penal, especialmente sobre o significado da ofensividade aos denominados bens jurídicos coletivos, cada vez mais presentes conforme as novas demandas da sociedade. Na sequência, serão identificadas as diversas concepções doutrinárias sobre o conteúdo do bem jurídico-penal tutelado pelo tipo penal de corrupção passiva, suas respectivas limitações e, em um exercício hipotético, se a vantagem indevida sem um ato de ofício correlato afeta cada um dos interesses identificados.

2.2. Evolução histórica e entendimento atual da teoria do bem jurídico-penal

Apesar da existência de teorias que neguem a sua centralidade, considera-se atualmente que a ideia de bem jurídico-penal enquanto critério material para limitação da incidência penal é um dos elementos mais essenciais da teoria do delito, na medida em que

se consagrou o entendimento de que a função do Direito Penal é a tutela subsidiária e exclusiva de bens jurídicos. Todavia, em paralelo, o conceito é um dos que mais suscitam dificuldades para sua definição, não havendo até os dias de hoje consenso doutrinário sobre os critérios para delimitação de seu conteúdo.¹⁵²

A teoria possui suas origens no Século XIX, tendo sido propriamente desenvolvida ao longo do Século seguinte, sempre de forma intimamente relacionada ao modelo de Estado vigente.

Em períodos pré-Ilustração, o conceito de delito trazia consigo a conotação de pecado, como um descumprimento de deveres perante a autoridade divina. Havia uma forte perspectiva totalitária, com teor de lesa-majestade, sem um critério material claro para a delimitação da incidência penal.¹⁵³

Parte da influência liberal e iluminista a primeira tentativa de abandono da noção de crime-pecado,¹⁵⁴ e de sistematização de um referencial material do delito que o distinguisse da ideia de infração de dever – o que, em um primeiro momento, deu-se a partir da ideia de lesão a direitos subjetivos alheios, amparada na ideia de contrato social.¹⁵⁵ Feuerbach foi o primeiro a tentar sistematizar um referencial que o distinguisse da ideia de infração de dever, a partir do modelo de contrato social.¹⁵⁶ Posteriormente, em 1834, Birnbaum seria o primeiro a utilizar a noção de “bem”, em contraposição à conceituação de Feuerbach, considerada demasiadamente generalista.¹⁵⁷

¹⁵² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte...*, cit., p. 54.

¹⁵³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación administrativa* (art. 358 del C.P.). Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1978, p. 338.

¹⁵⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

¹⁵⁵ Neste primeiro momento, caberia ao Estado a proteção da segurança dos indivíduos e a garantia das condições da vida em comum, prevenindo os danos sociais – inclusive por meio da penalização de condutas a eles danosas. BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, capítulos II e VIII; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Bien jurídico...*, cit., p. 8.

¹⁵⁶ O autor identifica como substrato das leis penais a ideia jusnaturalista de liberdade garantida pelo contrato social; o crime, portanto, seria a lesão à parcela destas liberdades que estivesse assegurada pela lei penal. Ao tratar do conceito de crime: “*Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Las injurias también son posibles fuera del Estado, pero los crímenes únicamente lo son dentro del Estado*”. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 64.

¹⁵⁷ Birnbaum amplia o conceito material do crime para um conjunto de valores cuja ofensa justifica a punição, identificando o seu substrato como objetos valorados pelo Estado representativos de interesses essenciais do indivíduo na vida social – concepção que, contudo, não possuía o intuito de limitar o *ius puniendi* estatal e permitiria a criminalização de rol maior de condutas, especialmente bens jurídicos de natureza supraindividual:

Já a partir da consolidação do positivismo jurídico, considerando o Direito o conjunto das normas positivadas e o valor normativo como decorrente do próprio ordenamento, consagra-se o pensamento jusracionalista positivista de Binding, considerado o primeiro autor a utilizar o termo “*bem-jurídico*”.¹⁵⁸ Subsequentemente e ainda dentro da escola positivista, Von Liszt estabeleceu um conceito de bem jurídico ampliado para além da ideia de direitos subjetivos, fundado na realidade social concreta, que serviria de fronteira limitadora da intervenção penal.¹⁵⁹ O autor adotou o conceito de crime como toda transgressão à norma que resulte em lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado.¹⁶⁰

Sucedese o pensamento neokantiano no início do Século XX, com a adoção de maior carga valorativa ao Direito Penal; houve nela uma perda do conteúdo concreto do bem jurídico-penal, o que prejudicou a função limitadora do próprio Direito Penal.¹⁶¹ Na sequência, o conceito acaba por ser completamente desfigurado pela Escola de Kiel durante o regime nacional-socialista alemão, segundo a qual o bem jurídico não possuiria caráter

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Bien jurídico...*, cit., pp. 26-29; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1...*, cit., p. 182.

¹⁵⁸ Para Binding, o bem jurídico seria a expressão da lei, ou seja, tudo que o legislador considera condição para a vida saudável da comunidade; neste sentido, norma e bem jurídico seriam unidades inseparáveis. Sua concepção era desvinculada de concepções filosóficas; o delito seria simplesmente a infração ao dever de obediência ao Estado, que, por sua vez, era detentor do direito de exigir tal obediência. Embora seja um critério formal e com função sistemática, e por ser considerado o pioneiro da teoria do bem jurídico, o pensamento de Binding acaba por ser voltada ao Estado e não ao indivíduo e seus interesses, que acabam sendo colocados em segundo plano. O critério, portanto, não serve de garantia frente ao poder punitivo e suas eventuais arbitrariedades. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., pp. 99-100.

¹⁵⁹ A partir do positivismo naturalista deste autor, entende-se os bens jurídicos como o ponto de união entre política criminal e dogmática, como os interesses vitais preexistentes à norma e criados a partir das relações sociais, e que fossem juridicamente protegidos. VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, t. I, pp. 93-96.

¹⁶⁰ Neste entendimento, o bem jurídico não seria somente uma criação do legislador, mas também fruto de interesses individuais ou sociais que alcançassem a proteção estatal. Conquanto levasse em consideração a realidade das relações sociais, o pensamento de Von Liszt permanece relacionando o conceito de bem jurídico ao reconhecimento estatal; e ao se considerar o Estado como instrumento de legitimação do Direito Penal, não é possível verificar sua efetiva limitação. VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal...*, cit., pp. 219-220; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., p. 105.

¹⁶¹ Isto se deu a partir de duas principais correntes. Para os autores desta escola, o conteúdo material do bem jurídico seria prévio ao Direito. Alguns consideram que ele possuiria função meramente teleológica, e outros consideram que ele estaria presente nos valores socioculturais e alcançaria a qualidade de bem jurídico quando fosse alvo de reconhecimento estatal. De todo modo, seria abandonado o viés liberal focado no indivíduo; como consequência deste pensamento, o delito acaba por constituir uma mera oposição aos valores sociais, de forma independente à existência ou não de uma efetiva perturbação danosa à vida social V.g. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Libro de estudio: parte general*. Trad. Conrado Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, pp. 155-156; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Bien jurídico...*, cit., pp. 62-63; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., pp. 105-108.

autônomo e deveria ser complementado por outros interesses relevantes aos valores comunitários e ao “*espírito do povo*.”¹⁶²

Ao final da Segunda Guerra Mundial, retorna-se às concepções humanistas anteriores à Escola de Kiel. Na denominada escola finalista, da qual o expoente mais célebre é Hans Welzel, há a fundamentação da estrutura do delito a partir de estruturas lógico-objetivas da realidade. A tutela de bens jurídicos acaba por ser relegada a segundo plano nesta escola – a qual embora tenha o mérito de retomar o conteúdo material do bem jurídico, não adere completamente à teoria, fazendo com que a proteção jurídica acabe confundindo-se com uma proteção moral, sem delimitar o que o Estado efetivamente salvaguarda com as suas sanções.¹⁶³

De todo modo, com a retomada da importância do conceito, abriu-se caminho para as diversas teorias atuais que adotam a existência do bem jurídico como referencial, divergindo essencialmente sobre a sua fonte.

Há atualmente posições doutrinárias que não reconhecem a necessidade do bem jurídico como referencial. É o caso, a título exemplificativo, da posição de Amelung, para quem o seu conteúdo é suprapositivo e deriva das condições de existência da vida social e organização da convivência humana, lesionadas pela prática delitiva¹⁶⁴ – com enfoque, portanto, na estrutura social e não no indivíduo. Ou, ainda, há posições como a de Jakobs – para quem a pena possui o objetivo de assegurar a vigência da norma como necessária para a manutenção da ordem social e como modelo de orientação das relações sociais.¹⁶⁵ Para o

¹⁶² Neste contexto, a teoria do bem jurídico é vista como empecilho, já que o Direito é tido como resultado da comunidade do povo e a vida da comunidade não pode ser limitada pelas leis; tem-se um forte ideal de Direito e ordem, com a utilização de conceitos gerais baseados na ideia de lesões de dever e de justiça material. O centro não é o indivíduo, mas sim o povo – entendido, contudo, não como a soma dos indivíduos, mas como entidade autônoma e com identidade própria. Como consequência, abriu-se caminho para uma utilização arbitrária e injusta do Direito Penal, que o confundia com a moral e não mostrava preocupações com os princípios fundamentais que deveriam guiar esta área do Direito. Vide: HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Bien jurídico...*, cit., p. 69.

¹⁶³ Para o finalismo, a ação é tida como dotada de sentido conferido pelo sujeito; toda conduta humana, assim, está sujeita à valoração, seja pelo resultado, seja pela ação. O Direito Penal, neste sentido, tutela primordialmente a vigência de valores ético-sociais, sendo a tutela de bens jurídicos uma consequência – contexto no qual o bem jurídico é tido como secundário, devendo ser analisado em conjunto com o ordenamento social como um todo. WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956, pp. 5-7; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1...*, cit., p. 184.

¹⁶⁴ AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland; ALCÁCER, Rafael; MARTÍN, María; ORTIZ DE URBINA, Íñigo (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 238-239.

¹⁶⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 9-14.

autor, não há conteúdo da norma penal *per se*, sendo a sua função a garantia da vigência das normas em prol das condições de funcionamento da vida social.¹⁶⁶

O entendimento vigente atual, no entanto, a partir de um paradigma garantista e reconhecendo as limitações diversas da teoria,¹⁶⁷ consagra o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos – e somente daqueles mais relevantes, com valoração própria da esfera penal¹⁶⁸ – como limite fundamental frente ao *ius puniendi* estatal.

A partir do início da década de 1970, verifica-se que a principal divergência entre as correntes doutrinárias existentes reside não na necessidade de sua constatação, mas sim na fonte dos bens jurídicos – ou seja, qual deve ser o referencial para a sua identificação: se o texto constitucional ou as relações sociais concretas.

As denominadas correntes constitucionais partem do pressuposto da Constituição como norma fundamental de determinada ordem jurídica, adotando-a como referencial da ordem de valores vigentes.¹⁶⁹ Neste contexto, a teoria do bem jurídico foi adequada a este paradigma, passando-se a buscar no texto constitucional e somente nele os interesses a serem tutelados penalmente – sejam eles anteriores ao legislador ou por ele fixados. Isto não significaria que todo interesse presente na Constituição possua relevância penal, mas que ela deve ser utilizada como referencial para coibir excessos.¹⁷⁰

As principais críticas a esta corrente se baseiam na diferença entre as cargas valorativas das esferas penal e constitucional. Embora a Constituição positive alguns princípios de natureza penal, seu papel precípuo é o de estabelecer os fundamentos do exercício do poder público – não bastando por si só para enumerar interesses penais,

¹⁶⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...*, cit., pp. 44-45.

¹⁶⁷ Por todos, SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Trad. Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 39-40; e BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., pp. 19-20.

¹⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 5.

¹⁶⁹ Isto é de especial relevância no cenário pós-Segunda Guerra Mundial, em que os textos constitucionais, enquanto fundamentos políticos do Estado Democrático de Direito, voltam a se basear nos direitos fundamentais da pessoa humana como fundamento principal e positivado BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., p. 121.

¹⁷⁰ É a posição de Roxin: se em um Estado Democrático de Direito baseado na liberdade do indivíduo a única restrição prévia dada ao legislador reside nos princípios constitucionais, então um conceito de bem jurídico-penal que tenha eficácia vinculante somente pode derivar da Lei Fundamental. Seu conteúdo pode ser prévio ao Direito ou decorrer dele – sempre, contudo, dentro do paradigma constitucional, com o indivíduo como centro. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte...*, cit., pp. 55-57.

tampouco para limitar a incidência penal, podendo inclusive levar ao incremento da criminalização de condutas que lesionem bens jurídicos coletivos.¹⁷¹

As correntes sociológicas, por sua vez, sustentam uma análise baseada no próprio substrato social que fundamenta a proteção dos bens jurídicos; estes devem advir, assim, da realidade social e de situações ou estados de destacado valor social. Se o indivíduo é o centro no Estado Democrático de Direito, então os interesses individuais e as relações sociais que os envolvam devem ser os referenciais, não se limitando ao âmbito positivado pelo Direito – mas possuindo, de todo modo, caráter negativo e limitador do Direito Penal.¹⁷²

A problematização acerca desta corrente advém da insegurança de seus critérios e da pluralidade e complexidade da realidade social. Nem sempre é possível atingir um consenso sobre o que deve ou não ser tutelado pelo Direito, o que faz com que o critério apresente dificuldades em materializar-se. Há, também, a possibilidade de se perder o referencial do bem jurídico como garantia e acabar por utilizá-lo como fundamento para uma criminalização mais extensiva.¹⁷³

Em síntese, Bechara adota a posição de que nenhum dos critérios é suficiente por si, mas todos devem ser utilizados de forma conjunta e dialética: o bem jurídico-penal é, assim, a síntese normativa concreta de um interesse, baseado no indivíduo, e deve ser fundamentado na Constituição Federal e no consenso social. Assim, primeiro deve-se buscar o fundamento para o bem jurídico na realidade, e posteriormente confrontá-lo com os princípios e valores previstos constitucionalmente para então avaliar a necessidade de sua proteção na esfera penal.¹⁷⁴

¹⁷¹ Para Bechara, o texto constitucional deve ser utilizado como referencial, porém negativo – ou seja, impedindo a criminalização indevida de condutas, mas não legitimando novas tipificações a partir de valores nela contidos. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., pp. 9-130

¹⁷² Considera-se que o maior expoente dessa teoria é Winfried Hassemer. Para o autor alemão, o referencial material do bem jurídico deve ser adequado à realidade, derivando de uma relação concreta entre o Direito e os interesses dos indivíduos, que constituem o referencial do Estado Democrático de Direito. Como todos os princípios fundamentais do Direito Penal, a partir desta concepção o conceito de bem jurídico-penal acaba por assumir um certo grau de indefinição – a qual, para o autor, é necessária para preservar a abertura do conceito e sua adequação ao âmbito social, com caráter de referencial de argumentação. HASSEMER, Winfried. *Bienes jurídicos en el derecho penal*. Trad. Patricia S. Ziffer. In: BAIGÚN, David (et. al). *Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, pp. 66-74; HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*. Trad. Patricia S. Ziffer. In: *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, 45/48, 1989, p. 282. Outro expoente desta corrente é Mir Puig, para quem os bens jurídicos são identificados como condições da vida social, não por si mesma, mas na medida em que afetem a possibilidade de indivíduos participarem do sistema social e possuam importância fundamental. Vide: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 2008, pp. 119-121.

¹⁷³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., p. 135.

¹⁷⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., p. 142.

Apesar das limitações do conceito de bem jurídico, considera-se que ele ainda é o mais adequado para avaliar a relevância jurídico-penal de determinadas condutas, sempre sob uma perspectiva crítica e delimitadora das fronteiras da punição legítima¹⁷⁵ – ou seja, a constatação da existência de um bem jurídico-penal não justifica automaticamente e a todo custo a existência de novas incriminações –, não tendo surgido teorias que fundamentem de forma suficiente a sua superação, somente a sua relativização.¹⁷⁶ Desta forma, consagra-se o atual corolário de que para que uma conduta possa ser criminalizada, há que se reconhecer uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico de relevância penal.

2.2.1. Bens jurídicos coletivos e administração pública: conceito e legitimidade

Parte significativa do atual fenômeno de expansão do Direito Penal – ora dentro do espaço razoável, ora compreendendo manifestações de expansão desarrazoada¹⁷⁷ – se deve à crescente tendência de tutela dos denominados bens jurídicos coletivos¹⁷⁸, como o meio ambiente e a ordem econômica. Esta categoria, tal qual o nome indica, é voltada aos interesses da coletividade – em contraposição aos denominados bens jurídicos individuais, que servem a determinadas pessoas ou grupos de pessoas.¹⁷⁹

Conforme Bechara, eles se situam em uma superestrutura acima do núcleo de bens jurídicos tradicionalmente identificados pelo Direito Penal liberal. O seu crescente

¹⁷⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. e org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 20.

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte...*, cit., pp. 60-62, sobre novas correntes dogmáticas e problemáticas identificadas que levam a uma certa relativização, mas não abandono, da teoria do bem jurídico. Em sentido similar, para Schünemann, o corolário de que a pena somente pode ser legitimada enquanto *ultima ratio* para a proteção de bens jurídicos é irrenunciável; o conceito de bem jurídico, por sua vez, é inerentemente dotado de alto nível de abstração, de forma que as críticas sobre a inutilidade do conceito por sua imprecisão são fruto de má compreensão. SCHÜNEMANN, Bernd. Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Trad. e coord. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 74-75.

¹⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho...*, cit., pp. 11 e ss.

¹⁷⁸ Sobre a adoção da nomenclatura de bens jurídicos “coletivos” e não “supraindividuais”, Bustos Ramirez afirma que os interesses tutelados por esta categoria não estão acima de determinados indivíduos, mas estão a serviço de toda a sociedade; a adoção da nomenclatura “coletivo” transmite a ideia – mais adequada – de que não há discriminação ou benefício unilateral. A sua razão de ser, no entanto, segue sendo o indivíduo e as suas necessidades. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de Derecho Penal*, n. 27, p. 473, dez./2019. Em sentido contrário, preferindo a nomenclatura “supraindividuais”, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual...*, cit., p. 59.

¹⁷⁹ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Trad. Eduardo Salazar Ortuño. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 04-14, 2002, p. 3.

reconhecimento está ligado à evolução dos modelos de Estado e o progressivo aumento da intervenção dele na esfera social¹⁸⁰.

A discussão em torno dos bens jurídicos coletivos costuma tratá-los como um fenômeno relativamente recente e relacionado às novas demandas da sociedade – seja em relação a interesses que alcançaram merecimento de proteção penal há pouco tempo, como o meio ambiente; seja em relação a interesses cuja relevância era até recentemente desconhecida, como a ordem econômica; ou até mesmo interesses novos que estão relacionados aos recentes riscos verificados nas sociedades pós industriais, como aqueles relacionados ao terrorismo ou às telecomunicações.¹⁸¹

A partir do paradigma atual em relação aos bens jurídicos penais que ora se adota, o qual os lê a partir de sua função crítica e limitadora da intervenção penal, conclui-se que os bens jurídicos coletivos, conquanto necessários, não podem ser qualificados de forma discricionária: é necessário que se refiram a comportamentos os quais repercutem de forma negativa no funcionamento do sistema social, à disposição da coletividade para que os indivíduos se desenvolvam de acordo com seus interesses.¹⁸² Ou seja, bens jurídicos coletivos devem estar aptos a conferir à coletividade um âmbito de oportunidades para que seus membros possam realizar aquilo que por eles é valorizado.¹⁸³ Embora se refiram a interesses gerais, eles somente possuem legitimidade penal quando guardarem referencial em prol da cidadania e do livre desenvolvimento dos indivíduos que a compõem.¹⁸⁴

Logo, embora não seja necessário que se refiram imediatamente ao indivíduo ou que estejam indiretamente relacionados a algum bem jurídico individual, faz-se necessário identificar uma efetiva afetação da convivência social para que possam ter relevância penal – evitando-se, desta forma, a sua disseminação indiscriminada.¹⁸⁵ Dentro deste paradigma, a tutela de bens jurídicos coletivos justifica-se na medida em que a lesão a eles afeta o funcionamento do sistema social, que, por sua vez, figura como meio para concreção de interesses individuais.

¹⁸⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., p. 221.

¹⁸¹ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 166.

¹⁸² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos...*, cit., p. 473.

¹⁸³ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive...*, cit., p. 193.

¹⁸⁴ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos...*, cit., p. 19; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., p. 223.

¹⁸⁵ HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse...*, cit., 6-7.

Conforme Schünemann, estes bens jurídicos podem em alguns casos ser individualizáveis e materializados, como no caso de dano a determinados objetos de propriedade do Estado. Mas são de maior importância aqueles caracterizados como bens jurídicos de confiança – ou seja, aqueles interesses que não são afetados por ações típicas isoladas tomadas por si, mas caso se permita o comportamento de forma generalizada, perder-se-ia as bases para a existência desta confiança. É com base neste fundamento que se justifica a criminalização das condutas individuais em face de bens jurídicos coletivos. O sentido da afetação a estes bens jurídicos deve ser extraído das “*estruturas da ordem institucional concreta*”, já que possuem viés distinto daquele presente nos bens jurídicos fisicamente individualizáveis e lesionáveis¹⁸⁶.

De outra sorte, embora trate de um bem jurídico coletivo, a tutela penal da administração pública antecede em milênios este cenário atual de expansão do Direito Penal e de reconhecimento de demandas referentes ao funcionamento do sistema social. Ainda que não de forma sistematizada e com contornos muito distintos dos atuais, alguma forma de repressão penal frente a lesões ao que atualmente se entende como administração pública – inclusive a corrupção, objeto deste trabalho – existe desde a antiguidade, conforme já exposto. Sua tutela penal, no entanto, não deve passar incólume à releitura necessária para se adequar ao atual contexto democrático.

Este bem jurídico, aliás, é um bom representante desta mudança de paradigma: embora sua tutela possa ser verificada desde a Antiguidade, a sua interpretação passou por diversas mudanças e está intimamente relacionada ao modelo de Estado vigente. Em um Estado Democrático de Direito, sob uma perspectiva não autoritária, a tutela penal da administração pública não deve ser voltada à supervisão estatal da comunidade ou à imposição forçada de valores, mas sim deve atuar como garantia dos indivíduos e de seu livre desenvolvimento,¹⁸⁷ somente incidindo quando houver efetiva afetação a estes interesses.

É sob esta nova ótica que deve ser interpretado o bem jurídico referente à administração pública – seja qual for a faceta identificada como o interesse tutelado, o que

¹⁸⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. Trad. Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 80-82.

¹⁸⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., p. 223; SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 94-95.

se verificará com maior detalhamento adiante. Surgem dúvidas, no entanto, sobre como e quando estas afetações seriam verificadas, especialmente em razão de seu grau de abstração – ou seja, qual deve ser o sentido do princípio da ofensividade em se tratando de bens jurídicos coletivos como aquele relacionado à administração pública. É o que se verá adiante.

2.2.2. Princípio da ofensividade e bens jurídicos coletivos

O princípio da ofensividade é de suma importância dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito por sua função de limitação da intervenção penal. Também denominado de princípio da lesividade, a partir da máxima *nullum crimen sine iniuria*, consagra o entendimento de que é preciso reconhecer ao menos uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico-penal para que possa haver intervenção desta esfera.¹⁸⁸

Conforme exposto anteriormente, a necessidade de constatação de uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico-penal é consagrada doutrinariamente e adotada como pressuposto, estando as controvérsias sobre o tema centradas na discussão sobre o conceito de bem jurídico e os critérios para seu reconhecimento. Também conforme já visto, o conceito de bem jurídico possui origem relacionada à esfera individual de direitos subjetivos. No atual cenário de antecipação da tutela penal em razão da maior tendência de intervenção estatal, contudo, evidencia-se as dificuldades da adoção do critério da ofensividade em delitos que tratam de bens jurídicos de caráter coletivo.¹⁸⁹

Isto porque a compreensão do sentido de lesão ou perigo de lesão, requisito para a incidência da tutela penal, é de mais fácil visualização quando se trata de bens jurídicos com referencial material claro, como é o caso da vida e do patrimônio. Ela acaba, no entanto, por ser dificultada conforme se passa à dimensão destes bens jurídicos coletivos, como é o caso dos crimes contra a administração pública. Estes interesses são, via de regra, de caráter institucional, englobando condições sociais gerais necessárias para a vida em sociedade¹⁹⁰ e trazendo dificuldades para a aferição de uma lesão, dada a sua desmaterialização e indeterminação.

Neste contexto, é importante observar que a evolução doutrinária sobre a temática dos bens jurídicos – coletivos ou individuais – reconheceu há tempos que a

¹⁸⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*: volume 1..., cit., p. 70.

¹⁸⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos..., cit., p. 468.

¹⁹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Ensaio sobre os conceitos..., cit., pp. 77-78.

ofensividade se refere à lesão ou potencial de lesão ao interesse sobre determinado bem e a um resultado em sentido normativo, a partir de uma relação jurídica, não se confundindo com a lesão ao objeto do delito e ao eventual resultado material.¹⁹¹

Em termos dogmáticos, a lesividade não pode ser confundida com o dano naturalístico – que não é uma categoria dogmática em si, mas sim um componente em alguns dos delitos de resultado, na medida em que representa fática e tangivelmente a consequência da conduta típica. Não se trata, no entanto, de elemento necessariamente constitutivo do conceito de delito. Ele não se confunde com o interesse tutelado pelo delito – este, sim, presente em todos os tipos penais, de natureza normativa e que não precisa obrigatoriamente de um substrato material.¹⁹²

Para que uma conduta possua relevância penal, não é necessariamente preciso constatar a destruição de um objeto tangível ou quantificável. Ou seja, não há necessidade de resultado material em sentido estrito; mas sim deve ser analisada a gravidade da afetação do bem e sua relevância jurídico-penal¹⁹³.

Corcoy Bidasolo exemplifica que em um delito de falsidade documental, a lesão ao objeto do delito – referente à falsificação de documento efetivamente ocorrida – deve ser apta a lesar o bem jurídico tutelado pela norma – no caso, a fé pública. Os dois aspectos não se confundem. Por este motivo, a falsificação grosseira não constitui crime por inexistir sequer perigo de lesão ao bem jurídico, ainda que haja no caso um resultado material – o documento falso.¹⁹⁴ Esta diferenciação é de suma importância ao tratar de bens jurídicos coletivos, dado o seu caráter via de regra desmaterializado – o que, tão logo, não é óbice para a sua tutela penal.

Tanto a desvinculação da exigência de resultado material do delito como o reconhecimento de que há bens jurídicos cuja proteção implica na antecipação da tutela penal de forma independente de um resultado concreto, individual e lesivo possuem repercussões nos delitos de corrupção. Isto porque a depender do bem jurídico-penal que se utilize como referencial, pode-se chegar à conclusão de que a corrupção, por estar vinculada a um bem

¹⁹¹ Ver, por todos, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual...*, cit., p. 66.

¹⁹² POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008, pp. 65-66.

¹⁹³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., pp. 228-229; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual...*, cit., p. 66.

¹⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los "delitos de peligro". *Revista de Derecho Penal*, n. 2, 2007, pp. 84-87.

jurídico de natureza coletiva, não precisa necessariamente de um resultado imediato prejudicial a alguém ou algo para que possa ser tutelada pelo Direito Penal.¹⁹⁵

Desta maneira, a desvinculação entre bem jurídico tutelado e objeto material do delito faria com que não fosse necessário constatar resultados como, por exemplo, um prejuízo quantificável ao erário público ou a algum particular, ou ainda uma determinada sentença judicial que favoreça uma das partes para que haja lesão ao bem jurídico-penal tutelado. Por este motivo, a corrupção imprópria ou o recebimento de vantagem indevida sem um ato de ofício correlato podem também possuir relevância penal, a depender do bem jurídico penal que se considere, desde que a ofensividade em questão possa ser verificada em âmbito normativo.

Por consequência, e especialmente em razão do fato do bem jurídico possuir primordialmente a função de limitar a incidência penal ao invés de tão só justificá-la, faz-se necessário compreender adequadamente o seu teor e delimitar os seus contornos, fornecendo uma explicação clara de como ação típica e bem jurídico tutelado se relacionam.¹⁹⁶ É o que se buscará fazer em relação ao delito de corrupção passiva.

2.3. O bem jurídico-penal tutelado pelo tipo penal de corrupção passiva e sua relação com a constatação de um ato de ofício

Evidenciada a importância de uma adequada compreensão do bem jurídico-penal tutelado pela norma a qual se esteja a analisar, depara-se com os desafios para a sua identificação em relação ao tipo penal de corrupção passiva. Isto porque o fenômeno da corrupção é complexo – tanto nas formas de sua execução como em seus efeitos. Desta constatação decorrem dois desafios para a delimitação do bem jurídico tutelado.

Em primeiro lugar, os novos contornos da corrupção trazem ao fenômeno uma crescente complexidade e lesividade. No entanto, o tipo penal de corrupção passiva mantém a mesma redação e rubrica de crime contra a administração pública desde 1940. O primeiro questionamento, portanto, é se esta nova faceta do fenômeno da corrupção deve possuir alguma repercussão na identificação do bem jurídico-penal tutelado pela norma.

Em segundo lugar, ainda que se adote somente a administração pública como referencial, verifica-se que a complexidade da corrupção faz com que haja intensa

¹⁹⁵ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse..., cit., p. 5.

¹⁹⁶ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse..., cit., p. 11.

divergência doutrinária sobre a precisa definição do bem jurídico – se seria ele relacionado à imagem externa da administração ou se diria respeito às funções por ela desempenhadas, por exemplo.

A relação entre estes dois questionamentos e a ofensividade do delito de corrupção passiva, especialmente referente à conduta de recebimento de vantagem indevida sem um ato de ofício correlato, é o que se passará a analisar em seguida.

2.3.1. A complexidade das novas características da corrupção e as repercussões de seus efeitos na ofensividade

Embora a corrupção seja fenômeno antigo da humanidade, verifica-se que ela ganhou novos contornos a partir do final do Século XX, com o advento de novas tecnologias e o agigantamento do tamanho do Estado. Consequentemente, atingiu também novos graus de lesividade, tornando-se alvo de preocupação internacional.

Contudo, o tipo penal de corrupção passiva permanece inalterado desde 1940 – salvo o aumento de pena trazido pela Lei nº 10.763/2003, que, contudo, não alterou a redação do tipo em si –, estando ainda sob a categoria dos crimes contra a administração pública, que acaba por ser considerada o bem jurídico tutelado pela norma. Dado que o intuito deste trabalho é verificar qual deve ser a extensão da tutela penal sobre a corrupção passiva, faz-se necessário, portanto, entender especificamente como se configuram os seus novos contornos, e em segundo lugar, se eles devem repercutir na análise do bem jurídico tutelado.

2.3.1.1. Os novos contornos do fenômeno da corrupção

A variedade de condutas de distintos graus de lesividade, todas reunidas sob a mesma rubrica do artigo 317 do Código Penal, representa o primeiro desafio para delimitar qual exatamente é o bem-jurídico penal tutelado pelo tipo penal de corrupção passiva.

Enquanto a corrupção prossegue em suas modalidades nacionais, com negociações espúrias limitadas à ordem interna e preceitos simples¹⁹⁷, a partir do final do Século XX também vem sendo constatada a existência de um novo grau de complexidade do

¹⁹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal..., cit., p. 415.

fenômeno, com contornos próprios em relação ao seu modo de execução, sua relação com outros crimes – mormente os econômicos – e sua lesividade¹⁹⁸.

Isto se dá tanto em razão do agigantamento do tamanho do Estado e das responsabilidades por ele assumidas quanto pelas novas formas de organização social e tecnologias, que trazem novos graus de alcance à criminalidade em geral, e, conseqüentemente, à corrupção também.¹⁹⁹ O fenômeno é denominado por Hava Garcia como “*grande corrupção*” – que não necessariamente possui caráter transnacional, mas possui seus efeitos intensificados pela globalização e modernização das tecnologias e meios de comunicação.²⁰⁰

A corrupção, desta forma, passa a abranger não somente formas mais simples de suborno de oficiais, mas também a repercutir nas relações entre agentes econômicos, demandando novas interpretações.²⁰¹ Ainda, com esta nova dimensão, conforme se verá adiante, percebe-se que a médio-longo prazo e sob uma perspectiva coletiva, a corrupção também passa a vulnerar outros interesses além do regular desempenho das funções públicas, à qual ela é mais associada. Estas conseqüências repercutem de forma inédita nos âmbitos econômico, político e social, e geram demandas pelo recrudescimento sobre o tratamento dado à corrupção.²⁰²

¹⁹⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012, p. 187.

¹⁹⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 28; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. *La política criminal internacional...*, cit., p. 14.

²⁰⁰ HAVA GARCÍA, Esther. Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional. *Nuevo Foro Penal*, v. 12, nº 87, jun./dez. 2016, p. 65.

²⁰¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal..., cit., p. 416. Ante o surgimento destas novas formas de criminalidade, conforme mencionado anteriormente, na década de 1970, houve quem sustentasse que a corrupção – especialmente no aspecto da “*grande corrupção*” supramencionada – possuiria efeitos positivos, especialmente em países emergentes, por representar uma maneira de burlar estruturas burocráticas e enrijecidas, ensejando uma prestação de serviços mais excepcional por parte do *intraneus*. A corrupção seria, para autores como Samuel Huntington, um facilitador para a modernização. A curto prazo e sob uma perspectiva individualista, poder-se-ia afirmar que a conduta produz efeitos positivos ao agilizar os mecanismos do Estado e auxiliar o particular a atingir os seus objetivos, o que pode impactar positivamente a economia ao agilizar negociações comerciais e facilitar a criação de infraestrutura. De certa maneira, poder-se-ia dizer ainda que a corrupção atrai investimentos externos, especialmente de empresas que desejem ingressar em novos mercados. Vide: HUNTINGTON, Samuel P. *A ordem política...*, cit., p. 83. Esta concepção restou superada à medida em que se foi tomando ciência dos impactos negativos da corrupção a partir dos anos 1980, quando a visão supramencionada passou a se mostrar ultrapassada. Contemporaneamente se reconhece os efeitos danosos da corrupção – muito além de uma perspectiva moralista da administração pública, mas sim a partir do reconhecimento de que ela não apenas não é exclusividade de países em desenvolvimento, como constitui objeto de preocupação a nível global. Neste sentido: COSTA, Sylvia Chaves Lima. A nova face da corrupção frente à tutela da ordem econômica. In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Estudios sobre la corrupción...*, cit., p. 95.

²⁰² Isto é intensificado conforme o surgimento de novos riscos nas sociedades pós-industriais em dimensões jamais alcançadas faz com que o Direito Penal assuma a posição de gerenciador deles. A aversão a riscos e o surgimento de escândalos empresariais diversos em proporções até então desconhecidas faz com que se voltem

Não por outra razão, relembra Souza que a Convenção Europeia de 1999 considera a corrupção como uma ameaça ao Estado de Direito, à democracia e aos direitos humanos, na medida em que debilita o bom governo, a equidade, a justiça social, a concorrência e o desenvolvimento econômico.²⁰³

O fator econômico talvez seja um dos principais elementos que distinguem a “*grande corrupção*” – seja em relação às vultuosas somas envolvidas nas vantagens indevidas pagas, seja em relação aos prejuízos econômicos gerados. Muito além do pagamento de vantagem indevida para que um juiz sentencie em favor de determinada parte, a corrupção passa a ser composta por um importante elemento financeiro, prejudicando a ordem econômica no aspecto da livre concorrência – progressivamente proporcionando vantagens competitivas a empresas adeptas de práticas corruptas e introduzindo custos de transação além daqueles inerentes à atividade.²⁰⁴ A eficiência acaba por dar espaço ao critério do valor da vantagem indevida, de forma que os agentes econômicos ficam à mercê do mercadejar da função pública.²⁰⁵

Concomitantemente, tem-se a consolidação do Direito Penal Econômico com o objetivo de tutelar a segurança e a regularidade da estrutura econômica da sociedade, na medida em que a confiabilidade dos agentes econômicos consiste em um fundamento necessário para a reprodução e circulação de riquezas e o equilíbrio e correto funcionamento

os olhares a estas modalidades de criminalidade econômica, e dado que são questões decorrentes da atividade humana e não das forças da natureza, os danos resultantes deixam de ser percebidos como acidentes e passam a ser percebidos como injustos, cabendo ao Direito Penal o seu tratamento. Neste sentido, BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 26; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 36-37. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005, p. 94. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 25. De forma mais detalhada sobre as causas de expansão do Direito Penal: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho...*, cit., pp. 11 e ss.

²⁰³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 5...*, cit., p. 125.

²⁰⁴ Para Eliseo Cocciolo, há assim o aumento do número de oportunidades comerciais para empresas pouco eficientes – que podem se utilizar da corrupção para se manter no mercado e conseguir oportunidades de negócio outrora inacessíveis. ELISEO COCCILO, Endrius. *Las mutaciones del concepto...*, cit., p. 44; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 81, 2009, p. 15; ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corrupción y economía global*. Trad. José María Lujambio. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 10, abr./1999, pp. 55-56.

²⁰⁵ Consequentemente, a corrupção também desestimula investimentos externos na medida em que desincentiva empresas a investir em mercados com índices elevados de corrupção – em razão da concorrência desleal que potencialmente virão a sofrer. COSTA, Silvia Chaves Lima. *A nova face da corrupção...*, cit., pp. 98-99; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. *La política criminal internacional...*, cit., p. 21; CEVALLOS Y TORRES, José Fernández de. *Corrupción y blanqueo de capitales: sus efectos en el orden socioeconómico y problemática de su vinculación*. In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Estudios sobre corrupción*. Salamanca: Ratio Legis, 2010, p. 182.

do sistema vigente.²⁰⁶ É neste contexto em que passa a reconhecer a dimensão da corrupção como parte do Direito Penal Econômico.²⁰⁷

O fator político é outro dos principais elementos, por envolver atos executados ou coordenados por agentes com grande influência de fato ou de direito na atuação do poder público.²⁰⁸ A corrupção nesta escala prejudica as instituições democráticas, vulnerando, em última instância, o próprio Estado Democrático de Direito,²⁰⁹ e a dimensão destes impactos políticos aumenta conforme a dimensão quantitativa e qualitativa dos atos corruptos – ou seja, de acordo com a relevância do cargo ocupado e o grau de disseminação das práticas corruptas pela administração pública. Ainda, quanto mais se coloca em xeque os sistemas de controle democráticos, mais a corrupção se desenvolve com facilidade.²¹⁰

Quanto ao fator social, verifica-se que a corrupção também retarda o desenvolvimento dos países na medida em que reduz a arrecadação e gera distorções no sistema tributário e ineficiência nos gastos públicos.²¹¹ A pouca eficiência nos gastos públicos, por sua vez, agrava a desigualdade social e a concreção de diversos direitos

²⁰⁶ Isto direciona a produção legislativa para viabilizar, primordialmente, o ideário de confiabilidade no ambiente negocial para que agentes econômicos possam desenvolver suas atividades. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 30-31; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 60-63.

²⁰⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal..., cit., p. 418. A crescente preocupação da relação entre a corrupção e a confiabilidade nas relações econômicas explica, em parte, a importância atual dada ao tema do *compliance* e programas de integridade e ética corporativa. Notoriamente relacionados aos temas da lavagem de dinheiro e da corrupção, verifica-se sua origem em significativa pressão internacional no sentido de padronização de melhores práticas empresariais, justamente no sentido de trazer segurança para investidores. Ainda em termos penais, o interesse econômico relacionado à corrupção também repercute na atenção atualmente conferida à corrupção entre particulares, que, embora não se trate de prática inovadora, tem ganhado mais atenção com a transferência do controle de diversos setores da economia para a esfera privada, tendo ela se tornado importante foco de tomada de decisões de significativo impacto econômico – as quais deixam de ser exclusividade do poder público e podem gerar distorções de igual lesividade neste âmbito. Neste sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 26-27; GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de Agosto de 2013)*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 17-21; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. *Viejo y nuevo...*, cit., p. 188; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, pp. 32-46; DAVID, Décio Franco. *Corrupção no setor privado: fundamentos e criminalização*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, pp. 120-133.

²⁰⁸ A “*grande corrupção*” integra a dinâmica de funcionamento de um país de forma hierarquizada e estabelecida, o que aumenta sua lesividade. HAVA GARCÍA, Esther. *Gran corrupción: estrategias...*, cit., pp. 66-68

²⁰⁹ Isto, é claro, dentro do paradigma de um – a corrupção é tida como muito mais frequente em regimes autoritários. GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Corrupción y derecho penal...*, cit., p. 13.

²¹⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público...*, cit., p. 28.

²¹¹ COSTA, Sílvia Chaves Lima. A nova face da corrupção..., cit., p. 96. Por exemplo, menciona-se a realização de obras públicas denominadas “*faraônicas*”, muitas vezes supérfluas e de elevado custo ao erário, alheios à racionalidade econômica. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público...*, cit., p. 32.

fundamentais que, ao menos no caso brasileiro, foram estabelecidos como prioridades no texto constitucional.

Conforme Fabián Caparrós, a corrupção por si só já constitui um paradigma da desigualdade entre cidadãos na medida em que consolida que aqueles que mais pagam, melhor se situam; não obstante, há ainda evidente prejuízo à correta designação de recursos públicos, dado que a ineficiência nos gastos afeta a correta execução de políticas públicas – prejudicando em primeira mão, conseqüentemente, aqueles que mais delas necessitam²¹².

Verifica-se, assim, que o tipo penal da corrupção passiva, nos moldes atualmente previstos no artigo 317 do Código Penal, engloba condutas de complexidades e lesividades muito distintas – desde pequenos subornos até a corrupção envolvendo a cúpula da administração pública e grandes empresas multinacionais, situação na qual são pretensamente lesados outros interesses de relevo penal.

2.3.1.2. Repercussões dos novos contornos da corrupção na identificação do bem jurídico tutelado

A partir da constatação destes novos contornos, houve a criação de novos tipos penais voltados especificamente às situações de corrupção envolvendo interesses econômicos. É o exemplo daquele previsto no artigo 337-B do Código Penal, que tipifica a conduta de corrupção ativa em transação comercial internacional. Há também a previsão do artigo 195, incisos IX e X da Lei nº 9.279/96, que criminalizam a concorrência desleal por meio do oferecimento de dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente e também o recebimento destas vantagens. Ou, ainda, a previsão dos artigos 41-C e 41-D da Lei nº 10.671 (Estatuto do Torcedor), que trazem a figura da denominada corrupção desportiva.

As duas últimas figuras envolvem condutas entre particulares, não possuindo em princípio relação com os crimes contra a administração pública. Já a corrupção ativa em transação comercial se limita à conduta do particular e a determinadas situações transacionais, não envolvendo necessariamente o funcionário público pátrio.

A corrupção de grandes proporções descrita acima, no entanto, pode envolver somente sujeitos nacionais – adequando-se, portanto, à rubrica do artigo 317 – e ainda assim ser de alta lesividade. Portanto, condutas de distintos impactos acabam por se encontrar sob

²¹² FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público...*, cit., p. 35

o mesmo tipo penal da corrupção passiva. Questiona-se, assim, se estes outros interesses, mais relacionados à ordem econômica, possuem algum impacto na análise da tipicidade material da corrupção passiva, e, especialmente, na necessidade ou não da verificação de um ato de ofício.

Neste sentido, o entendimento mais adequado parece ser aquele no sentido de que no cenário legislativo atual, o referencial central para o bem jurídico-penal tutelado pelo delito de corrupção passiva deve seguir sendo a administração pública, que é o interesse predominante identificado.²¹³

Em primeiro lugar, porque as considerações de ordem sociológica sobre as dimensões e os efeitos da corrupção são de suma relevância, mas não devem ser incorporadas de forma impensada pelo Direito. Segundo a teorização de Luhmann sobre os sistemas sociais, o Direito é um subsistema autopoietico, ou seja, que organiza suas próprias estruturas e regras internas. Ele pode e deve admitir contribuições de outros sistemas e áreas do conhecimento, mas as absorve segundo a sua lógica própria – portanto, não precisa necessariamente refletir e aplicar de forma integral todo o desenvolvimento a respeito do tema da corrupção que foi constatado na área da sociologia própria. É dizer: o Direito pode incorporar contribuições de outras áreas, mas pode e deve decidir de forma autônoma como e em que extensão o fará, e a partir de suas próprias regras, não as de outros sistemas²¹⁴.

Em segundo lugar, porque adota-se o entendimento de que a corrupção é, em sua essência, um abuso do poder conferido a alguém, que busca utiliza-lo para obter vantagem para si, visando um pacto com terceiro interessado – ou seja, a relação principal-agente perturbada pela intervenção ou perspectiva da intervenção do *extraneus*.²¹⁵ O elemento essencial que caracteriza a corrupção, portanto, está na função exercida, e não em outros interesses que possam eventualmente ser lesionados.

Ainda, o tipo penal do artigo 317 do Código Penal, por si, não menciona eventuais outros interesses, tendo o legislador optado por elencar somente a administração pública – mesmo após a alteração legislativa de 2003, a qual ampliou o intervalo da pena para 3 a 12 anos, fruto de um movimento político-criminal internacional de recrudescimento

²¹³ GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 160.

²¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Trad. Klaus A. Ziegert. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, pp. 57-58.

²¹⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção...*, cit., p. 24.

do tratamento penal dado à corrupção iniciado justamente em razão do aumento da complexidade e lesividade do fenômeno²¹⁶.

Vê-se que a opção do legislador, ainda que de técnica questionável, foi por manter a estrutura original e o referencial como sendo somente a administração pública. Ainda que escolha não pareça a ideal, ela constitui indicação interpretativa relevante que deve ser levada em conta.²¹⁷ Nos moldes atuais, a constatação de lesão ou ausência de lesão a interesses além da administração pública não afeta a tipicidade da corrupção passiva.

É certo que a constatação da complexidade das implicações do delito de corrupção evidencia a necessidade da reformulação de seu tratamento legal, já que atualmente condutas de gravidades e impactos muito distintos acabam por ser inseridas na mesma rubrica. Não por acaso também, a doutrina adota posições distintas sobre qual seria o interesse tutelado. O referencial central do que se entende por corrupção, no entanto, segue sendo a administração pública – que, portanto, deve ser o Norte para a identificação do bem jurídico-penal tutelado pelo delito de corrupção.

Desta forma, estabelecido o referencial central do bem jurídico-penal tutelado pela criminalização da corrupção como a administração pública, constata-se que por meio da adequada compreensão do que se está a tutelar por meio desta categoria de delitos, é possível delimitar de forma incipiente qual deve ser a extensão da tutela penal da corrupção passiva. Conseqüentemente, concluir-se-á se o simples recebimento de vantagem indevida, sem ato de ofício correlato, também representa lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico indicado.

2.3.2. A administração pública como bem jurídico tutelado pelo delito de corrupção passiva

Ainda que se adote a administração pública como referencial, verifica-se que a doutrina adota distintas visões sobre qual é o preciso bem jurídico-penal tutelado pelo tipo penal de corrupção passiva. Muitos são os autores, aliás, que enumeram vários interesses distintos como aqueles tutelados.

Elas podem ser, em geral, identificadas em cinco principais categorias: (i) aquelas que partem de uma perspectiva externa à administração pública, com enfoque na confiança da população nela; (ii) aquelas que adotam uma visão da corrupção como infração

²¹⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 163-164.

²¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Tipicidade, bem jurídico...*, cit., p. 160.

aos deveres do cargo, a partir do referencial do funcionário público; (iii) aqueles que identificam a corrupção como prejudicial a atributos diversos da administração pública enquanto ente dotado de personalidade jurídica; (iv) aqueles que constatarem que a corrupção prejudica a administração pública na figura do funcionamento dos órgãos estatais; e, por fim, (v) aqueles que adotam uma visão ampliada, com a corrupção sendo prejudicial à administração pública como instrumento voltado à consolidação da cidadania.

Passar-se-á, aqui, a analisar os seus respectivos conteúdos e suas limitações; e na sequência, se a conduta descrita literalmente no *caput* do artigo 317 do Código Penal – o recebimento de vantagem indevida sem um ato de ofício correlato – possuiria o condão de lesionar o bem jurídico considerado.

2.3.2.1. Perspectivas externas à administração pública

Há, em primeiro lugar, a perspectiva que identifica o bem jurídico tutelado a partir de perspectivas externas, referenciando a imagem da administração pública perante a população em geral a partir de definições como o prestígio, a respeitabilidade e sua imagem exterior. De forma similar, há as posições que identificam o interesse como a confiança da sociedade na administração pública e seu correto funcionamento, adotando definições como a sua credibilidade e a confiança externa²¹⁸.

Segundo os autores que sustentam esta posição, como Roland Hefendehl²¹⁹, a confiança na correta atuação do Estado é essencial ao funcionamento da administração pública, para que o cidadão esteja sob sua tutela; a confiança legitima as decisões tomadas e viabiliza o desempenho das atividades. No exercício hipotético que aqui se faz, pode-se argumentar que o recebimento de vantagens indevidas, ainda que sem um ato de ofício

²¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal...*, cit., p. 578; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1962, v. V, p. 1; RICCIO, Stefano. *I delitti contro la pubblica amministrazione*. Torino: Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1955, p. 358; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial, volume 5...*, cit., p. 109; SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação...*, cit., p. 1466; OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção...*, cit., p. 53; DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 31; FORTUNA, Francesco. *I delitti contro la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 92.

²¹⁹ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. Trad. María Martín Lorenzo. In: HEFENDEHL, Roland; ALCÁCER, Rafael; MARTÍN, María; ORTIZ DE URBINA, Íñigo (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 190.

correlato, pode levar à descrença dos cidadãos na administração pública – especialmente se praticado de forma recorrente.

No entanto, em análise mais minuciosa, conclui-se que não seria o recebimento de vantagens indevidas por si o responsável por prejudicar a confiança dos cidadãos, mas sim o teor público destes fatos – fator que depende de elementos alheios ao autor do recebimento, não havendo, portanto, necessariamente lesão a este pretense bem jurídico-penal por parte daquele. A adoção deste posicionamento poderia ainda levar ao entendimento de que a intensa midiatização e cobertura jornalística de determinados casos célebres de corrupção de agentes públicos levaria ou agravaria a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma – resultando em uma perspectiva autoritária incompatível com garantias fundamentais como a liberdade de imprensa²²⁰.

Outra problemática referente a estas concepções é que elas são consequências do bom funcionamento das instituições públicas, e não se confundem com o bem jurídico-penal tutelado. A confiança e o prestígio das instituições públicas são produto de seu bom funcionamento, não o fim em si tutelado, assim como o seu descrédito é consequência das sucessivas lesões a interesses penalmente tutelados. Conforme sintetiza Cabrera, a corrupção não é incorreta porque reduz a confiança dos cidadãos na administração pública, mas sim reduz a confiança dos cidadãos porque é incorreta.²²¹

Trata-se, ademais, de um sentimento coletivo que não necessariamente corresponde à realidade do desempenho das funções da administração, mas sim depende de uma série de fatores, muitos deles históricos, que vão além de cada delito de forma isolada. Caso se considere este como sendo o bem jurídico tutelado, não poderiam ser punidos atos que atentem contra uma administração pública já descreditada ou atos que sejam ocultados do público ou pouco midiatizados.²²²

Conforme Souza, esta perspectiva está mais relacionada às expectativas sociais de condutas em uma visão funcionalista sistêmica, remetendo às teorizações de Jakobs que negam a própria teoria do bem jurídico, não sendo adequadas para limitar a intervenção penal.²²³ Há, de fato, uma dificuldade em verificar a existência e a intensidade de uma hipotética lesão a este bem jurídico que seja apta a justificar a intervenção penal, o

²²⁰ FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. *Corrupción en la función pública*. El delito de negociaciones prohibidas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 43

²²¹ FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. *Corrupción en la función...*, cit., p. 42.

²²² FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. *Corrupción en la función...*, cit., p. 43.

²²³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 90.

que faz com que ele seja inadequado para figurar como bem jurídico-penal tutelado pela norma.

2.3.2.2. Perspectivas relativas à infração de dever do funcionário público

Há uma posição doutrinária, ainda que minoritária, que identifica o bem jurídico-penal tutelado pelo delito de corrupção – ou, de maneira mais ampla, pelos crimes contra a administração pública – como relacionado aos deveres do cargo exercido pelo funcionário público. Há, segundo esta linha, um dever subjetivo advindo da relação entre o Estado e o *intrañeus*; seria a corrupção uma infração destes deveres, tomados em geral ou concretamente determinados. Para Muñoz Conde, tratar-se-ia de uma quebra do dever e da confiança depositadas no funcionário público.²²⁴

Esta concepção que relaciona o bem jurídico-penal aos deveres do *intrañeus* remete àquela da Escola de Kiel, que desconsiderava a necessidade de identificação de um bem jurídico-penal tutelado pela norma; o delito, neste contexto, se aproximava ao ideário de uma infração de dever.²²⁵ Esta visão pode ser observada atualmente em posições doutrinárias que indicam o bem jurídico tutelado como sendo o dever de lealdade; probidade; a integridade dos funcionários; a probidade no exercício da função; a disciplina; a pureza no exercício do cargo; entre outros²²⁶.

Em se tratando da corrupção, é possível analisar a ideia de deveres sobre duas perspectivas distintas. A primeira, dos deveres específicos de não receber vantagens indevidas, que são descumpridos quando isto ocorre, como as previsões do Código de Conduta da Alta Administração Federal, que prevê R\$ 100 como o valor máximo que pode ser recebido por esta categoria de funcionários públicos a título de regalia;²²⁷ ou a Lei de Improbidade Administrativa, que lista em seu artigo 9º diversas condutas que importam em enriquecimento ilícito – algumas de forma explicitamente vinculada a determinados atos

²²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 913.

²²⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 80.

²²⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal...*, cit., p. 578; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. II, p. 416; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto...*, cit., p. 1. Segundo Edgardo Donna, é o entendimento que prevalece na doutrina alemã, a partir de um viés de abuso de autoridade no cargo e ataque à pureza do seu exercício. Vide: DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la...*, cit., pp. 28-29.

²²⁷ “Art. 9º - É vedada à autoridade pública a aceitação de presentes, salvo de autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade. Parágrafo único. Não se consideram presentes para os fins deste artigo os brindes que: I - não tenham valor comercial; ou II - distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de R\$ 100,00 (cem reais)”.

(como as previsões dos incisos IX e X), outras vedadas em razão da sua relação com particulares possivelmente interessados (como a previsão do inciso I). A segunda perspectiva possível, por sua vez, seria a dos deveres do cargo em sentido amplo, cujo regular exercício pode vir a ser prejudicado pela corrupção.

No exercício aqui proposto, o recebimento de vantagens indevidas sem um ato de ofício correlato violaria o dever de não as receber, mas não necessariamente implicaria na violação dos deveres do cargo de modo amplo – especialmente porque pode haver funcionários cujo cargo não possui delimitação clara dos seus deveres e da margem de seu descumprimento. De todo modo, verifica-se que esta concepção de bem jurídico não é a mais adequada em um Estado Democrático de Direito.

Em primeiro lugar, há algumas dificuldades em se considerar que o bem jurídico-penal em questão diria respeito ao dever específico de não receber vantagens indevidas. Elas são, essencialmente, de ordem sistêmica. De modo geral, as previsões de natureza administrativa as quais vedam o recebimento de vantagens indevidas visam coibir a corrupção, entendida aqui em sentido amplo como a venalidade da função pública. Caso se considere que o bem jurídico referencial do tipo penal de corrupção é o dever de não receber tais vantagens e que há crime de corrupção ao haver lesão a ele, então se estaria diante de uma sobreposição entre as instâncias administrativa e penal – o que contraria os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade penais, sendo, tão logo, inviáveis.

A mesma lógica se aplica, *mutatis mutandi*, à perspectiva que considera o regular exercício dos deveres do cargo como o bem jurídico-penal tutelado pela norma. Esta concepção, tomada por si mesma, é desprovida de conteúdo material, levando à confusão entre ilícito administrativo e penal e o desvirtuamento da função limitadora do bem jurídico-penal. Os deveres dos cargos por si mesmos não possuem carga valorativa penal, não constituindo, portanto, um critério efetivo para a limitação da intervenção penal²²⁸. Assim, este posicionamento, no geral, é inviável porque não se confunde infração de dever com infração penal; a mera deslealdade não pode resultar na intervenção penal sem que haja lesão ao interesse material tutelado pela norma.²²⁹

²²⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, cit., pp. 234-235; HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal...*, cit., pp. 282-283.

²²⁹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. ¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción? *Eguzkilore*: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 23, 2009, p. 247.

Esta perspectiva remete, ademais, a uma concepção autoritária de Estado e administração pública, cujo enfoque reside na relação entre o funcionário público e o Estado – o qual é um meio de tutelar bens jurídicos, e não o bem jurídico em si –, de forma alheia ao cidadão destinatário das funções públicas em um Estado Democrático de Direito.²³⁰

2.3.2.3. Perspectivas relacionadas à administração pública como ente

Na sequência, passa-se à análise das perspectivas que identificam que a corrupção lesiona algum aspecto da administração pública enquanto ente, sendo este o bem jurídico-penal tutelado pela norma. Estas perspectivas se assemelham à denominada concepção formal, subjetiva ou organizacional de administração pública – termo aqui utilizado como substantivo próprio – na doutrina administrativa. Esta concepção a define como o aparelho estatal responsável pelo exercício de atividades administrativas.²³¹ Ou seja, o conjunto de entes – pessoas jurídicas, órgãos, agentes públicos – que formam uma estrutura investida em poderes, deveres e direitos e destinada ao exercício a atividade administrativa pública estatal.²³²

Ao se optar por tratar a administração pública como ente, é possível conferir a ela atributos que podem vir a ser lesionados – os quais, na doutrina penal, são identificados como os bens jurídico-penais tutelados pela norma. Assim, esta seria a categoria com maior número de perspectivas distintas. Elas podem ser separadas naquelas que tratam (i) da autonomia da administração pública; (ii) da transparência de seus atos; (iii) do seu aspecto patrimonial; e (iv) de sua moralidade e integridade.

Em primeiro lugar, as posições doutrinárias que identificam a autonomia da administração pública como o bem jurídico-penal tutelado pela norma costumam fazer menção a aspectos como a sua incolumidade, segurança, liberdade, desinteresse ou imparcialidade.²³³ Ou seja, estes autores identificam que a corrupção prejudica a

²³⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 89.

²³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo...*, cit., p. 141.

²³² V.g. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro...*, cit., p. 68; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, cit., p. 50; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo...*, cit., p. 266; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno...*, cit., p. 39.

²³³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código...*, cit., p. 313; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale...*, cit., p. 1; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. Milano: Giuffrè, 2016. v. II, p. 424-425; FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. *Corrupción en la función...*, cit., p. 77 e ss.; ROMANO, Mario. *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali: art. 314-335-bis cod. pen.: commentario sistematico*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 141.

independência da administração pública e a vontade própria do Estado, que passaria a ser pautado pelos interesses próprios daquele que ofereceu ou deu a vantagem indevida.

As problemáticas referentes a esta perspectiva são similares às identificadas anteriormente quanto à posição que identifica o bem jurídico-penal como sendo os deveres do cargo. Além de se vislumbrarem situações de corrupção passiva imprópria, em que não necessariamente haveria prejuízo às condutas que o funcionário público deveria realizar, é importante destacar que na concepção de um Estado Democrático de Direito que possui o indivíduo e seu desenvolvimento como centro, a autonomia da administração pública deve ser concebida como meio para a proteção de bens jurídicos, e não como um fim em si mesma.

Em se tratando do aspecto específico do recebimento de vantagem indevida sem um ato de ofício correlato, merece menção a posição do Supremo Tribunal Espanhol que entende que haveria nestas situações um comprometimento da imparcialidade porque haveria uma expectativa de futuro e eventual tratamento diferenciado, ali residindo a lesão ao interesse tutelado. Esta, segundo Souza, seria mera expectativa presumida e não implica por si só em lesão ao hipotético bem jurídico-penal – o que aparenta ser a posição mais adequada.²³⁴

Verifica-se assim que caso se considere que a autonomia da administração pública seria o bem jurídico-penal tutelado pelo delito de corrupção passiva, então o simples recebimento de vantagem indevida sem um ato de ofício correlato não constituiria crime, dada a ausência de lesão ao interesse tutelado. Trata-se, de todo modo, de uma perspectiva demasiado limitada e que demanda maior refinamento.²³⁵

Em segundo lugar, caso se considere que o bem jurídico em questão é a transparência da administração pública²³⁶, poder-se-ia vislumbrar a existência de uma lesão a ele, na medida em que estes pagamentos indevidos via de regra não são feitos publicamente. No entanto, a transparência e a publicidade por si mesmas não aparentam possuir relevância penal, pois constituem meios para viabilizar a proteção de bens jurídicos, não sendo fins em si. O tema possui melhor tutela pela via administrativa, não justificando por si mesma a intervenção penal.

²³⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 90-91.

²³⁵ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *¿Qué interés lesionan...*, cit., p. 249.

²³⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal...*, cit., p. 578.

A mesma lógica pode ser aplicada à posição doutrinária de que o bem em questão seria o “*aspecto patrimonial*” da administração pública.²³⁷ Além de ser um interesse melhor tutelado por outras áreas do Direito – possui, inclusive, instrumentos processuais próprios e não justifica em princípio a intervenção penal –, trata-se de interesse que não necessariamente é lesionado pela corrupção passiva, seja ela própria ou imprópria, ou pelo recebimento de vantagens indevidas sem um ato de ofício correlato.

Por fim, há as perspectivas que identificam o bem jurídico-penal em questão como sendo a moralidade e a integridade da administração pública, a partir de definições como probidade, dignidade, moralidade, integridade, decoro funcional, aspecto moral e pureza da função pública.²³⁸ Pode-se argumentar que o recebimento de vantagens indevidas, ainda que sem um ato de ofício correlato, lesionaria este interesse. No entanto, trata-se, evidentemente, de uma visão moralista que acaba por legitimar a administração pública por si mesma de forma independente dos cidadãos a quem ela serve, o que, conforme já dito, é equivocado no cenário de um Estado Democrático de Direito. No mais, a pureza no exercício da função pública, no atual modelo constitucional, deveria se referir à atuação de acordo com os parâmetros legais – o que, conforme já apontado, carece de concretude penal.²³⁹

Verifica-se, assim, que o recebimento de vantagens indevidas sem um ato de ofício correlato não necessariamente afeta a maior parte destes interesses – alguns deles não necessariamente são afetados mesmo quando há um ato correlato. Não se vislumbra, ademais, relevo penal para estes interesses, motivo pelo qual não podem ser identificados como o bem jurídico-penal tutelado.

2.3.2.4. Perspectivas relacionadas à administração pública como o exercício das funções públicas

Há, ainda, outra categoria de perspectivas sobre o bem jurídico-penal tutelado pelo delito de corrupção, mais próximo à concepção objetiva, material ou organizacional da

²³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção...*, cit., p. 54.

²³⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal...*, cit., p. 578; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código...*, cit., p. 313; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale...*, cit., p. 1; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal...*, cit., p. 416; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. IV, p. 198; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial, volume 5...*, cit., p. 109; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação...*, cit., p. 1466; ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito penal: parte especial...*, cit., p. 871; NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção...*, cit., p. 54; DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la...*, cit., p. 31; OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção...*, cit., p. 53.

²³⁹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *¿Qué interés lesionan...*, cit., p. 250.

doutrina administrativa. É a que concebe a administração pública – termo utilizado como substantivo comum – como a função materialmente administrativa, que cabe predominantemente ao Poder Executivo.

Esta concepção se refere à administração pública como o conjunto dos bens, direitos e funções necessárias ao desempenho dos serviços públicos em geral. É, portanto, um conceito que a define a partir do conjunto de atividades que representam o funcionamento dos órgãos, agentes e atividades públicas com vistas à concreção dos fins estatais²⁴⁰.

Neste sentido, as funções públicas e seu regular andamento constituem também a perspectiva mais frequentemente identificada pela doutrina penal como o bem jurídico-penal tutelado pela norma. São utilizadas definições como seu normal funcionamento; capacidade; competência; disciplina; correto funcionamento; legalidade de seu exercício; o normal, ordenado e legal desenvolvimento da função dos órgãos do Estado; a regularidade; e o desenvolvimento regular da atividade do Estado, entre outras²⁴¹. Há ainda as que identificam o interesse como sendo o bom exercício das funções – ou seja, para além de um patamar do regular funcionamento, com definições como a “*boa administração*” e a “*eficiência*”²⁴².

O recebimento de vantagem indevida sem a indicação ou prática de um ato de ofício correlato não acarretaria, em princípio, em lesão a este bem jurídico-penal, já que por definição, está a se tratar de uma hipótese em que não há uma contrapartida de imediato por parte do *intrañeus*. Conforme já mencionado, a interpretação de que haveria uma expectativa de eventual futuro tratamento diferenciado é uma expectativa presumida, não havendo lesão ao bem jurídico-penal no ato do recebimento em si.²⁴³

Embora mais adequadas a um contexto não autoritário por não tratarem a administração pública como ente soberano, possuindo substrato material ligeiramente mais

²⁴⁰ V.g. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro...*, cit., p. 68; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 50; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo...*, cit., p. 266; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno...*, cit., p. 39.

²⁴¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código...*, cit., p. 313; SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1951, t. V, pp. 176-177; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale...*, cit., p. 1; ROMANO, Mario. *I delitti contro...*, cit., p. 141; RICCIO, Stefano. *I delitti contro...*, cit., p. 358; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação...*, cit., p. 1466; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal...*, cit., p. 578; DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la...*, cit., p. 31; OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção...*, cit., p. 53; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, cit., p. 198.

²⁴² FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação...*, cit., p. 1466; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, cit., p. 198.

²⁴³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 90-91.

significativo do que os deveres do cargo, as definições desta categoria também enfrentam dificuldades para serem utilizadas como bem jurídico-penal por não constituírem referencial para limitação da intervenção penal, acabando por se confundir com a esfera administrativa. E conforme já exposto, em razão do princípio da subsidiariedade, não pode o Direito Penal servir para tutelar as funções administrativas por si mesmas; ele necessita de um referencial material além delas²⁴⁴.

Por sua vez, os critérios relacionados ao “*bom*” funcionamento carecem de maior concretude conceitual, se revelando pouco proveitosos enquanto referencial penal, já que não levam à função crítica e interpretativa do bem jurídico-penal,²⁴⁵ mas sim constituem referência genérica e pouco indicativa do conteúdo substancial do delito.

De maneira geral, o desempenho – regular ou bom – das funções públicas também não se revela como o mais adequado referencial de bem jurídico-penal para o delito de corrupção. Não basta que o bem jurídico-penal se relacione ao regular funcionamento ou à eficiência funcional caso estes interesses sejam tomados por si só, como fins em si mesmos; é necessário que sejam valorados como os meios que são, voltados à pessoa e seu livre desenvolvimento no âmbito de suas relações sociais,²⁴⁶ verdadeira destinatária da norma penal. O exercício das funções públicas é o contexto em que os delitos ocorrem, não o bem jurídico-penal em si.²⁴⁷

Ademais, menciona-se exemplificativamente a figura popular do membro do executivo que “*rouba, mas faz*”, referente a funcionários públicos que praticam peculato, corrupção passiva e outros delitos envolvendo a administração pública por meio da execução de obras públicas diversas. A execução destas obras pode ser considerada parte do regular e até do bom funcionamento da administração, que pode não ter sido prejudicado – o que não significa que a conduta do *intraneus* não possua relevância penal. Assim, embora seja um critério com maior grau de precisão, ainda possui suas deficiências.

²⁴⁴ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoria..., cit., p. 282.

²⁴⁵ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. ¿Qué interés lesionan..., cit., p. 250; SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 92.

²⁴⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal...*, cit., p. 68.

²⁴⁷ FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. *Corrupción en la función...*, cit., p. 74.

2.3.2.5. Perspectivas relacionadas à administração pública como o conjunto das atividades voltadas ao atendimento da coletividade

Há, por fim, outra categoria de posições doutrinárias, que dialogam com a visão atual e mais abrangente de administração pública – que engloba não somente ela como ente ou como o conjunto das funções públicas, mas sim a concebe com um viés social de atendimento à coletividade e à consolidação da cidadania, de forma instrumentalizada em favor da sociedade, evitando abusos por parte dos funcionários públicos e a utilização do cargo em interesse próprio.

Assim, neste contexto, o bem jurídico-penal em questão seria o regular funcionamento das atividades públicas a partir da concepção das funções administrativas como instrumentos voltadas ao desenvolvimento dos indivíduos.²⁴⁸ Ou seja, está a se tutelar o direcionamento da função pública à satisfação das necessidades essenciais da sociedade, conforme os parâmetros constitucionais²⁴⁹; a existência da administração pública somente se justifica em razão da atividade exercida em benefício da cidadania, a quem ela serve e não representa.²⁵⁰

Esta parece ser a concepção mais coerente com o paradigma cidadão adotado pela Constituição Federal de 1988: para além de reforçar princípios e garantias fundamentais de relevância penal, ocorreu uma profunda alteração no paradigma da concepção de Estado e dos princípios que regem a administração pública – e, conseqüentemente, da maneira com que se deve interpretar os crimes contra a administração pública, entre os quais se inclui a corrupção passiva.

Com efeito, a relevância de se levar a Constituição Federal de 1988 em consideração se dá pelo fato de ela constituir marco institucional que conforma a interpretação do Direito, verdadeiro indicativo da postura democrática adotada. Isto é de suma relevância para a interpretação e aplicação do Direito Penal como um todo, e assume especial relevância em se tratando dos crimes contra a administração pública.

A visão adotada pelo constituinte pátrio em relação às funções da administração foi a partir de uma postura de consolidação da cidadania, com uma concepção de atendimento à coletividade cidadã a partir de uma relação não autoritária com a mesma²⁵¹.

²⁴⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 92.

²⁴⁹ Em sentido similar: ROMANO, Mario. *I delitti contro...*, cit., p. 141

²⁵⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación administrativa...*, cit., p. 554.

²⁵¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 60.

A partir desta concepção, o sistema é colocado a serviço do indivíduo, e não o contrário²⁵² – em oposição ao modelo ditatorial anteriormente vigente. E se a opção por este modelo impacta toda a relação entre Estado e cidadão, então também impacta a forma com que se deve interpretar e aplicar todos os aspectos do Direito que digam respeito à administração pública, do que se inclui o Direito Penal como um todo, a partir de sua concepção como expressão do poder estatal com o fim de tutelar subsidiariamente bens jurídicos²⁵³ e do Estado como detentor do *ius puniendi*.

Dentro de um Estado Democrático de Direito como o que se optou por adotar, no qual o Direito Penal possui a função de tutela subsidiária de bens jurídicos – e somente de bens jurídicos –, a sua justificação material deve possuir respaldo em valorações que reflitam a concepção de Estado adotada e o pressupostos político-sociais nos quais ele se insere.²⁵⁴ A sua legitimidade formal, portanto, não basta por si só. Se a Constituição Federal expressa a intenção configuradora de todo o sistema jurídico, as normas devem ser formalmente e materialmente compatíveis com o seu sistema de valores²⁵⁵.

Isto possui impacto direto na tutela dos crimes contra a administração pública, dentro da qual se insere a corrupção passiva. Se o Estado não é um fim em si mesmo, mas sim voltado ao cidadão e à efetivação das garantias previstas no texto constitucional, então o indivíduo deve ser posto à frente; o sistema só possui legitimidade enquanto estiver voltado para o desenvolvimento deste.²⁵⁶ Faz-se necessário também repensar os seus fins e a forma de exercício do poder, especialmente sobre a relação público-privado e a utilização do poder público para fins coletivos e não de grupos específicos com interesses particulares – essência das reflexões sobre patrimonialismo e a cidadania brasileira.

Neste contexto, o ponto de vista mais adequado parece ser no sentido de que a existência do tipo penal de corrupção passiva se justifica na medida em que for interpretado como um direcionamento do exercício das funções públicas para satisfazer interesses particulares, e não à cidadania e ao desenvolvimento da pessoa destinatária das funções estatais. A problemática da conduta reside neste direcionamento, que vulnera o bem jurídico-penal *supra*: a corrupção é, portanto, um mecanismo, um meio de ação que prejudica as

²⁵² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 42.

²⁵³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral...*, cit., pp. 5-6.

²⁵⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal...*, cit., pp. 72-73 e 383.

²⁵⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal...*, cit., p. 50.

²⁵⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 53-54.

regras para tomada de decisões públicas, e não como o eventual resultado material destas decisões.²⁵⁷

Com base neste entendimento, o recebimento de vantagens indevidas – com ou sem um ato de ofício correlato – lesionaria o bem jurídico-penal em questão na medida em que se subverte o objetivo da função pública, instrumentalizado em prol dos interesses privados do funcionário público e do corruptor. Prejudica-se os mecanismos que garantem concretamente aos indivíduos a participação social de forma equitativa, na qualidade de razões de ser e destinatários das atividades do Estado,²⁵⁸ justificando-se assim o seu relevo penal. Por mais que as atividades tenham sido cumpridas de forma aparentemente regular, seu desempenho não foi voltado à cidadania e às necessidades essenciais sociais, mas sim ao sinalagma recebido em razão delas.²⁵⁹

Esta concepção está, até determinado grau, relacionada à ideia de imparcialidade. Não está a se tratar, contudo, da imparcialidade ou neutralidade como fins em si mesmas, já que nem sempre é possível auferir uma lesão a elas; mas sim, como descreve Bechara, enquanto ela for garantia do bom funcionamento e da participação social em condições iguais aos indivíduos, e da ausência de interferências privadas em decisões públicas²⁶⁰ – especialmente aquelas dotadas de maior grau de discricionariedade. Lesiona-se este bem jurídico-penal quando os poderes dos funcionários públicos são desviados para interesses privados, sejam os seus próprios, sejam os do particular corruptor.

Da mesma forma, não se trata tão somente da tutela das funções públicas por si mesmas, embora elas constituam importante ponto de partida. Conforme já exposto, este critério carece de conteúdo material por si só – lacuna que é suprida quando se delimita o objeto para considerar o seu direcionamento para a satisfação dos interesses da cidadania. Assim, somente os mais graves ataques ao exercício das funções públicas devem ser tutelados pela esfera penal.²⁶¹

Não se desconhece as dificuldades de adoção das necessidades da sociedade ou dos interesses da cidadania como critério, especialmente na esfera penal. Mesmo na doutrina administrativa, há tempos já se considera superada a ideia de “*primazia do interesse*

²⁵⁷ Conforme a concepção de Kindhäuser mencionada *supra*. KINDHÄUSER, Urs, Presupuestos de la corrupción..., cit., pp. 8-11.

²⁵⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O ato de ofício..., cit., p. 225.

²⁵⁹ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria..., cit., pp. 168-169.

²⁶⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O ato de ofício..., cit., p. 225. No mesmo sentido, FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. *Corrupción en la función...*, cit., p. 86 e ss.

²⁶¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 93.

público”, por ser impossível se falar em um interesse público unívoco²⁶² – especialmente em um Estado Democrático de Direito, em que a valorização do indivíduo é elemento central. Isto posto, é justamente esta pluralidade de visões e interesses que obriga a administração pública a desempenhar suas funções de forma igualitária, sem que prevaleçam interesses pessoais de particulares ou funcionários públicos²⁶³ – critério, por sua vez, dotado de maior clareza.

A conclusão mais adequada, neste sentido, parece ser aquela segundo a qual o interesse tutelado pelos crimes contra a administração pública, dentre os quais se inclui a corrupção ativa e passiva, é o direcionamento das funções públicas aos interesses da cidadania, sem que prevaleçam interesses privados.

Este direcionamento pode ser afetado de muitas formas distintas; nos delitos de corrupção com a prática de um ato de ofício correlato, ocorre por meio do consenso espúrio entre o *intraneus* e o particular – o qual faz com que o funcionário público instrumentalize o exercício de sua função pública para a obtenção de vantagem indevida para si.²⁶⁴ *Mutatis mutandis*, a mesma instrumentalização, e, portanto, a mesma lesão ao bem jurídico-penal ocorre quando o funcionário público apenas recebe vantagem indevida, sem a prática de um ato de ofício correlato – ainda que as condutas possuam resultados materiais distintos, o que, conforme já visto, não está necessariamente relacionado à lesão ao bem jurídico.

2.4. Tomada de posição

A partir da revisão sobre o estado atual da teorização sobre o bem jurídico-penal, constata-se que apesar das suas limitações, ainda se trata de conceito essencial para avaliação da relevância penal de determinadas condutas. Consequentemente, o bem jurídico-penal se revela como importante ferramenta para limitação do poder punitivo estatal, a qual somente é justificada quando há lesão ou perigo de lesão a um interesse desta categoria.

Os bens jurídicos podem ser considerados individuais ou coletivos, conforme os interesses aos quais estejam direcionados – se a determinadas pessoas ou grupos de pessoas, ou à coletividade. Eles não podem ser criados e reconhecidos de forma

²⁶² Ver, por todos, ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, nº 11, set./nov. 2007.

²⁶³ FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. *Corrupción en la función...*, cit., p. 62.

²⁶⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 91.

discricionária, mas devem se referir a comportamentos que repercutem de forma negativa no funcionamento do sistema social enquanto ferramenta para o desenvolvimento individual.

É, portanto, necessário identificar uma efetiva afetação da convivência social para que possuam legitimidade – critério que se aplica ao bem jurídico referente à administração pública, que é de natureza coletiva. Sua tutela não deve ser voltada à supervisão estatal da comunidade, mas sim à garantia de indivíduos e seu livre desenvolvimento.

A partir da evolução doutrinária sobre o tema, observa-se que a constatação de lesões a bens jurídicos penais – de natureza individual ou coletiva – prescinde da verificação de um resultado material. Ou seja, a ofensividade a um bem jurídico não se confunde com a lesão ao objeto do delito. Este raciocínio aplicado aos crimes contra a administração pública leva à conclusão de que a corrupção não precisa necessariamente de um resultado imediato prejudicial a alguém ou algo para que possua relevância penal.

Estabelecidos estes critérios, é possível identificar os precisos contornos do bem jurídico-penal tutelado pelo tipo penal de corrupção passiva, e se o recebimento de vantagem indevida sem um ato de ofício correlato representa lesão ou perigo de lesão a ele.

Em primeiro lugar, embora reconhecida a complexidade do fenômeno da corrupção e de seus novos contornos políticos, econômicos e sociais, entende-se que o referencial para o bem jurídico tutelado pela norma ainda deve ser aquele referente à administração pública. Isto porque o Direito é um subsistema autopoietico e detentor de suas próprias estruturas e regras internas, que pode incorporar contribuições de outras áreas do conhecimento, mas sempre de acordo com a sua lógica própria; porque a corrupção, em sua essência, está diretamente relacionada à função exercida pelo *intrañeus*; e, ainda, porque inexistente previsão legal sobre estes outros interesses.

Já a partir de uma perspectiva relacionada à administração pública, é possível separar os interesses identificados pela doutrina em cinco principais categorias.

Há, em primeiro lugar, aqueles que identificam o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção passiva a partir de uma perspectiva externa, referente à confiança dos cidadãos. Este entendimento não é o mais adequado, no entanto, porque a lesão depende de fatores alheios ao ato da corrupção em si, e porque a confiança é consequência do funcionamento das instituições públicas, e não o bem jurídico-penal tutelado em si. Ainda,

trata-se de um sentimento coletivo que não necessariamente corresponde à realidade do desempenho das funções da administração.

De outra sorte, há as perspectivas que indicam o bem jurídico tutelado como sendo o exercício dos deveres do cargo do funcionário público – que são desprovidos de conteúdo material por si, não constituindo, portanto, um critério efetivo para a limitação da intervenção penal.

Existem as perspectivas que identificam algum aspecto da administração pública a partir de uma concepção subjetiva dela, que a identifica como ente dotado de atributos que podem vir a ser lesionados. Seriam estes atributos sua autonomia, a transparência de seus atos, seu aspecto patrimonial e sua moralidade. A maior dificuldade relacionada a esta categoria está nas problemáticas de se adotar uma visão autoritária da administração Pública, cujos atributos seriam fins em si mesmos.

Há, ainda, as perspectivas segundo as quais a corrupção lesiona a administração pública a partir de sua concepção objetiva, relacionada ao funcionamento dos órgãos estatais – entendimento que, embora mais adequado, segue sem possuir sentido axiológico autônomo.

Por fim, naquela que parece ser a concepção mais adequada em um cenário democrático, consoante o paradigma cidadão adotado pelo constituinte de 1988, há os posicionamentos que identificam o bem jurídico a partir da concepção da administração pública como um instrumento voltado à consolidação da cidadania, sendo este direcionamento uma garantia de satisfação dos interesses gerais e da ausência de interferências privadas em decisões públicas.

Nesta concepção, a administração pública não representa somente um ente ou o conjunto das funções públicas desprovidos de carga axiológica, mas sim possui um viés social de atendimento à coletividade, de forma instrumentalizada em favor da sociedade. O bem jurídico-penal, portanto, é identificado como o regular funcionamento das atividades públicas, porém partindo-se de uma concepção das funções administrativas como instrumentos, de forma voltada ao desenvolvimento dos indivíduos, e não como fins em si mesmos. Tutela-se, desta forma o direcionamento da função pública à satisfação das necessidades essenciais da sociedade, conforme os parâmetros constitucionais e em uma relação não autoritária.

Há lesão a este bem jurídico quando o *intraneus* utiliza a função pública por ele exercida para satisfazer interesses particulares, sejam eles do corruptor, sejam eles em

benefício próprio do funcionário público – como, por exemplo, no cenário em que há o recebimento de vantagem indevida, ainda que sem a prática de um ato de ofício correlato. Neste cenário, o objetivo das funções públicas é subvertido em prol de interesses privados, justificando, a partir dos critérios anteriormente estabelecidos, o seu relevo penal.

CAPÍTULO 3. O ATO DE OFÍCIO NO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Sumário: 3.1. Considerações iniciais. 3.2. Tipicidade e omissão na redação legal: a constatação de um ato de ofício como elemento normativo implícito. 3.2.1. Princípio da legalidade e sua carga axiológica. 3.2.2. Criação do Direito pelo intérprete e a constatação de elementos normativos implícitos. 3.2.3. Critérios para a admissão de elementos normativos implícitos no tipo penal de corrupção passiva. 3.2.3.1. Primeira hipótese interpretativa: a inserção de um elemento normativo implícito a partir da equiparação dos requisitos da corrupção ativa e corrupção passiva. 3.2.3.2. Segunda hipótese interpretativa: a inserção de um elemento normativo implícito a partir da tradição doutrinária e jurisprudencial. 3.3. Ato de ofício e limites interpretativos da redação atual do tipo penal de corrupção passiva. 3.3.1. A abertura valorativa do tipo penal. 3.3.2. Balizas para a interpretação dos elementos normativos do tipo no Estado Democrático de Direito. 3.3.3. A valoração dos elementos normativos presentes no tipo penal de corrupção passiva. 3.3.3.1. Terceira hipótese interpretativa: ato de ofício e a interpretação do elemento normativo do tipo “*vantagem indevida*”. 3.3.3.2. Quarta hipótese interpretativa: ato de ofício e a interpretação do elemento normativo do tipo “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”. 3.4. Tomada de posição

3.1. Considerações iniciais

A partir da correta identificação do bem jurídico-penal tutelado pelos crimes contra a administração pública, passa-se à análise dos impactos desta constatação na tipicidade formal da corrupção passiva. Especificamente, tratar-se-á da repercussão do bem jurídico-penal ora identificado na caracterização – ou não – do ato de ofício como um elemento deste tipo penal, tendo em vista a sua ausência na redação legal expressa.

Para a análise pretendida, entende-se ato de ofício como o ato praticado pelo funcionário público de forma relacionada à função por ele exercida. Serão enfrentadas quatro hipóteses interpretativas as quais poderiam conduzir à conclusão de que o ato de ofício é essencial para a configuração típica.

A primeira e a segunda se baseiam na possibilidade de inserção de um elemento normativo implícito no tipo penal. Isto seria feito, na primeira hipótese, a partir de uma interpretação conjunta entre os tipos penais de corrupção ativa e passiva; e, na segunda hipótese, a partir da constatação de uma hipotética lacuna axiológica no tipo penal que levaria à necessidade deste elemento do tipo.

Já a terceira e a quarta hipótese se baseiam nos limites interpretativos dos elementos normativos já existentes no tipo penal – respectivamente, “*vantagem indevida*” e “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”, e se há espaço para uma interpretação deles que levaria à conclusão de que é necessário constatar um ato de ofício correlato à vantagem negociada.

Na busca de respostas à estas indagações, verifica-se a necessidade de analisar a questão à luz da dogmática, especialmente a partir do princípio da legalidade e da tipicidade, alguns dos conceitos mais relevantes em matéria penal – mais especificamente, o estudo dos critérios para a admissão da criação de direito por parte do intérprete e para a valoração dos elementos normativos do tipo objetivo.

3.2. Tipicidade e omissão na redação legal: a constatação de um ato de ofício como elemento normativo implícito

A primeira e a segunda hipótese abordadas neste capítulo tratam da possibilidade de existência de um elemento normativo do tipo – que consiste, no caso, na identificação de um ato de ofício negociado em troca da vantagem indevida – que não figure expressamente na redação do tipo penal.

Por elemento normativo, entende-se por ora como o elemento do tipo penal que demanda uma integração valorativa pelo aplicador do direito.²⁶⁵ O enfoque desta hipótese é a omissão na redação e os limites à inserção de elementos ausentes no texto legal, e não a valoração dos elementos normativos – motivo pelo qual neste primeiro momento não se aprofundará nos desdobramentos doutrinários em torno do tema.

3.2.1. Princípio da legalidade e sua carga axiológica

Em um Estado Democrático de Direito, no qual o indivíduo e o respeito à sua liberdade se situam no centro da razão de ser do sistema de controle social, o Direito Penal deve ser utilizado de forma humana e racional.²⁶⁶ Tendo em perspectiva a visão de que se deve proteger o indivíduo não apenas por meio do Direito Penal, mas também *do* próprio Direito Penal, este deve não somente indicar os meios e métodos de sua aplicação, mas

²⁶⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 195.

²⁶⁶ SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. El principio de legalidad en un estado democrático de derecho: garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 14, 2004, p. 455.

também se autoimpor limitações com o objetivo de mitigar possíveis arbitrariedades na intervenção estatal²⁶⁷ – lógica interpretativa por meio da qual devem ser estudados os princípios em matéria penal.

Entre estas limitações se situa, então, o princípio da legalidade – segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação – limite formal do exercício do *ius puniendi* estatal. Feuerbach sintetizou o princípio em 1810 com a consagrada fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a ele atribuindo fundamentação própria a partir da teoria do delito e dos fins da pena, orientados à prevenção geral através da coação psicológica;²⁶⁸ o princípio possui o sentido de uma máxima garantia às liberdades do indivíduo frente à incidência de sanções penais sobre a liberdade individual.

Considera-se que este ideário figurou pela primeira vez na Magna Carta britânica, de 1215²⁶⁹, tendo sido amplamente difundida no contexto do Iluminismo, sendo Beccaria considerado um de seus principais expoentes.²⁷⁰ Em sentido prático, tradicionalmente identifica-se quatro desdobramentos do princípio da legalidade – todas veiculadoras de proibições, seja ao juiz, seja ao legislador.²⁷¹

Para Roxin, os fundamentos de sua existência se dividem entre jurídico-políticos e jurídico-penais, todos com raízes iluministas.²⁷² No que concerne o primeiro aspecto, há forte influência do liberalismo político, aqui compreendido como a ideia de que, em uma sociedade civilizada, a única hipótese na qual o poder deveria ser exercido sobre um indivíduo é naquela em que o Estado o faz para evitar dano a outros. O único motivo

²⁶⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte...*, cit., p. 137.

²⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte...*, cit., p. 146; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 47.

²⁶⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1...*, cit., pp. 62-63.

²⁷⁰ LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto; LUGO ARTEAGA, Larisbel. La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 37, n. 101, 2015, p. 143.

²⁷¹ Em primeiro lugar, a lei que define a conduta como criminosa precisa ser prévia à sua prática (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); o cidadão não pode ser punido por um fato que não era considerado punível no momento do seu cometimento, e a lei penal que endurece penas atribuídas a determinado crime não pode retroagir para prejudicar o réu. A segunda proibição diz respeito à vedação da criação de normas penais por mecanismos que não sejam leis em sentido estrito (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) – sejam eles decretos e medidas provisórias, sejam eles costumes. Como é sabido, verifica-se uma aceitação geral a situações como as hipóteses de leis penais em branco e tipos penais que se valem da assessoriedade administrativa, aonde parte do conteúdo da proibição se situa fora do tipo penal. É vedada, ainda, a utilização de analogias para fundamentar ou agravar a pena – a analogia *in malam partem*, na medida em que nestas hipóteses, não se estará diante de determinação legal. A analogia *in bonam partem*, no entanto, é considerada permitida. Trata-se da regra *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Por fim, há que se mencionar a proibição de leis penais e penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), que representa um dever ao legislador de redigir leis penais que contenham de forma clara o conteúdo da conduta que se visa criminalizar. Neste sentido, ver, por todos, SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1...*, cit., pp. 63-65.

²⁷² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte...*, cit., pp. 144-147.

pelo qual deve-se fazer concessões da sua independência é quando ela afeta outras pessoas – caso contrário, sobre si mesmo, o indivíduo é soberano.²⁷³ Logo, para assegurar a boa convivência em sociedade, é indispensável que seja traçada uma linha de conduta em relação aos demais indivíduos – a qual, não obstante, deve ser formulada de maneira racional e previsível de modo a também resguardar a liberdade individual.

Neste contexto, o princípio da legalidade tem com um de seus postulados centrais a exigência de vinculação do exercício do poder público a leis formuladas previamente e de modo abstrato, sendo vedado o exercício arbitrário do poder em face do indivíduo. Sendo o Direito Penal uma das expressões máximas do poder estatal, deve, então, ser limitado previamente por meio da legalidade.

Outros pilares fundamentais do princípio da legalidade são a democracia e a divisão de poderes: a legitimidade para decidir quais condutas serão passíveis de punição e a pena a elas atribuída deve partir da instância mais representativa do povo – o Poder Legislativo. Trata-se, segundo Mir Puig, de uma derivação da *teoria ilustrada do contrato social*, baseada na ideia de que o cidadão somente deve admitir limitações em virtude de um pacto – o contrato social – que lhe assegure participação na elaboração das normas que vão guiar a vida em sociedade.²⁷⁴ Neste contexto, o legislador, conquanto imperfeito, é no cenário político-constitucional vigente considerado o poder mais idôneo para a tomada destas decisões em razão de sua maior representatividade.²⁷⁵

A partir desta concepção, em princípio, não caberia ao Judiciário decidir quais condutas são puníveis, mas sim a correta aplicação das leis conforme elaboradas pelo Legislativo. Por este motivo, a criação de leis precisas e com sentido claro também se impõe como obrigação, sendo ela um desdobramento do princípio da legalidade, que demarca limites entre os poderes Legislativo e Judiciário e garante que os cidadãos não estarão sujeitos a penas não autorizadas pelo povo.²⁷⁶

De todo modo, vê-se que para além da função de determinar as condutas típicas e suas penas, orientando o comportamento dos cidadãos, o princípio deve ser interpretado à luz de sua carga axiológica de garantia do indivíduo, com caráter de

²⁷³ STUART MILL, John. *Sobre a Liberdade e A sujeição das mulheres*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017, p. 82.

²⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 115.

²⁷⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas...*, cit., p. 30-31. ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Reflexiones sobre el principio de legalidad. *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 7, 2006, p. 300.

²⁷⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general...*, cit., p. 115.

autolimitação do poder estatal. Trata-se de um primeiro passo: por óbvio, a legalidade não pressupõe necessariamente leis penais mais adequadas ou racionais, mas estabelece como elas devem ser elaboradas, visando maior segurança jurídica e limitação do poder punitivo.

Destaca-se, no entanto: não é possível afirmar categoricamente que não cabe ao juiz interpretar as leis, mas somente aplica-las – concepção mecanicista verdadeiramente inviável, especialmente considerando o cenário atual de elaboração legislativa de qualidade crescentemente questionável. Logo, faz-se necessário refletir sobre quais os efetivos limites da interpretação penal, à luz dos princípios próprios a esta esfera – e, para as duas hipóteses interpretativas as quais são enfrentadas neste tópico, sobre os limites da criação de Direito pelo intérprete e a ponderação com o necessário respeito à decisão do legislador.

3.2.2. Criação do Direito pelo intérprete e a constatação de elementos normativos implícitos

Conforme Chaves Camargo, ao contrário da esfera das ciências exatas, as quais têm como objeto de estudo uma natureza sem lacunas, o Direito é um processo histórico que se renova e que está sujeito a apresentar-se como desprovido de uma proposição ou instituto suficiente para resolução de um problema concreto. Quando não existe solução legalmente prevista para determinada questão examinada²⁷⁷, por consequência, se está diante de uma *lacuna axiológica*.

Para Montiel, tais hipóteses admitem a flexibilização da estrita legalidade para a criação de direito por parte do intérprete.²⁷⁸ São casos em que a lei penal teria sido insuficientemente abrangente, o que justificaria um processo de integração do Direito Penal, exigindo a aplicação de normas gerais criadas pelo juiz.

É esta, pois, a criação judicial de normas de Direito Penal. Para ser viável, ela demanda uma adequada compreensão da ideia fundamental contida na lei penal, de forma orientada à correspondente hipótese prevista legalmente, de modo a ser possível uma correta delimitação do espaço de interpretação.²⁷⁹

²⁷⁷ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 81-84.

²⁷⁸ MONTIEL, Juan Pablo. Creación judicial de Derecho Penal y analogia *in bonam partem*. In: GUZMÁN, Nicolás (coord.); PASTOR, Daniel R. (dir.). *Problemas actuales de la parte general del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, pp. 178-184.

²⁷⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 131; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem...*, cit., p. 111.

Entre os mecanismos para a criação destas soluções, há o exemplo mais consagrado da admissão da analogia *in bonam partem*;²⁸⁰ no entanto, também há posições doutrinárias as quais reconhecem a existência dos denominados elementos normativos implícitos ou gerais: Díaz y García Conlledo os definem como aqueles comuns a todo tipo penal ou a grupos de tipos penais, e que podem não estar expressos em cada um dos preceitos, embora derivem de construções dogmáticas ou de preceitos da parte geral.²⁸¹ Apesar de não estarem previstos expressamente na redação, sua ausência resulta na atipicidade da conduta.

Os elementos normativos implícitos costumam ser reconhecidos em tipos penais cujo simples sentido literal, considerando estritamente a redação legal, é insuficiente para a delimitação das condutas que configuram aquele crime. Ou seja, quando há uma lacuna axiológica por parte do legislador que, ao tipificar determinada conduta, não previu dados elementos os quais são essenciais para distinguir delitos de outras condutas regulares sob a ótica penal. Dada a falta de técnica, faz-se necessário se voltar a outros instrumentos – como é o caso dos elementos normativos implícitos.

Sua existência cumpre a função de adequar o tipo penal, cuja redação pode gerar dúvidas e ambiguidades, à realidade da efetiva conduta da qual se visa a tutela. Também são utilizados e reconhecidos em prol da coerência sistêmica entre determinadas categorias de tipos penais.

É o caso, como identificado por Bitencourt, do delito de impedir ou embaraçar investigação de organização criminosa, previsto no artigo 2º, §1º da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) – que tipifica, *verbis*, a conduta de “*quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa*”. Trata-se de tipo penal consideravelmente aberto, tendo o legislador prescindido de descrever a conduta com maior precisão, gerando insegurança sobre quais exatamente seriam as condutas típicas.

Esta omissão legislativa poderia fazer com que condutas que representem intercorrências legítimas a investigações de organizações criminosas – como o exercício regular do direito de defesa – configurassem em tese a prática de crime, interpretação

²⁸⁰ Trata-se da analogia para beneficiar o acusado – ou seja, a aplicação analógica, por razões de equidade, de hipóteses favoráveis não previstas em lei, mas que sejam semelhantes às que estão previstas. SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*: volume 1..., cit., pp. 64-65.

²⁸¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008, pp. 83-84.

verdadeiramente inviável. Desta forma, sustenta o autor que este tipo penal contém, implicitamente, o elemento normativo “*indevidamente*” ou “*sem justa causa*”, excluindo da abrangência do tipo as condutas que configurem o regular exercício de direito de qualquer cidadão, como a impetração e interposição de medidas judiciais diversas²⁸² ou mesmo a adoção de estratégias inerentes ao exercício da defesa e que porventura poderiam representar algum obstáculo à atividade de investigação, como a simples redesignação ou substituição de oitivas policiais.

Outro caso de elemento normativo implícito reconhecido por parte da doutrina cuida do caráter econômico ou patrimonial da vantagem obtida na extorsão mediante sequestro (artigo 159 do Código Penal).²⁸³ O tipo penal em si prevê a obtenção de “*qualquer vantagem*” como condição ou preço do resgate; há o entendimento, no entanto, de que esta vantagem teria de ser necessariamente econômica, já que o tipo penal se insere no título dos crimes contra o patrimônio – caso contrário, na hipótese de se considerar toda e qualquer vantagem como possível preço do resgate, o delito localizar-se-ia entre os crimes contra a liberdade individual.²⁸⁴

A extorsão mediante sequestro, neste posicionamento, seria crime contra o patrimônio praticado mediante a utilização da privação de liberdade como forma de coação; a rubrica “*extorsão*” seria crucial para a interpretação da questão, já que para o crime de extorsão simples, a vantagem é necessariamente econômica a partir da previsão expressa do tipo legal, o que também deveria ser aplicado no tipo em questão.

Vê-se, assim, a identificação de um elemento normativo implícito com base na interpretação sistêmica do tipo, levando-se em consideração não somente a redação do tipo penal, mas também sua rubrica e o título no qual ele se insere. O acerto ou não desta específica interpretação é discutível: Souza sustenta que trata-se de delito pluriofensivo, e que o tipo penal menciona a vantagem como “*condição ou preço*” do resgate, não somente

²⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 695-696.

²⁸³ “Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos”.

²⁸⁴ Neste sentido, v.g. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*: Volume 2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio: São Paulo: Saraiva, 1967, p. 320; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 365; e, sintetizando demais posições doutrinárias, GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. *O crime de extorsão no direito penal brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 94-95.

preço – motivo pelo qual ela poderia possuir caráter não econômico,²⁸⁵ inexistindo lacuna ou equívoco do legislador neste ponto.

Menciona-se também, neste sentido, os requisitos da estabilidade e permanência nos crimes de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal)²⁸⁶ e de associação para o tráfico (artigo 35 da Lei 11.343/2006)²⁸⁷ – os quais não estão expressamente previstos na redação dos tipos, mas cujo reconhecimento se faz necessário com o fim de diferenciar a existência de uma efetiva associação do concurso de agentes ou simples ajuste de vontades, já que desvelam gravidades distintas.²⁸⁸

A possibilidade de reconhecimento de elementos normativos implícitos cumpre, pois, a função de adequar tipos penais – seja ao conjunto em que estão inseridos, como no caso da extorsão mediante sequestro, seja às condutas que o legislador visava de fato coibir, como no caso do impedimento ou embaraçamento de investigação criminosa.

Desta forma, são criados requisitos adicionais a preceitos cuja redação literal poderia, caso contrário, levar à adequação típica de condutas as quais não aumentam o risco não permitido ao bem jurídico tutelado pela norma.²⁸⁹ Eles podem derivar de construções dogmáticas ou da interpretação sistêmica dos tipos penais.

Neste sentido, esta possibilidade está relacionada à ideia de abertura valorativa, na medida em que vai além da redação estrita do tipo penal para voltar-se à realidade e às condutas que efetivamente se busca coibir – impactando diretamente a tipicidade das condutas. No caso do delito de obstrução de investigação de organização criminosa, por exemplo, a regular interposição de um *Habeas Corpus* que resulte na suspensão de um inquérito policial por existir ilegalidade nele não somente não é antijurídica ou culpável, como não é nem sequer típica, pois não representa aumento de risco não permitido ao bem jurídico tutelado pela norma.

²⁸⁵ Vide: SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*: volume 3: parte especial: arts. 155 a 234-B do CP. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 116-117.

²⁸⁶ “Art. 288. *Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente*”.

²⁸⁷ “Art. 35. *Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa*”.

²⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial: volume 4. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 467.

²⁸⁹ Ver, por todos, ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte..., cit., pp. 362 e ss.; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, pp. 129-130.

Verificada a existência desta possibilidade e trazendo à tona o tema deste trabalho, então o fato de que o ato de ofício não está previsto expressamente na redação legal não basta por si só para a sua dispensa enquanto elemento do tipo. Há a plena possibilidade – e, por vezes, até mesmo a absoluta necessidade – de se identificar elementos normativos implícitos por meio de construções dogmáticas e interpretações sistêmicas, o que pode ser o caso da corrupção passiva.

Contudo, conquanto possa ser necessário em algumas situações, o reconhecimento de elementos normativos implícitos pode abrir espaço para inseguranças diversas na aplicação do Direito – justamente em razão de serem decorrentes de construções doutrinárias e não possuírem expressa previsão legal. Assim, para delimitar os limites para aceitação do reconhecimento de elementos normativos implícitos, faz-se necessário o estudo dos possíveis critérios para a sua utilização.

3.2.3. Critérios para a admissão de elementos normativos implícitos no tipo penal de corrupção passiva

A doutrina penal costuma admitir mitigações à estrita legalidade para ampliar a liberdade individual, o que seria condizente com o sentido liberal do Direito Penal e com o próprio conteúdo axiológico deste princípio, que possui natureza de garantia individual. É dizer: dado que o princípio da legalidade opera de forma a favorecer o acusado, ele pode ser flexibilizado para este fim.²⁹⁰

Em matéria penal, somente é possível reconhecer a existência de lacunas propriamente ditas quando elas favoreçam o réu, como, por exemplo, quando não existam recursos para minorar uma pena excessivamente grave. Em caso contrário, deve-se adotar a máxima de que tudo que não é sancionado é juridicamente permitido:²⁹¹ não se pode criar novas tipificações ou agravantes sob o pretexto de preencher uma dita lacuna.

Por outro lado, em respeito à separação de poderes, o aplicador da lei também não possui total autonomia para deixar de aplicar as leis vigentes. Desta forma, é necessário compreender se o intérprete está diante de uma situação em que houve descuido ou omissão não proposital do legislador – isto é, o critério da *lacuna axiológica*. Somente então se pode proceder à aplicação de normas gerais de sentido similar e com ideias fundamentais

²⁹⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte...*, cit., p. 129.

²⁹¹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem...*, cit., pp. 84-85.

compatíveis, no caso da analogia *in bonam partem*, ou, no caso deste trabalho, à inserção de elementos normativos implícitos com base em interpretações sistêmicas ou construções doutrinárias.

Caso contrário e se esteja diante de situações em que o legislador excluiu determinadas hipóteses benéficas ao réu de forma proposital e não prejudicial à coerência do ordenamento, então deve ser respeitada a decisão daquele que é competente para a redação do texto legal.

O reconhecimento de elementos normativos implícitos, conquanto possa ser necessário, não se trata de ferramenta ideal. Justamente em razão do seu caráter implícito, em se tratando de construções dogmáticas, há maiores dificuldades para delimitar as fronteiras dentro das quais pode se dar a sua interpretação e a valoração. Não há como se recorrer ao limite do sentido literal do tipo penal, justamente porque previsão literal não há. Verifica-se, tão logo, um prejuízo à função de comunicação e previsibilidade do tipo penal, podendo resultar na abertura de espaços de insegurança indevidos em matéria penal. Esta solução dogmática, portanto, deve ser vista com parcimônia.

À luz do princípio da legalidade, a existência de elementos normativos implícitos do tipo objetivo somente deve ser admitida na hipótese de existência de uma lacuna axiológica na elaboração do tipo penal, a qual permita que condutas que não representam aumentos indevidos de riscos acabem por ser consideradas típicas caso se adote uma interpretação literal do tipo penal. Inexistindo tais lacunas, deve-se prezar pelo respeito à decisão do legislador – que, ao fim e ao cabo, é o legitimado para inserir ou retirar os elementos normativos do tipo.

Evidente que é necessário antes prezar por uma adequada elaboração legislativa para que se possa diferenciar entre omissões propositais por parte do legislador e descuidos por parte deste, exigência da qual não se deve jamais abrir mão em um Estado Democrático de Direito. Estando, contudo, cientes da crescente tendência de elaboração de tipos penais abertos, indefinidos, porosos e carentes de maiores preocupações com técnica legislativa adequada e coerência sistêmica, faz-se necessária a discussão e estudo do tema dos elementos normativos implícitos e das hipóteses em que se pode reconhecer a sua existência – tema que não se pretende esgotar neste trabalho.

Ante os critérios estabelecidos, ao se tratar do ato de ofício no tipo penal de corrupção passiva, é necessário verificar, em primeiro lugar, se há ou não uma omissão não

intencional por parte do legislador neste sentido – ou seja, se teria ele deixado de prever o elemento “*ato de ofício*” na redação do tipo penal de corrupção passiva de forma proposital, ou se teria retirado o elemento por alguma forma de lapso na elaboração do Código Penal. E, em segundo lugar, se esta omissão faria com que situações as quais não deveriam configurar o delito de corrupção passiva passassem a ser consideradas formalmente típicas, o que justificaria – e até mesmo tornaria peremptório – o reconhecimento de um elemento normativo implícito.

Passa-se, assim, à análise das duas primeiras hipóteses interpretativas deste trabalho – que se baseiam na inserção de um elemento normativo implícito referente ao ato de ofício no tipo penal de corrupção passiva; em primeiro lugar, com base na interpretação em conjunto com o tipo penal de corrupção ativa, e em segundo lugar, com base na tradição doutrinária e jurisprudencial em torno do tema.

3.2.3.1. Primeira hipótese interpretativa: a inserção de um elemento normativo implícito a partir da equiparação dos requisitos da corrupção ativa e corrupção passiva

Conforme já exposto, dotando estrutura similar ao Código Penal suíço, o legislador de 1940 optou por separar as figuras da corrupção ativa e passiva em tipos penais distintos, inexistindo bilateralidade – um crime se consuma de forma independente do outro²⁹².

Não obstante, na primeira hipótese investigada por este capítulo, cabe verificar se a redação do tipo penal de corrupção ativa deve influir de alguma forma na interpretação da corrupção passiva, levando à transposição implícita do elemento normativo “*ato de ofício*”. Isto porque embora seus tipos penais não sejam exatos opostos, em termos fáticos as condutas por si constituem lados opostos do *pactos sceleris*. Ademais, as penas atribuídas são idênticas, o que conduz ao questionamento sobre se a interpretação deveria consequentemente ser similar.

Esta possível interpretação foi defendida por Gustavo Quandt em artigo sobre o julgamento do caso do Mensalão, no qual o autor sustentou que uma interpretação conjunta entre os artigos 333 e 317, de modo a inserir implicitamente o requisito do ato de ofício na corrupção passiva, seria necessária para evitar atritos entre os tipos penais.

²⁹² Ver, por todos, SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 5...*, cit., p. 247.

Isto pois, caso contrário, o particular que aceitasse solicitação do *intraneus* sem indicação do ato de ofício correspondente incorreria em participação na corrupção passiva. Dado que ambos os tipos penais impõem a mesma pena, o resultado, na prática, seria a supressão das exigências da corrupção passiva – o que, para o autor, violaria o princípio da legalidade.²⁹³ Haveria, portanto, lacuna a qual justificaria a constatação de um elemento normativo implícito.

Contudo, a visão mais adequada parece ser a de que a interpretação dos tipos penais em questão deve ser distinta – seja pela redação legal em si, seja pelo intuito do legislador, seja pela relação dos agentes com o bem jurídico-penal tutelado.

Em primeiro lugar, constata-se que os verbos “*oferecer*” e “*prometer*”, elementares do tipo penal de corrupção ativa, não são convergentes, mas sim opostos dos verbos “*receber*” e “*aceitar*” do tipo de corrupção passiva. Desta forma, seria duvidoso afirmar que constituiriam participação um do outro, já que ausente a “*convergência de vontades*” necessária para o concurso de agentes.

Ou seja, em razão da própria redação legal, conclui-se que um particular que ofereça vantagem indevida sem um ato de ofício correlato não estaria necessariamente participando do crime de corrupção passiva, não sendo esta uma lacuna que justificaria a equiparação dos tipos penais. Trata-se, aliás, do posicionamento mais recentemente adotado por Quandt, que revisou o seu entendimento anterior²⁹⁴.

Em segundo lugar, ademais, a separação das condutas em tipos penais distintos pode ser entendida como uma barreira propositalmente criada para a punição do particular, ou, em uma interpretação que parece ser mais adequada, como uma expansão intencional da punição do funcionário público – o que deve ser levado em consideração na análise.

Neste sentido, conforme exposto anteriormente, a separação da corrupção ativa e corrupção passiva em tipos penais distintos foi inovação do Código Penal de 1940. Sobre o assunto, para Shecaira, a separação em questão está relacionada ao momento histórico e à tentativa de fazer com que a atuação do *intraneus* se tornasse independente do particular. Vivia-se então um momento de industrialização acelerada no qual se buscou

²⁹³ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre..., cit., pp. 209-210.

²⁹⁴ QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 64-65.

estabelecer uma estrutura burocrática legal, visando superar o tradicional modelo patrimonialista.²⁹⁵

Entre outras consequências, os reflexos deste movimento podem ser verificados na nova estrutura dos tipos penais de corrupção: as condutas se tornaram absolutamente independentes, podendo a corrupção passiva existir de forma independente da corrupção ativa. Embora este dado não solucione os questionamentos sobre a tipicidade, evidencia o intento do legislador de tornar as condutas independentes entre si.

Por fim, em terceiro lugar, embora neste modelo de tipificação o bem jurídico-penal tutelado seja o mesmo – relacionado às funções públicas e seu direcionamento à coletividade e aos fins constitucionais –, os tipos penais acabam por tutelar facetas distintas de sua lesão. Neste ponto, o fato de a corrupção passiva constituir delito especial explica a criminalização mais ampla em relação ao *intraneus*, que conseqüentemente deve possuir um leque maior de condutas passíveis de sanção.

Isto não se justifica tão somente pelo cargo ocupado ou a partir da violação de deveres estabelecidos por critérios extrapenais, mas sim a partir da especial relação do funcionário público com o bem jurídico tutelado – ao qual o *intraneus* possui maior acesso, e conseqüentemente maior poder de vilipêndio ou colocação de perigo.²⁹⁶

A partir da perspectiva de que o funcionário público se encontra em posição de mais fácil acesso ao bem jurídico, portanto, é justificada uma tipificação distinta e mais ampla em relação às suas condutas. Desta forma, enquanto a corrupção ativa lesiona o bem jurídico em questão em razão do desvirtuamento das funções e do fomento à prática de atos funcionais voltados aos interesses individuais do corruptor, na corrupção passiva a lesão se opera de forma mais ampla, mediante a instrumentalização das funções públicas – às quais o *intraneus* possui maior acesso – para a obtenção de vantagem indevida.²⁹⁷

Por conseqüência, o fato de as penas previstas para ambos os crimes serem idênticas em princípio não produz repercussões imediatas na valoração dos elementos normativos presentes nos tipos penais em questão.

²⁹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Corrupção: uma análise criminológica. In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (orgs.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 610-611.

²⁹⁶ ORTIZ, Mariana Tranchesì. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011, pp. 166-169; SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 98-101.

²⁹⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 5...*, cit., pp. 124-125 e 248.

Seja pelos elementos do tipo penal, seja pelo intuito do legislador, seja em razão da especial relação do *intra-neus* com o bem jurídico, vê-se que a interpretação do tipo penal de corrupção passiva se dá de forma independente e mais ampla do que a da corrupção ativa, não devendo haver a transposição automática do elemento normativo do tipo “*ato de ofício*” com base em uma indevida interpretação conjunta.

A depender da valoração dos elementos normativos presentes no tipo penal de corrupção passiva, pode-se acabar por concluir que a constatação de um ato de ofício é necessária, o que se verá com maior detalhamento adiante; no entanto, isto não se daria somente em razão da previsão neste sentido no tipo penal de corrupção ativa e da suposta necessidade de uma “*interpretação conjunta*”.

3.2.3.2. Segunda hipótese interpretativa: a inserção de um elemento normativo implícito a partir da tradição doutrinária e jurisprudencial

Uma interpretação estritamente literal do tipo penal de corrupção passiva, sem o ato de ofício como elemento do tipo, levaria à adequação típica de condutas em que não há o caráter de abuso da função pública do agente pela perspectiva de obtenção de vantagem de um terceiro corruptor – essência do delito de corrupção.

Seria o caso da dação de boas-festas e pequenos regalos a funcionários públicos nos finais de ano (que também possuem solução doutrinária baseada na adequação social²⁹⁸), ou da contratação, por uma universidade privada, de um candidato que ocupe prestigioso cargo público em detrimento de outros candidatos de igual formação acadêmica.²⁹⁹ Verifica-se que o sentido literal do tipo pode acabar por abranger situações que o legislador não pretendeu originalmente contemplar, indicando que há uma lacuna axiológica no tipo penal.

Esta falha poderia ser solucionada com o reconhecimento, baseado em construções dogmáticas, de um elemento normativo implícito que corresponde ao ato de ofício correlato à vantagem indevida, conforme faz parcela significativa da doutrina e a jurisprudência pátria até o início da década de 2010.³⁰⁰ Poder-se-ia entender que sem este elemento normativo implícito, a corrupção passiva se confundiria com um mero

²⁹⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*: volume 5..., cit., p. 130.

²⁹⁹ QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção..., cit., p. 67.

³⁰⁰ Conforme já exposto no tópico 1.4 deste trabalho.

enriquecimento ilícito; ou, ainda, que seu reconhecimento é obrigatório porque constitui a essência da corrupção, e que todo particular que dá vantagem indevida a um funcionário público necessariamente o faz motivado por algum ato de ofício, que precisaria ser identificado. Esta é, por consequência, uma solução dogmática possível. Contudo, embora viável a partir dos critérios estabelecidos, esta não é a resposta ideal.

Em primeiro lugar, porque a interpretação equipararia as figuras da corrupção ativa e passiva – e esta não parece ter sido a intenção do Código Penal de 1940, o qual buscou trazer mais abrangência ao tipo penal de corrupção passiva ao remover este elemento do tipo. A inserção do ato de ofício como elemento normativo implícito, neste sentido, acaba por contrariar o intuito original do legislador, conforme já exposto anteriormente.

Em segundo lugar, porque de maneira geral, o reconhecimento de um elemento normativo implícito pode trazer dificuldades em relação à segurança jurídica, justamente por se tratar de um elemento inexistente na redação do tipo penal – constituindo, desta forma, solução dogmática a ser adotada com parcimônia. Isto possui especial relevância em se tratando do tema da corrupção, sobre o qual tem se observado um movimento recrudescedor na jurisprudência, evidenciando a necessidade de maior segurança no tema e do problema da adoção de soluções que figurem além da redação legal.

Portanto, embora em tese viável, antes de se optar em definitivo pela via do elemento normativo implícito a partir da construção dogmática, cabe analisar se a controvérsia pode ser solucionada a partir dos elementos normativos já existentes no tipo.

3.3. Ato de ofício e limites interpretativos da redação atual do tipo penal de corrupção passiva

A terceira e a quarta hipótese que se pretende aventar neste trabalho dizem respeito à possibilidade, a priori, de interpretar o elemento normativos já presentes no tipo penal – “*vantagem indevida*” e “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*” – como equivalentes a uma exigência de identificação de um ato de ofício alvo do mercadejar. Ou seja, se é possível que o interpretador considere que o recebimento de vantagem indevida em razão da função exercida pelo *intra-neus* implicaria, necessariamente, na existência de um ato de ofício alvo do mercadejar, que deve ser identificado para que o delito de corrupção passiva se configure. Ou, em caso contrário, qual seria a interpretação mais adequada para estes elementos normativos do tipo penal.

Trata-se aqui, em suma, dos limites interpretativos dos elementos “*vantagem indevida*” e “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*” – questão ligeiramente distinta da constatação do elemento normativo implícito, na medida em que não diz respeito a eventuais lacunas ou omissões por parte do legislador supridas por construção doutrinária, mas sim à correta interpretação de um elemento normativo do tipo objetivo já existente no tipo penal que se está a discutir.

3.3.1. *A abertura valorativa do tipo penal*

O tipo penal é entendido em sentido amplo como a união das condições materiais que fundamentam o injusto e a culpabilidade, e em sentido estrito como a figura abstrata da matéria de proibição elaborada pelo legislador, contendo o comportamento permitido ou proibido.³⁰¹

Consequência lógica do princípio da legalidade,³⁰² o tipo contém a descrição da conduta proibida e a respectiva pena, constituindo o meio pelo qual o Direito Penal se comunica, expondo os comportamentos proibidos, e por meio do qual o homem expõe suas esperanças de controle comportamental - mas também o instrumento para a garantia das liberdades individuais ao estabelecer os efetivos limites da intervenção estatal.

Trata-se de conceito distinto, mas relacionado ao conceito de tipicidade – que, por sua vez, sob a ótica da teoria do delito, consiste no juízo mediante o qual se verifica a correspondência entre um fato concreto e o tipo penal previsto legalmente. A tipicidade é a concretização dos elementos previstos no tipo em relação à conduta produzida pelo agente,³⁰³ constituindo assim a tradução técnica do princípio da legalidade, no sentido de que somente as condutas descritas previamente na lei penal como delitos poderão ser castigadas por uma pena.³⁰⁴

Um elemento marcante do desenvolvimento das teorias sobre a tipicidade diz respeito à gradual abertura e admissão de espaços valorativos no tipo penal – noção essencial para o estudo dos seus limites interpretativos e elementos normativos, motivo justificador de seu breve estudo. As discussões sobre sua inserção na teoria do delito ganharam maior

³⁰¹ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal* – uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 64-65.

³⁰² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade...*, cit., p. 220.

³⁰³ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal* – uma análise..., cit., p. 65.

³⁰⁴ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 69.

relevância no âmbito das denominadas teorias clássicas, a partir da consagração do denominado sistema Liszt-Beling, quando a tipicidade passou a ser analisada de maneira autônoma; sua evolução epistemológica, por sua vez, tem como um dos principais marcadores a relação entre tipicidade e antijuridicidade, dois dos três elementos que caracterizam uma conduta criminosa, em paralelo à culpabilidade.³⁰⁵ Foi por influência deste sistema, segundo Bezé, que a ciência penal pátria conheceu as primeiras noções de tipo e tipicidade, as quais passaram a ser adotadas de forma mais ampla a partir dos pensamentos de Nelson Hungria e Aníbal Bruno.³⁰⁶

Partiu-se, desta forma, do pensamento de Beling em 1906, para quem o tipo possuiria a função descritiva, de forma objetiva e neutra, sem quaisquer processos subjetivos – os quais estavam inseridos na culpabilidade – ou valoração legal – inserida na antijuridicidade.³⁰⁷ A partir do pensamento neokantiano ou neoclássico, do qual os principais expoentes neste sentido são Mayer e Mezger, começa a se admitir um grau de flexibilização normativa, com uma maior aproximação entre tipo e antijuridicidade. Os tipos penais são, desta forma, fundamentos para o reconhecimento da antijuridicidade; a ação deixa de ser absolutamente natural para conter certo sentido normativo.³⁰⁸

Já no contexto pós Segunda Guerra Mundial, consagrou-se o finalismo de Welzel, baseado no conceito de ação final, para quem o tipo passou a ser uma realidade complexa, formado por elementos objetivos e subjetivos. Neste contexto, embora não sejam idênticos, o tipo é descrição da conduta e indício de antijuridicidade, pois também descreve a estrutura final da ação de forma objetiva e subjetiva.³⁰⁹

Talvez o principal desafio enfrentado por estas categorias diga respeito à sua perspectiva hermética do sistema penal e a consequente hipossuficiência frente ao espaço produzido pela modernidade, que conta com anseios sociais os quais extrapolam as linhas da dogmática penal. Constatou-se, desta forma, a necessidade de abertura valorativa. A tipicidade penal, neste sentido, é uma faceta desta abertura da estrutura do Direito Penal à

³⁰⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*: volume 1..., cit., p. 262.

³⁰⁶ BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche; FERRAZ, Hamilton; NUNES, Ronny. Conceitos, interesses e valores na interpretação do direito positivo: o Direito Penal brasileiro. In: FRAGOSO, Christiano; BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. *Princípios constitucionais penais*: ensaios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 7.

³⁰⁷ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal – uma análise...*, cit., p. 44; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade...*, cit., pp. 55-57.

³⁰⁸ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*: parte general. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 227; MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: Libro..., cit., pp. 80-82.

³⁰⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 61-63.

realidade na qual ele se insere³¹⁰ – fenômeno percebido gradativamente a partir do reconhecimento da existência dos elementos normativos do tipo e da necessidade de abertura valorativa.

A abertura prova-se essencial frente à necessidade de maior dinamismo na aplicação do Direito – tal qual o dinamismo das relações humanas atuais – como forma de se alcançar uma aplicação justa do Direito Penal, calibrada pela política criminal e pela finalidade da pena, não limitada por seus próprios conceitos.³¹¹ Verificou-se a relevância de um sistema penal que pudesse se valer de aspectos valorativos para se aproximar da realidade a qual busca tutelar – especialmente no contexto mencionado da sociedade de risco, incompatível com um sistema fechado, dado o seu ritmo de desenvolvimento e a volatilidade inerentes.

O funcionalismo inaugurado por Roxin, desta forma, busca possibilitar a construção de categorias voltadas às orientações político-criminais vigentes, rompendo a barreira até então existente entre esta matéria e a dogmática penal. O injusto é então sistematizado e entendido a partir da tarefa do Direito Penal de evitar riscos socialmente insuportáveis – essência da teoria da imputação objetiva e consequência da ponderação entre a necessidade de proteção a bens jurídicos e as liberdades individuais, na medida do princípio da proporcionalidade.

Desta forma, constata-se mais elementos para a configuração do tipo penal para além da simples subsunção da conduta ao texto legal: para que uma conduta possa ser considerada típica, ela também deve envolver a realização de um risco não permitido, a efetivação deste risco no resultado e a violação do fim de proteção do tipo penal.³¹² Ou seja: é necessário observar a relação da conduta com a estrutura social na qual ela se situa³¹³.

Este contexto de gradual abertura valorativa do tipo penal, conquanto necessário, é permeado por desafios diversos em razão de sua imprecisão, o que por vezes acabaria por resultar em soluções casuístas e vagas, amparadas em uma ideia geral de “*sentimento jurídico*” e insuficientes para mitigar arbitrariedades.³¹⁴ Este sistema levaria a

³¹⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade...*, cit., p. 134.

³¹¹ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal – uma análise...*, cit., pp. 31-35.

³¹² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte...*, cit., pp. 362-365.

³¹³ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal – uma análise...*, cit., p. 133.

³¹⁴ É esta, por exemplo, a crítica de Bernardo FEIJÓO SANCHEZ, para quem a denominação de “*imputação objetiva*” acaba por aglomerar sob a mesma rubrica diversas justificativas para excluir a punibilidade com base em critérios vagos e indeterminados, muito mais relacionados a um “*sentimento jurídico*” do que a critérios dogmáticos. Ver: FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valoração*

um gradual prejuízo à segurança jurídica, ao levar a um modelo dogmático de crime puramente extraído das orientações político-criminais vigentes, sem significado próprio.³¹⁵

Neste contexto, o balanceamento entre a necessidade de atualização e abertura valorativa, de forma a poder atender efetivamente à tutela dos interesses de fato protegidos pela norma penal, e a conciliação com a devida observância ao princípio da legalidade e demais garantias fundamentais ao indivíduo revela-se como um dos principais desafios do Direito Penal contemporâneo.³¹⁶

Evidente, portanto, a pertinência da observação de Bechara no sentido de que embora esta abertura normativa e valorativa seja uma realidade necessária, não basta a coerência, precisão e validade formais da norma penal, se desacompanhadas da interpretação do tipo penal como instrumento de garantia a favor da liberdade do indivíduo³¹⁷.

Esta abertura normativa tampouco autoriza o esquecimento ou abandono da necessidade de que seja possível o reconhecimento do significado e do conteúdo da norma, para que o indivíduo possa adequar o seu comportamento de forma consoante a ela. É a partir destes fundamentos que se deve estabelecer os critérios para a valoração dos elementos normativos do tipo penal.

3.3.2. Balizas para a interpretação dos elementos normativos do tipo no Estado Democrático de Direito

Para que o tipo penal possa desempenhar sua função de guiar os comportamentos dos cidadãos e de garantia contra o arbítrio estatal, ele precisa estar redigido de forma clara e compreensível. O legislador dispõe de algumas ferramentas para tal – dentre elas, estão os elementos normativos do tipo objetivo.

O reconhecimento de sua existência se deu conforme foi se verificando a existência de espaços de valoração no tipo e com o refinamento das elaborações teóricas sobre a relação entre tipicidade e antijuridicidade, especialmente a partir do pensamento

sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, pp. 102-108.

³¹⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte geral*: Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 125-127.

³¹⁶ NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidade penal como consecuencia de um positivismo relativista y politizado. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 545-549.

³¹⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 157.

neokantiano do início do Século XX; considera-se que Mayer teria sido o precursor do conceito em 1915, mas Suay Hernandez aponta que há menção à distinção entre elementos descritivos e normativos em obras de 1904, por ocasião do centenário da morte de Kant.³¹⁸

Sua descoberta, de todo modo, foi prontamente aceita e está relacionada a uma profunda transformação no sistema do delito, com a aceitação de uma gradual abertura valorativa do tipo e a mudança na compreensão da relação entre tipo e antijuridicidade.

A conceituação dos elementos normativos costuma ser feita de forma conexa aos demais elementos do tipo, sejam objetivos ou subjetivos. Costuma-se dividir os elementos objetivos do tipo penal entre elementos descritivos e elementos normativos. Os primeiros são aqueles que seriam passíveis de verificação por meio da verificação sensorial, referentes a objetos, seres ou atos – como "*coisa*", "*cadáver*", "*edifício*"; via de regra, são compreendidos como aqueles que provêm do âmbito do ser no sentido das ciências da natureza³¹⁹. Os elementos normativos, por sua vez, são de mais difícil conceituação, sendo o tema alvo de divergências e discussões conceituais desde o início.

Há autores que os definem a partir da necessidade de valoração para a sua compreensão;³²⁰ outros o fazem a partir de sua vinculação a outra norma, jurídica ou extrajurídica, por meio da qual opera a sua percepção,³²¹ sendo certo que, de todo modo, verifica-se que são elementos os quais demandam um determinado exercício intelectual sobre o caso concreto para a sua plena compreensão, fazendo-se necessário um exercício interpretativo pelo aplicador do Direito para além do simples sentido literal.³²²

Neste contexto, não se questiona que algum grau de interpretação e valoração por parte do aplicador do Direito seja útil para que ele possa aplicar as normas e se adequar à realidade. Esta é a própria questão a qual marcou o desenvolvimento das teorias

³¹⁸ SUAY HERNANDEZ, Blanca Celia. Los elementos normativos y el error. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 1, v. 44, 1991, p. 102.

³¹⁹ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. *Tipicidad e imputación...*, cit., p. 78.

³²⁰ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal...*, op cit., p. 228; CERESO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2008, pp. 384-385; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal...*, cit., p. 226; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1...*, cit., p. 273; BRÚNO, Aníbal. *Direito penal: Parte geral: Tomo 1: Introdução – norma penal – fato punível*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 332-333; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 309-310, entre outros.

³²¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal...* cit., pp. 142-146; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...*, cit., pp. 235-236; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho...*, cit., p. 300; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 196; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 461, entre outros.

³²² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 195.

funcionalistas: os tipos devem adaptar-se às demandas e novas formas de lesões aos bens jurídicos que se verificam nas sociedades pós-industriais, para que não se tornem obsoletos e ineficazes para seus fins preventivos – o que poderia ocorrer caso fossem adotados tipos penais puramente descritivos. Contudo, a constatação de sua existência e crescente presença no cotidiano legislativo torna necessária uma análise crítica dos seus efetivos limites interpretativos, especialmente ante as limitações estabelecidas por meio do princípio da legalidade.³²³

Afinal, conforme alertava Chaves Camargo, uma análise atenta ao texto legal e ao seu significado básico subjacente possibilita uma interpretação menos subjetiva e evita arbitrariedades. É necessário compreender, tão logo, o verdadeiro valor assegurado pela norma, aproximando o tipo penal da realidade social e permitindo uma interpretação mais adequada e livre de concepções pessoais e abusivas.³²⁴

Diante estes desafios, Bechara estabelece balizas sobre a utilização dos elementos normativos do tipo e sua valoração: ela deve ser realizada de forma a ampliar o processo valorativo, de forma a ser atualizado e mais adequado aos conflitos sociais existentes, sempre de acordo com os limites do Estado Democrático de Direito e os princípios do Direito Penal, mormente o da legalidade, e tendo sempre o indivíduo como centro.³²⁵ A tipicidade, assim como o princípio da legalidade, opera de forma negativa, com o fim de limitar a intervenção estatal às condutas que efetivamente vulnerarem os bens jurídicos tutelados pela norma.

Os elementos normativos do tipo são e devem ser lidos, pois, como ferramentas para a ampliação dos processos de valoração para maior adequação aos conflitos e à realidade social na qual se está inserido – o que deve ser feito de acordo com os limites do Direito Penal, observados seus princípios, notadamente da legalidade, proporcionalidade e da subsidiariedade.

³²³ Estas ressalvas sobre os limites interpretativos não se limitam a novos tipos penais elaborados no contexto das sociedades pós-modernas, mas também à interpretação de tipos penais que figuram há mais tempo no ordenamento jurídico e que possuem constante necessidade de revisitação do conteúdo de seus elementos normativos. É o exemplo do delito de ato obsceno, previsto no art. 233 do Código Penal. A valoração sobre o elemento normativo do tipo “*ato obsceno*” está intimamente ligada aos padrões comportamentais diversos vigentes, que auxiliam na compreensão do que seria considerado obsceno, quaisquer que sejam eles; o conteúdo da proibição, desta forma, também varia.

³²⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem...*, cit., pp. 92-105.

³²⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., pp. 370-372.

Ante estes critérios, cumpre, então, enfrentar as questões anteriormente mencionadas, referentes ao objeto deste trabalho e buscando analisar as hipóteses referentes à interpretação do tipo penal de corrupção passiva.

3.3.3. *A valoração dos elementos normativos presentes no tipo penal de corrupção passiva*

Conforme se viu anteriormente, conceitos como o princípio da legalidade, tipo penal e a tipicidade possuem a carga axiológica de garantia ao indivíduo frente aos arbítrios estatais; daí a importância da compreensão do seu caráter de limitação e restrição da interpretação penal.

Neste sentido, Roxin identifica o sentido literal possível da linguagem do texto da lei como limite interpretativo dos tipos penais, já que a lei precisa trazer previsibilidade para que o cidadão possa ajustar seu comportamento de acordo, não podendo o intérprete se valer da lei penal para punir hipóteses que estejam além do alcance do seu sentido literal – ainda que se trate de situação contemplada, em tese, pelo sentido de proteção da lei, mas que não esteja nela prevista por omissão do legislador.

Por outro lado, ao se interpretar a lei penal também deve-se levar em conta a concepção e o intuito do legislador, o contexto sistemático-legal no qual a conduta se insere e o próprio sentido de ser da lei.³²⁶ Uma concepção mecânica de aplicação literal da lei penal é inviável; faz-se necessária uma certa margem para valoração dos dados da realidade, desde que ressalvado o referencial normativo e legal vigente, e de forma compatível com os fins e objetivos do Direito Penal.³²⁷

Vê-se que algum grau de interpretação mais restritiva do que o teor literal da lei não somente é possível em determinados casos, como pode ser necessária. Muitos são os fatores que podem e devem ser levados em conta nesta análise, como o bem jurídico tutelado pela norma, o contexto no qual se está inserido, o sentido da norma penal, entre outros.

Retomando a definição de corrupção anteriormente delimitada, vê-se que o fenômeno na esfera pública trata da utilização desviada do poder em razão de compra e venda consensual, realizada mediante acordo de vontades, tendo como consequência a violação do dever do *intraneus*, que passa a exercer seu poder de forma decorrente da

³²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte...*, cit., pp. 147-150.

³²⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 361.

vantagem e em favor do corruptor. Em suma, a ideia de mercadejar da função é parte da essência do fenômeno.

Também conforme visto anteriormente, considera-se que o bem jurídico-penal tutelado pela norma é identificado como o regular funcionamento das atividades públicas enquanto funções conferidas ao Estado para satisfazer necessidades essenciais da sociedade, conforme os parâmetros constitucionais³²⁸.

Depara-se, assim, com o questionamento sobre a correta interpretação dos elementos normativos do tipo “*vantagem indevida*” e “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”, presentes no *caput* do tipo penal de corrupção passiva – e se levariam à interpretação de que é necessário constatar um ato de ofício por parte do *intra-neus* correlato à vantagem indevida paga pelo particular.

3.3.3.1. Terceira hipótese interpretativa: ato de ofício e a interpretação do elemento normativo do tipo “*vantagem indevida*”

O primeiro elemento normativo que consta do tipo penal é a “*vantagem indevida*”, solicitada, recebida, ou cuja promessa foi aceita em razão da função exercida pelo *intra-neus*. Cabe verificar, neste sentido, se sua valoração traz algum impacto na tipicidade da corrupção passiva em relação ao ato de ofício.

O termo “*vantagem*” não parece suscitar muitas repercussões. Há um consenso doutrinário no sentido de que ela pode ser econômica ou de outras naturezas, já que a redação do tipo não trouxe limitação neste quesito – o que não produz efeitos, contudo, na necessidade ou não da verificação de um ato correlato por parte do *intra-neus*.

Assim, qualquer eventual repercussão deste elemento normativo no que concerne à tipicidade parece advir do termo “*indevida*”. Para Quandt, ela pode ser interpretada a partir de duas perspectivas distintas: vantagem indevida como a vantagem que “*não precisaria ser paga*” ou como aquela que “*não deveria ser paga*.”³²⁹

A vantagem indevida porque *não precisaria* ser paga seria qualquer vantagem que vá além dos estritos limites da remuneração devida àquele cargo. Esta perspectiva levaria à criminalização do recebimento de qualquer recompensa dada em razão da função

³²⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 92-93.

³²⁹ QUANDT, Gustavo de Oliveira. *O crime de corrupção...*, cit., p. 67.

exercida, ainda que não representasse lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal tutelado pela norma – como o clássico exemplo das “*boas-festas*”, ou, ainda, reconhecimentos e premiações diversas –, o que não se mostra útil para adequar o tipo penal aos conflitos sociais efetivamente existentes e que de fato lesionam o interesse cuja proteção é visada.

Resta, portanto, a valoração deste elemento como a vantagem que *não deveria* ser paga – e, portanto, seriam aquelas relacionadas à venda de atos de ofício. Configurariam crime aquelas dádivas injustas, não autorizadas por lei,³³⁰ porque corresponderiam ao preço de favores prestados ao particular.³³¹

Embora mais restrita e adequada ao bem jurídico tutelado, a interpretação de que o elemento “*vantagem indevida*” levaria à estrita exigência da constatação de atos de ofício não aparenta ser a mais adequada, por extrapolar em demasia a redação legal de um termo que diria respeito apenas ao preço pago pelo particular.

A valoração deste elemento como “*vantagem que não deveria ser paga*” parece mais adequada, mas somente enquanto indica que ela leva à lesão ou perigo de lesão do bem jurídico tutelado pela norma. Ou seja, a interpretação mais adequada deste elemento parece ser a que tem a vantagem como indevida por trazer por si o intuito de direcionar o exercício da função pública em prol dos interesses particulares – isto é, uma vantagem com caráter retributivo –, a qual, contudo, por si só não parece solucionar a problemática em relação à necessidade ou não de identificação de um ato de ofício correlato.

Mesmo porque trata-se de elemento normativo também presente no tipo penal de corrupção ativa, no qual há a previsão expressa do ato de ofício como requisito para a configuração típica. Caso a “*vantagem indevida*” bastasse para resolver a questão, o elemento “*ato de ofício*” se faria supérfluo no artigo 333 do Código Penal.

Portanto, embora o elemento “*vantagem indevida*” seja relevante por auxiliar a limitar a incidência penal às situações em que há solicitação recebimento ou aceitação de promessa de vantagem com o intuito de direcionar o exercício da função pública em prol de interesses particulares – excluindo-se, portanto, aquelas sem esta pretensão – os

³³⁰ Na doutrina: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal...*, cit., pp. 419-420; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial, Volume 5...*, cit., pp. 112-113; SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação...*, cit., p. 1469; PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração...*, cit., pp. 103-104; GALVÃO, Fernando. *Direito penal: Crimes contra a administração...*, cit., p. 157; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal...*, cit., p. 580; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 5...*, cit., p. 128.

³³¹ Conforme a interpretação de Quandt à doutrina de Fragoso. QUANDT, Gustavo de Oliveira. *O crime de corrupção...*, cit., p. 68.

questionamentos sobre se ela precisa estar vinculada ou não a um ato de ofício persistem, já que o elemento comporta as duas interpretações. Logo, a solução da controvérsia deve dar-se em conjunto com o elemento normativo “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”, examinado adiante.

3.3.3.2. Quarta hipótese interpretativa: ato de ofício e a interpretação do elemento normativo do tipo “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”

O segundo elemento normativo do tipo que ora se analisa é “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”. Vislumbra-se duas interpretações possíveis, sendo uma mais restritiva e uma mais ampla.

A primeira interpretação mais restrita se daria no sentido de entender que este elemento normativo leva à necessidade de constatação de um ato de ofício correlato à vantagem indevida. Poderia se entender que, dentro do contexto de mercancia da função, o particular que paga vantagem indevida ao *intraneus* em razão de sua função necessariamente o faria motivado por algum benefício que possa obter, o qual equivaleria a algum ato de ofício a ser identificado – de cuja identificação não se poderia prescindir, sob pena de atipicidade da conduta.

Contemprar-se-ia, nesta hipótese, as formas mais manifestas de corrupção, como o pagamento de vantagem indevida a um agente de trânsito para que este não aplique uma multa ao infrator, ou ainda a um magistrado para que este profira sentença em favor do corruptor. Esta interpretação mais restritiva do elemento normativo “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”, para a qual é necessária a identificação de um ato de ofício correspondente à vantagem indevida, é em princípio possível, dado que contemplado pelo teor literal da lei e por se adequar ao caráter de abuso da função pública por meio de seu mercadejar.

Há, contudo, uma segunda interpretação possível, mais ampla. Esta se baseia no entendimento de que o legislador, ao inserir o elemento normativo do tipo “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”, teria visado expressar um caráter geral de venalidade da mencionada função em si, essência da ideia geral em torno do conceito de corrupção. Ou seja, não estaria a se tratar da compra e venda de atos de ofício, mas sim do exercício da função pública como um todo. Nestas hipóteses, ao invés de

negociar uma determinada atuação funcional, o *intraneus* colocaria o próprio exercício de seu cargo à disposição do particular³³².

Esta interpretação, mais ampla, contemplaria formas mais sutis e latentes de venalidade da função pública, como o oferecimento de vantagem indevida com o intuito de estabelecer boas relações com determinado funcionário público para eventual futuro favorecimento. Quandt a denomina “*compra de boas relações*”, em que o particular visaria o exercício da função como um todo.³³³ Neste ponto, embora concorde-se com a interpretação do autor, a nomenclatura mais adequada seria a “*compra de possível futuro favorecimento*”, que é o que realmente se visa.

De fato, a celebração prévia do acordo, com definição prévia de todas as circunstâncias do *pacto sceleris*, não é condição indispensável para que haja possibilidade de vinculação do *intraneus*³³⁴. É possível que haja futuro direcionamento indevido das decisões, em conjunto com o direcionamento das funções públicas a interesses privados, e, portanto, lesão ao bem jurídico tutelado, mesmo que não exista ainda uma delimitação precisa do ato ou conjunto de atos que venham a ser praticados.

Apesar de mais abrangente, ela é igualmente compatível com as premissas anteriormente adotadas para delimitar o fenômeno da corrupção – tanto a partir do conceito de corrupção, em torno da ideia de mercadejar, como na lesão ao bem jurídico-penal tutelado pela norma, ao se subverter o exercício das funções públicas como um todo em favor do particular. É, ainda, compatível com o texto legal – tanto com suas disposições quanto com suas omissões.

Nesta interpretação, não seria necessário constatar um ato de ofício correlato, mas bastaria que o pagamento da vantagem indevida por parte do particular fosse motivado pela intenção de influenciar – ainda que futura e potencialmente – o exercício da função pública, e que o funcionário público o qual a recebesse estivesse ciente desta intenção. Esta solução interpretativa mostra-se mais compatível com o intuito do legislador de adotar uma tipificação mais ampla da corrupção passiva.

Estabelecidas as duas valorações possíveis, passa-se à verificação sobre qual seria a mais adequada.

³³² KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción..., cit., p. 3.

³³³ Neste sentido, ver QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção..., cit., *passim*.

³³⁴ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate..., cit., p. 99.

Embora a visão mais estrita que identifica a necessidade de um ato de ofício seja possível, ela possui suas limitações. Esta interpretação equipararia a figura do *caput* às demais figuras de corrupção presentes no Código Penal, como a corrupção ativa e as figuras da causa de aumento e da figura privilegiada da corrupção passiva, as quais preveem o ato de ofício correlato como elemento do tipo penal. Em uma análise sincrônica,³³⁵ esta não aparenta ter sido a opção do legislador, que diferenciou a figura do *caput* ao redigi-la com o elemento normativo “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*” ao invés de mencionar um ato de ofício a ser verificado – distinção que deve ser levada em consideração na interpretação.

A visão mais adequada parece ser aquela ligeiramente mais ampla, segundo a qual o elemento do tipo “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*” deve ser interpretado como a exigência de constatação de um caráter mais abrangente de intenção de influência do exercício da função pública em favor do particular. De acordo com esta interpretação, o funcionário público que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem indevida com o intuito de influir no exercício de sua função para favorecer o particular comete o delito de corrupção passiva na forma do *caput* do artigo 317. Trata-se de solução interpretativa que faz uso dos elementos normativos já presentes no tipo penal, favorecendo assim a segurança jurídica.

Logo, o tipo penal de corrupção passiva, em sua redação atual, engloba tanto as hipóteses concernentes à “*compra de possível futuro favorecimento*”, em que o particular dá vantagens ao funcionário público visando fomentar relações espúrias as quais levariam a um possível favorecimento futuro, quanto as hipóteses em que a vantagem indevida é sinalagma de um ou vários atos de ofício, sejam eles compatíveis ou contrários aos deveres funcionais. Em todas estas condutas, há o direcionamento das funções públicas para os interesses particulares; isto por vezes, somente por parte do *intraneus*, por vezes, em prol do *intraneus* e também do *extraneus*.

A questão aparenta menor relevância conforme se depara com funcionários públicos com funções mais definidas, com menor grau de discricionariedade: o pagamento de vantagem indevida a um agente de trânsito que aborda o motorista logo após uma infração

³³⁵ Por análise sincrônica, entende-se o estudo da língua em um determinado espaço de tempo, sem levar em conta a sua evolução. No contexto penal, se refere a uma análise que obrigue o intérprete a levar em conta o valor dos elementos considerando a época de sua inscrição na lei, para que ela possa ser atualizada de forma compatível com o intuito do legislador. Ver: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem...*, cit., pp. 93 e ss.

de trânsito visa evidentemente a obtenção de um ato de ofício específico, isto é, a não lavratura de multa. Porém, como é próprio das novas formas de corrupção, com elevado grau de complexidade na execução e na relevância dos funcionários públicos envolvidos, a gama de possíveis atos a serem praticados em troca das vantagens indevidas também aumenta.

A título exemplificativo, o pagamento por parte de empresas de valores indevidos a ocupantes de cargos no poder executivo pode até visar um ato de ofício específico, mas também pode integrar um contexto maior de busca de favorecimento geral dos interesses desta empresa enquanto durar o mandato. Isto constitui um abuso de poder que subverte o exercício das funções públicas em prol dos interesses particulares dos envolvidos, em decorrência do mercadejar da função; e conforme a posição adotada neste trabalho, não há óbice para o reconhecimento da tipicidade da conduta do servidor, que estaria praticando o crime de corrupção passiva.

Ademais, como consequência desta interpretação, é possível solucionar as controvérsias correlatas a que se fez menção no tópico 1.4.2. deste trabalho. Para a configuração do tipo penal previsto no artigo 317, não é necessária a efetiva prática do ato de ofício. Não se exige grande determinação dos contornos do ato de ofício, bastando que haja um caráter de pacto ilícito entre o funcionário público e o particular visando a função do primeiro. E dado que não há sobreposição entre os critérios administrativos e penais da matéria, eventual ato mercadejado não precisa estar dentro das atribuições funcionais do *intraneus*, bastando que seu acesso às circunstâncias permissivas de sua execução venha da função exercida – ou seja, que sua posição de funcionário público seja relevante.

Por fim, cabe a observação de que a interpretação aqui proposta não se confunde com nem implica em uma equiparação da corrupção passiva ao enriquecimento ilícito, figura inexistente no ordenamento brasileiro. Ao contrário do que ocorre na tipificação do enriquecimento ilícito – figura penal que advém de um problema de natureza processual relacionado às dificuldades probatórias em relação à origem dos bens, e que incide sobre o acréscimo patrimonial em si e não a conduta que gerou as vantagens³³⁶ –, não se está a criminalizar tão somente o acréscimo patrimonial, mas sim a utilização da função

³³⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (Eds.); SÁNCHEZ BERNAL, Javier; CARRILLO DEL TESO, Ana E. (Coords.). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 598-599.

pública para o recebimento de vantagens visando um possível futuro favorecimento ao particular. O enfoque, portanto, é distinto.

Na interpretação que aqui se propõe, para a configuração típica da corrupção passiva conforme a interpretação proposta, não basta a incompatibilidade do patrimônio do funcionário público com seus rendimentos, mas é necessária também a verificação das circunstâncias do recebimento e a relação estabelecida entre *intraneus* e *extraneus* para que se possa identificar a existência de um pacto indevido entre estas partes. É esta a essência da corrupção.

3.4. Tomada de posição

Vislumbrou-se, conforme acima, quatro hipóteses interpretativas que poderiam levar à exigência de constatação de um ato de ofício no tipo penal de corrupção passiva. A primeira e a segunda se baseiam na inserção de um elemento normativo implícito no tipo penal. Isto, foi feito, respectivamente, a partir da transposição do requisito do tipo penal da corrupção ativa; e a partir da tradição doutrinária e jurisprudencial. A terceira e a quarta hipóteses se baseiam na valoração dos elementos normativos já existentes – “*vantagem indevida*” e “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”.

A primeira hipótese parte de uma interpretação conjunta dos tipos penais de corrupção ativa e passiva, a partir da qual se transporia o elemento “*ato de ofício*” daquele a este, a fim de evitar atritos entre os tipos penais. Segundo esta posição, caso inexistisse este requisito típico, o particular que oferecesse ou promettesse vantagem indevida a um funcionário público sem indicação de um ato de ofício correlato seria considerado partícipe da corrupção passiva, levando, na prática, à supressão deste requisito do tipo de corrupção ativa.

Ocorre que embora possuam penas idênticas e as condutas constituam, em termos fáticos, lados opostos do *pacto sceleris*, a interpretação dos tipos penais de corrupção ativa e passiva deve ser distinta, não devendo haver a transposição automática do elemento “*ato de ofício*” para a corrupção passiva. Isto tanto em razão das redações legais em si, que não são convergentes; quando pela opção do legislador por separar as figuras da corrupção ativa e passiva em tipos penais distintos; e pela especial relação dos *intranei* com o bem jurídico-penal tutelado, que justifica uma tipificação mais ampla.

A segunda hipótese interpretativa insurgiria a partir da constatação do ato de ofício como um elemento normativo implícito a partir da tradição doutrinária e jurisprudencial. A categoria é definida como aqueles que são comuns a todo tipo penal ou grupos de tipos penais, e não estão expressos, mas derivam de construções dogmáticas ou preceitos da parte geral. Cumprem a função de adequar o tipo penal à realidade que efetivamente se pretende tutelar, considerando critérios como o aumento do risco não permitido ao bem jurídico.

A chave para a viabilidade desta interpretação reside no princípio da legalidade e na sua carga axiológica favorável ao indivíduo. Ele permite mitigações que favoreçam o réu – como no caso de retroação de lei penal mais benéfica, na analogia *in bonam partem* ou no caso do reconhecimento de elementos normativos implícitos.

Esta flexibilização, contudo, é cabível somente quando houver lacunas axiológicas na redação legal, ou seja, quando o legislador tenha deixado de prever determinadas situações de forma não proposital – o que justificaria a criação por parte do intérprete, sempre a partir de uma adequada compreensão da ideia fundamental contida na lei penal em questão. Inexistindo lacuna, deve prevalecer a decisão do legislador, que no cenário de um Estado Democrático de Direito com as devidas separações de poderes, é o legitimado para tomar as decisões sobre a existência dos elementos normativos do tipo.

Desta forma, embora a inserção do ato de ofício como elemento do tipo penal de corrupção passiva seja possível e encontre, inclusive, significativo respaldo doutrinário e jurisprudencial, ela não é a solução mais adequada. Isto porque não parece haver lacuna axiológica no tipo penal de corrupção passiva: a interpretação mais adequada indica que a separação dos tipos e a supressão deste elemento normativo foi proposital por parte do legislador, o que deve ser levado em consideração na interpretação do tipo penal. Ainda, conquanto o reconhecimento de elementos normativos implícitos possa ser por vezes necessário, fato é que se trata de medida prejudicial à segurança jurídica e que contribui para a incerteza, justamente por não se tratar de elemento previsto na redação legal.

Restam, assim, a terceira e a quarta hipóteses, baseadas na valoração dos elementos normativos existentes no tipo penal – notadamente, “*vantagem indevida*” e “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*” – e se ela leva à exigência da constatação de um ato de ofício.

Neste ponto, os elementos normativos do tipo devem ser interpretados de forma a atualizar e adequar o tipo penal aos conflitos sociais existentes, limitando a intervenção estatal às condutas que efetivamente lesionem o bem jurídico tutelado.

Em relação à terceira hipótese, elemento “*vantagem indevida*” possui dois sentidos possíveis: ora como a vantagem que não precisaria ser ida, ora como a vantagem que não deveria ser ida. A interpretação mais adequada aparenta ser como a que não deveria ser ida pelo funcionário público, por representar lesão ao bem jurídico tutelado – ou seja, por ser vantagem que traz o intuito de direcionar o exercício da função pública em prol de interesses particulares. Não soluciona, contudo, a exigência do ato de ofício, além de se tratar de elemento também presente no tipo penal de corrupção ativa, que possui expressamente o ato de ofício como elemento normativo.

A resposta, então, parece residir no elemento “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”. Ele permite uma interpretação mais restritiva, que pressuporia a necessidade da constatação de um ato de ofício – já que dentro do contexto de mercancia da função, o particular que paga vantagem indevida necessariamente o faria por visar algum benefício, equivalente a algum ato de ofício.

Há, contudo, uma segunda interpretação, mais ampla e igualmente viável, que contemplaria formas mais sutis de venalidade da função, incluindo o oferecimento de benesses indevidas visando um possível futuro favorecimento por parte do funcionário público. Visar-se-ia desta forma o mercadejar do próprio exercício da função pública. Assim, não seria necessário constatar um ato de ofício correlato, mas a vantagem deveria ser motivada pelo intuito de potencialmente influir na função do *intraneus* como um todo – interpretação que aparenta ser a mais adequada, e à qual este trabalho se filia.

Trata-se de interpretação compatível com as premissas anteriormente adotadas em relação ao conceito de corrupção enquanto venalidade da função: se é possível mercadejar determinados atos, também é possível mercadejar o exercício da função pública como um todo, não havendo nestas hipóteses óbice para o reconhecimento da tipicidade da conduta do servidor público, que estaria praticando o crime de corrupção passiva.

Também se trata de interpretação compatível com a posição adotada em relação ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal, na medida em que estar-se-ia diante de um direcionamento das funções públicas em prol de interesses particulares, seja do corrupto ou do corruptor; e também compatível com o texto legal vigente – tanto com suas disposições

quanto com sua evolução histórica e suas omissões. Ademais, está-se diante de uma solução interpretativa que faz uso dos elementos normativos já existentes no tipo penal, favorecendo a segurança jurídica.

Não se estaria, ademais, diante de uma equiparação da corrupção passiva ao enriquecimento ilícito, na medida em que não se estaria a criminalizar tão somente o acréscimo patrimonial incompatível com os rendimentos do funcionário público, mas sim a situação concreta envolvendo a utilização da função pública para a solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagens visando um possível futuro favorecimento ao particular. Na interpretação proposta, faz-se necessária também a verificação das circunstâncias do recebimento e a relação estabelecida entre *intraneus* e *extraneus*, para que se possa identificar a existência de um pacto indevido entre as duas partes.

Como consequência desta posição, é possível solucionar as controvérsias correlatas ao ato de ofício. Assim, para a configuração do tipo penal de corrupção passiva, não é necessária a efetiva prática de um ato de ofício. Também não é necessário que algum ato de ofício esteja determinado em todos os seus contornos, bastando um caráter de pacto ilícito que visa o direcionamento da função pública do *intraneus* em prol de interesses particulares. Por fim, eventual ato mercadejado não precisa estar dentro das atribuições funcionais do *intraneus*, dado que não há sobreposição entre os critérios administrativos e penais da matéria. Basta que o funcionário público possua, em razão da função exercida, acesso às circunstâncias que permitem o favorecimento visado pelo particular.

CAPÍTULO 4. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA: POR UM MODELO RACIONAL DE TIPIFICAÇÃO DA CORRUPÇÃO PASSIVA

Sumário: 4.1. Considerações iniciais. 4.2. Análise da necessidade de alteração legislativa. 4.2.1. Excessiva amplitude horizontal: a normatização pouco detalhada. 4.2.2. Excessiva amplitude vertical: o intervalo de penas extensivo. 4.3. Contribuições para uma tipificação penal racional da corrupção passiva. 4.3.1. Escalonamento dos tipos penais de corrupção passiva. 4.3.2. Adequação proporcional das penas. 4.3.3. Maior grau de detalhamento dos elementos típicos. 4.3.4. Figuras específicas e causas de aumento de pena. 4.4. Repercussões da interpretação proposta em temas relacionados à corrupção. 4.4.1. Ato de ofício e as medidas de prevenção à corrupção no setor público. 4.4.2. Ato de ofício e a prevenção da corrupção nas contratações públicas. 4.4.3. Ato de ofício e a regulamentação do lobby. 4.4.4. Ato de ofício e o financiamento de campanhas eleitorais

4.1. Considerações iniciais

Até o presente momento, constatou-se a interpretação mais adequada à redação atual do tipo penal, de *lege lata*, conforme a opção do legislador de 1940: configura-se o crime de corrupção passiva, pois, quando o funcionário público solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem indevida se apropriando da função pública para fins privados – seja para praticar ato de ofício ilícito; para praticar ato de ofício lícito; ou mesmo apenas para fins da venda de boas relações em que o particular visa um futuro benefício a si. Ou seja, na redação atual, pouco importa a que título a vantagem indevida foi recebida, solicitada ou prometida. Basta que exista o caráter de *pactos sceleris*, de um acordo espúrio entre funcionário público e particular visando o direcionamento das funções públicas a interesses privados – sejam eles os do *intraneus*, que se utiliza delas para obter vantagens, ou também do *extraneus*.

O estudo realizado permite aventar discussão sobre possível mudança legislativa que possa aprimorar a redação legal atual, visando maior racionalidade, mormente linguística – ou seja, uma redação que possibilite melhor entendimento do seu conteúdo aos seus destinatários, seja no sentido de seu cumprimento ou de sua aplicação.³³⁷

³³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 103.

Ainda, as conclusões extraídas sobre o conceito penal de corrupção passiva repercutem em diversos temas correlatos que têm sido alvo de debate, como as medidas para a sua prevenção, especialmente nas contratações públicas, a regulamentação do lobby e o financiamento de campanhas eleitorais. Por este motivo, merecem uma análise mais detida, na medida em que a interpretação e a solução propostas neste trabalho podem trazer contribuições à sua racionalização.

4.2. Análise da necessidade de alteração legislativa

A partir do analisado até o presente momento, pôde-se observar que ao menos no que concerne ao objeto deste trabalho, a origem do problema reside na redação atual do artigo 317 do Código Penal e sua excessiva amplitude horizontal e vertical. Por um lado, sua normatização é pouco detalhada em aspectos essenciais; por outro, seu intervalo de pena (dois a doze anos) é demasiado amplo, conforme se verá adiante, o que parece indicar a necessidade de uma alteração legislativa.

4.2.1. Excessiva amplitude horizontal: a normatização pouco detalhada

Como consequência da amplitude horizontal e sua normatização pouco detalhada, o tipo penal de corrupção passiva acaba por reunir em si distintas formas de solicitações, recebimentos ou aceitação de promessas de vantagens indevidas, com ou sem atos de ofício correlatos – e, por consequência, de gravidades distintas. Também surgem as demais controvérsias correlatas às quais se fez menção no início deste trabalho, especialmente sobre se o ato de ofício precisaria estar dentro das atribuições do cargo, e qual o grau de determinação exigido. Ademais, apenas a título exemplificativo, há ainda a controvérsia relativa à natureza – se econômica ou não – da vantagem indevida.

Este menor grau de detalhe e consequente maior abrangência é intencional por parte do legislador e similar ao adotado em alguns ordenamentos, como o da Noruega, que prevê no artigo 387 de seu Código Penal a conduta de requerer, receber ou aceitar promessa de vantagem ilícita, para si ou para outrem, em função do cargo exercido – sem menção a um ato correlato, de forma muito similar ao atual tipo penal no ordenamento brasileiro –, e em seu artigo 388 a figura da “*grande corrupção*”, com aumentos de pena em razão de fatores como posição ocupada pelo agente, valor envolvido ou risco de prejuízo

econômico, igualmente sem relação necessária com um ato de ofício.³³⁸ Ou seja, optou-se por reunir distintos tipos de recebimentos de vantagens indevidas sob a mesma rubrica, tal qual a escolha feita no ordenamento pátrio.

Contudo, embora possa-se reconhecer que a opção legislativa por uma tipificação mais abrangente das condutas do *intraneus* é em princípio justificável, particularmente em razão da especial relação do funcionário público com o bem jurídico-penal tutelado pela norma, verifica-se que a escolha de reunir todos os cenários de corrupção passiva sob o mesmo tipo penal faz com que diversas condutas de lesividades distintas acabem por estar concentradas sob o mesmo dispositivo, conduzindo à insegurança jurídica.

Este modelo com baixo grau de determinação leva a maior margem de interpretação por parte dos tribunais, o que em uma visão pragmática pode ser considerado vantajoso, mas não condiz com os princípios que devem reger a elaboração legislativa em um contexto democrático.³³⁹ Ademais, ao menos no contexto brasileiro, as divergências na interpretação doutrinária e jurisprudencial levaram justamente à controvérsia central deste trabalho e a um cenário de considerável incerteza, em que a existência ou não de um elemento normativo do tipo penal acaba por ficar a cargo do julgador, com as consequentes condenações ou absolvições. É este, pois, o primeiro fator o qual poderia ser aprimorado por meio de uma alteração legislativa.

Ademais, ainda que não diretamente relacionados ao objeto deste trabalho, há outros desafios dogmáticos decorrentes da escolha legislativa de 1940 e de sua normatização excessivamente simplificada e abrangente. Dentre eles, menciona-se as controvérsias referentes à natureza da vantagem indevida (se necessariamente deve ser econômica, ou se poderia ser de qualquer natureza) e sobre a bilateralidade entre corrupção ativa e passiva.³⁴⁰

³³⁸ Conforme a tradução de OTERO GONZÁLEZ, Pilar. La respuesta del derecho penal noruego a la corrupción: un modelo a seguir. In: CASTRO MORENO, Abraham; OTERO GONZÁLEZ, Pilar (Dir.); GARROCHO SALCEDO, Ana M. (Coord). *Corrupción y delito: aspectos de derecho penal español y desde la perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2017, p. 208.

³³⁹ Ao menos no contexto norueguês, a excessiva abertura é alvo de crítica por parte da doutrina local. OTERO GONZÁLEZ, Pilar. La respuesta del derecho..., cit., pp. 215-218.

³⁴⁰ Ver, por todos: SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, pp. 341-360.

4.2.2. *Excessiva amplitude vertical: o intervalo de penas extensivo*

Por sua vez, o intervalo de dez anos entre as penas mínima e máxima também evidencia a irracionalidade da tipificação atual: de um lado, a pena mínima de dois anos é passível de benefícios como o *sursis* do artigo 77 do Código Penal ou a substituição por penas restritivas de direitos; de outro, a pena máxima de doze anos obriga o início da pena em regime fechado nos termos do artigo 33, §2º, 'a' do mesmo código, em razão da sua extensão.

Sabe-se que esta ampliação no intervalo da pena é decorrente de pressões internacionais por um maior recrudescimento à matéria. No entanto, este intervalo excessivo, segundo Souza, a uma evidencia que situações de lesividades muito distintas foram reunidas sob a mesma rubrica, conforme já exposto; e a duas, acaba por igualmente relegar a valoração da gravidade do fato ao julgador, também ferindo os princípios da reserva legal e da proporcionalidade.³⁴¹

É este, pois, o segundo fator que demonstra a necessidade de alteração do texto legal. Neste ponto, é digno de menção que a existência de outros tipos penais no ordenamento nacional com intervalos de pena equiparáveis (como peculato, concussão ou roubo qualificado pelo resultado morte) ou até mesmo maiores (como o homicídio qualificado) não o torna adequado ou racional.

Por todo o exposto, embora uma tipificação mais ampla da corrupção passiva em relação à ativa seja justificável, não se pode dizer o mesmo sobre uma redação legal pouco detalhada com intervalo de pena excessivo. A incerteza ao redor do tema e as divergências sobre sua interpretação mostram que há falhas na redação do tipo, levando a um excessivo arbítrio judicial que não se mostra desejável.

E se é verdade que uma interpretação da atual redação legal como a que se propôs neste trabalho é apta a solucionar a controvérsia, necessário reconhecer que há espaço para melhorias na redação legal: um maior grau de detalhamento entre as distintas formas de corrupção poderia trazer ganhos em termos de racionalidade linguística, e simultaneamente, a amplitude excessiva das penas aplicáveis poderia ser sanada. Alguns critérios passíveis de serem adotados serão expostos adiante.

³⁴¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 145.

4.3. Contribuições para uma tipificação penal racional da corrupção passiva

O objeto deste trabalho é a identificação de um ato de ofício correlato à vantagem indevida – tema cuja relevância já foi demonstrada – e este será o foco das propostas que seguem.

A elaboração de tipos penais deve levar em consideração os princípios e garantias penais, mormente o princípio da legalidade. Este, conforme já exposto, possui carga axiológica de garantia do cidadão e possui como uma de suas consequências a necessidade de especial atenção à clareza das leis, para que o teor da proibição possa ser adequadamente compreendido pelos seus destinatários. Este mandamento é representado pela máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, constituindo um dever do legislador de redigir leis penais precisas, que contenham de forma clara o conteúdo da conduta cuja criminalização é visada.³⁴²

Tipos penais vagos e compostos de elementos normativos do tipo sujeitos a maior grau de discricionariedade abrem espaços maiores para o arbítrio judicial, e conseqüentemente, maior grau de incerteza. Por vezes, a elaboração legislativa parece ser propositadamente vaga visando justamente este fim, fruto de um balanceamento pragmático conduzido pelo legislador³⁴³, o que não é compatível com um contexto democrático. Passasse, desta forma, a analisar possíveis estruturas que trariam maior racionalidade linguística ao dispositivo em questão.

4.3.1. Escalonamento dos tipos penais de corrupção passiva

Especificamente no caso da corrupção, verifica-se que o menor grau de detalhe da figura da corrupção passiva – especialmente em relação à previsão do ato de ofício – não é exclusividade do ordenamento brasileiro. Contudo, soluções valiosas podem ser extraídas de ordenamentos que trazem maior detalhamento – e, conseqüentemente, maior racionalidade – à questão.

A importância de uma reforma legislativa para esclarecer a controvérsia do ato de ofício é evidenciada pelo caso italiano. Neste Código Penal, houve reforma da figura de corrupção imprópria em 2012, tendo sido retirada a previsão do ato de ofício – com vistas justamente a contemplar também as hipóteses de recebimentos de dádivas que visam a

³⁴² Conforme já exposto anteriormente no tópico 3.4.1. deste trabalho.

³⁴³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 157.

compra de boas relações com funcionários públicos, para solucionar o cenário de vulneração do princípio da legalidade decorrente de leituras analógicas por parte da jurisprudência.³⁴⁴

Assim, neste ordenamento, atualmente a corrupção imprópria está prevista no artigo 318, que tipifica a conduta de solicitar ou receber, para si ou para terceiro, dinheiro ou outra forma de vantagem pelo exercício das funções ou atribuições. Além deste tipo penal, há também a figura da corrupção própria, prevista no artigo 319, que pune o recebimento para omitir ou atrasar um ato de ofício, ou para praticar um ato contrário aos deveres do cargo – ou seja, com a previsão expressa do ato de ofício praticado de forma contrária aos deveres funcionais.³⁴⁵

Por sua vez, o Código Penal da Alemanha também traz maior racionalidade linguística ao separar as figuras da aceitação de benefícios e do suborno. O StGB prevê em seu §331 (1) a conduta de solicitar, aceitar promessa ou receber vantagem, para si ou para terceiro, para o exercício do seu cargo ou função, sem menção a um ato correlato; e, de outro lado, prevê em seu §332 (1) a corrupção para realizar ou pelo fato de ter realizado um ato de ofício em violação de seus deveres funcionais.³⁴⁶

De forma similar, o Código Penal da Bolívia prevê em seu artigo 145 a corrupção passiva própria – incluindo neste tipo a corrupção para prática de ato contrário e também de acordo com os deveres – e em seu artigo 147 o recebimento de presentes e outros

³⁴⁴ Sobre a retirada da exigência do ato de ofício na corrupção imprópria, ver por todos VIGANÒ, Francesco. Los delitos de cohecho en el ordenamento jurídico italiano de lege lata y ferenda. Rad. Javier Escobar V. In: CASTRO MORENO, Abraham; OTERO GONZÁLEZ, Pilar (Dir.); GARROCHO SALCEDO, Ana M. (Coord). *Corrupción y delito...*, cit., pp. 253-265.

³⁴⁵ Em tradução livre, os tipos penais preveem: “*Art. 318 Corrupção pelo exercício da função. O funcionário público que, pelo exercício das suas funções ou atribuições, receba indevidamente ou aceite promessa, para si ou para terceiros, de dinheiro ou outras vantagens, é punido com pena de prisão de três a oito anos. Art. 319 Corrupção por ato contrário aos deveres oficiais. O funcionário público que, para omitir ou atrasar ou por ter omitido ou atrasado um ato do seu cargo, ou para praticar ou por ter praticado um ato contrário aos deveres do seu cargo, recebe ou aceita promessa, para si ou para terceiros, de dinheiro ou outros benefícios, é punido com pena de prisão de seis a dez anos*”. (Tradução livre).

³⁴⁶ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria..., cit., pp. 165-166. Os tipos penais preveem: “*§331 Aceitação de benefícios (1) O funcionário público, funcionário público europeu ou pessoa especialmente obrigada para o serviço público que solicite, aceite promessa ou aceite uma vantagem para si ou para terceiros para o desempenho das suas funções é punido com pena de prisão por até três anos ou com multa. (...) §332 Suborno (1) O funcionário público, funcionário público europeu ou pessoa especialmente obrigada para o serviço público que solicite, aceite promessa ou aceite uma vantagem para si ou para um terceiro por ter realizado ou para realizar um ato oficial de forma prejudicial às funções oficiais é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos. Nos casos menos graves, a pena é reclusão até três anos ou multa. A tentativa é punível*”. (Tradução livre)

benefícios em razão da função, desta vez sem a prática de ato de ofício correlato e com pena menor.³⁴⁷

No caso espanhol, após a reforma legislativa de 2010, o seu Código Penal passou a prever figuras específicas para a corrupção própria, imprópria e de facilitação, com as penas nesta ordem, de maior para menor. A corrupção própria, prevista no artigo 419, envolve a solicitação ou recebimento, aceitação ou aceitação de promessa de dádiva, favor ou retribuição de qualquer tipo para praticar ato contrário aos deveres, ou para não realizar ou atrasar injustificadamente um ato que deveria ser praticado. Já a corrupção imprópria está prevista em seu artigo 420, com a corrupção para praticar ato próprio do cargo. O artigo 421 prevê um adendo em relação à corrupção subsequente – esclarecendo que a conduta é punível também quando a vantagem é recebida após o ato de ofício – e, por fim, o artigo 422 prevê a corrupção de facilitação, tipificando o recebimento de dádivas ou presentes dados em razão da função.³⁴⁸

Tal qual sugerem Bechara³⁴⁹ e Souza³⁵⁰, uma solução similar à espanhola, que parece possuir uma gradação adequada entre os tipos, poderia ser adotada no ordenamento pátrio. Tratar-se-ia de um modelo que separe as condutas atualmente abrangidas pela redação atual do *caput* do artigo 317 em 3 tipos penais distintos, com penas

³⁴⁷ “Artigo 145. *Corrupção passiva própria: O funcionário ou autoridade pública que, para praticar ou deixar de praticar um ato relacionado às suas funções ou contrário aos deveres do cargo, receber diretamente ou por meio de pessoa intermediária, para si ou para terceiros, presentes ou qualquer outra vantagem ou aceitar ofertas ou promessas, será punido com pena de prisão de dois a seis anos e multa de trinta a cem dias. Artigo 147. Benefícios em razão do cargo: O funcionário ou autoridade pública que, em razão do seu cargo, aceitar presentes ou outros benefícios, será punido com pena de prisão de um a três anos e multa de sessenta a duzentos dias*”. (Tradução livre)

³⁴⁸ “Artigo 419. *A autoridade ou funcionário público que, em benefício próprio ou de terceiros, receba ou solicite, por si ou por intermediário, um presente, favor ou remuneração de qualquer espécie ou aceite oferta ou promessa dele para a prática, no exercício da sua função, de ato contrário aos deveres inerentes ao mesmo, ou para não exercer ou atrasar injustificadamente ato que deveria ser praticado, incorrerá na pena de reclusão de três a seis anos, multa de doze a vinte e quatro meses, e inabilitação especial para o emprego ou cargo público e para o exercício do direito ao sufrágio passivo pelo prazo de nove a doze anos, sem prejuízo da pena correspondente ao ato praticado, omitido ou retardado em razão da remuneração ou promessa, se foi constitutivo de um crime. Artigo 420. A autoridade ou funcionário público que, em benefício próprio ou de terceiros, receba ou solicite, por si ou por intermediário, um presente, favor ou remuneração de qualquer espécie ou aceite oferta ou promessa dele para realização de ato próprio da sua função, incorrerá em pena de prisão de dois a quatro anos, multa de doze a vinte e quatro meses e inabilitação especial para emprego ou cargo público e para o exercício do direito de sufrágio passivo por um período de cinco a nove anos. Artigo 421. As penalidades indicadas nos artigos anteriores também serão aplicadas quando o presente, favor ou indenização for recebido ou solicitado pela autoridade ou agente público, nos respectivos casos, a título de recompensa pela conduta descrita nos referidos artigos. Artigo 422. A autoridade ou funcionário público que, em benefício próprio ou de terceiro, aceitar, por si ou por intermediário, dádiva ou presente que lhe seja oferecido em contrapartida pelo seu cargo ou função, incorre em pena de prisão de seis meses a um ano e suspensão do emprego e dos cargos públicos de um a três anos*”. (Tradução livre)

³⁴⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O ato de ofício..., cit., p. 226.

³⁵⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes contra a Administração..., cit., p. 155-156.

escalonadas: uma figura para a corrupção de facilitação, contemplando o recebimento de vantagens com o intuito de fomentar boas relações entre o *intraneus* e o *extraneus*, visando um favorecimento futuro; uma figura para a corrupção imprópria, em que o funcionário recebe a vantagem a título de praticar atos de acordo com os deveres do cargo; e uma figura para corrupção própria, em que os atos são contra os deveres do cargo.

Nestas três figuras, há em comum a lesão ao bem jurídico tutelado em razão do recebimento, solicitação ou aceitação de promessa da vantagem indevida, dado que o funcionário público estaria se utilizando da função em benefício próprio – o que lhe é vedado, conforme já foi exposto anteriormente. Mas há entre elas uma distinção no grau de lesão ao bem jurídico, que reside na contrapartida pela vantagem, e que deve guiar a gradação das penas.

4.3.2. Adequação proporcional das penas

Baseando-se no escalonamento proposto, na corrupção de facilitação, caracterizada pela “*compra de boas relações*”, há apenas a perspectiva futura de que o *intraneus* virá a praticar algum ato favorecendo o particular. Por este motivo, a pena atribuída deve ser menor. Embora possa se argumentar que o funcionário estaria deixando influenciar todo o exercício de sua função, certo é que o efetivo favorecimento se situa na esfera do perigo abstrato,³⁵¹ com um menor grau de certeza sobre a sua real ocorrência.

Já na corrupção imprópria e própria, está a se tratar das situações em que o recebimento envolve o mercadejar de algum ato de forma concreta, também lesionando o bem jurídico na medida em que há um direcionamento mais tangível das funções públicas em prol do particular e justificando seu tratamento apartado. Assim, ambas, corrupção imprópria e própria, devem possuir penas superiores à corrupção de facilitação.

Entre estas duas figuras, as hipóteses em que este direcionamento resulta em um ato praticado de forma contrária aos deveres funcionais, por fim, envolvem ainda a violação da legalidade do serviço público³⁵², justificando uma pena mais severa para a corrupção própria.

³⁵¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Breves anotações sobre os crimes de corrupção passiva e corrupção privada na legislação penal espanhola. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, pp. 10-11.

³⁵² GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria..., cit., pp. 170-171.

O *quantum* das penas também merece maiores reflexões. Uma solução possível seria utilizar o intervalo atual, de dois a doze anos, e distribuí-lo entre as três figuras atuais. No entanto, em que pese a relevância do tema e do bem jurídico tutelado, há que se reconhecer que se trata de patamar de pena consideravelmente elevado, embora equiparável a parte dos demais crimes contra a administração pública.

Sugere-se, neste ponto, a utilização do intervalo de pena do crime de concussão – a exigência, não solicitação, de vantagem indevida em razão da função pública exercida – como referencial. Esta figura teve seu intervalo de pena alterado recentemente pela Lei nº 13.964/2019, que reformou a previsão anterior de dois a oito anos, passando para a previsão atual de dois a doze anos.

Embora atenuada, a incongruência da pena de concussão com a da corrupção passiva continuou existindo, dado que a concussão é figura mais grave do que a corrupção passiva em razão do fator da coação, lesionando a liberdade individual e patrimônio da vítima além da própria administração pública.³⁵³

Utilizando-se deste referencial e também atenuando esta incongruência – reveladora de irracionalidade jurídico-formal do legislador³⁵⁴ –, sugere-se a adoção do intervalo de pena original da corrupção passiva, de um a oito anos, com causas de aumento para a efetiva prática de atos de ofício no caso da corrupção passiva imprópria e própria.

Este intervalo deve ser escalonado entre as três figuras propostas; e também deve levar à redução do intervalo atual de pena da corrupção ativa para evitar o surgimento de outro espaço de irracionalidade.

4.3.3. *Maior grau de detalhamento dos elementos típicos*

Quanto aos elementos típicos, em relação à corrupção de facilitação, não parece haver motivo para limitar objetivamente o valor das dádivas e presentes ou mesmo utilizar este termo, que pode gerar dúvidas. A distinção entre um recebimento lícito e ilícito está na intenção das partes envolvidas em fomentar relações escusas mediante vantagens

³⁵³ Ver, por todos, SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 146; MARTINELLI, João Paulo. A necessária distinção entre concussão e corrupção passiva nos crimes econômicos: os casos que envolvem contratos de particulares com a administração pública. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, n. 6, abr./jun./ 2021, pp.16-18.

³⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais...*, cit., p. 103.

indevidas, com o intuito de direcionar o exercício do cargo em prol de interesses privados, não no título de “*dádiva*” ou “*vantagem*” em si.

O valor e a natureza da vantagem indevida podem ser elementos que indiquem as intenções envolvidas, mas não são suficientes para auferir a importância da lesão. Importa mais o elemento subjetivo das partes e o intuito ao receber estas vantagens, que é questão probatória a ser verificada pelas circunstâncias, interesses e relação entre as partes – obrigando, de todo modo, a um trabalho mais minucioso por parte dos órgãos acusatórios. A figura da corrupção de facilitação, portanto, não se confundiria com uma hipotética figura de enriquecimento ilícito, sendo necessário estabelecer as circunstâncias do recebimento como elementos típicos.

De forma correlata a este tema, aparenta ser recomendável trazer previsões expressas sobre a tipicidade da corrupção subsequente, de forma a evitar de um lado espaços de impunidade, e de outro, presunções e ficções jurídicas para viabilizar condenações em uma criminalidade de difícil apuração.³⁵⁵

Ademais, nas figuras da corrupção própria e imprópria, não parece haver motivo para limitar a redação legal a um ato de ofício, podendo o tipo contemplar o *pacto sceleris* para a prática de diversos atos.

Também seria de bom tom esclarecer na redação do tipo penal que este ato ou atos não precisam estar dentro do rol estrito de atribuições do cargo, bastando que o *intraneus* consiga garantir a sua execução, já que superada a necessidade de transposição exata dos critérios administrativos da matéria à esfera penal.³⁵⁶

4.3.4. Figuras específicas e causas de aumento de pena

De outra sorte, um aspecto que chama atenção ao se analisar ordenamentos de outros países é que se mostra frequente a existência de figuras de corrupção específicas ao cargo ocupado pelo funcionário público, sempre prevendo o ato de ofício correlato.

Apenas a título exemplificativo, na Alemanha, há um tipo penal apartado referente à corrupção de membros do parlamento para que pratiquem ou deixem de praticar

³⁵⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., p. 156; SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração...*, cit., pp. 8-9.

³⁵⁶ A desnecessidade de sobreposição total dos conceitos das esferas penal e administrativa – e a necessidade de adoção de critérios próprios da esfera penal – foi abordada no tópico 1.3 deste trabalho.

algum ato no exercício de seus mandatos (§108e³⁵⁷). Também na Alemanha e em países como Itália, Argentina e Peru, há figuras específicas para a corrupção judicial ou de membros do Ministério Público, envolvendo a vantagem para influenciar em decisão (respectivamente, § 331 (2) e §332 (2)³⁵⁸ e artigos 319-ter³⁵⁹, 257³⁶⁰ e 395³⁶¹ de seus códigos penais). Este último país, aliás, possui ainda figuras específicas para a corrupção policial em suas modalidades própria e imprópria, e para a corrupção de auxiliares judiciais (artigos 395-A, 395-B e 396³⁶²). Não parece haver necessidade deste grau de detalhamento no

³⁵⁷ “§108e Suborno e suborno de funcionários eleitos (1) Qualquer pessoa que, na posição de membro de parlamento federal ou estadual, exige, aceita promessa de ou aceita uma vantagem indevida para si ou para terceiros, como contrapartida para praticar ou omitir uma ação no exercício de seu mandato conforme incumbência ou instrução, é punida com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com multa”. (Tradução livre)

³⁵⁸ “§331 (2) Um juiz, membro de um tribunal da União Europeia ou árbitro que exige ou aceita promessa de uma vantagem, para si ou para terceiro, por ter praticado ou para praticar ato judicial é punido com pena de prisão até cinco anos ou multa. A tentativa é punível. (...) §332 (2) Um juiz, membro de um tribunal da União Europeia ou um árbitro que exige ou aceita promessa de uma vantagem para si ou para terceiros por ter praticado ou para realizar um ato judicial que viole seus deveres judiciais é punido com pena de prisão de um ano a dez anos. Nos casos menos graves, a pena é de reclusão de seis meses a cinco anos”. (Tradução livre)

³⁵⁹ “Art. 319-ter. Corrupção em atos judiciais. Se os fatos indicados nos artigos 318 e 319 forem cometidos em favor ou em prejuízo de parte em processo civil, criminal ou administrativo, aplica-se a pena de reclusão de seis a doze anos. Se o fato resultar em pena injusta de reclusão não superior a cinco anos, a pena é reclusão de seis a quatorze anos; se houver pena injusta de prisão superior a cinco anos ou prisão perpétua, a pena é de oito a vinte anos de reclusão”. (Tradução livre)

³⁶⁰ “Artigo 257. Será punido com pena de prisão ou reclusão de quatro a doze anos e inabilitação especial perpétua o magistrado do Poder Judiciário ou do Ministério Público que, por si ou por pessoa interposta, receba ou aceite promessa direta ou indireta de dinheiro ou qualquer outro presente para emitir, proferir ou atrasar ou omitir a emissão de uma resolução, decisão ou opinião, em assuntos de sua competência”. (Tradução livre)

³⁶¹ “Artigo 395. Corrupção passiva específica. O Magistrado, Árbitro, Procurador, Perito, Membro do Tribunal Administrativo ou qualquer outro análogo aos anteriores que de qualquer forma aceite ou receba doação, promessa ou qualquer outra vantagem ou benefício, sabendo que o faz com o objetivo de influenciar ou decidir sobre matéria submetida ao seu conhecimento ou competência, será punido com pena privativa de liberdade não inferior a seis nem superior a quinze anos e inabilitação nos termos dos n^{os} 1 e 2 do artigo 36^o do Código Penal e com cento e oitenta a trezentos e sessenta e cinco dias-multa. O Magistrado, Árbitro, Procurador, Perito, Membro do Tribunal Administrativo ou qualquer outro análogo ao anterior que de qualquer forma solicite, direta ou indiretamente, uma doação, promessa ou qualquer outra vantagem ou benefício, a fim de influenciar a decisão da Matéria que for submetido ao seu conhecimento, será punido com pena privativa de liberdade não inferior a oito nem superior a quinze anos e inabilitação nos termos dos n^{os} 1 e 2 do artigo 36^o do Código Penal e com trezentos e sessenta e cinco a setecentos dias-multa”. (Tradução livre)

³⁶² “Artigo 395-A. Corrupção passiva própria no exercício da função policial. O membro da Polícia Nacional que aceite ou receba doação, promessa ou qualquer outra vantagem ou benefício, para si ou para outrem, para a prática ou omissão de ato violador de suas obrigações decorrentes da função policial ou que o aceite como resultado do descumprimento, é punido com pena de prisão não inferior a cinco nem superior a dez anos e inibição de direitos nos termos dos incisos 1, 2 e 8 do artigo 36. O integrante da Polícia Nacional que solicitar, direta ou indiretamente, doação, promessa ou qualquer outra vantagem ou benefício, para a prática ou omissão de ato que viole suas obrigações decorrentes da função policial ou que o aceite como resultado do descumprimento, será punido com pena de prisão não inferior a seis e não superior a dez anos e inabilitação nos termos dos incisos 1, 2 e 8 do artigo 36 do Código Penal. O membro da Polícia Nacional que condicionar a sua conduta funcional à entrega ou promessa de doação ou qualquer outra vantagem ou benefício será punido com pena privativa de liberdade não inferior a oito nem superior a doze anos e desclassificação nos termos dos incisos 1, 2 e 8 do artigo 36 do Código Penal. Artigo 395-B. Corrupção passiva imprópria no exercício da função policial. O membro da Polícia Nacional que aceite ou receba doação, promessa ou qualquer outra vantagem ou vantagem indevida para a realização ou omissão de ato de

ordenamento pátrio, por não se vislumbrar especial relação com o bem jurídico tutelado que resulte em maior ou menor gravidade das condutas.

Por sua vez, alguns ordenamentos como Uruguai e Itália preveem aumento de pena em razão das consequências do ato de ofício – tais como concessões de cargos públicos, violações dos procedimentos licitatórios³⁶³ ou condenações criminais injustas³⁶⁴. Estas causas podem ser passíveis de incorporação em uma eventual reforma legislativa brasileira, desde que observadas as cautelas com possíveis espaços de *bis in idem* com figuras já existentes como os crimes de abuso de autoridade e os crimes licitatórios, sobre os quais será feita uma análise mais detida adiante.

Em sentido similar, o Código Penal chileno prevê em seu artigo 249 uma figura mais gravosa de corrupção, envolvendo o recebimento de vantagem indevida para prática de ato que configure crime, sem prejuízo da pena correspondente ao crime em questão³⁶⁵. Esta figura, por sua vez, não parece ser adequada ou necessária justamente por apontar para uma possível duplicidade de punições.

sua função, sem deixar de cumprir suas obrigações, ou em decorrência de ato já praticado ou omitido, será punido com pena privativa de liberdade não inferior a quatro e não superior a sete anos e inabilitação nos termos dos incisos 1, 2 e 8 do artigo 36. O membro da Polícia Nacional que solicitar, direta ou indiretamente, doação, promessa ou qualquer outra vantagem indevida para a realização ou omissão de ato de sua função, sem deixar de cumprir suas obrigações, ou em decorrência de ato já praticado ou omitido, será reprimido com pena de prisão não inferior a cinco e não superior a oito anos e inabilitação nos termos dos incisos 1, 2 e 8 do artigo 36. Artigo 396. Corrupção passiva de auxiliares judiciais. Se, no caso do artigo 395, o agente for secretário judicial, relator, especialista, assistente judicial ou qualquer outro análogo aos anteriores, será punido com pena privativa de liberdade não inferior a cinco nem superior a oito anos e inabilitação de acordo com os incisos 1º e 2º do artigo 36 do Código Penal e com multa de cento e oitenta a trezentos e sessenta e cinco dias”. (Tradução livre)

³⁶³ Esta previsão existe nos Códigos Penais do Uruguai e da Itália. Respectivamente: “Artigo 158. Corrupção qualificada. O funcionário público que, por atrasar ou omitir um ato relacionado a seu cargo ou pela prática de ato contrário às suas funções, recebe por si ou por interposta pessoa, para si mesmo ou para outrem, dinheiro ou outro provento, ou aceitar sua promessa, será punido com doze meses de prisão a seis anos de penitenciária, inabilitação especial de dois a seis anos e multa de 50 RU (cinquenta unidades reajustáveis) a 10.000 RU (dez mil unidades reajustáveis). A pena será aumentada de um terço para a metade no seguinte casos: 1. Se o fato tiver por efeito a concessão de emprego público, estipêndios, pensões e honras, ou favor ou dano das partes litigantes em processos civis ou criminais. 2. Se o fato tiver como efeito a celebração de contrato em que figure como interessada a divisão a que pertence o funcionário ou seja efetuada através de uso abusivo dos procedimentos legais que deve ser aplicado pela Administração Pública em matéria de aquisição de bens e serviços” e “319-bis. Circunstâncias agravantes. A pena é aumentada se o fato referido no art. 319 tem por objeto a concessão de empregos, salários ou pensões públicas ou a estipulação de contratos em que seja interessado o órgão da administração a que pertence o funcionário público, bem como o pagamento ou reembolso de impostos”. (Traduções livres)

³⁶⁴ Previsão do Código Penal da Itália: “Art. 319-ter. Corrupção em atos judiciais. (...) Se o fato resultar em pena injusta de reclusão não superior a cinco anos, a pena é reclusão de seis a quatorze anos; se houver pena injusta de prisão superior a cinco anos ou prisão perpétua, a pena é de oito a vinte anos de reclusão”. (Tradução livre)

³⁶⁵ “Art. 249. O funcionário público que solicitar ou aceitar receber benefício econômico ou de outra natureza, para si ou para terceiros, para a prática de algum dos crimes ou simples delitos expressos neste Título, ou no parágrafo 4º do Título III, será sancionado com as penas de reclusão menor no grau máximo até reclusão

Tais balizas não bastam por si só para proporcionar uma tutela mais racional da corrupção, fenômeno complexo e multidisciplinar que demanda uma coordenação maior entre instâncias. Mas podem trazer maior racionalidade a um tipo penal cuja relevância atual não tende a se arrefecer.

As atuais tendências legislativas, infelizmente, não sinalizam para uma maior racionalização sancionatória do tema nos termos propostos. Refletindo as tendências de recrudescimento da matéria, encontra-se quase que exclusivamente propostas de exasperação das penas – seja máxima, mínima, ou ambas –, a exemplo do proposto no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, que pretende instituir um novo Código Penal no país.

Para a corrupção passiva, o projeto prevê uma exasperação da pena mínima e mudanças na estrutura, unindo a corrupção passiva e ativa no *caput* e parágrafo do mesmo tipo penal. Não soluciona, contudo, a falta de detalhamento normativo, por não trazer disposições sobre a constatação do ato de ofício e a natureza da vantagem indevida, mantendo em termos gerais a redação atual.³⁶⁶

Merecem especial menção também as “*Dez medidas contra a corrupção*” e o subsequente projeto de “*Novas medidas contra a corrupção*”, ambos propostos pelo Ministério Público Federal, este em parceria com outras organizações da sociedade civil.

O projeto das “*Dez medidas*” é de caráter notoriamente recrudescedor, e em relação aos tipos penais relacionados à corrupção, prevê um aumento da pena mínima de dois para quatro anos e a inserção de um sistema de escalonamento da pena de acordo com os valores envolvidos. Prevê, ainda, a inserção da corrupção de altos valores na Lei de Crimes hediondos, evidenciando o caráter altamente simbólico e pouco racionalizador da proposta.

maior no grau mínimo, de inabilitação perpétua absoluta para cargos ou cargos públicos e multa de quatro vezes o benefício solicitado ou aceito. Se o benefício for de natureza diversa da econômica, a multa será de cento e cinquenta a mil e quinhentas unidades tributárias mensais. As penas previstas aplicam-se sem prejuízo das que também possam ser impostas pela prática do crime ou simples delito em questão”. (Tradução livre)

³⁶⁶ “Corrupção passiva – Art. 276. Exigir, solicitar, receber ou aceitar promessa de receber, para si ou para outrem, vantagem indevida, direta ou indiretamente, valendo-se da condição de servidor público: Pena – prisão, de três a oito anos. § 1º A pena é aumentada de até um terço se, em consequência da vantagem ou promessa, o servidor retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. Corrupção ativa – § 2º Nas mesmas penas do caput e do parágrafo primeiro incorre quem oferece, promete, entrega ou paga a servidor público, direta ou indiretamente, vantagem indevida. Corrupção ativa em transação comercial internacional – § 3º Nas mesmas penas do caput e do parágrafo primeiro incorre quem oferece, promete, entrega ou paga vantagem indevida para determinar servidor público estrangeiro a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional”.

O projeto havia sido aprovado pela Câmara (PL 4850/2016) e Senado (PLC 27/2017), com emendas deste; e ao tempo em que se escrevem estas linhas, atualmente se encontra na Câmara dos Deputados desde 2019 como PL 3855/2019, sem maiores movimentações no período.

Já o projeto das “*Novas medidas*” possui viés interdisciplinar e preventivo, o que é positivo; mas segue com as mesmas deficiências de seu antecessor no aspecto da racionalidade do tipo penal. Foram mantidos os contornos da proposta anterior, com os mesmos patamares de pena e previsões de aumento de pena para corrupção envolvendo grandes valores.

Embora tenha sido retirada a previsão da inserção da corrupção no rol de crimes hediondos, a proposta ainda prevê emenda constitucional para torna-la crime insuscetível de graça, indulto e anistia, além de mantidas as dificuldades para progressão de regime³⁶⁷. Igualmente, não há previsão de alterações legislativas para trazer maior racionalidade linguística – e, portanto, menor insegurança jurídica – à matéria.

4.4. Repercussões da interpretação proposta em temas relacionados à corrupção

As conclusões extraídas neste trabalho sobre o ato de ofício no tipo penal de corrupção passiva levam à constatação da ampla gama de condutas que podem ser consideradas corruptas, seja envolvendo o mercadejar de um ato de ofício determinado, seja envolvendo a compra de possível futuro favorecimento.

Esta conceituação, aplicável tanto à interpretação de *lege lata* quanto às propostas de *lege ferenda*, repercute em uma série de temas relacionados à corrupção e que também se beneficiariam de maior racionalidade na discussão e implementação, as quais passará a se expor.

4.4.1. Ato de ofício e as medidas de prevenção à corrupção no setor público

Já no Século XVIII, alertava Beccaria que é preferível prevenir os crimes a puni-los, e que esta deveria ser a finalidade principal da boa legislação³⁶⁸. Por sua vez, ao

³⁶⁷ MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno. *Novas medidas contra a corrupção*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018, pp. 526-538.

³⁶⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas...*, cit., pp. 128-129.

realizar prospecção sobre a evolução futura desta área do conhecimento, Hassemer alertava sobre a necessidade de que penalistas elaborassem alternativas ao Direito Penal – especialmente, que fossem mais aptas para responder efetiva e preventivamente aos problemas futuros. Para o autor, a ciência do Direito Penal precisa conhecer precisamente e delimitar as fronteiras das possibilidades de solução de problemas que possui em si³⁶⁹, em prol de soluções extrapenais quando mais adequadas.

Não por acaso, especificamente em relação à corrupção, concluiu o 17º Congresso Internacional realizado pela AIDP que o seu controle requer a adoção de múltiplas medidas – mormente extrapenais, ainda que não descartada a relevância de normas penais mais eficazes³⁷⁰ e racionais. A Convenção de Mérida também dedica o seu Capítulo II a elas, sublinhando a relevância do tema.

Especificamente no que tange o objeto deste trabalho, baseado no entendimento de que a corrupção passiva engloba tanto as condutas em que há uma clara venalidade de determinado ou determinados atos de ofício quanto as condutas em que há a venda de possível futuro favorecimento, a reflexão sobre a prevenção da corrupção deve obrigatoriamente passar pelo tema da discricionariedade dos agentes públicos na tomada de decisões no exercício de suas funções.

Isto porque o excesso de discricionariedade é fator apontado como corruptógeno, na medida em que traz mais oportunidades para o direcionamento espúrio das funções públicas – seja de forma concreta ou potencial. Daí a necessidade de repensar os campos de discricionariedade desnecessária – sempre de acordo com a realidade dos respectivos órgãos do Estado, mas especialmente em áreas que possuam arbítrio no controle e repressão de condutas e na concessão de autorizações ou benefícios, as quais demandam maior grau de controle prévio e transparência.³⁷¹

Por outro lado, quanto às medidas a serem tomadas em relação aos funcionários públicos, argumenta-se que maiores remunerações levariam a menor grau de corrupção, porque as vantagens indevidas oferecidas pelos particulares se tornariam menos atrativas. Há controvérsia quanto a este aspecto específico – segundo Javier e María Salinas

³⁶⁹ HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. Trad. Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*, v. 1, n. 1, jan. 1998, p. 40.

³⁷⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Estudios sobre la corrupción...*, cit., p. 318.

³⁷¹ MAIRAL, Héctor. As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combater-la. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, pp. 128-161.

Jiménez, isto poderia na realidade levar a propinas mais elevadas, e trabalhos empíricos não encontram correlação entre remuneração e corrupção. Mas por outro lado, medidas de refinamento em relação aos critérios de seleção, promoção e estabilidade se mostram como importantes incentivos neste quesito.³⁷² Ademais, os estímulos à produtividade³⁷³ e bom desempenho podem se mostrar como medidas mais racionais e preferenciais à criação excessiva de limitações objetivas³⁷⁴ na tutela da corrupção.

Outro fator que merece atenção é a centralização de funções – a qual, segundo Salinas Jiménez e Salinas Jiménez, favorece o surgimento de condutas corruptas, dada a concentração dos poderes e ampliação do âmbito de negociações espúrias. Apontam os autores que a descentralização do poder decisório, em conjunto com bons mecanismos de controle, pode ter papel relevante na tutela da corrupção.³⁷⁵

Faz-se necessária, ainda, a discussão sobre a limitação de cargos em comissão – que, conquanto se justifique pela necessidade de maior dinamismo nas atividades públicas, compatíveis com as escolhas políticas feitas periodicamente pelos meios democráticos, também se mostra como importante meio para corrupção e nepotismo,³⁷⁶ podendo levar a situações em que a nomeação e o subsequente exercício da função servem de moeda de troca espúria.

De maneira mais ampla, Gómez de La Torre e Fabián Caparrós também destacam a importância da transparência administrativa, para aumentar o conhecimento e a fiscalização da sociedade civil sobre como e quais decisões são tomadas. Ressaltam também a necessidade de refinamento das normas sobre conflitos de interesses e os limites aceitáveis das relações entre público e privado.³⁷⁷

³⁷² SALINAS JIMÉNEZ, Javier; SALINAS JIMÉNEZ, María Del Mar. Causas y efectos económicos de la corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 31.

³⁷³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Corrupción, crisis política y derecho penal: las lecciones que Brasil aún necesita aprender*. Revista General de Derecho Penal, n. 26, 2016.

³⁷⁴ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The pursuit of absolute integrity: how corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, pp. 199-202.

³⁷⁵ SALINAS JIMÉNEZ, Javier; SALINAS JIMÉNEZ, María Del Mar. Causas y efectos económicos..., cit., p. 30.

³⁷⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública...*, cit., pp. 171-173.

³⁷⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Corrupción y derecho penal...*, cit., p. 30.

4.4.2. Ato de ofício e a prevenção da corrupção nas contratações públicas

Dentre as atividades concretamente exercidas pela administração pública, as contratações administrativas estão certamente dentre as mais relevantes – especialmente dada a sua instrumentalidade para a satisfação de muitos dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente³⁷⁸. Há, ainda, sua importância na economia e impacto nas finanças públicas, e o fato de ser por natureza uma área em que o setor privado possui intensa interação com o setor público.³⁷⁹

Por sua natureza e sua relevância, as contratações também são um dos temas que mais demandam atenção no tema da prevenção da corrupção. Conforme bem observam Greco Filho, Greco e Rassi, observa-se que na realidade prática, os crimes contra as licitações e os crimes de corrupção ativa e passiva muito se mostram conexos, apesar de serem autônomos – de modo que os crimes de corrupção ativa não são absorvidos pelos crimes licitatórios.³⁸⁰

Neste setor, no que tange o ato de ofício na corrupção passiva, mostra especial importância a prevenção do direcionamento dos certames a determinados licitantes – seja porque houve acordo em relação a determinada licitação, seja quando se trata da concretização da prévia compra de favorecimentos em sentido mais amplo.

Trata-se de uma área que demanda maior agilidade e flexibilidade, motivo pelo qual não basta impor medidas de restrições normativas para redução da discricionariedade, sob o risco de acabar por prejudicar o desempenho das funções públicas que se busca tutelar. A ausência de soluções simplificadas evidencia a demanda por medidas setoriais e coordenadas, as quais, para Miranzo Díaz, podem ser separadas em três grandes grupos.

O primeiro deles é a fiscalização sobre o desenho das licitações, evitando necessidades técnicas manipuladas e direcionadas e proporcionando reais oportunidades a todos os participantes. Deve-se prestar atenção, também, a modificações artificiais dos

³⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Repressão penal a infrações em licitações e contratações administrativas – considerações introdutórias. In: BREDA, Juliano (org.). *Crimes de licitação e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 15.

³⁷⁹ MIRANZO DÍAZ, Javier. *La prevención de la corrupción en la contratación pública*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019, pp. 75-76.

³⁸⁰ GRECO FILHO, Vicente; GRECO, Ana Maria; RASSI, João Daniel. *Dos crimes em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 49.

valores dos contratos que visem a dispensa de licitações, além de se fiscalizar o uso correto das informações levantadas em consultas de preços.³⁸¹

Na sequência, na fase de adjudicação, deve-se prezar pela publicidade e clareza, especialmente dos critérios de avaliação, além da garantia de prazos suficientes e adequados para apresentação das propostas. Por fim, na fase de execução do contrato, deve haver fiscalização sobre o desempenho dos serviços prestados, materiais utilizados e atrasos injustificados, garantindo-se a qualidade da contratação. O autor aponta, ainda, a necessidade de um adequado controle da subcontratação, mecanismo que pode ser utilizado para mascarar conflitos de interesses ou colusões³⁸².

No ordenamento pátrio, a nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei nº 14.133/2021) reconhece a relação do tema com a corrupção, e suas disposições refletem esta preocupação com o tema.

Isto pode ser observado, em primeiro lugar, com as previsões referentes à criação de um ambiente de integridade e de prevenção à corrupção. Assim, previu-se a obrigatoriedade de implementação de programa de integridade ao licitante vencedor, no prazo de 6 meses, estando sujeito a penalidades pelo descumprimento.³⁸³ O desenvolvimento de um programa de integridade, por sua vez, é critério de desempate entre licitantes.³⁸⁴

Apesar de a seção administrativa da Lei ter previsão de entrada em vigor em dois anos após a sua publicação, seus conceitos já podem ser aplicados na integração dos aspectos criminais, já em vigor ao tempo em que se escrevem estas linhas.³⁸⁵ Sua real efetividade, de todo modo, somente poderá ser observada a partir da experiência concreta no decorrer dos anos.³⁸⁶

³⁸¹ MIRANZO DÍAZ, Javier. *La prevención de la corrupción...*, cit., pp. 76-77.

³⁸² MIRANZO DÍAZ, Javier. *La prevención de la corrupción...*, cit., pp. 77.

³⁸³ “Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. (...) § 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento”.

³⁸⁴ “Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: (...) IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle”.

³⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente; GRECO, Ana Maria; RASSI, João Daniel. *Dos crimes em licitações...*, cit., pp. 38-39.

³⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Repressão penal a infrações...*, cit., p. 25.

Contudo, o que mais se destaca na Lei ainda é o seu aspecto repressivo, observável no significativo aumento de penas em todos os tipos penais em relação aos seus equivalentes da antecessora Lei nº 8.666/93. Esta exacerbação foi, sem dúvidas, movida pelo verdadeiro cenário de “*profissão de fé contra a corrupção*”³⁸⁷ que atualmente se observa – tendo o legislador, para Costa, perdido uma oportunidade de melhorar a coordenação entre instâncias penal e administrativa e aprimorar os arranjos institucionais.³⁸⁸ Ao invés de criar modelos mais adequados à diminuição de estímulos às práticas ilícitas, optou o legislador por ampliar a incidência penal de forma horizontal e vertical, o que não indica maior racionalidade.

4.4.3. Ato de ofício e a regulamentação do lobby

O tema do ato de ofício na corrupção passiva possui, ainda, estreita relação com o *lobby*, e evidencia a necessidade da regulamentação do instituto para diferenciar as práticas legítimas daquelas que representam lesão ao bem jurídico ora tutelado.

Em primeiro lugar, apesar de sua conotação negativa e associação a relações espúrias entre particulares e funcionários públicos,³⁸⁹ o *lobby* se trata, na essência, do encaminhamento de demandas de grupos sociais ou econômicos, possibilitando a participação destes atores na administração pública³⁹⁰ – fenômeno presente em todos os agrupamentos humanos e de grande relevância em um contexto democrático.

Decorre disto a importância do estabelecimento de balizas normativas para a atuação dos lobistas, para evitar desequilíbrios e prevenir a corrupção, especialmente na forma do oferecimento de vantagens indevidas – seja explicitamente, na forma de propinas; seja de forma mais latente, na forma de jantares, viagens e regalos de valores mais significativos – visando futuros favorecimentos na forma do direcionamento indevido da tomada de decisões públicas.³⁹¹

³⁸⁷ PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. Fraude em licitação ou contrato. In: BREDA, Juliano (org.). *Crimes de licitação e contratações...*, cit., p. 177.

³⁸⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. Contratação direta ilegal. In: BREDA, Juliano (org.). *Crimes de licitação e contratações...*, cit., pp. 102-103.

³⁸⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *Lobby: estudo de direito comparado e necessidade de regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 200.

³⁹⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública...*, cit., p. 165.

³⁹¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *Lobby: estudo de direito comparado...*, cit., pp. 73-83.

Neste sentido, as medidas de regulamentação do *lobby* observadas em outros ordenamentos e atualmente discutidas em âmbito legislativo pátrio possuem como fio condutor a transparência e estabelecimento de critérios para o desempenho da função, que é de grande valia também para a prevenção de práticas corruptas.

Dentre elas, menciona-se a criação de cursos de formação e credenciamento para lobistas profissionais; obrigatoriedade de divulgação de informações com gastos, influenciados e beneficiados; sanções administrativas para o descumprimento destas exigências; períodos de quarentena para que ex-funcionários públicos possam exercer *lobby*; vedação da prática para algumas categorias de agentes, como condenados por crimes contra a administração pública; e, de forma mais ampla, a imposição do dever de agir em conformidade com a legalidade, moralidade, probidade e transparência.³⁹² Tudo para trazer maior segurança jurídica e diferenciar o *lobby* da influência indevida sobre a função pública, que pode caracterizar corrupção e estar sujeita a sanções penais e administrativas.

4.4.4. Ato de ofício e o financiamento de campanhas eleitorais

O financiamento eleitoral também é tema relacionado à corrupção e de suma importância para a sua tutela. Ele traz por si a dificuldade em estabelecer a distinção entre a participação legítima e democrática nas causas políticas de escolha do cidadão, e a influência indevida de candidatos por meio do pagamento de quantias mascaradas sob o pretexto de doações eleitorais.³⁹³

As dificuldades em estabelecer limites racionais neste tema advêm, principalmente, dos estigmas que associam o financiamento privado de campanhas à corrupção, independente das quantias envolvidas ou da regularidade formal das doações perante a justiça eleitoral. Embora acabem por assumir contornos ilógicos, estes estigmas têm como origem legítima as preocupações com a influência do poder econômico na

³⁹² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *Lobby: estudo de direito comparado...*, cit., pp., 199-217.

³⁹³ Faz-se a ressalva de que a prevenção da corrupção no financiamento de campanhas não se confunde com a discussão sobre o denominado “*caixa dois eleitoral*” e as violações das normas sobre contabilidade de recursos eleitorais, apesar de os temas estarem relacionados; desta forma, as normas e eventuais criminalizações a respeito não necessariamente levam a uma tutela mais adequada da prevenção da corrupção. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). *Crime e política: corrupção...*, cit., pp. 137-138.

expressão da vontade popular, especialmente em se tratando das doações por parte de empresas – as quais não são vedadas pelo texto constitucional.³⁹⁴

Especificamente em relação à corrupção no financiamento de campanhas, ela se caracteriza pela preocupação com doações de caráter finalista – o denominado “*financiamento de captura*”³⁹⁵, as quais prejudicam a representação da vontade popular, que acaba por ser substituída pela vontade do doador. Elas frequentemente se aproximam da corrupção nas formas de compra de possível futuro favorecimento a que se fez menção anteriormente: por meio de vultuosas doações de campanha, pelas vias oficiais ou não, estabelece-se relações espúrias em que há, ainda que de forma subentendida, a perspectiva da futura retribuição do favor.

Inexiste, contudo, consenso sobre um modelo ideal para a prevenção da corrupção neste contexto. Zovatto identifica quatro principais modelos normativos. Há, em primeiro lugar, a opção da autonomia, a qual prioriza a liberdade dos partidos políticos em tomar as decisões necessárias para sua autorregulação por meio da competição partidária, minimizando a criação de soluções normativas. Em segundo lugar, tem-se a opção da transparência, priorizando o acesso público aos dados relativos às finanças partidárias, levando os eleitores a assumir suas responsabilidades e liberdades e tomando escolhas de acordo com as informações divulgadas. Em terceiro lugar, há a opção pela vigilância, com a imposição de um conjunto de regulamentações detalhadas sobre o financiamento partidário, cuja fiscalização fica a cargo de uma instituição pública independente. Há, por fim, modelos de regulamentação diversificada, que combinam características dos três anteriores³⁹⁶.

Neste sentido, pondera Olaizola Nogales que a simples proibição de doações – sejam as advindas de empresas ou que representem valores vultuosos – abre margens para ilegalidades e doações que se situem fora dos sistemas de transparência oficiais. Gera também disfunções em relação ao autofinanciamento de campanhas, que também prejudica

³⁹⁴ Ver, por todos, ROCHA, Humberto José de Rezende. A possibilidade de restabelecimento do financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas. *Revista de Direito e Atualidades*, v. 1, n. 2, 2021, *passim*.

³⁹⁵ OLAIZOLA NOGALES, Inés. “Medidas de regeneración democrática”: la nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España. *Revista Populus*, n. 4, dez./2018, pp. 27-28.

³⁹⁶ ZOVATTO, Daniel. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. *Opinião Pública*, v. XI, n. 2, out./2005, p. 294.

a igualdade entre candidatos na medida em que favorece aqueles com maior poder financeiro pessoal³⁹⁷.

Os modelos de financiamento público de campanhas, por sua vez, podem levar à elevação de gastos públicos e excluir partidos menores e sem representação parlamentar, além de produzir gradativamente uma relação de dependência com o Estado, como uma “*estatização*” dos partidos políticos. Para Rubio, esta dependência se mostra perigosa para o exercício democrático quando a administração dos fundos de financiamento público é controlada por partes interessadas nele, e não por entidades independentes³⁹⁸. Ademais, o modelo pode potencialmente aumentar a crise de representatividade e perda de confiança em partidos em momentos em que há dificuldade orçamentária e demandas sociais não forem atendidas.

Há, assim, autores que sustentam modelos híbridos ou mistos, que mesclam o financiamento público e o privado. O primeiro, com base em critérios de distribuição igualitários, proporcionais e que contemplem o efetivo enraizamento dos partidos na sociedade; o segundo, regulamentado de forma a maximizar a transparência sobre origens, destinos e montantes de doações, e impondo limitações necessárias de acordo com a realidade de cada país.³⁹⁹

O incremento do controle sobre as doações finalistas, por sua vez, pode ser feito de forma similar à regulamentação do *lobby*. Ou seja, por meio de medidas como o controle sobre a contratação pública de doadores de campanha, a proibição de doações por integrantes de determinados setores regulados dependentes de decisões político-administrativas, e a estipulação de tetos máximos para doações.⁴⁰⁰

O tema, ao fim, demanda constante rediscussão e não possui solução única, dado o seu caráter conjuntural.⁴⁰¹ Destaca-se, de todo modo, a importância da transparência e do incremento dos meios de controle⁴⁰², mais do que a simples vedação de determinados

³⁹⁷ OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la propuesta de reforma del Código Penal. *Diario La Ley*, n. 8516, 2015, p. 14; LEMOS JORGE, André Guilherme; SOARES, Michel Bertoni. Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas: a influência do poder econômico sobre a democracia. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, out./dez. 2017, p. 91.

³⁹⁸ RUBIO, Delia Ferreira. Financiamento de partidos e campanhas: fundos públicos versus fundos privados. Trad. Alexandre Morales. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 3, nov. 2005, pp. 9-10.

³⁹⁹ RUBIO, Delia Ferreira. Financiamento de partidos e campanhas..., cit., p. 11.

⁴⁰⁰ OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de financiación ilegal..., cit., p. 14.

⁴⁰¹ ZOVATTO, Daniel. Financiamento dos partidos e campanhas..., cit., p. 293.

⁴⁰² LEMOS JORGE, André Guilherme; SOARES, Michel Bertoni. Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas..., cit., p. 91.

tipos de doação. Isto porque possibilitam uma votação mais informada por parte dos cidadãos, além de gerar incentivos para que os partidos se controlem reciprocamente e ajustem sua conduta aos parâmetros legais e às exigências da opinião pública, e de viabilizar a fiscalização sobre as reais intenções das tomadas de decisão dos políticos eleitos⁴⁰³.

Ademais, conforme pondera Gaspar Neisser, faz-se necessária uma visão integrada entre os momentos eleitorais e não eleitorais – ou seja, é preciso superar a separação entre direito eleitoral para o momento das eleições e direito administrativo para o exercício do poder eleito, mas sim realizando uma regulamentação conjunta destes dois momentos temporais.⁴⁰⁴

Ao fim e ao cabo, todas estas discussões supracitadas possuem um fio condutor em comum – a necessidade de abandonar a atual postura contraditória em relação à corrupção, que de um lado a trata como um mal intrínseco, inerente e inevitável à cultura brasileira, e do outro, a vê como um mal a ser combatido de forma intolerante por meios primordialmente repressivos penais⁴⁰⁵, para viabilizar um tratamento mais adequado e racional da corrupção.

Muito além da máxima de que não se pode “*combater a corrupção lutando contra a corrupção*”⁴⁰⁶, pode-se afirmar que não basta, de modo geral, adotar uma postura bélica em relação a ela: seu caráter poliédrico⁴⁰⁷ evidencia a insuficiência do Direito Penal – e muito menos do aumento indiscriminado de penas por si só – como a única ferramenta, sendo certo que o tema demanda maior racionalidade tanto nas soluções preventivas quanto nas repressivas.

Não se nega a importância da prevenção da corrupção no setor público e do seu papel no desenvolvimento econômico. Mas, conforme já exposto acima, o tema não possui soluções simples ou unas; faz-se necessário avaliar o nível de rigidez a ser adotado nestas medidas, visando um controle da corrupção que contemple tanto as formas mais diretas de negociação de atos de ofício determinados, quanto as compras de futuros

⁴⁰³ RUBIO, Delia Ferreira. Financiamento de partidos e campanhas..., cit., p. 7.

⁴⁰⁴ NEISSER, Fernando Gaspar. Financiamento eleitoral e corrupção: limites do atual modelo de controle. In: GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (Org.). *Estudios sobre la corrupción...*, pp. 462-465.

⁴⁰⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal brasileira..., cit., pp. 304-305.

⁴⁰⁶ KAUFMANN, Daniel. Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción. *Finanzas y desarrollo*: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, v. 42, n. 3, 2005, p. 41.

⁴⁰⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Corrupción y derecho penal...*, cit., p. 9.

favorecimentos, mas que não acabe por prejudicar o próprio exercício das funções públicas⁴⁰⁸ – interesse que, ao fim, é o que se visa tutelar.

Reconhecer os excessos da cultura bélica em torno do “*combate*” à corrupção não exclui o reconhecimento da seriedade do tema e do seu impacto a bens jurídicos de relevo penal. Mas tampouco significa que é necessário lançar mão de todos os meios disponíveis, mormente sancionatórios, para uma tutela eficiente.

Ao contrário – recorrer exclusivamente a medidas penais acaba por banalizar a resposta institucional, além de levar a uma evidente desproporção entre fins e meios⁴⁰⁹. A corrupção é fenômeno plural, que não possui soluções simples e demanda constante esforço racionalizador – como, conforme visto, em relação ao tema exposto ao longo deste trabalho.

⁴⁰⁸ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The pursuit of absolute integrity...*, cit., p. 198.

⁴⁰⁹ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Subsidiariedade do sistema penal e corrupção. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 322, set. 2019, pp. 15-16. Pondera a autora, ainda, que em matéria de minimização dos índices de corrupção e efetiva transformação da realidade social brasileira, “*esquecer a subsidiariedade do sistema jurídico-penal não é apenas um caminho para normalizar abusos. É fazer com que tudo permaneça precisamente como está*”.

CONCLUSÕES

1. A corrupção tem estado no centro do debate público, tendo o discurso de “*luta*” ou “*combate*” contra ela se intensificado e atingido novos patamares nas últimas décadas. Isto, por sua vez, evidencia os desafios dogmáticos a seu respeito. Dentre eles, destaca-se aquela relacionada ao ato de ofício na corrupção passiva.

2. Questiona-se se, para a configuração do tipo penal de corrupção passiva, seria ou não necessário constatar um ato de ofício correlato à vantagem indevida auferida pelo funcionário público. Ou seja, se basta constatar a vantagem indevida; ou se, adicionalmente, também é necessário identificar a conduta que seria praticada como contrapartida pelo *intransus*. Isto porque apesar de sua ausência na redação do tipo penal, inovação do legislador penal de 1940, historicamente doutrina e jurisprudência entenderam se tratar de um requisito essencial para a tipicidade da corrupção passiva.

3. Além da controvérsia central do trabalho, referente à necessidade ou não da identificação do ato de ofício correlato, há ainda algumas controvérsias correlatas, que somente subsistem caso se entenda que a referida identificação é necessária. Em primeiro lugar, questiona-se se o ato de ofício negociado precisa ou não ser efetivamente praticado. Em segundo lugar, há a controvérsia referente ao grau de determinação do ato de ofício – ou seja, o quanto o ato de ofício a ser praticado pelo *intransus* precisa estar delimitado no ato da solicitação, recebimento ou aceitação de promessa da vantagem indevida. Por fim, há ainda as dúvidas sobre a relação do ato de ofício com as atribuições funcionais do *intransus*, ou seja, se ele precisa estar dentro deste rol ou se basta uma aceção mais ampla dos “*poderes de fato*” do funcionário público.

4. Para o esclarecimento das inseguranças em torno do tema, deve-se iniciar pela correta delimitação do bem jurídico-penal que se busca tutelar por meio da criminalização da corrupção passiva. Isto com base no entendimento consagrado e ainda não superado de que uma conduta somente pode ser criminalizada se houver lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico de relevância penal.

5. Identifica-se, a partir da análise das posições doutrinárias existentes, que a visão mais adequada é aquela que dialoga com uma visão mais abrangente de administração pública, que a lê com um viés social de atendimento à coletividade. O bem jurídico tutelado seria, então, o direcionamento das funções públicas aos interesses da

cidadania, sem que prevaleçam interesses privados – no caso da corrupção, sejam eles em prol do corruptor, sejam em prol do *intraneus*.

6. A partir da correta identificação do bem jurídico-penal tutelado, passa-se, então, à análise das possíveis vias interpretativas por meio das quais poder-se-ia estabelecer o ato de ofício como requisito essencial à configuração da corrupção passiva. A primeira hipótese parte de uma interpretação conjunta dos tipos penais de corrupção ativa e passiva, a partir da qual se transporia o elemento “*ato de ofício*” daquele a este. Trata-se de interpretação inadequada, tanto em razão das redações legais em si, que não são convergentes; quando pela opção do legislador por separar as figuras em tipos penais distintos; e, ainda, pela especial relação dos *intranei* com o bem jurídico-penal tutelado, que justifica uma tipificação mais ampla.

7. A segunda hipótese interpretativa seria a partir da constatação do ato de ofício como um elemento normativo implícito a partir da tradição doutrinária e jurisprudencial. Conquanto possível, não se trata da solução ideal, dado que não parece haver lacuna no tipo penal de corrupção passiva que comporte a inserção do elemento: a separação e a supressão deste elemento normativo aparenta ter sido proposital, o que deve ser levado em consideração na interpretação do tipo penal.

8. A terceira hipótese baseia-se na valoração do elemento normativo “*vantagem indevida*”, e se uma adequada interpretação dele levaria à exigência da constatação de um ato de ofício. Ele não soluciona a controvérsia, além de se tratar de elemento também presente no tipo penal de corrupção ativa, que possui expressamente o ato de ofício como elemento normativo.

9. A quarta hipótese, por fim, baseia-se no elemento “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*”. Ele permite uma interpretação mais restritiva, que pressuporia a necessidade da constatação de um ato de ofício – já que dentro do contexto de mercancia da função, o particular que paga vantagem indevida necessariamente o faria por visar algum benefício, que equivaleria a algum ato de ofício.

10. Há, contudo, uma segunda interpretação, mais ampla e igualmente viável, que contemplaria formas mais sutis de venalidade da função, incluindo o oferecimento de benesses indevidas visando um possível futuro favorecimento por parte do funcionário público. Visar-se-ia desta forma o mercadejar do próprio exercício da função pública. Assim, não seria necessário constatar um ato de ofício correlato, mas a vantagem

deveria ser motivada pela intenção de influir no exercício da função – interpretação que aparenta ser a mais adequada, e à qual se filia neste trabalho.

11. Como consequência desta posição, é possível solucionar as controvérsias correlatas à discussão sobre o ato de ofício. Assim, não é necessária a sua efetiva prática; não é necessário que ele esteja determinado em todos os seus contornos, bastando um caráter de pacto ilícito que visa a função pública do *intraneus*; e eventual ato mercadejado não precisa estar dentro das atribuições funcionais do *intraneus*, bastando que seu acesso às circunstâncias que permitem sua execução venha da função exercida.

12. Estabelecida a interpretação de *lege lata*, vislumbra-se possíveis soluções de *lege ferenda*. Uma primeira medida apta a solucionar a problemática seria uma separação e gradação dos tipos penais de corrupção passiva. Propõe-se, tal qual no modelo espanhol, a separação em 3 tipos penais distintos, com penas escalonadas: uma figura para a corrupção de facilitação; uma figura para a corrupção imprópria; e uma figura para corrupção própria.

13. Consequentemente, também se faz necessária a adequação do intervalo das penas e de maior detalhamento dos elementos típicos. Por fim, há espaço para avaliação da conveniência de figuras específicas de aumentos de pena em razão das consequências dos atos de ofício, desde que observada a necessária cautela com espaços de *bis in idem* entre tipos penais já existentes.

14. Infelizmente, maior racionalidade não se vislumbra nas propostas legislativas vigentes em relação à corrupção, que, em sua maioria, visam recrudescer o tratamento dado a ela, sem que espaços importantes de insegurança e irracionalidade sejam solucionados.

15. O tema, de todo modo, enseja maiores reflexões de natureza dogmática e político-criminal, assim como maiores esforços racionalizadores, de forma a adequar a tutela penal da matéria ao paradigma democrático vigente, observada a devida proporcionalidade entre fins e meios. Trata-se de fenômeno complexo, desprovido de soluções simples ou unas.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Gabriel Bertin de; ROCHA, Claudia da; CALDEIRÃO, Rafael Fernandes. O caso Lula e a discussão em torno da (des)necessidade da demonstração de ato de ofício específico para a caracterização do crime de corrupção passiva. *Boletim IBCCRIM*, v. 26, n. 310, p. 8-9, set. 2018.
- ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Reflexiones sobre el principio de Legalidade. *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 7, pp. 299-358, 2006.
- AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland; ALCÁCER, Rafael; MARTÍN, María; ORTIZ DE URBINA, Íñigo (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 227-264.
- ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The pursuit of absolute integrity: how corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. Milano: Giuffrè, 2016. v. II.
- ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Subsidiariedade do sistema penal e corrupção. *Boletim IBCCRIM*, v. 27, n. 322, pp. 15-16, set. 2019.
- _____. *Tipicidade penal – uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, nº 11, set./nov. 2007.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.
- BAIGÚN, David (et. al). *Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, capítulos II e VIII.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

_____. Corrupción, crisis política y derecho penal: las lecciones que Brasil aún necesita aprender. *Revista General de Derecho Penal*, n. 26, 2016.

_____. O ato de ofício como elemento para caracterizar o crime de corrupção. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas franciscanas do Mensalão*: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 225-226.

_____. *Valor, norma e injusto penal*: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

_____; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Estudios sobre la corrupción*: uma reflexão hispano brasileira. Salamanca: Centro de Estudos Brasileños, 2012, pp. 303-319.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche; FERRAZ, Hamilton; NUNES, Ronny. Conceitos, interesses e valores na interpretação do direito positivo: o Direito Penal brasileiro. In: FRAGOSO, Christiano; BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. *Princípios constitucionais penais*: ensaios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, pp. 1-22.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial: volume 4. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Tratado de direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Tratado de direito penal*: parte especial: volume 5. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Tratado de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

BREDA, Juliano (org.). *Crimes de licitação e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BREWSTER, Rachel. *Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy*. *Virginia Law Review*, v. 103, n. 8, pp. 1611-1682, dez. 2017.

- BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Breve história de la corrupción*. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurus, 2019.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: Parte geral: Tomo 1: Introdução – norma penal – fato punível*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- BUCCI, Eugênio. *Sobre ética e imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción política y derecho. In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, 2012, pp. 57-72.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de Derecho Penal*, n. 27, pp. 465-476, dez./2019.
- _____ ; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.
- _____. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- _____. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do direito penal brasileiro: considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, 2011, pp. 95-129.
- CARUSO FONTÁN, María Viviana. El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. *Foro – Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nº 9, pp. 145-172, 2009.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- CASTRO MORENO, Abraham; OTERO GONZÁLEZ, Pilar (Dir.); GARROCHO SALCEDO, Ana M. (Coord). *Corrupción y delito: aspectos de derecho penal español y desde la perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2017.

- CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2008, pp. 384-385;
- CEVALLOS Y TORRES, José Fernández de. Corrupción y blanqueo de capitales: sus efectos en el orden socioeconómico y problemática de su vinculación. In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Estudios sobre corrupción*. Salamanca: Ratio Legis, 2010, pp. 173-201.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los "delitos de peligro". *Revista de Derecho Penal*, n. 2, pp. 81-124, 2007.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- _____. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crimes contra a administração pública*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Contratação direta ilegal. In: BRENDA, Juliano (org.). *Crimes de licitação e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 79-103.
- COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- COSTA, Sylvia Chaves Lima. A nova face da corrupção frente à tutela da ordem econômica. In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudos Brasileños, 2012, pp. 93-114.
- CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.
- DAGUER, Beatriz; CHINEZE, Giovana Capobianco. As alterações interpretativas dos tribunais superiores acerca do delito de corrupção passiva e a (des)necessidade do ato de ofício para sua configuração. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, n. 6, pp. 33-62, abr./jun. 2021.
- DAVID, Décio Franco. *Corrupção no setor privado: fundamentos e criminalização*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. ¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción? *Eguzkilore*: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 23, pp. 245-259, 2009.
- DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.
- DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- DISSENHA, Rui Carlo; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto. A internacionalização do poder punitivo: os riscos normativos e políticos da demanda por leis penais universais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 26, nº 147, pp. 813-848, set. 2018.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- ELISEO COCCIOLO, Endrius. Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo. *Revista de Llengua i Dret*, Barcelona, n. 50, pp. 17-51, 2008.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (Eds.); SÁNCHEZ BERNAL, Javier; CARRILLO DEL TESO, Ana E. (Coords.). *Corrupción*: compliance, represión y recuperación de activos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 595-610.
- _____. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- _____; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Coords.). *Estudios sobre corrupción*. Salamanca: Ratio Legis, 2010.
- FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacinto Editora, 1943, v. 5.

- FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valoração sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.
- FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.
- FORTUNA, Francesco. *I delitti contro la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 2010.
- FRAGOSO, Christiano. O desacerto da Súmula 599, do STJ. In: LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTIERE, Victor Minervino (orgs.). *Compliance e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, pp. 243-249.
- _____; BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. *Princípios constitucionais penais: ensaios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. II.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GALVÃO, Fernando. *Direito penal: Crimes contra a administração pública*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.
- GAMBETTA, Diego. Corruption: An analytical map. In: KOTKIN, Stephen; SAJÓ, Andras (eds.). *Political Corruption in Transition. A Skeptics Handbook*. Londres: CEU Press, 2002, pp. 33-56.
- GARCIA, Basileu. Dos crimes contra a administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 8, pp. 395-415, abr. 1947.
- GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. *O crime de extorsão no direito penal brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.
- _____ ; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudos Brasileños, 2012.
- _____ ; DARIO CERINA, Giorgio. Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, pp. 159-213, mar./abr.. 2011.
- GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *Lobby: estudo de direito comparado e necessidade de regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- _____. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016.
- GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 147-169.
- _____ ; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de Agosto de 2013)*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____ ; GRECO, Ana Maria; RASSI, João Daniel. *Dos crimes em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (orgs.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, nº 134, pp. 159-188, ago. 2017.
- GUZMÁN, Nicolás (coord.); PASTOR, Daniel R. (dir.). *Problemas actuales de la parte general del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.
- HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. Trad. Patricia S. Ziffer. In: BAIGÚN, David (et. al). *Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, pp. 63-74.

- _____. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. Trad. Patricia S. Ziffer. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, 45/48, pp. 275-285, 1989.
- _____. Perspectivas del derecho penal futuro. Trad. Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*, v. 1, n. 1, pp. 37-41, jan. 1998.
- HAVA GARCÍA, Esther. Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional. *Nuevo Foro Penal*, v. 12, nº 87, pp. 60-98, jun./dez. 2016.
- HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. Trad. María Martín Lorenzo. In: HEFENDEHL, Roland; ALCÁCER, Rafael; MARTÍN, María; ORTIZ DE URBINA, Íñigo (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 179-196.
- _____; ALCÁCER, Rafael; MARTÍN, María; ORTIZ DE URBINA, Íñigo (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- _____. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Trad. Eduardo Salazar Ortuño. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 04-14, 2002.
- HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho* (el objeto protegido por la norma penal). Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 2012.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 557.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- HUNTINGTON, Samuel P. *A ordem política nas sociedades em mudança*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel. La falta de transparência en la recuperación y gestión de activos en España: incumplimiento normativo y mala administración. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (Eds.); SÁNCHEZ BERNAL, Javier; CARRILLO DEL TESO, Ana E. (Coords.). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 243-274.

JORGE, André Guilherme Lemos; SOARES, Michel Bertoni. Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas: a influência do poder econômico sobre a democracia. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, pp. 87-104, out./dez. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Repressão penal a infrações em licitações e contratações administrativas – considerações introdutórias. In: BREDA, Juliano (org.). *Crimes de licitação e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 15-26.

KAUFMANN, Daniel. Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción. *Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial*, v. 42, n. 3, pp. 41-43, 2005.

KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. *Política Criminal: revista electrónica semanal de políticas públicas en materias penales*, v. 2, n. 3, 2007.

KOTKIN, Stephen; SAJÓ, Andras (eds.). *Political Corruption in Transition. A Skeptics Handbook*. Londres: CEU Press, 2002.

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

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). In: *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 135-166.

- LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTIERE, Victor Minervino (orgs.). *Compliance e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto; LUGO ARTEAGA, Larisbel. La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 37, n. 101, pp. 133-151, 2015.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. Confisco alargado: análise das medidas para a recuperação de bens de origem ilícita na experiência comparada americana. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 415-434.
- LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Trad. Klaus A. Ziegert. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.
- MACHADO, Antônio Castilho de Alcântara. *Para a história da reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.
- MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005.
- MAIRAL, Héctor. *As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1962, v. V.
- MARTINELLI, João Paulo. A necessária distinção entre concussão e corrupção passiva nos crimes econômicos: os casos que envolvem contratos de particulares com a administração pública. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, n. 6, pp. 13-32, abr./jun. 2021.
- MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: parte general*. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Libro de estudio: parte general*. Trad. Conrado Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 2008.
- _____. *Derecho penal: parte general*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, pp. 94-104, out./dez. 1993.
- MIRANZO DÍAZ, Javier. *La prevención de la corrupción en la contratación pública*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.
- MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno. *Novas medidas contra a corrupção*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.
- MONTIEL, Juan Pablo. Creación judicial de Derecho Penal y analogia *in bonam partem*. In: GUZMÁN, Nicolás (coord.); PASTOR, Daniel R. (dir.). *Problemas actuales de la parte general del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, pp. 167-209.
- MORAES, Mariana Silveira. Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940. *Revista do CAAP*, v. XVII, pp. 61-87, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidade penal como consecuencia de um positivismo relativista y politizado. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 531-549.
- NEISSER, Fernando Gaspar. Financiamento eleitoral e corrupção: limites do atual modelo de controle. In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudos Brasileños, 2012, pp. 441-467.

- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. IV.
- _____. *Direito penal: Volume 2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*: São Paulo: Saraiva, 1967.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación administrativa* (art. 358 del C.P.). Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1978.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. “Medidas de regeneración democrática”: la nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España. *Revista Populus*, n. 4, pp. 11-38, dez. 2018.
- _____. El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la propuesta de reforma del Código Penal. *Diario La Ley*, n. 8516, pp. 1-4, 2015.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar. La respuesta del derecho penal noruego a la corrupción: un modelo a seguir. In: CASTRO MORENO, Abraham; OTERO GONZÁLEZ, Pilar (Dir.); GARROCHO SALCEDO, Ana M. (Coord). *Corrupción y delito: aspectos de derecho penal español y desde la perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 203-251.
- PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Perfil, 2006.
- PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 89, pp. 13-62, mar./abr. 2011.

- PERLA, Juan O., *A Game Theoretic Analysis of the Inter-American Convention against Corruption*. Disponível em <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/Integrity-Forum-16-Juan-Perla.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2019.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.
- PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. Fraude em licitação ou contrato. In: BRENDA, Juliano (org.). *Crimes de licitação e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 173-177.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008.
- POUNDSTONE, William. *Prisoner's dilemma*. Nova York: Anchor Books, 1992.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, v. 3.
- PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo. *La corrupción pública en la reforma del Código Penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva: a propósito do julgamento do "Mensalão" (APn 470 do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 181-214, jan./fev. 2014.
- _____. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 53-76.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2009.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte geral: Vol. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. (coord.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RICCIO, Stefano. *I delitti contro la pubblica amministrazione*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1955.

- ROCHA, Humberto José de Rezende. A possibilidade de restabelecimento do financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas. *Revista de Direito e Atualidades*, v. 1, n. 2, 2021.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.
- _____ ; GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (Eds.); SÁNCHEZ BERNAL, Javier; CARRILLO DEL TESO, Ana E. (Coords.). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- ROMANO, Mario. *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali: art. 314-335-bis cod. pen.: commentario sistematico*. Milano: Giuffrè, 2013.
- ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. Corrupción y economía global. Trad. José María Lujambio. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 10, pp. 51-82, abr./1999.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. e org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- _____. *Derecho penal: parte general: Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014.
- RUBIO, Delia Ferreira. Financiamento de partidos e campanhas: fundos públicos versus fundos privados. Trad. Alexandre Morales. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 3, pp. 5-15, nov. 2005.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. El principio de legalidad en un estado democrático de derecho: garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 14, 2004.
- SALINAS JIMÉNEZ, Javier; SALINAS JIMÉNEZ, María Del Mar. Causas y efectos económicos de la corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 23-44.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Breves anotações sobre os crimes de corrupção passiva e corrupção privada na legislação penal espanhola. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, pp. 1-16.

_____. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*, v. 933, p. 47-59, 2013.

_____. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?* Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992). São Paulo: IBCCRIM, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Trad. e coord. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Trad. Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 39-68.

_____. Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Trad. e coord. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 65-86.

_____. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. Trad. Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 69-90.

- _____ ; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Corrupção: uma análise criminológica. In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (orgs.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 603-615.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 12, out./dez.. 1995.
- _____. *El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, pp. 65-78, out./dez. 1998.
- _____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Edisofer, 2011.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas franciscanas do Mensalão: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- _____. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil. Da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 89, pp. 407-428, mar./abr. 2011.
- _____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- _____ ; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1951, t. V.
- SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de

- Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, pp. 341-360.
- _____. (coord.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- _____. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- _____. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- _____. *Direito penal: volume 1: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- _____. *Direito penal: volume 3: parte especial: arts. 155 a 234-B do CP*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- _____. *Direito penal: volume 5: parte especial: arts. 312 a 359-H do CP*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- _____. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira (Org.). *Intolerância e direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- STUART MILL, John. *Sobre a Liberdade e A sujeição das mulheres*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017, p. 82.
- SUAY HERNANDEZ, Blanca Celia. Los elementos normativos y el error. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 1, v. 44, pp. 97-142, 1991.
- TOJAL, Tarsila Fonseca. A face revanchista do Estado no “*combate à corrupção*”. In: SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira (Org.). *Intolerância e direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 211-235.
- VIGANÒ, Francesco. Los delitos de cohecho en el ordenamento jurídico italiano de lege lata y ferenda. Trad. Javier Escobar V. In: CASTRO MORENO, Abraham; OTERO GONZÁLEZ, Pilar (Dir.); GARROCHO SALCEDO, Ana M. (Coord). *Corrupción y delito: aspectos de derecho penal español y desde la perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 253-274.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, t. I.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956.

_____. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WUNDERLICH, Alexandre. *Dos crimes contra a administração pública*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral*. In: SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZOVATTO, Daniel. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. *Opinião Pública*, v. XI, n. 2, pp. 287-336, out./2005.