

LUDMILA CARVALHO GASPAR DE BARROS BELLO

**A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO CANDIDATO A CARGO ELETIVO E O
CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Prof.^a Helena Regina Lobo da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO

São Paulo

2021

LUDMILA CARVALHO GASPAR DE BARROS BELLO

**A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO CANDIDATO A CARGO ELETIVO E O
CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), como exigência parcial na obtenção do título Mestre em Direito, no departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, subárea de Direito Penal, sob orientação da Professora Associada Helena Regina Lobo da Costa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO

São Paulo

2021

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

Carvalho Gaspar de Barros Bello, Ludmila

A responsabilidade criminal do candidato a cargo eletivo e o crime de corrupção passiva ; Ludmila Carvalho Gaspar de Barros Bello ; orientadora Helena Regina Lobo da Costa -- São Paulo, 2021.

150

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito Penal. 2. Corrupção Passiva. 3. Eleições. 4. Candidato a Cargo Eletivo. 5. Doação Eleitoral. I. Costa, Helena Regina Lobo da, orient. II. Título.

Nome: BELLO, Ludmila Carvalho Gaspar de Barros.

Título: A responsabilidade criminal do candidato a cargo eletivo e o crime de corrupção passiva

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), como exigência parcial na obtenção do título Mestre em Direito, no departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, subárea de Direito Penal, sob orientação da Professora Associada Helena Regina Lobo da Costa.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Prof.^a Dr.^a: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.^a Dr.^a: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.^a Dr.^a: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

A Maria Helena Martins de Barros Bello, minha primeira professora.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Gabriela e Ney, e aos meus irmãos, Guilherme e Marina, não apenas por todo o apoio ao longo desses três anos de mestrado, mas por uma vida inteira de amor, afeto e segurança. Nossa casa foi o local em que aprendi a valorizar e amar o conhecimento. Espero passar isso para os meus filhos um dia também.

A toda a minha família, em especial aos meus avós Ney, Maria Helena, Raimundo e Maria do Socorro. Sei que vocês são meus maiores torcedores. De meu lado, sou sua maior fã.

A Helena Regina Lobo da Costa, minha orientadora, que é um exemplo de docente e pesquisadora, a quem eu agradeço pela disposição, sensibilidade e paciência de sempre (e por me ensinar que “primeiramente” não se escreve, já que “segundamente” não existe). Agradeço também a Ana Elisa Bechara e Mariângela Magalhães Gomes, professoras do Departamento de Direito Penal. Obrigada às três por serem, do primeiro ao último dia, modelos fundamentais para que eu entendesse que caminho eu gostaria de trilhar.

Aos professores Luciano Anderson de Souza e Guilherme Brenner Lucchesi pelas inestimáveis considerações feitas na ocasião da minha banca de qualificação, sem as quais este trabalho não teria sido concluído.

Ao professor Sérgio Salomão Shecaira por me presentear com um momento inesquecível para todos aqueles que sonham com a docência: a oportunidade de ministrar minha primeira aula.

Aos incríveis Eduardo, Glauter, José Paulo, Marjorie, Paola, Patrícia e Paula. Obrigada por estarem sempre disponíveis ao debate e serem meus mais sinceros – embora cuidadosos – críticos. Também não poupo agradecimentos às queridas e diárias presenças de Mariana, Thais, Giovana, Júlia, Clarissa, Louise e Guilherme.

Por fim, agradeço, como não poderia deixar de ser, à Faculdade de Direito do Largo São Francisco, local que me transformou em mim. É impossível saber o que o futuro nos guarda, mas, no que depender de mim, espero nunca me manter muito longe das Arcadas.

“Em Tupinilândia, tudo sempre daria certo, pois fora planejado para ser assim, para sufocar com a alegria do samba, o sabor das frutas e a rapidez de seus ritmos aquela tão sutil e oculta tristeza brasileira, tristeza que nascia do sentimento de fracasso pela miragem do progresso, do país do futuro, um futuro que se projetava constantemente à sua frente e fugia para longe na mesma velocidade com que se corria atrás dele”.

Samir Machado de Machado, *Tupinilândia*.

RESUMO

BELLO, Ludmila Carvalho Gaspar de Barros. *A responsabilidade criminal do candidato a cargo eletivo e o crime de corrupção passiva*. 2021, 150 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O presente trabalho busca entender se a conduta de um candidato a cargo eletivo do Poder Executivo que, no curso de sua campanha, aceita, solicita ou recebe vantagem indevida de particular pode ser enquadrada no artigo 317 do Código Penal brasileiro. Tal questionamento surge em razão da presença da expressão “antes de assumi-la” no referido tipo penal, o que dá margem para que se entenda que, muito embora a corrupção passiva seja crime exclusivo de funcionário público, aquele que ainda não assumiu a função pode também ser sujeito ativo do delito. Para analisar a punibilidade da conduta e reduzir o universo de análise, foram selecionadas quatro variáveis, a partir das quais formaram-se dezesseis cenários envolvendo o candidato. A partir do estudo dos elementos do tipo penal, foi possível compreender a relevâncias das variáveis selecionadas a princípio, gerando uma consequente reflexão a respeito das divergências entre os cenários e sobre a adequação da conduta do candidato a cargo eletivo ao tipo penal do artigo 317.

Palavras-chave: Direito Penal – corrupção passiva – artigo 317 – candidato a cargo eletivo – eleições – Poder Executivo – doação eleitoral – ato de ofício – funcionário público

RESUMÉE

BELLO, Ludmila Carvalho Gaspar de Barros. *La responsabilité pénale du candidat à une fonction élective et le crime de corruption passive*. 2021, 150 f. Mémoire (Master) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Le présent mémoire cherche à comprendre si le comportement d'un candidat à un mandat électif du pouvoir exécutif qui, au cours de sa campagne, accepte, demande ou reçoit un avantage indu peut s'inscrire dans l'article 317 du code pénal brésilien. La question se pose en raison de la présence de l'expression « avant l'entrée en fonction » dans le texte pénal, ce qui suggère que, bien que la corruption passive soit un crime exclusif des agents publics, ceux qui n'ont pas encore pris leurs fonctions peuvent également être auteurs de l'infraction. Pour examiner la punissabilité du comportement et réduire l'univers d'analyse, quatre variables ont été sélectionnées, à partir desquelles seize scénarios impliquant le candidat ont été établis. A partir de l'étude des éléments du type d'infraction pénale, il a été possible de comprendre la pertinence des variables sélectionnées au départ, ce qui a entraîné une réflexion sur les divergences entre les scénarios et sur la conformité du comportement du candidat à une fonction élective à l'infraction de l'article 317.

Mots-clés: Droit pénal – corruption passive – article 317 – candidat à mandat électif – élections – pouvoir exécutif – don pour campagne électorale – acte d'office – agent public

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
CAPÍTULO 1: O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E OS CENÁRIOS EM ESTUDO..	24
1.1 A CORRUPÇÃO SOB UMA ÓTICA ABRANGENTE: CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DA CORRUPÇÃO POLÍTICA, CONCEITOS, ORIGENS E CENÁRIO ATUAL	24
1.2 A CORRUPÇÃO SOB UMA ÓTICA JURÍDICA.....	32
1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	35
1.3.1 O Código Penal do Império de 1830 e a gênese do tipo penal da corrupção passiva	36
1.3.2 O Código Penal de 1890 e sua influência na interpretação do artigo 317 hoje vigente	38
1.3.3 O Código Penal de 1940, o fim da bilateralidade e a desnecessidade da prática de ato de ofício	41
1.3.4 Os projetos de Códigos Penais de 1969 e 2012 e suas contribuições ao debate	43
1.4 A TEORIA UNIFICADA DA CORRUPÇÃO DE GRECO E TEIXEIRA COMO REFERENCIAL PARA DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO MATERIAL DO DELITO.....	45
1.5 AS VARIÁVEIS SELECIONADAS PARA O ESTUDO DA CONDUTA DO CANDIDATO A CARGO ELETIVO DO PODER EXECUTIVO	51
1.5.1 O momento da eleição: primeiro ou segundo turno da disputa eleitoral	52
1.5.2 A qualidade da contrapartida oferecida ou prometida pelo candidato: determinada ou indeterminada	53
1.5.3 A qualidade da doação de campanha feita pelo particular: legal ou ilegal.....	53
1.5.4 O resultado da eleição: candidato eleito ou não eleito ao final da campanha	55
1.6 OS CENÁRIOS EM ESTUDO ELABORADOS A PARTIR DA COMBINAÇÃO DAS VARIÁVEIS	56
1.7 DISCUSSÕES ATUAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: PONTOS DE INTERESSE PARA A ANÁLISE DA CONDUTA DO CANDIDATO.....	58
1.7.1 A Ação Penal 1015/DF e o Inquérito 3982/DF: a necessidade de existência de um ato de ofício em potencial	59
1.7.2 O Recurso Especial 1.745.410 e o espectro de competências do funcionário público	61

1.7.3 O Inquérito 4141/DF e a centralidade do debate em torno dos valores recebidos na campanha eleitoral	63
---	----

CAPÍTULO 2: O TIPO PENAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA E SEUS PONTOS DE IMPORTÂNCIA PARA A DISCUSSÃO DA QUESTÃO DO CANDIDATO A CARGO ELETIVO 65

2.1 O BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA: A FUNÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PERANTE A SOCIEDADE COMO OBJETO DE PROTEÇÃO DA NORMA	66
2.2 SUJEITOS DO DELITO E O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO	81
2.3 TIPO OBJETIVO E SEUS ELEMENTOS NO ARTIGO 317 EM ABSTRATO	84
2.3.1 A vantagem indevida	85
2.3.2 O exercício da função e o ato de ofício.....	87
2.4 TIPO SUBJETIVO NO ARTIGO 317 EM ABSTRATO.....	92
2.5 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA	94
2.5.1 Um breve aparte: a corrupção passiva enquanto crime de perigo abstrato	98

CAPÍTULO 3: OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO CANDIDATO A CARGO ELETIVO DO PODER EXECUTIVO E O ALCANCE DO ARTIGO 317 NOS CASOS EM ESTUDO..... 100

3.1 A (IR)RELEVÂNCIA DAS VARIÁVEIS ESCOLHIDAS	100
3.1.1 Doação legal ou ilegal.....	101
3.1.2 O momento da eleição.....	105
3.1.3 A contrapartida oferecida ou prometida.....	107
3.1.4 O resultado da eleição	112
3.2 OS CENÁRIOS EM ANÁLISE À LUZ DA RELEVÂNCIA DAS VARIÁVEIS .	115
3.2.1 É possível haver responsabilidade criminal do candidato em algum dos cenários apresentados?	115
3.3 ATIPICIDADE FORMAL DA CONDUTA DO CANDIDATO ELEITO A CARGO ELETIVO DO PODER EXECUTIVO	117
3.3.1 Atipicidade objetiva da conduta.....	120
3.3.2 Atipicidade subjetiva da conduta como decorrência da atipicidade objetiva ...	126
3.4 ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA DO CANDIDATO ELEITO A CARGO ELETIVO DO PODER EXECUTIVO	127
3.5 TOMADA DE POSIÇÃO: INVIABILIDADE DA ADEQUAÇÃO DO CENÁRIO ÚNICO À NORMA DO ARTIGO 317 DO CÓDIGO PENAL	129
3.6 POSSÍVEIS CAMINHOS A SEREM SEGUIDOS DIANTE DA ATIPICIDADE DA CONDUTA DO CANDIDATO.....	131

CONCLUSÃO.....	136
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	140

INTRODUÇÃO

A importância e a atualidade das discussões sobre a corrupção são nítidas. É notório o destaque que o assunto recebe da mídia e da sociedade, o que fatalmente gera a propagação de informações falaciosas do ponto de vista jurídico, bem como a replicação de conceitos que, quando cuidadosamente analisados, mostram-se vazios de conteúdo, tais como o tão replicado combate à corrupção, que se tornou a principal bandeira não apenas de diversos grupos políticos, mas também do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Dentre todas as manifestações de corrupção que se podem mencionar, chama a atenção, duplamente em razão de sua recorrência nos meios de comunicação e pela complexidade do tema, aquela praticada pelo funcionário público que é também um candidato a cargo eletivo.

Dentro desse contexto, a questão que aqui se põe é se um candidato a cargo público do Poder Executivo também pode incidir no tipo penal da corrupção passiva. Pelas mesmas razões já mencionadas, surgiu a necessidade de conduzir um estudo mais específico e aprofundado a respeito do tema.

A razão da controvérsia é simples. O delito de corrupção passiva previsto no Código Penal em vigor tem a seguinte redação:

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.

Como se vê, embora previsto no Capítulo I do Título IX, sob o nome de “Crimes praticados por funcionário público”, o artigo 317 abre margem para responsabilização daquele

que não esteja no exercício de seu cargo ao empregar a locução “ainda que fora da função ou antes de assumi-la”. Em tese, o candidato que ainda não venceu a eleição poderia ser abarcado por essa redação.

A relevância da discussão fica evidente quando se percebe que atividade política e corrupção são tratadas pelos meios de comunicação de forma indissociada. Quando se pensa em corrupção passiva, intuitivamente se imagina a figura de mandatário político em exercício, tais como senadores, prefeitos, governadores etc. Todos os citados são, indiscutivelmente, funcionários públicos nos termos do artigo 327¹, que define o conceito para fins penais, e, portanto, respondem pelo artigo 317 do Código Penal brasileiro. Suponha-se que um Senador da República receba de determinado empresário valores em dinheiro para que vote de forma favorável a um projeto de lei de seu interesse; essa seria uma forma de manifestação da corrupção passiva do artigo 317 do Código Penal.

Mas – e nesse momento surge a pergunta raiz deste trabalho – se essa mesma conduta fosse praticada por um candidato e não por um representante eleito, ainda assim se configuraria a corrupção passiva? Pode um candidato a cargo eletivo incidir nesse crime mesmo que não seja ainda um mandatário do Estado?

Esta é, portanto, uma análise sobre a interpretação do artigo 317 do Código Penal brasileiro. O propósito é entender se, em sua redação atual, o tipo pode abranger condutas praticadas por candidatos a cargos eletivos, já que o tipo penal parece admitir a tipicidade da conduta daquele que ainda não assumiu o cargo e que, portanto, não se enquadra no conceito de funcionário público trazido pela própria lei penal no artigo 327.

Contudo, a pergunta que se quer responder abarca uma infinidade de possibilidades, possivelmente com respostas diversas entre elas. Para que a pesquisa seja viável, o trabalho não

¹ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

pode pretender abarcar todos os cenários possíveis. A resposta que aqui se desenhar, portanto, não será definitiva. Caso se conclua que para as hipóteses levantadas não há que se falar em responsabilidade por corrupção passiva de um candidato, isso não implica dizer que essa mesma resposta será verdadeira para outros candidatos em condições diversas.

De saída, serão excluídas as análises relativas a candidatos a cargos do Poder Legislativo, por uma única e simples razão. Os cenários a serem apresentados levarão em conta o sistema majoritário, por ser este mais simplificado em comparação com o sistema proporcional, utilizado na eleição de Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores. Desta feita, o nexos causal entre o recebimento da vantagem indevida e a eleição de determinado candidato é mais evidente quando se trata de candidatos a cargo eletivo do Poder Executivo, seja este concorrente ao posto de Presidente da República, Governador do Estado ou Prefeito. Também serão excluídas análises em que os candidatos já sejam funcionários públicos, quer estejam concorrendo à reeleição, quer visem a ocupar cargo diverso do atual. A razão, novamente, é simples. Abranger esses cenários aumentaria enormemente o universo desta dissertação, de maneira a torná-la inviável. Por esses motivos, todas as hipóteses aqui estudadas tratarão apenas de candidatos ao Poder Executivo, que não estejam no exercício de outra função pública no momento da eleição para o novo cargo. Quanto mais reduzido o quadro, com maior precisão se poderá encontrar uma resposta satisfatória.

Em suma, por se entender que a relação entre corrupção passiva e política é tema de fundamental importância, optou-se por realizar um estudo a respeito das fronteiras do tipo penal. Mais especificamente, esta análise se dedica a entender o que é a corrupção passiva e se um candidato a cargo eletivo do Poder Executivo – alguém que ainda não exerce efetivamente a função pública, portanto – pode incidir no referido artigo caso receba vantagem indevida em sua campanha em troca de contrapartida futura. Não se pode atribuir levemente a prática de corrupção nem à atividade política *per se*, nem a condutas que, embora eticamente questionáveis, não se adequem ao artigo em questão, ou, ainda, que se encaixem em tipos penais diversos. Por isso, um estudo das fronteiras do artigo 317 se mostra necessário.

Dessa forma, o trabalho será estruturado da seguinte maneira: primeiro, far-se-á uma explicação a respeito das principais variáveis do problema a ser tratado e uma breve explicação dos cenários decorrentes das diferentes combinações dessas variáveis. São elas: se o candidato

foi eleito ou não; em que momento da eleição o candidato aceitou a vantagem indevida (primeiro ou segundo turno); se tal vantagem foi aceita em troca de uma contrapartida definida ou indefinida; se a doação por ele recebida foi declarada nas contas da campanha ou não, constituindo, portanto, uma doação irregular. Aqui, é importante destacar que outras variáveis também poderiam facilmente ser inseridas nessa análise, tais como, por exemplo, se a corrida eleitoral conta com outros concorrentes. Contudo, inserir outras determinantes neste estudo seria ampliar demasiadamente seu objeto.

As variáveis não foram selecionadas aleatoriamente, mas sim por dialogarem intimamente com os elementos do tipo penal da corrupção passiva prevista no artigo 317. No entanto, não ser selecionado aleatoriamente não significa que todas elas serão relevantes. A escolha das variáveis foi feita antes de um maior aprofundamento nos elementos da corrupção ou mesmo do que seria determinante na conduta do candidato. Assim, é natural que algumas delas se mostrem posteriormente como pouco ou nada importantes para o problema aqui tratado. Essa conclusão preliminar, contudo, só poderá ser alcançada *a posteriori*, com uma visão geral daquilo que o artigo 317 abrange.

Num segundo momento do trabalho, analisar-se-á o tipo penal do artigo 317 do Código Penal e seus elementos, relacionando-os ao problema aqui em foco. O objetivo não é realizar uma análise genérica do tipo penal da corrupção passiva, mas sim estabelecer ligações entre seus principais aspectos – elementos objetivos, elementos subjetivos, bem jurídico tutelado etc. – com a problemática do candidato a cargo eletivo já explicitada. Assim, estabelecer-se-ão as bases para que se possa, no capítulo seguinte, analisar a compatibilidade do tipo com os cenários propostos.

Por fim, no terceiro capítulo, serão testados os limites do referido artigo, bem como sua aplicabilidade aos cenários anteriormente descritos no primeiro capítulo. É nessa oportunidade que serão aprofundadas as variáveis trazidas e entendida sua relevância – ou não – para o tratamento jurídico da situação do candidato.

O objetivo aqui é que se faça uma análise completa, crítica e, sobretudo, jurídica, da conduta do candidato a cargo eletivo que recebe vantagem indevida ainda em sua campanha, de maneira a entender se há incidência ou não do tipo penal do artigo 317 – ou se essa aplicação

depende de determinadas variáveis. A possibilidade de existência de delito de corrupção passiva no âmbito das campanhas eleitorais é, afinal, tema de crucial importância para a sociedade brasileira, interferindo diretamente no regular funcionamento da democracia. É necessário, contudo, que a análise dos limites do artigo 317 seja feita de forma cuidadosa, sem que o tipo penal seja extrapolado para abarcar condutas que não se propõe a tutelar. A possível capacidade desse tipo penal de englobar os atos cometidos quando em campanha a cargo eletivo exige cautela, sob pena de fortalecimento do expansionismo penal e da insegurança jurídica.

Nesse ponto, é importante destacar que grande parte do trabalho será dedicada a uma análise geral do delito de corrupção e seus elementos, sob diversos aspectos. Essa construção é absolutamente necessária para que se possa, ao final, responder às questões sobre a tipicidade da conduta do candidato, pois é apenas com uma visão mais aprofundada da essência da corrupção passiva e dos requisitos que o artigo 317 impõe que se torna possível avaliar o enquadramento jurídico da situação daquele que ainda não foi eleito. Caso contrário, correr-se-ia o risco de realizar uma análise superficial ou falaciosa, justamente o que se critica nas discussões atuais sobre corrupção.

Dessa maneira, o tema aqui abordado é complexo, não apenas em razão de seus elementos jurídico-legais, mas principalmente pelas consequências que traz para a sociedade democrática, que deve ter na confiabilidade de seus representantes e do processo eleitoral como um todo um de seus pilares. A existência de conduta na campanha que possa ser confundida com corrupção e a falta de elementos jurídicos para sua correta classificação estimulam a falta de credibilidade não apenas no Judiciário, mas nos três Poderes.

CAPÍTULO 1: O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E OS CENÁRIOS EM ESTUDO

O objeto desta pesquisa é a aplicabilidade do artigo 317 do Código Penal brasileiro aos cenários derivados das quatro variáveis escolhidas e que serão apresentadas em detalhes neste capítulo.

No entanto, para que se possa chegar a esse ponto, a corrupção deve ser entendida de maneira mais profunda. Isso exige um estudo de seu significado, de suas raízes, de suas características, de seu desenvolvimento histórico na legislação e das polêmicas atuais que ela provoca nos Tribunais Superiores. Só então se poderá partir para uma análise referente ao tipo penal da corrupção passiva, base necessária para o estudo da situação do candidato a cargo eletivo do Poder Executivo.

Assim, este capítulo se divide em duas partes distintas. Num primeiro momento, se dedica a uma análise mais genérica da corrupção enquanto fenômeno, suas origens, os traços comuns às suas mais diversas manifestações e de que forma a legislação brasileira dela tratou ao longo dos anos. Num segundo momento, introduz a análise das questões dogmáticas que envolvem a corrupção passiva. Ao final, serão apresentadas as variáveis em análise e os cenários que delas derivam. Espera-se então viabilizar o caminho para a discussão central do trabalho.

1.1 A CORRUPÇÃO SOB UMA ÓTICA ABRANGENTE: CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DA CORRUPÇÃO POLÍTICA, CONCEITOS, ORIGENS E CENÁRIO ATUAL

Escrever sobre o tema da corrupção no Brasil é uma tarefa especialmente desafiadora frente às polêmicas que ele provoca. A corrupção e a percepção que dela se tem produzem fortes impactos no comportamento social, na economia, na confiabilidade na Administração Pública enquanto garantidora dos direitos individuais, sociais e transindividuais e nas escolhas eleitorais

dos cidadãos. Como se pode verificar por meio do *Corruption Perception Index* (“CPI”)², o indicador mais comumente utilizado para medir os níveis de corrupção pública em escala mundial, o Brasil é apontado como o 106º entre os 198 países avaliados³, situando-se, portanto, entre os cem países mais corruptos do mundo de acordo com a visão de especialistas nacionais e internacionais. Isso não passa despercebido pela sociedade, que demonstra crescente intolerância a essas práticas⁴. Múltiplos episódios envolvendo corrupção política marcam o cenário nacional atual, gerando polêmicas reações do Executivo, do Judiciário e do Legislativo, de diferentes maneiras. NEISSER sintetiza perfeitamente o fenômeno ao dizer que a luta contra a corrupção tem tomado “*status* de cruzada institucional”⁵.

De acordo com a visão clássica adota pela Suprema Corte dos Estados Unidos, a essência da corrupção política está no *quid pro quo* entre agente político e particular⁶, no qual o último oferece ao primeiro uma vantagem, geralmente financeira, em troca de favores ou influência. BUSTOS GISBERT apresenta fórmula segundo a qual há corrupção política quando um agente político, que gere interesses como consequência de uma relação de confiança, quebra as normas de conduta estabelecidas pelo povo para obter um benefício pessoal como consequência de um preço pago por um corruptor⁷. TAMASAUSKAS, por sua vez, define a corrupção política como uma relação promíscua entre os poderes econômico e político⁸.

Essas definições deixam claro que a ideia de corrupção política não serve apenas a propósitos jurídicos. Essa intersecção entre diferentes esferas demonstra que ela não se limita

² CAGGIANO, Monica Herman. Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (Coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política: análises à luz da lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 118.

³ Extraído do sítio eletrônico <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results/bra> [acessado em 25.04.21].

⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGUER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (Org.). *ESTUDIOS sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, p. 305.

⁵ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 25.

⁶ EDWARDS, Paul S. Defining Political Corruption: The Supreme Court's Role. *BYU Journal of Public Law*, vol. 10, nº 1, 1996, p. 2.

⁷ BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción política y derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 387-405, mar./abr. 2011.

⁸ TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. *Corrupção política: análise, problematização e proposta para o seu enfrentamento*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 53.

ao direito e exige interdisciplinaridade para sua compreensão, razão pela qual a História, as Ciências Sociais e a Ciência Política também têm um papel relevante. Isso porque restringir o debate sobre a corrupção ao âmbito legal é ignorar seus impactos nessas áreas e as consequentes influências que elas exercem sobre o universo jurídico. Por óbvio, a tentativa de travar uma discussão que não ignora tais aspectos não significa um menor rigor técnico-científico, mas sim a necessidade de entender a corrupção de maneira global.

Ao falar sobre o fenômeno da corrupção política, MAIRAL afirma que seu grau de difusão varia de acordo com os países. Enquanto em alguns se pode falar de condutas esporádicas, em outros tal prática é tão habitual que se torna necessária para que economia e sociedade operem normalmente. Para os primeiros, fala-se em atos de corrupção; para os segundos, em estado de corrupção⁹. Ainda sobre isso, SCHWARCZ avalia que “de tão espraiada no Brasil, a corrupção acabou tomando parte fundamental no mundo da política, mas está igualmente presente nas relações humanas e interpessoais”¹⁰. A partir desta consideração, pode-se traçar um paralelo com as campanhas eleitorais brasileiras.

Muitas são as formas de abordar a temática da corrupção. O viés pode ser histórico, jurídico, antropológico, político, social, econômico. Isso acontece porque a corrupção é um fenômeno multifacetado e complexo – ou, conforme BECHARA e FUZIGER, “caleidoscópico”¹¹ –, em que pese possua em sua essência uma raiz comum, que parece ser aquela apontada também por SCHWARCZ, quando a sintetiza como “o ato de ‘transgredir’ no sentido de ‘desrespeitar, violar e infringir as mais diversas áreas de atuação’”¹². O verbo

⁹ 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, p. 22.

¹⁰ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, pp. 88-89.

¹¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGUER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (Org.). *ESTUDIOS sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, p. 308.

¹² SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 88.

corromper significa quebrar em pedaços, deteriorar¹³. Corrupção significa, sob essa acepção, uma forma de rompimento das convenções sociais¹⁴.

BURKE, por sua vez, se baseia no *Oxford English Dictionary* para formar seu entendimento sobre a complexidade do termo corrupção. O dicionário menciona nove definições diferentes para a palavra, mas o denominador comum a todas elas é a noção de que algo natural, puro e ordenado decaiu ou degradou-se¹⁵.

Ao tentar esclarecer o que exatamente é corrupção, BIASON relaciona a dificuldade em encontrar uma definição para o fenômeno com o fato de ele não se restringir a uma única área de estudo. A mesma autora diz ainda que questões morais estão, por vezes, atreladas à temática, criando um empecilho a um debate mais técnico. Em suas palavras, “a responsabilidade social e política ficava atreladas à ação de pessoas más”¹⁶.

Sob essa perspectiva, seriam esses os dois principais obstáculos na busca pela definição de corrupção. Primeiro, a complexidade da ação corrupta, que não apresenta uma resposta universal ou que possa ser encontrada numa única área do conhecimento. Elaborar uma pesquisa absolutamente multifocal é, no entanto, uma tarefa de grande dificuldade e foge ao escopo do presente estudo. Assim sendo, importante ressaltar que o foco deste trabalho é o âmbito jurídico da corrupção, sem que se esqueça da influência que as outras ciências exercem sobre a temática.

O segundo obstáculo aos estudos da corrupção são as questões morais frequentemente atreladas à discussão¹⁷. Debates acalorados a respeito da corrupção tornaram-se comuns,

¹³ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 88.

¹⁴ Similarmente, KINDHÄUSER diz que corrupção vem da palavra latina *corrumpere*, podendo ser utilizada como corruptela, decadência ou perversão moral, o que demonstra a amplitude do termo. In KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedade. Los delitos de corrupción em el Código Penal alemán. *Política criminal*, n.3, 2007, p. 5.

¹⁵ BURKE, Thomas. The concept of corruption in campaign finance law. *Constitutional commentary*, n. 1089, 1997, p. 128.

¹⁶ BIASON, Rita de Cássia. Questão conceitual: O que é corrupção? In BIASON, Rita de Cássia (Org.). *Temas de corrupção política*. São Paulo: Balão Editorial, 2012, p. 9.

¹⁷ Sobre isso, também se posicionam GRECO e TEIXEIRA ao afirmarem que no universo do automeado combate à corrupção “não faltam moralismos ou mesmo messianismos”. In GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org), pp. 19-51.

misturando-se aos assuntos cotidianos e tornando cada vez mais difícil o distanciamento necessário para uma análise que responda à seguinte questão: afinal, o que é corrupção?

A melhor maneira de começar a responder essa pergunta talvez seja realizar uma breve retomada da história da corrupção no Brasil.

Sua prática tem raízes profundas e, como apontado por SOUZA, guarda estreita relação com a identidade nacional brasileira, verificada inclusive pelo uso de símbolos culturais e expressões pátrias, tais como o famigerado “jeitinho brasileiro”¹⁸, que BECHARA e FUZIGER creditam em parte à cultura individualista presente na sociedade¹⁹.

Para além disso, a corrupção é fator determinante nas decisões políticas da sociedade brasileira, na confiança dos cidadãos na Administração Pública e no próprio comportamento dos indivíduos frente ao Estado. Assim, a corrupção é, mais do que uma preocupação, um elemento que pauta e define as relações sociais e políticas no Brasil.

Obviamente, é impossível mapear o seu início, quer a nível mundial, quer em terras brasileiras. Para FRAGOSO, “cogitava-se da corrupção desde a Lei das XII Tábuas”²⁰. De forma semelhante, ao falar da relação entre corrupção e poder, BRIOSCHI chega a afirmar que, se a atuação política é uma das profissões mais antigas do mundo, a prática da corrupção é sua contemporânea²¹. Já COSTA cita Montesquieu ao dizer que a corrupção foi uma das causas da queda do Império Romano²². BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE e CAPARRÓS vão ainda mais além quando cravam que ela é tão antiga quanto o próprio poder²³.

¹⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato Jorge Mello da. (Org.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 343.

¹⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGUER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (Org.). *ESTUDIOS sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, p. 305.

²⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*; Parte Especial, vol. 2, Rio de Janeiro: 1986, p. 414.

²¹ BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Corruption: a short history*. Washington: Brookings Institution Press, 2017, p. 6.

²² COSTA, Álvaro Mayrink da. Criminalidade na administração pública: peculato, corrupção, tráfico de influência e exploração de prestígio. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 52, p. 39-68, 2010, p. 58.

²³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 81, pp. 7-35., nov./dez. 2009, p. 8.

No Brasil, a repressão legal à corrupção remonta aos idos da Colônia, quando já havia uma previsão, nas Ordenações Filipinas²⁴, proibindo que funcionários públicos recebessem “peitas” ou serviços para si próprios. O termo peita seguiu sendo utilizado, como se verá no tópico a seguir, nos Códigos Penais de 1830 e 1890, sendo substituído pela expressão corrupção passiva apenas com o advento do Código Penal de 1940, momento no qual tomou os contornos que possui atualmente. Complementarmente, o Código hoje em vigor trouxe também a corrupção ativa, prevista seu artigo 333, como figura independente. No diploma anterior de 1890, a previsão mencionava apenas que “aquele que der ou prometer peita ou suborno será punido com as mesmas penas impostas ao peitado e subornado”²⁵. Não havia, portanto, independência entre as figuras, o que as tornava apenas duas faces da mesma moeda.

Não foi só no contexto jurídico nacional que o tratamento da corrupção ganhou novos rumos com o passar do tempo. O tratamento conferido pela sociedade internacional também se alterou, tornando a corrupção preocupação cada vez mais central. Exemplo disso foi a Convenção de Mérida (2003), também conhecida como Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, absorvida pelo ordenamento brasileiro em 2006.

Fora do âmbito jurídico, é possível traçar uma linha temporal da evolução histórico-sociológica da corrupção no Brasil. Se é impossível determinar as raízes do fenômeno, se pode, por outro lado, identificar marcos na relação entre corrupção, política e sociedade ao longo da história brasileira.

Ao tratar sobre a corrupção no Brasil Colônia, ROMEIRO nos alerta para a ausência de linearidade em sua história, particularmente porque a concepção atual do fenômeno é muito mais restrita do que a que vigorava até o final do século XVIII. Ao mesmo tempo, enfatiza que o termo remetia já então às noções de bom governo, bom governante e bem comum, muito embora houvesse à época verdadeira indistinção entre público e privado²⁶. Essa confusão se

²⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de Anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 16.

²⁵ Art. 217. *O que der ou prometter peita, ou suborno, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado e subornado.*

²⁶ ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: Uma história, séculos XVI a XVIII*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 14.

relaciona com a colonização do país, iniciada com as Capitânicas Hereditárias, ocasião em que já se podia identificar uma mescla de interesses²⁷.

A título de curiosidade histórica, importa mencionar que se atribui ao padre jesuíta Manuel da Costa a obra “A Arte de Furtar”, escrita em 1652 como sátira e crítica dos então chamados furtos que vitimizavam a República, praticados seja pelo rei, seja por seus vassallos²⁸. Entre outros panfletos e obras que punham em dúvida a lisura com que se tratava o Tesouro, o texto de Manuel da Costa descrevia em pormenores os diversos tipos de furto ao qual o Estado estava sujeito. Isso significa que, mesmo com as diferenças conceituais entre o que se entendia por furto e o que se denomina hoje corrupção, há de se perceber que o tema já era objeto de atenção popular e doutrinária²⁹. Nessa mesma toada, GOMES replica a rima popular que fazia referência a Francisco Targini, tesoureiro de D. João VI: “Furta Azevedo no Paço/ Targini rouba no Erário/ E o povo aflito carrega/ Pesada cruz ao Calvário”³⁰.

NUNES LEAL, por sua vez, sustenta de maneira taxativa que “(...) a mácula da corrupção, verberada sem exceção pelos estudiosos de nossas instituições, atravessa toda a história do Império e da Primeira República, com o relevo de uma cordilheira”³¹.

Já na história moderna do país, três são os maiores escândalos envolvendo corrupção praticada por figuras políticas: o caso “Collor” (1993), o caso “Mensalão” (2006) e a “Operação Lava Jato” (2014). Embora não se queira aqui discutir os pormenores de nenhum dos casos mencionados, vale destacar que todos eles, cada um a seu modo, contribuíram para a espetacularização do processo penal³². Além disso, as ações penais deles derivadas foram

²⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. La corrupción en el Brasil de hoy. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 28, p. 17-39, 2015.

²⁸ ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: Uma história, séculos XVI a XVIII*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 114.

²⁹ NEISSER aborda a evolução no debate doutrinário sobre a corrupção num aspecto global, mencionando diversos pontos de referência na esfera jurídica, a começar pelas Leis de Sila, no Império Romano, seguindo-se de vários outros estudos a respeito do tema, nos mais diversos países. Com esse panorama, é possível visualizar as mudanças na definição de corrupção através dos séculos. In NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 44-56.

³⁰ GOMES, Laurentino. *1808*. Editora Planeta: São Paulo, 2007, p. 414.

³¹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 222.

³² Sobre a espetacularização do processo penal, tem-se em CASARA que: *Os casos penais foram incorporados ao conteúdo dos programas de televisão e dos demais meios de comunicação de massa. A televisão que se tornou a principal “prótese de pensamento” (Marcia Tiburi) da sociedade, o instrumento que pensa por nós, que fornece*

importantes marcos no universo jurídico da corrupção, pois delas surgiram polêmicas e questionamentos relacionados aos tipos penais dos artigos 317 e 333 do Código Penal. A título de exemplo, se pode mencionar a questão do ato de ofício indeterminado, que será estudada mais adiante e que surge no contexto da Ação Penal 470, desdobramento jurídico do caso “Mensalão”, que tramitou no Supremo Tribunal Federal.

Objetos de um sem número de análises jurídicas e midiáticas, o laço mais evidente entre os três escândalos é, sem dúvida, o reforço da confusão entre corrupção e política perante a sociedade, elemento determinante no movimento expansionista do Direito Penal a que hoje se assiste.

Vale ressaltar que o mero emprego da expressão “corrupção política” pode induzir o leitor a pensar que um candidato a cargo do Poder Executivo, ao receber doação em sua campanha que tenha como finalidade influir no exercício de sua função caso tal candidato seja eleito, incide no crime do artigo 317 do Código Penal. Sob essa perspectiva, a corrupção praticada por um candidato no curso da campanha estaria intuitivamente dentro do âmbito da corrupção passiva³³. Em suma, a situação do mandatário de cargo eletivo e aquele que pretende ocupá-lo seriam equiparadas.

Contudo, o presente trabalho questiona se essa equiparação poderia ser de fato verdadeira e, se sim, em que hipóteses. Existem cenários nos quais a figura política que recebe vantagem indevida ao tentar se eleger incorre no crime de corrupção passiva? Em outras palavras, pergunta-se: um simples candidato ainda não eleito, diplomado ou empossado pode ser, no sentido técnico do termo, corrupto?

Esse apontamento é feito para que se entenda que o uso da expressão “corrupção política” não presume nenhum tipo de delito praticado pelo candidato a cargo eletivo do Poder

respostas, impressões, produz e estimula afetos ao mesmo tempo em que condiciona visões de mundo, também substitui (e, em certa medida, impede) a reflexão crítica dos atores jurídicos (e, não raro, produz uma regressão que impede qualquer reflexão, uma vez que as repostas midiaticamente adequadas já são dadas pelas telas — dos aparelhos de televisão aos smartphones) In CASARA, Rubens Roberto Rebello: Processo penal do espetáculo e outros ensaios, Florianópolis: Tirant lo Blanch: 2018, p. 13.

³³ Essa confusão se dá, em grande parte, pelo uso do termo “político” para se referir tanto a pessoas envolvidas em atividades eleitorais quanto a indivíduo que efetivamente já são representantes estatais. Por isso, muito embora se apresentado a expressão “corrupção política”, ressalta-se que ela deve ser utilizada com muita cautela, para que, em associação com as hipóteses do candidato, não dê a entender que se pressupõe a tipicidade de sua conduta.

Executivo, muito embora ele seja, de fato, um agente político. O que se deseja é justamente descobrir se a conduta dele é típica.

1.2 A CORRUPÇÃO SOB UMA ÓTICA JURÍDICA

A ideia de corrupção, mesmo no sentido estritamente jurídico, ainda é muito ampla. SOUZA, por exemplo, nos lembra que o vocábulo “corrupção” é utilizado em diversos contextos na legislação brasileira, como na corrupção de água potável, no artigo 271 do Código Penal, e na corrupção de menores, conforme o artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁴. Sobre esse tema, KINDHÄUSER entende a corrupção como uma forma de agressão, que pode ser direcionada a diversos interesses penalmente protegidos³⁵. Com isso se conclui que a corrupção não é um fim em si mesma, mas um instrumento utilizado para se corromper algo, seja este algo a água, o menor, a Administração Pública etc.

Não é toda a corrupção no sentido legal que interessa aqui, mas apenas a corrupção da Administração Pública, que ROSE-ACKERMAN e PALIFKA designam como uma relação entre Estado e setor privado³⁶. Em particular, se deseja analisar aqui a corrupção passiva, caracterizada pelo receber vantagem indevida no âmbito do funcionalismo público, presente no Código Penal no contexto do artigo 317³⁷.

Isso posto, esclarecida a amplitude do fenômeno e qual nicho do tema se pretende abordar, ficarão de lado as demais acepções sobre corrupção para focar tão somente na corrupção passiva nos termos trazidos pelo tipo penal.

³⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato Jorge Mello da. (Org.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 343.

³⁵ KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción em el Código Penal alemán. *Política criminal*, n.3, 2007, p. 2.

³⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.; *Corrupção e Governo: causas, consequências e reforma*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020, p. 337.

³⁷ Como se verá adiante, este trabalho não pretende analisar a figura do corruptor, ou seja, do agente do crime previsto no artigo 333 do Código Penal, e será adstrito à conduta do recebedor da vantagem, ou seja, do agente do crime previsto no artigo 317 do mesmo diploma legal.

A corrupção passiva ocupa hoje o centro do palco na sociedade do espetáculo³⁸, tornando-se objeto de inúmeras discussões jurídicas. Nesse contexto, tomaram impulso os debates acerca de questões como a possibilidade de um ato de ofício indeterminado; a aplicação da Teoria do Domínio do Fato de forma distorcida pela jurisprudência – objeto de críticas do próprio Roxin, precursor da teoria –, além de diversos assuntos relacionados a crimes acessórios (como, por exemplo, a lavagem de dinheiro) e garantias processuais³⁹. Todos esses pontos estão conectados, em maior ou menor escala, à cruzada jurídica contra a corrupção que se intensificou em razão dos escândalos políticos já mencionados.

A respeito desse ponto, faz-se necessário um parêntesis. O expansionismo penal, enquanto um dos exemplos do amoldamento do sistema normativo aos anseios sociais, é um fenômeno legislativo e interpretativo contemporâneo que vem ganhando cada vez mais destaque na doutrina. Diversos autores buscam entender suas raízes e consequências, analisando suas repercussões quando da aplicação da lei penal e seus efeitos para uma sistematização da ciência penal. Observando esse contexto em âmbito global, SILVA-SANCHÉZ⁴⁰ lembra, sob a luz do princípio da intervenção mínima, que o papel do Direito Penal é servir como instrumento para a proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Isto – evidentemente – sem descuidar do fato de que, apesar do caráter de *ultima ratio* que lhe é atribuído, este ramo do direito deve obedecer a inúmeras demandas da sociedade. Isso significa que ele deve observar não só a existência dos novos interesses sociais, mas também a mera valorização de interesses preexistentes. Há que se considerar que o meio social é dinâmico e exige constantemente uma atualização dos meios de proteção daquilo que lhe é mais caro. Proteger o que há de mais importante na sociedade, sem deixar de se adaptar às novas compreensões valorativas, é um objetivo do Direito Penal.

³⁸ CASARA, Rubens Roberto Rebello: *Processo penal do espetáculo e outros ensaios*, Florianópolis: Tirant lo Blanch: 2018, p. 15.

³⁹ ROSA, Paula Nunes Mamede; BELLO, Ludmila Carvalho Gaspar de Barros. A política criminal do poder judiciário e a conformação de elementos dogmáticos do direito penal econômico. *In: Seminário Internacional de Ciências Criminais*, 2018, São Paulo. *Anais do II Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2018. p. 119-144.

⁴⁰ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 33-37.

Essa busca, no entanto, mostrou-se infrutífera no sentido de que resposta alguma jamais será definitiva. É necessário trabalhar com a ideia de que a “crise” do Direito Penal não seja, de fato, uma crise, e sim característica intrínseca às ciências criminais – e a diversas áreas do conhecimento humano – na medida em que apresentam uma evolução muito mais lenta do que a sociedade exige⁴¹. Em outras palavras, as mudanças sociais alteram a configuração das relações humanas. A sociedade é um ser mutante e um Direito Penal que se proponha a responder aos seus anseios – admitindo-se que seu papel é o de proteger o bem jurídico de novas condutas lesivas – deve transmutar-se em velocidade compatível às evoluções sociais⁴². A impossibilidade ou inviabilidade disto ocorrer é o que provoca o sentimento de que o Direito Penal parece sempre estar, na melhor das hipóteses, atrasado – e, na pior, indubitavelmente ultrapassado. Daí, possivelmente, nasce essa sensação perene de que o Direito Penal passa por uma fase turbulenta.

O melhor caminho talvez seja aceitar que não há solução estanque para todas as questões que se apresentam ou, pelo menos, para a maior parte delas. Isso significa dizer que a atualização da dogmática penal deverá ser sempre constante. Suas mudanças vêm de um processo cíclico de ruptura, no qual o Direito Penal e as necessidades da sociedade nunca estão totalmente alinhados, o que força a renovação jurídica e, conseqüentemente, o expansionismo.

Esse ciclo significa não apenas a criação de novos tipos penais como também a revisão de toda a estrutura do delito, para que esta se mantenha apta a abarcar novas formas de criminalidade. A crescente complexidade social força, portanto, a reformulação dos esquemas teóricos com os quais estávamos habituados até então⁴³. Ao mesmo tempo em que a teoria do delito, em sua configuração atual, não fornece todas as ferramentas necessárias para o combate a novos comportamentos eleitos como nocivos, nota-se uma tendência à pressão popular, judicial e acadêmica por sua adaptação à realidade na qual a sociedade mergulhou após a virada do século. Em outras palavras, a teoria do delito também sente o impacto provocado pelas mudanças no meio e responde a isso. Pode-se mencionar, a título ilustrativo, os atuais debates a

⁴¹ SANTOS, Boaventura Sousa. Da Sociologia da Ciência à Política Científica. *Revista Crítica das Ciências Sociais*. v.1. jun. 78. pp. 29-36.

⁴² SANTOS, Boaventura Sousa. Da Sociologia da Ciência à Política Científica. *Revista Crítica das Ciências Sociais*. v.1. jun. 78, pp. 29-36.

⁴³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 53.

sobre a inexistência de um elemento volitivo do dolo⁴⁴, que ganharam destaque nos últimos anos em razão da incompatibilidade entre a visão tradicional do dolo e determinadas condutas vistas como reprováveis. Assim, institutos penais antes entendidos como intocáveis passam, na verdade, por uma constante reinterpretação.

No entanto, algumas das inovações jurídicas que surgem nesse processo devem ser vistas com muita cautela, especialmente no que tange à expansão do Direito Penal para a criação de novos tipos, incluindo-se aí a reinterpretação dos tipos existentes para que abarquem novas condutas. Conquanto a multiplicidade de escândalos envolvendo a corrupção tenham, sem dúvida, contribuído para o processo cíclico já mencionado, uma análise racional e jurídica é necessária para que as inovações relativas ao crime de corrupção não se tornem apenas uma resposta populista e inócua a um problema social, mas sim uma real atualização do Direito Penal na defesa do bem jurídico tutelado nos crimes contra a Administração Pública.

1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO PASSIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para entender quais condutas o tipo penal de corrupção passiva hoje vigente no Brasil se propõe a abarcar e se – ou de que forma – a conduta de um candidato a cargo eletivo do Poder Executivo nele se encaixa, é necessário fazer uma retomada da legislação brasileira concernente ao tema. Este tópico é dedicado a um levantamento do delito de corrupção passiva nos Códigos Penais que já vigoraram no Brasil. Com isso, será possível entender um pouco melhor qual a conduta que se desejava – e se deseja – tutelar.

Nesse mister, cumpre destacar que o presente trabalho não visa realizar uma análise aprofundada da evolução dos crimes contra a Administração Pública como um todo – pois isto exigiria um estudo muito mais completo, de uma série de outras leis e decretos –, mas apenas evidenciar a linha temporal do delito que hoje se denomina corrupção passiva. Além disso, buscando demonstrar que a conduta do candidato a cargo eletivo não se enquadra na chamada

⁴⁴ Sobre o tema, destaca-se, na doutrina brasileira, a obra de Eduardo Viana. Cf. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

corrupção eleitoral prevista no artigo 299 do Código Eleitoral atual, também serão trazidos os tipos penais que lhe deram origem.

Para tal, estes são os marcos legislativos escolhidos para análise: o Código Penal de 1830, em seus artigos 130 a 134, bem como o artigo 201; o Código Penal de 1890, com os artigos 214 a 218, além do artigo 166; o Código Penal de 1940, com o artigo 317, ainda hoje vigente; o Código Eleitoral, com seu artigo 299, também em vigor; o Anteprojeto de Código Penal de 1969, que trazia a corrupção passiva em seu artigo 357; e, por fim, o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, projeto de Código Penal em trâmite no Congresso Nacional e que traz uma nova redação para o crime de corrupção passiva em seu artigo 276. Com relação aos dois últimos, muito embora não tenham entrado em vigor, sua comparação com a redação do artigo 317 é de interesse para que se entenda quais condutas deveriam ser abarcadas pelo tipo, pois pode auxiliar na interpretação da intenção do legislador. Não serão abordadas, portanto, as Ordenações do Reino, anteriores ao Código Penal de 1830, por se entender que não há entre elas e as legislações posteriores a relação de continuidade que é essencial para que a análise se torne relevante para o entendimento do tipo penal atual.

1.3.1 O Código Penal do Império de 1830 e a gênese do tipo penal da corrupção passiva

De início, com relação ao Código Penal de 1830, é fundamental entender que ele nasce junto com a identidade brasileira enquanto nação – e justamente em razão dela, haja vista que a independência fora proclamada menos de uma década antes. Assim sendo, surge também a necessidade de prever a responsabilidade penal dos agentes públicos brasileiros que atentem contra a *res publica*⁴⁵. Por esse motivo, o Código Penal do Império trouxe, entre outros crimes contra a Administração Pública – então chamados contra a boa ordem e a Administração Pública –, os delitos de peita e suborno⁴⁶.

⁴⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 34.

⁴⁶ “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 inhabilitade 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”;

O crime de peita, previsto no artigo 130, é o que mais se aproxima dos moldes atuais estabelecidos pelo artigo 317. Nele, pune-se o funcionário público que recebe dinheiro ou donativo ou aceita promessa, direta ou indireta, de tal benesse, para praticar ou deixar de praticar algum ato de ofício. Percebe-se, portanto, que o ato de ofício era elemento necessário para a caracterização do tipo. Assim, ao contrário do que hoje se vê, a relação entre a aceitação da promessa e o ato de ofício era mais evidente e direta. Além disso, não havia então previsão de consumação por meio da solicitação do dinheiro ou donativo. Aliás, a expressão dinheiro ou donativo reduzia à vantagem ao âmbito financeiro, podendo ser essa uma das razões pelas quais, como se verá oportunamente no tópico dedicado ao elemento da vantagem indevida no capítulo seguinte, HUNGRIA esposou o entendimento do caráter pecuniário da vantagem solicitada, aceita ou recebida pelo corruptor.

Vê-se dessa forma que o artigo 130 abrangia um menor número de situações que o tipo 317 atual, embora muitas das discussões que se têm hoje estejam relacionadas à omissão de elementos que no Código de 1830 estavam explícitos.

O delito de suborno tipificado pelo artigo 133, por sua vez, embora pareça guardar relações mais estreitas com os crimes de prevaricação e advocacia administrativa, também pode ser apontado como um dos antecessores da corrupção passiva atual ao prever a hipótese do funcionário público que age ou deixa de agir – corrompendo-se, para usar a expressão do texto legal –, por influência ou peditório de alguém. Atualmente, essa conduta está prevista no §2º do artigo 317, chamada por HUNGRIA de “corrupção privilegiada”⁴⁷, na qual, a pedido de terceiro, um funcionário público pratica, deixa de praticar ou retarda a prática de ato de ofício. Em ambos os casos, seja em razão do recebimento de dinheiro ou por pedido de outrem, o funcionário

“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 alguem, para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever. Decidir-se por dadiva, ou promessa, a eleger, ou propôr alguem 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”.

⁴⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: Volume IX: Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 372.

atrela seu agir público ao interesse de outro indivíduo, embora o primeiro cenário seja mais gravoso que o segundo, eis que, ausente a existência de vantagem indevida, a conduta se mostra, teoricamente, menos reprovável⁴⁸.

Paralelamente, conforme BEM, a corrupção eleitoral foi prevista pela primeira vez na legislação brasileira pelo artigo 101 do Código Penal do Império⁴⁹, que previa pena de três a nove meses de prisão a quem tentasse influenciar o resultado de eleições para senadores, deputados, entre outros empregos eletivos, por meio de ameaça ou promessa de recompensa⁵⁰. Note-se que, na redação original do artigo 101, além da previsão expressa de compra de votos, havia uma vedação ao oferecimento de vantagem, de maneira genérica, que tivesse como finalidade a eleição de determinadas pessoas a cargos eletivos. Havia, portanto, uma dupla proibição: a compra de votos e a influência para que ocorresse determinado resultado.

1.3.2 O Código Penal de 1890 e sua influência na interpretação do artigo 317 hoje vigente

No Código Penal de 1890, há certa continuidade com relação às previsões do Código do Império, embora seja notória a ampliação das condutas abarcadas pela nova redação do tipo penal⁵¹. Diferentemente do diploma legal de 1830, a lei de 1890, em seu artigo 214, divide o novo tipo de peita em duas partes.

⁴⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, pp. 47-59, jul. 2013, p. 49.

⁴⁹ BEM, Leonardo Schmitt de. Direito penal eleitoral: o crime de corrupção à luz da jurisprudência do TSE. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 52, jun./jul., 2018.

⁵⁰ *Art. 101. Solicitar, usando de promessas de recompensa, ou de ameaças de algum mal, para que as Eleições para Senadores, Deputados, Eleitores, Membros dos Conselhos Geraes, ou das Camaras Municipaes, Juizes de Paz, e quaesquer outros empregados electivos, recaiam, ou deixem de recahir em determinadas pessoas, ou para esse fim comprar ou vender votos. Penas - de prisão por tres a nove mezes, e de multa correspondente á metade do tempo; bem assim da perda do emprego, se delle se tiver servido para commetter o crime.*

⁵¹ *“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, dadiua 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”;

A primeira fala em receber ou aceitar retribuição em dinheiro ou outra utilidade que não seja devida. Aqui, portanto, é o berço da expressão “indevida” atualmente utilizada pelo artigo 317, cuja apreensão não é tão simples quanto aparenta. Já a segunda menciona aceitar dádiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar ato de ofício, embora este esteja em conformidade com a lei.

Disso se infere que, no primeiro cenário colocado, não é necessário que haja um ato de ofício, assim como no *caput* do artigo 317 atual. Basta que a retribuição recebida seja indevida. Nessa primeira parte, também não está explícito, embora assim se possa interpretar, que essa vantagem não devida deve se dar em razão da função, conforme estipula o tipo de corrupção passiva hoje em vigor.

É apenas na segunda conduta que o novo tipo penal exige a vinculação da promessa a ser aceita com um ato de ofício a ser praticado. Com isso, amplia-se o âmbito de incidência do crime de peita, que passa a abarcar também um recebimento indevido de vantagem, sem, necessariamente, que o funcionário público ofereça algo em troca e, notadamente, sem que haja um pacto de injusto entre as partes. No mais, deve-se considerar a influência que esse artigo, assim como seu antecessor, exerceu sobre a jurisprudência brasileira com relação à questão do ato de ofício, hoje ausente do *caput* do artigo 317. Pode-se presumir que a insistência jurisprudencial que perdurou até o julgamento da Ação Penal 470/MG em associar todo ato de corrupção a um determinado ato de ofício, ainda que isso não seja exigido pela norma em sua modalidade mais simples, conforme aprofundado no capítulo três, tem como berço a presença da expressão nos Códigos anteriores.

“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 legais: Penas - de prisão cellullar 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 nullos os actos em que intervier peita ou suborno”.

Outra diferença importante entre os dois tipos penais do século XIX está no destinatário do benefício recebido. Enquanto o artigo 130 do Código Penal de 1830 apresenta apenas a ideia de receber dinheiro ou donativo ou aceitar promessa, direta ou indiretamente, para praticar ou deixar de praticar ato de ofício, o artigo 214 do Código de 1890 inclui a expressão “para outrem” em sua primeira parte, significando, portanto, que a benesse recebida não deve, necessariamente, beneficiar o corrupto, como pode também ser destinada a um terceiro.

Dessa forma, o artigo 214 se mostra muito mais abrangente que seu antecessor, lançando as bases para o artigo 317 atual.

Por fim, conforme esclarece HUNGRIA, até o Código de 1890 a bilateralidade era necessária para que o crime de corrupção passiva fosse considerado consumado. Em outras palavras, antes do advento do Código Penal de 1940 só poderia haver corrupção ativa se houvesse corrupção passiva, e vice versa, numa relação de bilateralidade. Ausente a existência de uma das condutas, a outra seria considerada mera tentativa, eis que ausente a corrupção ativa, sua cara metade imprescindível⁵².

O delito de suborno, por sua vez, sofre alterações que o detalham, embora continue a possuir estrutura semelhante à do Código anterior. Substituiu-se a expressão “obrar o que não dever ou deixar de obrar o que dever” por “retardar, omitir, praticar ou deixar de praticar um ato contra os deveres do ofício ou cargo”. Por fim, incluiu-se uma nova forma de influência, voltada não para a prática de um ato de ofício genérico, mas para a nomeação de alguém a um cargo público, ainda que presentes os requisitos legais. Em outras palavras, não apenas se pune aqui o praticar ou deixar de praticar ato em razão de influência de terceiro, mas também a nomeação a pedido, numa aparente tentativa de preservar a neutralidade da Administração Pública.

Já com relação à corrupção eleitoral, sua redação se tornou mais sucinta, trazendo o artigo 166 do Código Penal da República apenas a previsão de angariação de votos por meio de

⁵² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Volume IX: Arts. 250 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 367.

promessas ou ameaças⁵³. Excluiu-se, portanto, a primeira parte, mais genérica, do código anterior, que abarcava qualquer tipo de influência na eleição.

Na mesma esteira seguiu o atual Código Eleitoral, que só tipificou, em seu artigo 299, a conduta de “dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção”⁵⁴.

Isso demonstra, de pronto, que a conduta do candidato objeto deste estudo não pode ser classificada como corrupção eleitoral, pois não se trata de negociação de votos, e sim de vantagem indevida em troca de contrapartida a ser prestada caso o candidato assuma o cargo que pleiteia⁵⁵.

1.3.3 O Código Penal de 1940, o fim da bilateralidade e a desnecessidade da prática de ato de ofício

Com o Código Penal de 1940, espelhado no Código Italiano Rocco, a legislação brasileira vivenciou a expansão do capítulo de crimes contra a Administração Pública. Necessário lembrar que aquele era um momento antidemocrático, em que a Administração Pública se organizava de forma marcadamente autoritária. SOUZA menciona ainda o processo de “agigantamento do estado brasileiro”. Esse contexto histórico, de maneira inquestionável, influenciou o nascente Código Penal, que, acompanhando a tendência nacional, alargou-se para

⁵³ Art. 166. Solicitar, usando de promessas ou de ameaças, votos para certa e determinada pessoa, ou para esse fim comprar votos, qualquer que seja a eleição a que se proceda: penas - de prisão celular por tres mezes a um anno e de privação dos direitos politicos por dous annos.

⁵⁴ Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

⁵⁵ Ao tratar da corrupção política, GÚZMAN DALBORA se manifesta sobre a natureza da corrupção eleitoral e a diferencia da corrupção parlamentar. In GUZMÁN DALBORA, José Luiz. Esencia y clases del cohecho político. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 117-144, mar./abr.. 2012.

punir mais condutas e mais severamente⁵⁶. Similar é a posição de BRUNO, que afirma que o Código Penal de 1940 é marcado pela severidade da repressão⁵⁷.

É nesse momento que surge na legislação pátria a expressão “corrupção passiva” como designação de um delito independente, extinguindo-se os tipos de peita e de suborno. Prevê-se como tal, no artigo 317 do Código Penal de 1940, a conduta de solicitar ou receber vantagem indevida em razão de sua função, ainda que fora dela ou antes de assumi-la⁵⁸. Na própria exposição de motivos do Código, prevê-se que com a alteração a corrupção passa a ser “reconhecível mesmo quando o funcionário não tenha ainda assumido o cargo”⁵⁹.

A nova lei, portanto, apresenta mudança com relação às anteriores, trazendo pela primeira vez os termos “fora dela” e “antes de assumi-la”, numa nítida ampliação das condutas abarcadas pelo tipo. Além disso, o novo tipo penal do artigo 317 excluiu do *caput* a menção ao ato de ofício, restringindo sua prática a uma causa de aumento de pena no parágrafo primeiro. Essa exclusão produz efeitos na interpretação da lei penal pela jurisprudência e pela doutrina atuais, como será visto adiante.

Por fim, como mencionado no tópico anterior, a relação entre corrupção ativa e corrupção passiva deixou de ser um concurso necessário, migrando-se para uma independência entre uma e outra.

Em conjunto, as duas alterações provocam uma expansão na aplicação da corrupção passiva, que deixa de depender da prática de ato de ofício e da corrupção ativa do particular para existir.

Logicamente, é de se pensar que, tendo a Administração Pública tamanho destaque no período em questão, crimes que contra ela atentassem seriam punidos com especial rigor. Isso

⁵⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, pp. 25-26.

⁵⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 184.

⁵⁸ “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.”

⁵⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980, p. 448.

fica mais claro quando se observa a diferença das penas cominadas pelo Código Penal de 1890 com relação à peita em comparação àquela da corrupção passiva do Código Penal de 1940. Enquanto o primeiro Código Penal da República previa uma pena de seis meses a um ano de “prisão celular”, a redação original aprovada em 1940 fixava a pena para o crime de corrupção passiva em reclusão de um a oito anos. Assim, não apenas houve a multiplicação dos delitos dessa espécie, como já mencionado, como também a resposta penal se tornou mais severa. A própria dispensa da bilateralidade entre as corrupções pode ser entendida como uma disposição de aumentar o espectro de consumação dos tipos.

O tipo penal da corrupção segue inalterado desde o início da vigência do Código de 1940 – salvo com relação às penas cominadas, que sofreram alteração em 2003. No entanto, é interessante mencionar brevemente a previsão trazida pelo Anteprojeto de Código Penal de 1969 e pelo Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, conforme se verá no tópico a seguir.

1.3.4 Os projetos de Códigos Penais de 1969 e 2012 e suas contribuições ao debate

O Anteprojeto de Código Penal de 1969, idealizado pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Hungria, em sua redação original, manteve no tipo penal da corrupção passiva o verbo “solicitar” ao redigir seu artigo 343⁶⁰. Contudo, após as múltiplas alterações que se seguiram ao texto inicial, a corrupção passiva passou a ser prevista pelo artigo 357⁶¹, que tirou a solicitação das modalidades de consumação do delito.

Deduz-se, então, que a mera solicitação de vantagem, para o legislador, não seria suficiente para caracterizar a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Isso chama a atenção especialmente porque o próprio HUNGRIA defende que a solicitação é suficiente para

⁶⁰ Art. 343 - *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 a 8 anos, e pagamento de 15 a 30 dias-multa

⁶¹ Art. 357. *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 aceita promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e pagamento de quinze a trinta dias-multa.*

a consumação, mesmo que não leve a efetivo recebimento⁶²⁻⁶³. Uma possibilidade é que essa fosse uma tentativa de retomada da relação de bilateralidade entre a corrupção ativa e a corrupção passiva. Em todo caso, essa tentativa de alteração funciona como o início de um debate a respeito da capacidade do verbo “solicitar” de servir como forma de consumação do delito e que ainda persiste.

Essa mudança, contudo, não se concretizou, mantendo-se o tipo penal tal qual previsto no Código de 1940, ainda hoje em vigor, prevendo as três possibilidades de consumação do delito: solicitação, recebimento e aceitação de promessa de vantagem.

Por fim, cumpre destacar que o novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012)⁶⁴ em trâmite perante o Congresso Nacional sugeriu, em sua proposta inicial, uma alteração substancial na redação do tipo penal de corrupção passiva hoje aplicado no Brasil. Em seu artigo 276, lê-se o seguinte:

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 pratica infringindo dever funcional.

Muito embora o PLS nº 236/2012 não tenha passado por movimentações legislativas relevantes desde 2015, certo é que, assim como no caso do Anteprojeto de Código Penal de 1969, sua análise é útil enquanto ferramenta de interpretação da norma penal atual.

Em comparação com o artigo 317 do Código de 1940, o artigo 276 do PLS nº 236/2012 traz três grandes mudanças. Inicialmente, inseriu o verbo “exigir”, englobando, portanto, o atual

⁶² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: Volume IX: Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 369-371.

⁶³ Posteriormente, após as alterações introduzidas pela Lei nº 6.016/73, o tipo penal da corrupção passiva, agora prevista no artigo 353, voltou a incluir o verbo solicitar, conforme se verifica em PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980, p. 667.

⁶⁴ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. [Acessado em 19 de fevereiro de 2021].

artigo 316⁶⁵ sob a figura da corrupção passiva, extinguindo a concussão enquanto delito autônomo.

A segunda mudança que se destaca é a supressão da expressão “fora da função ou antes de assumi-la”. Dessa forma, o legislador dificulta a possibilidade de que haja responsabilização por corrupção passiva do agente que ainda não esteja no exercício da função.

A terceira alteração, por fim, é a inclusão da necessidade de que o agente pratique a conduta valendo-se da condição de servidor público, enquanto o artigo 317 do Código Penal de 1940 preceitua apenas que a ação deve se dar em razão da função. Muito embora a corrupção passiva já seja, *per se*, um crime cometido por funcionário público, essa explicitação trazida pelo Projeto fortalece a ideia de que apenas aquele que estiver em exercício pode cometer o crime.

Conforme se infere de interpretação gramatical da norma legal, conclui-se então que a redação sugerida pelo PLS nº 236/12 reduz o âmbito de incidência da corrupção passiva ao servidor público que, no exercício de sua função e por causa dela, solicita, recebe, exige ou aceita promessa de vantagem indevida.

Todavia, a norma em vigor hoje ainda é a do artigo 317 do Código Penal de 1940 e, portanto, ainda há previsão expressa da possibilidade de o candidato ainda não ter assumido a função que usa para barganhar. Assim, sua comparação com os projetos de 1969 e 2012 tem uma finalidade apenas interpretativa.

1.4 A TEORIA UNIFICADA DA CORRUPÇÃO DE GRECO E TEIXEIRA COMO REFERENCIAL PARA DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO MATERIAL DO DELITO

Em busca de uma lógica que oriente a aplicação do Direito, GRECO e TEIXEIRA propõem uma divisão, *grosso modo*, em corrupção pública e corrupção privada, e mencionam diversas de suas manifestações. Para a corrupção pública, mencionam, entre outras, a corrupção de deputados e corrupção de servidores. No caso da corrupção privada, apresentam, por

⁶⁵ Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

exemplo, a corrupção na saúde, no caso de trocas de favores entre médicos e indústrias farmacêuticas, e a corrupção no esporte⁶⁶. Por isso, muito embora a figura da corrupção privada ainda não exista no Brasil⁶⁷, ao realizar um estudo a respeito da corrupção é imperioso definir qual o recorte a ser dado, sob pena de reunir sob um mesmo signo fenômenos que, em realidade, possuem características diferentes.

Sobre a ideia de definir o ato corrupto em abstrato, NEISSER menciona a corrente positiva, que reduz corrupção àquilo que a lei determina como tal⁶⁸. Tal visão não soluciona o problema do candidato. Afinal, na discussão a respeito do candidato a cargo eletivo, não há norma específica que discipline a questão. O debate se faz necessariamente em torno do tipo penal da corrupção passiva, se ele alcança as situações do candidato escolhidas e se a essência do que o artigo 317 do Código Penal pretende tutelar é atacada nas hipóteses trazidas por este trabalho.

Em sentido diverso, importante é a contribuição de GRECO e TEIXEIRA ao estudo do tema, revivendo a ideia de uma teoria unificada da corrupção⁶⁹ que tenta amarrar o conteúdo material do injusto. Qual o cerne dos diferentes tipos de manifestação da corrupção? Qual é, de fato, sua essência? Onde se encontra a razão de sua punibilidade?⁷⁰

⁶⁶ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 19-21.

⁶⁷ Importante mencionar que, embora o Código Penal em vigor não traga nenhuma previsão nesse sentido, o PLS 236/2012, projeto de Código Penal que tramita no Congresso, apresenta uma primeira tentativa em seu artigo 167, em que pesem as críticas a respeito de sua redação. In GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. Projeto de Código Penal em debate: o crime de corrupção privada e o PLS 236/2012. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 260, pp. 17-19, jul., 2014.

⁶⁸ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 27.

⁶⁹ DOBEL já mencionava uma teoria geral da corrupção, muito embora tratasse não de seus aspectos jurídicos, mas do fenômeno enquanto manifestação institucional, moral e econômica. Diferentemente de GRECO e TEIXEIRA, DOBEL visava não ao denominador comum entre aquilo que se define como corrupção, mas, numa lógica inversa, a entender qual a sua origem. In GARCIA, Maria. De volta à teoria da corrupção: Dobel e as estruturas sociais primárias. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, v. 23, n. 90, pp. 77-90, jan./mar., 2015.

⁷⁰ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 19-25.

Em um comparativo entre os sistemas brasileiro e alemão utilizado para melhor identificar o referido cerne, GRECO e TEIXEIRA indicam que na Alemanha há diferença entre o tipo penal de corrupção de servidores (*Amtsträger*) e a figura que prevê a corrupção de deputados ou detentores de mandato político, denominado *Mandatsträger*. Este último foi ampliado em 2014, permitindo que não apenas a compra e venda de votos dos parlamentares fosse tipificada, como também “qualquer oferecimento de vantagens injustificadas com o intuito de influenciar o exercício do mandato, incumbindo ou orientando o parlamentar a praticar ou omitir determinada ação”⁷¹. Na sequência, explicam que os delitos de corrupção de servidores no geral (*Amtsträger*) se divide em dois grupos, os quais denominam corrupção simples e corrupção funcional. A esse respeito, dizem⁷²:

Os delitos de corrupção previstos no StGB dividem-se em dois grupos principais (...). Os §331, 333 StGB (*Vorteilsannahme/Vorteilsgewährung*) descrevem, respectivamente: a conduta do funcionário público que solicita, aceita promessa ou recebe efetivamente uma vantagem (*Vorteil*), para si ou para terceiro, para o exercício de seu cargo ou função (*für die Dienstausbübung*); (...) por sua vez, os §332, 334 StGB (*Bestechlichkeit/Bestechung*) tornam puníveis: a conduta do funcionário público que solicita, aceita promessa ou efetivamente recebe vantagem, para si ou para terceiro, para realizar ou pelo fato de ter realizado um ato de ofício (*Diensthandlung*), em violação de seus deveres funcionais (...). O primeiro tipo de crime, que dispensa violação de um dever funcional, será designado no texto como corrupção simples (...). A corrupção simples passiva também será chamada de recebimento indevido de vantagem. A segunda modalidade delitiva, que exige a violação de um dever funcional, será designada como corrupção com infração funcional.

Esse modelo, evidentemente, em muito difere do sistema adotado no Brasil, que reúne sob o mesmo artigo 317 a corrupção do parlamentar e do servidor. Mais que isso, a prática de ato de ofício corresponde apenas a uma causa de aumento de pena do próprio artigo 317, não havendo uma separação entre a conduta com ele e sem ele, como ocorre na Alemanha. Aliás, o

⁷¹ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 20.

⁷² GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 26.

modelo alemão, ao estabelecer essa diferenciação entre as figuras, se poupa de diversas confusões terminológicas às quais a doutrina e o judiciário brasileiro se dedicam.

A contribuição dos autores não se esgota no comparativo entre as legislações ou numa análise dogmática isolada do fenômeno. Muito embora sua intenção tenha sido, de alguma forma, aproximar corrupção pública e corrupção privada⁷³, tentando identificar quais condutas de fato merecem responder por esta última expressão, uma teoria da corrupção é também importantíssima para própria interpretação do artigo 317, que passa a ser visto não apenas por um viés formalista, mas a partir da perspectiva de seu conteúdo. Buscam a linha una que define a razão da punibilidade da corrupção de todos os tipos. Como dito anteriormente, quando se fala em corrupção, muitas vezes se reúne sob o mesmo signo fenômenos muito distintos entre si. O esforço, então, é justamente o de reunir sob essa égide apenas condutas que tenham as mesmas raízes de punibilidade.

De toda sorte, em que pesem as dificuldades que surgem para sua consolidação, a tentativa de uma teoria unificada da corrupção é essencial para o deslinde da controvérsia que este trabalho traz. Se seu objetivo é entender a essência da ação corrupta, ela se torna então ferramenta determinante para que se entenda se os cenários estudados são, pelo menos de alguma maneira, uma manifestação da corrupção, ou se são apenas ações moralmente questionáveis.

Isso não significa que todas as situações em que se identifica a essência da corrupção serão tuteladas pelo Código Penal brasileiro. É possível que haja algum cenário em que se possa falar em ação corrupta por definição sem que essa possibilidade tenha sido recepcionada pela legislação brasileira, tratando-se, por consequência, de fato atípico.

Em outras palavras, uma teoria unificada da corrupção é importante, como já referido, para que se entenda qual o seu conteúdo material. Nem todos os fenômenos entendidos por esse critério como corrupção estarão previstos no Código Penal brasileiro, que não admite interpretações extensivas, haja vista o princípio da legalidade. Dessa maneira, a contribuição de GRECO e TEIXEIRA, embora decisiva, não é suficiente para solucionar o problema

⁷³ Esse, como restou claro, não é o objetivo deste trabalho, que pretende empregar suas conclusões apenas com relação ao crime de corrupção contra a Administração Pública.

representando pelo candidato a cargo eletivo do Poder Executivo. Mesmo porque os autores concluem que há “total desorientação a respeito da corrupção em suas diversas manifestações”⁷⁴, o que significa que o legislador não adotou uma lógica única.

De toda sorte, alguns pontos levantados pelos autores são de importante menção.

O primeiro deles é a necessária existência de um pacto de injusto entre as partes para que se possa começar a falar em ação corrupta, tanto no contexto do que os autores chamam de corrupção simples, que seria o equivalente o artigo 317, *caput*, do Código Penal, quanto no contexto da corrupção com infração funcional, tipificada no §1º do mesmo artigo. Assim, mesmo quando não há prática de ato de ofício, essa relação de acordo irregular entre as partes deve subsistir, pois é elemento essencial da corrupção. Em outros termos, para os autores, deve haver uma relação direta entre a vantagem e o exercício da função, no caso da corrupção simples ou entre a vantagem e o ato de ofício, no caso da corrupção com infração funcional⁷⁵. Também KINDHÄUSER enfatiza a ideia de corrupção enquanto uma relação de duas partes, classificando-a como um “intercâmbio irregular de vantagens”⁷⁶.

Na sequência, GRECO E TEIXEIRA apontam que tanto na corrupção simples quanto na corrupção com infração funcional, o ponto em comum é a existência de um abuso de poder condicionado por vantagem⁷⁷. Daí se extrai que é imprescindível a existência de um poder que é extrapolado. Destaca-se então a relevância de analisar a diferença de tratamento entre os candidatos eleitos e candidatos não eleitos, pois esses últimos ainda não receberam efetivo poder derivado do voto popular.

⁷⁴ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 19.

⁷⁵ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 32-34.

⁷⁶ KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedade. Los delitos de corrupción em el Código Penal alemán. *Política criminal*, n.3, 2007, p. 5.

⁷⁷ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 30-32.

GRECO e TEIXEIRA dizem ainda, ao falar do bem jurídico – tema que será abordado no item 2.1, no capítulo subsequente –, que para que haja corrupção não é necessário que a vontade estatal seja efetivamente falseada, citando o reconhecimento pela lei alemã da vantagem oferecida após a prática de ato funcional como uma forma de praticar o delito. Ou seja, não é necessário que haja um resultado lesivo à Administração Pública, o que leva a doutrina majoritária a entender a corrupção como crime de perigo abstrato⁷⁸. No entanto, essa conclusão depende diretamente do que se entende como o bem jurídico tutelado, coisa que os autores deixam de indicar de maneira expressa, o que dificulta uma maior clareza na discussão e não permite concluir qual classificação poderia ser dada ao crime de corrupção passiva: se de dano, de perigo concreto ou de perigo abstrato.

De toda sorte, do raciocínio dos autores se infere que a mera aparência de irregularidade já é suficiente para afetar a função da Administração Pública frente à sociedade, que, como se verá no capítulo seguinte, parece ser o bem jurídico tutelado. Isso indica, portanto, que há um perigo de lesão, embora não à Administração Pública e sim ao regular funcionamento do Estado Democrático de Direito e à função que ele exerce com relação aos indivíduos. Dessa forma, faz sentido a conclusão de GRECO e TEIXEIRA a respeito de um desvalor próprio no processo de pacto de injusto, mesmo que este não lese a Administração⁷⁹.

É preciso ter isso em mente quando da análise da conduta do candidato. O injusto reside não no resultado lesivo à coisa pública, mas no simples pacto entre as partes, no qual a vantagem é o principal elemento constitutivo. Deve, ainda, haver um abuso de poder, independentemente deste abuso se consubstanciar num ato de ofício ou não.

Aqui, se deve abrir um parêntesis para falar da solicitação. A mera solicitação de vantagem é, como já se viu, forma apta ao cometimento formal do crime de corrupção passiva, pois prevista no artigo 317. Contudo, se só há solicitação do agente, sem aceite do particular, não se poderia falar no pacto de injusto ou relação triangular conforme propõe

⁷⁸ Importante destacar que GRECO e TEIXEIRA não explicitam qual bem jurídico entendem como aquele protegido nos crimes de corrupção, o que prejudica o entendimento de seu posicionamento a esse respeito.

⁷⁹ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 28.

KINDHÄUSER⁸⁰. Isso faz com que se conclua que a proposta de GRECO e TEIXEIRA não fornece uma resposta para todas as possibilidades que surgem. Como mencionado no tópico 1.3.2, não há concurso necessário entre corrupção ativa e corrupção passiva atualmente. Dito isso, pode haver solicitação de vantagem sem aceite. Essa é mais uma razão pela qual a indicação de um bem jurídico por parte dos autores poderia enriquecer o debate.

Feitas essas críticas pontuais, a formulação geral feita pelos autores é a base teórica para a essência da corrupção que orientará a interpretação da postura do suposto sujeito ativo.

1.5 AS VARIÁVEIS SELECIONADAS PARA O ESTUDO DA CONDUTA DO CANDIDATO A CARGO ELETIVO DO PODER EXECUTIVO

Como já dito, este trabalho tem como objetivo entender os limites do tipo penal do artigo 317 e se ele poderia, eventualmente, ser aplicado a um indivíduo que ainda não foi eleito para o cargo cuja contrapartida ele negocia com o particular. Essa possibilidade surgiu da própria redação do tipo penal, que menciona, de maneira curiosa, a expressão “antes de assumi-lo”, dando a entender que o funcionário público não precisa estar exercitando sua função para responder pelo crime de corrupção passiva. No entanto, essa mesma expressão é demasiadamente aberta. Dessa forma, foi necessário limitar as hipóteses de possível aplicação do artigo 317.

O estudo de uma possível corrupção passiva praticada por um candidato a cargo político é um objeto de estudo extremamente abrangente. Inúmeras são as perguntas e, conseqüentemente, as possibilidades que poderiam surgir. Quantos candidatos há na eleição? Qual a probabilidade de o candidato ser eleito? Os demais candidatos também receberam vantagem indevida? No momento da eleição em que aceita a vantagem o candidato ocupa outra função pública? A vantagem indevida foi oferecida como uma doação regular de campanha ou em “caixa dois”? Foi definida uma contrapartida específica a ser praticada pelo candidato? O sujeito ativo da conduta foi, ao fim, efetivamente eleito? Cada uma dessas perguntas, bem como

⁸⁰ KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedade. Los delitos de corrupción em el Código Penal alemán. *Política criminal*, n.3, 2007, p. 6.

tantas outras, é capaz de influenciar a resposta ao questionamento inicial: pode um candidato ser enquadrado no crime do artigo 317?

Assim, no intuito de viabilizar a análise, optou-se por restringir o presente estudo às hipóteses derivadas de quatro variáveis, entendidas como as mais importantes para o problema em abstrato. A partir delas, que serão a seguir apresentadas, se desenharão dezesseis cenários possíveis. Frise-se que neste capítulo as variáveis serão vistas de maneira mais superficial, sendo uma discussão mais aprofundada realizada apenas no capítulo três.

As variáveis escolhidas são: (i) o momento da eleição em que se dá a solicitação ou aceitação da vantagem; (ii) se a contrapartida prometida pelo candidato foi a prática um ato de ofício específico ou tão somente uma promessa generalizada de benefício ao particular; (iii) se a doação oferecida pelo particular foi legal ou ilegal, a título de “caixa dois” e; (iv) se o candidato, ao final da corrida eleitoral, foi eleito ou não.

1.5.1 O momento da eleição: primeiro ou segundo turno da disputa eleitoral

A primeira variável diz respeito ao momento da eleição no qual o candidato se encontra. Embora à primeira vista essa questão não pareça exercer grande influência no resultado, ela possui diversos desdobramentos que provocam certa dúvida. Isto porque o momento da eleição no qual a ação supostamente delitativa se realiza pode indicar uma maior probabilidade de o candidato efetivamente se eleger. É possível que se esteja a falar de um candidato que, num primeiro turno, não apresente probabilidade relevante de vencer a eleição. Ou, abordando o outro extremo, pode-se falar de um candidato que, em sede de segundo turno, lidere expressivamente as pesquisas, de modo a se falar que sua vitória é algo quase certo.

Todos esses desdobramentos serão estudados sob a égide da variável do momento da eleição. Assim, ela será tratada principalmente como uma avaliação da probabilidade de um candidato eleger-se ao cargo almejado. Em outras palavras, verifica-se se há diferença para fins de imputação do crime de corrupção passiva entre um candidato que possui baixíssimas chances de se eleger e um candidato cuja eleição é resultado altamente provável. O questionamento de fundo, portanto, é se há espaço no Direito Penal para esse tipo de avaliação. Afinal, o que se

está a aceitar, caso se entenda que essa é uma variável relevante, é a inclusão de um juízo de probabilidade no injusto penal.

1.5.2 A qualidade da contrapartida oferecida ou prometida pelo candidato: determinada ou indeterminada

A questão da contrapartida prometida pelo candidato é uma das principais polêmicas referentes ao artigo 317 do Código Penal brasileiro. Isto porque o ato de ofício não está previsto expressamente no *caput*, mas apenas no parágrafo primeiro do artigo. Isso significa que, para que a corrupção simples – conforme item 1.3 – se consubstancie, a prática de tal ato não é necessária.

Não sendo essa controvérsia suficiente, discute-se ainda se a contrapartida pode ser determinada ou indeterminada. No caso do candidato, especificamente, questiona-se se a vantagem indevida pode ser recebida a título de uma influência não especificada em suas ações futuras, caso eleito, ou se deve necessariamente estar vinculada a uma promessa determinada, tal como, por exemplo, o favorecimento numa licitação.

Em suma, o questionamento é se as características da contrapartida são relevantes para a avaliação da tipicidade da conduta do candidato. Ainda que implícita no *caput* do 317, a ideia de uma contrapartida a ser praticada pelo funcionário está presente no texto legal, fruto da própria concepção de acordo delitivo entre as partes⁸¹. Assim, a contrapartida é elemento de necessária avaliação num questionamento de tipicidade da conduta.

1.5.3 A qualidade da doação de campanha feita pelo particular: legal ou ilegal

Conforme se extrai de LEITE e TEIXEIRA, é corriqueiro que a vantagem indevida ofertada pelo particular seja feita em forma de doação eleitoral para a campanha de determinado

⁸¹ KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción em el Código Penal alemán. *Política criminal*, n.3, 2007, p. 5.

candidato ou para o próprio partido⁸². Com essa variável, busca-se avaliar se a forma dessa doação é relevante para a conclusão a respeito da tipicidade da conduta do candidato.

Para que se possa analisar os diversos cenários possíveis envolvendo o candidato a cargo do Poder Executivo, parece inevitável discutir se a vantagem indevida por ele recebida tem natureza de verba legítima de campanha ou se lhe é dada na qualidade do tão debatido “caixa dois”. Em outras palavras, questiona-se se o fato de a doação para a campanha de um candidato ter se dado de maneira declarada – e, assim, legítima – ou não declarada – sendo, portanto, ilegítima – pode ter alguma influência no enquadramento jurídico da conduta do candidato a cargo eletivo do Poder Executivo.

O financiamento eleitoral é tema que atrai a atenção principalmente em razão de seu presumido vínculo com a corrupção política⁸³. A própria expressão “caixa dois” traz consigo uma carga valorativa e que, no cenário midiático, está quase sempre, explícita ou implicitamente, associada à ideia de corrupção⁸⁴. Essa discussão, aliás, transcende o cenário brasileiro, sendo comum também no direito estadunidense, por exemplo⁸⁵.

Assim, o objetivo com a inclusão dessa variável é entender o que é o “caixa dois”, dissecar as polêmicas por trás dessa figura e entender se ele pode ser determinante no momento da avaliação da subsunção dos cenários ao tipo penal da corrupção. Ou seja, procura-se entender se seria possível descartar como corrupção aqueles cenários em que a doação se deu de maneira declarada ou se seria um pressuposto para que a conduta seja enquadrada no artigo 317 que a doação tenha sido irregular.

⁸² LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. *In*: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 135-137.

⁸³ SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político e a corrupção no Brasil. *In*: BIASON, Rita de Cássia (Org.). *Temas de corrupção política*. São Paulo: Balão Editorial, 2012, p. 75.

⁸⁴ SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político e a corrupção no Brasil. *In*: BIASON, Rita de Cássia (Org.). *Temas de corrupção política*. São Paulo: Balão Editorial, 2012, p. 49.

⁸⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan. Political Corruption and Democracy. *Connecticut Journal of International Law*, vol. 14, no. 2, Fall 1999, p. 368.

Importante ressaltar que, ao contrário de outros países, o Brasil não tipificou de maneira autônoma na seara penal, pelo menos até o momento, aquilo que se denomina popularmente como “caixa dois eleitoral”. Logo, não há aí delito específico.

Em que pese a contabilidade paralela das campanhas eleitorais não seja, em si, o objeto deste trabalho, alguns pontos a ela relativos valem breve menção, como por exemplo a recente proibição da doação por parte das pessoas jurídicas⁸⁶. Essa questão tangencia a situação do candidato que aqui se traz, pois ampliou o rol de possibilidades de doações irregulares ao afastar as pessoas jurídicas como doadores.

A escolha da variável da qualidade da doação eleitoral se dá, dessa forma, por uma questão muito simples. Se, como visto, a corrupção sempre parte do pressuposto da existência de uma vantagem indevida, a dúvida que se põe é se a existência do “caixa dois” é suficiente para pressupor a existência do delito. De outra banda, pergunta-se se a regularidade da doação afasta o caráter indevido da vantagem.

O estudo dessa última variante, aliás, é de fundamental importância para esta análise de tipicidade pois a vantagem é elemento necessário para o delito de corrupção. Assim, as características da doação eleitoral recebida pelo candidato são, num primeiro momento, ponto de interesse para uma visão da tipicidade da conduta.

1.5.4 O resultado da eleição: candidato eleito ou não eleito ao final da campanha

A última variável a ser analisada trata do resultado da eleição que o candidato disputou. Ao final de sua campanha eleitoral, há apenas duas alternativas: ou o candidato perde a eleição, não se tornando funcionário público nos termos do artigo 327 do Código Penal, ou o candidato é eleito e, posteriormente, diplomado e empossado no cargo ao qual concorreu⁸⁷.

⁸⁶ Em 2015, após o julgamento da ADI 4650, de relatoria do min. Luiz Fux, houve a reforma na legislação e foram vedadas as doações realizadas por pessoa jurídica, matéria regulamentada pela resolução nº 23.607/2019 do Tribunal Superior Eleitoral.

⁸⁷ Evidentemente, há outras possibilidades que aqui poderiam surgir, como por exemplo o candidato que, embora eleito, não chega a ser diplomado, ou não vem a tomar posse. Contudo, mais uma vez para fins de necessário recorte metodológico, serão trabalhadas apenas as duas alternativas mencionadas.

Dentre todas as apresentadas, essa é a variável mais simples, o que não a torna, de maneira alguma, menos determinante. Ao fim e ao cabo, questiona-se se a transformação de mero candidato em funcionário público é relevante para o resultado de sua responsabilidade penal. Por isso, a questão do resultado da eleição é, na verdade, uma discussão a respeito do sujeito ativo do delito do artigo 317.

1.6 OS CENÁRIOS EM ESTUDO ELABORADOS A PARTIR DA COMBINAÇÃO DAS VARIÁVEIS

A combinação das variáveis mencionadas no tópico anterior leva à formulação de dezesseis cenários distintos, que serão analisados separadamente após uma leitura aprofundada da estrutura do tipo penal.

Isso não significa, contudo, que haverá necessariamente tantas respostas quanto há cenários. Isso porque nem todas as variáveis podem se mostrar relevantes para a determinação da responsabilidade do candidato. A divisão e combinação das variáveis em cenários diversos se dá apenas por razões didáticas e para evidenciar a quantidade de diferentes situações que podem surgir, o que, mais uma vez, funciona para justificar a limitação desse estudo às quatro variáveis escolhidas a princípio. Torna-se mais fácil entender a relevância de cada uma delas se forem montadas hipóteses que esclareçam de quais combinações de fatores se está a falar. O que se busca aqui é entender a importância do momento da eleição, da qualidade da doação, da contrapartida e do resultado da disputa para uma eventual responsabilidade jurídico-penal do candidato ao cargo. Os cenários são, portanto, apenas ferramentas que auxiliam nesse objetivo e podem ser descartados caso se entenda pela não relevância das variáveis.

Cenário 01: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 02: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato não é eleito.

Cenário 03: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 04: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato não é eleito.

Cenário 05: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 06: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato não é eleito.

Cenário 07: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 08: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato não é eleito.

Cenário 09: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida indeterminada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 10: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida indeterminada posterior caso seja eleito. Tal candidato não é eleito.

Cenário 11: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida indeterminada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 12: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida indeterminada posterior caso seja eleito. Tal candidato não é eleito.

Cenário 13: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida indeterminada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 14: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida indeterminada posterior caso seja eleito. Tal candidato não é eleito.

Cenário 15: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida indeterminada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 16: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida indeterminada posterior caso seja eleito. Tal candidato não é eleito.

1.7 DISCUSSÕES ATUAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: PONTOS DE INTERESSE PARA A ANÁLISE DA CONDUTA DO CANDIDATO

Esclarecidos os cenários que serão, pelo menos a princípio, abordados neste trabalho, parece importante analisar situações em que os Tribunais Superiores discutiram casos que de alguma maneira tangenciam as hipóteses aqui trabalhadas. Isso pode servir como importante instrumento interpretativo para que se entenda quais os limites do artigo 317 do Código Penal e como seu alcance é visto pela jurisprudência.

O objetivo não é discutir com profundidade as bases jurídicas das decisões selecionadas, pois isso acarretaria uma extensão injustificada do objeto de pesquisa. Por essa razão, elas serão trazidas apenas de maneira rápida, de forma a não desviar da questão principal. O que se quer com a análise de casos é, principalmente, demonstrar que a problemática trazida por este estudo é extremamente atual, sendo a discussão do candidato enquanto sujeito ativo do delito de corrupção passiva uma discussão iminente nos tribunais brasileiros, bem como ilustrar as atuais discussões a respeito do artigo 317 do Código Penal.

Por fim, ressalte-se que, não por coincidência, quase todos os casos selecionados pertencem ao âmbito da recente “Operação Lava-Jato” e seus desmembramentos. A exceção é o REsp 1.745.410/SP, de 2017, evidenciando mais uma vez a atualidade da discussão, vez que se trata, todos eles, de precedentes julgados nos últimos cinco anos. Não serão trazidos aqui os clássicos exemplos quando se trata de julgamento de corrupção passiva nos tribunais superiores, como os mencionados Caso Collor e Caso “Mensalão” – respectivamente, AP 307/DF e AP 470/MG. A razão é simples: muito embora se trate de exemplos paradigmáticos, certo é que as discussões sobre o tema em muito já evoluíram desde então. Ademais, ambos os casos são centrados na discussão do ato de ofício, que, embora interessante, não é o cerne da discussão do candidato a cargo eletivo do Poder Executivo.

1.7.1 A Ação Penal 1015/DF e o Inquérito 3982/DF: a necessidade de existência de um ato de ofício em potencial

Veza que não há, até o presente momento, acórdão publicado da condenação, será útil à discussão mencionar não apenas o resultado do julgamento da Ação Penal 1015/DF, mas também o acórdão que recebeu a denúncia no Inquérito 3982/DF⁸⁸, e que, posteriormente, tornou-se a mencionada ação penal.

No caso, de relatoria do ministro Edson Fachin⁸⁹ e parte da denominada “Operação Lava Jato”, o ex-senador V. R. foi condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro por ter

⁸⁸ Inq. 3982/DF, rel. min. Edson Fachin, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, j. em 07.03.17, DJe em 05.06.17.

⁸⁹ AP 1015/DF, rel. min. Edson Fachin, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, j. em 11.11.20.

solicitado e recebido doação eleitoral declarada e regular da empresa Q. G. no valor de quinhentos mil reais para sua campanha de reeleição em 2010. Em troca, o senador contribuiria para a manutenção de P. R. C. na presidência da Petrobras.

Aqui, assim como no caso subsequente, o sujeito ativo do delito já era funcionário público, vez que já ocupava o posto de senador quando teria se dado a solicitação da vantagem indevida. Assim, não há discussão a respeito da situação jurídica de um simples candidato sem outro vínculo com a Administração Pública. Na hipótese dos autos, ainda que o senador não fosse reeleito e não chegasse a praticar o ato de ofício combinado, a corrupção passiva já estaria consumada com a mera solicitação.

A principal questão que surge neste caso e que guarda relação com a hipótese do candidato é a necessidade de existência de ato de ofício em potencial relacionado à função e combinado à vantagem. Sem isso, a vantagem não se torna ilícita, pois não há pacto de injusto propriamente dito. O trabalho se deterá nesse ponto em particular mais adiante, quando do estudo dos elementos do tipo no capítulo dois.

Em seu voto no julgamento da Ação Penal 1015/DF, o ministro Gilmar Mendes foi vencido e manifestou-se no sentido de absolver o senador. Em sua argumentação, o ministro afirma que, naquele caso, não foi possível comprovar um pacto de injusto entre o réu e os particulares, afastando a possibilidade de que uma narrativa genérica a respeito do contexto da operação fosse suficiente para demonstrar a relação *in concreto* entre agente público e agente particular. Os quinhentos mil reais supostamente recebidos não teriam, segundo o ministro, relação comprovada com um acordo entre as partes. Em outras palavras, os valores não estariam relacionados com o exercício da função do senador.

Mendes ainda compara a estrutura legal do delito de corrupção no Código Penal brasileiro com aquele existente na Alemanha. Nessa linha, discorre acerca da necessidade de relação entre a vantagem indevida e o exercício da função⁹⁰:

Ressalte-se que essa solução interpretativa sequer chega ao extremo de eximir um ato de ofício para a configuração do crime de corrupção. Todavia, diz-se que a corrupção só existe quando a vantagem está combinada com o exercício

⁹⁰ Voto do Ministro Gilmar Mendes em sede da AP 1015/DF.

do cargo, com um ato – ainda que lícito – que foi praticado pelo funcionário público nessa qualidade.

Sob essa perspectiva, a relação entre o exercício da função e a vantagem indevida jamais será supérflua para caracterização do *caput*, muito embora o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal seja no sentido de aceitar, para fins do artigo 317 Código Penal, o ato de ofício não identificado, conforme mencionado anteriormente. Isso não significa abrir mão de um elo entre a vantagem e o exercício da função, característica essencial para a ocorrência do delito.

Essas são, segundo esclarece o ministro, duas discussões diversas: enquanto uma trata da relação entre a vantagem e o exercício da função, a outra fala sobre determinação ou indeterminação do ato praticado. Ambas, já mencionadas no item 1.5.2, serão vistas em maiores detalhes neste trabalho quando da análise da variável que lhes diz respeito.

1.7.2 O Recurso Especial 1.745.410 e o espectro de competências do funcionário público

Questão diversa, porém tangente, surge no Recurso Especial 1.745.410, tendo sido levantada pela ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça. Nela, a principal discussão diz respeito à questão da competência do funcionário público para praticar o ato de ofício.

No voto vencedor, a ministra entendeu que a expressão “em razão da função” não poderia ser equiparada a ato de ofício. Por esse raciocínio, posicionou-se favoravelmente à condenação de dois agentes públicos, muito embora as ações ou omissões por eles prometidas em troca da vantagem estivessem fora de seu escopo funcional. Sobre o tema, a ministra se manifestou no seguinte sentido⁹¹:

3. A expressão "ato de ofício" aparece apenas no caput do art. 333 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção ativa, e não no caput do art. 317 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção passiva. Ao contrário, no que se refere a este último delito, a expressão "ato de ofício" figura apenas na majorante do art. 317, § 1.º, do CP e na modalidade privilegiada do § 2.º do mesmo dispositivo. 4. Nem a literalidade do art. 317 do CP, nem sua interpretação sistemática, nem a política criminal adotada pelo

⁹¹ REsp. 1.745.410/SP, rel. min. Sebastião Reis Junior, red. p. acórdão min. Laurita Vaz, Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, j. em 02.10.18, DJe em 23.10.18.

legislador parecem legitimar a ideia de que a expressão "em razão dela", presente no tipo de corrupção passiva, deve ser lida no restrito sentido de "ato que está dentro das competências formais do agente". 5. Não é lícito ao intérprete simplesmente pressupor que, no crime de corrupção passiva, o legislador praticou alguma sorte de atecnia, ou que falou menos do que desejava, ou que é possível "deduzir" do dispositivo a exigência de ato de ofício, como se ali estivesse uma limitação implícita ao poder-dever de punir. Ao contrário, a redação do dispositivo constitui nítida opção legislativa direcionada a ampliar a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando comparada ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao aspecto moral do bem jurídico protegido, é dizer, a probidade da Administração Pública. 6. A desnecessidade de que o ato pretendido esteja no âmbito das atribuições formais do funcionário público fornece uma visão mais coerente e íntegra do sistema jurídico. A um só tempo, são potencializados os propósitos da incriminação – referentes à otimização da proteção da probidade administrativa, seja em aspectos econômicos, seja em aspectos morais – e os princípios da proporcionalidade e da isonomia. Exigir nexo de causalidade entre a vantagem e ato de ofício de funcionário público levaria à absurda consequência de admitir, por um lado, a punição de condutas menos gravosas ao bem jurídico, enquanto se nega, por outro, sanção criminal a manifestações muito mais graves da violação à probidade pública: "o guarda de trânsito que pede dinheiro para deixar de aplicar uma multa seria punível, mas o senador que vende favores no exercício do seu mandato passaria impune" (STF, Voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO no Inq 4.506/DF, p. 2.052). 7. O âmbito de aplicação da expressão "em razão dela", contida no art. 317 do CP, não se esgota em atos ou omissões que detenham relação direta e imediata com a competência funcional do agente. O crime de corrupção passiva não exige nexo causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual ato de ofício praticável pelo funcionário público. O nexo causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente.

No caso objeto de discussão pelo STJ, dois auxiliares de serviços gerais do aeroporto de Guarulhos foram denunciados pelo artigo 317 do Código Penal por terem aceitado vantagem indevida para facilitar a entrada de estrangeiro irregular em território nacional.

De pronto, se percebe que o controle migratório não fazia parte das atribuições dos denunciados. Apesar disso, a ministra Laurita Vaz entendeu que estava configurado o crime de corrupção passiva. O ministro relator Sebastião Reis Júnior, por sua vez, adotou interpretação semelhante à do ministro Gilmar Mendes, esclarecendo que, muito embora para fins de consumação a prática do ato de ofício fosse irrelevante, seria necessário um vínculo entre a vantagem indevida e a função exercida por aquele que solicita ou recebe. Assim, ausente um nexo de causalidade entre a condição de agente público e a possibilidade de realização de ato

funcional, a conduta seria atípica. Já a ministra Laurita Vaz entendeu que o único nexos causal exigível é aquele existente entre a vantagem e a função pública exercida, sem que isso tenha qualquer relação com o ato de ofício esperado. Esse posicionamento foi o vencedor e, na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça entendeu não ser necessário que o ato de ofício esteja adstrito às competências formais do funcionário público.

O caso demonstra, portanto, que a interpretação das elementares do tipo penal previsto no artigo 317 não é, de maneira alguma, pacífica na jurisprudência brasileira. Isso será especialmente importante no momento da análise da variável do ato de ofício, eleita como um dos fatores que podem ser determinantes na aferição de tipicidade da conduta do candidato.

1.7.3 O Inquérito 4141/DF e a centralidade do debate em torno dos valores recebidos na campanha eleitoral

No Inquérito 4141/DF, que tramitou⁹² no Supremo Tribunal Federal sob relatoria do ministro Luís Roberto Barroso e no qual figura como investigado o senador J. A. M., o Ministério Público Federal denunciou o então senador por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. O acusado teria, em tese, recebido valores em dinheiro em sua conta bancária e doações eleitorais oficiais da empreiteira OAS. Em contrapartida, o parlamentar teria atuado para beneficiar a empresa quando do exercício de seu cargo no Congresso Nacional.

Já de início, destaca-se o seguinte trecho do acórdão que recebeu a denúncia contra o senador⁹³:

10. A doação eleitoral em si não é ato ilícito. O indício de corrupção passiva não é a mera doação eleitoral, mas sim a atuação do Parlamentar em benefício da OAS, o que demonstra a plausibilidade da tese acusatória de que as doações eleitorais feitas por esta empreiteira e as solicitações de doações eleitorais a ela dirigidas são contrapartida à atuação do parlamentar em seu favor.

⁹² Os autos foram remetidos à Justiça Federal do Rio Grande do Norte em razão do término do mandato do senador em 2018.

⁹³ Inq. 4141/DF, rel. min. Luís Roberto Barroso, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, j. em 12.12.17, DJe em 23.02.18.

11. Destaco, ainda, que o crime de corrupção passiva se configura quando a vantagem indevida é 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.

Como se vê, a doação feita pela empreiteira foi utilizada tão somente como um elemento para demonstrar os indícios de autoria que fundamentam o recebimento da denúncia. Tal doação foi direcionada ao Diretório Nacional do partido do senador.

Nos termos do voto do relator, a denúncia foi recebida e o senador tornou-se réu pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Divergente foi o voto do ministro Alexandre de Moraes, que entendeu como inepta a peça acusatória por considerar que não estavam presentes as elementares do delito de corrupção, já que o Ministério Público não teria estabelecido ligação entre o recebimento da vantagem e uma contrapartida praticada pelo próprio senador⁹⁴.

Evidentemente, por não se tratar de sentença e, portanto, por não haver valoração probatória aprofundada, a discussão se torna limitada. Ademais, há uma distinção relevante entre os cenários hipotéticos apresentados e a situação do senador réu neste inquérito. Ao momento do recebimento da suposta doação eleitoral, assim como no caso da Ação Penal 1015/DF, J. A. M. já era senador da república. Logo, uma vez que, quando da solicitação ou da aceitação da vantagem, o agente já se enquadrava no artigo 327 do Código Penal, não há responsabilização de um mero candidato.

Em que pese essa diferença fundamental, o caso continua sendo de interesse para a presente análise em razão da intersecção entre a doação eleitoral e a prática de corrupção passiva. O voto do relator, inclusive, destaca expressamente que “a doação eleitoral por si só não representa qualquer crime”. Ademais, a doação, no caso, foi dirigida ao partido do senador, e não à sua campanha individual. Entretanto, assim como no caso anterior, questiona-se qual seria o entendimento da Corte caso, nesse mesmo cenário, J. A. M. não fosse Senador da República no momento da aceitação ou solicitação da doação.

⁹⁴ O que argumenta a denúncia, em síntese, é que o senador teria promovido reunião entre representante da empreiteira e conselheiro do TCE/RN para facilitar a liberação de financiamento do BNDES destinado à obra da Arena das Dunas, complexo esportivo localizado em Natal/RN.

CAPÍTULO 2: O TIPO PENAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA E SEUS PONTOS DE IMPORTÂNCIA PARA A DISCUSSÃO DA QUESTÃO DO CANDIDATO A CARGO ELETIVO

Uma vez esclarecido o contexto geral da corrupção na atualidade, o referencial teórico utilizado, as variáveis escolhidas e os cenários delas derivados, o próximo passo lógico é entender de que forma isso se relaciona aos elementos do tipo penal previsto no artigo 317 do Código Penal. Afinal, se a proposta é verificar se o candidato a cargo eletivo do Poder Executivo incide, em alguma hipótese, no crime de corrupção passiva, deve-se entender quais as principais questões concernentes ao tipo penal.

Estabelecer uma relação entre o artigo 317 e a situação do candidato não significa que nesse capítulo serão resolvidas as questões que daí surgem. O intuito no momento é, tão somente, identificar quais as características do tipo penal que podem influenciar, de alguma forma, a discussão que aqui se trava, para apenas em seguida avaliar como elas afetam as variáveis anteriormente propostas. Apenas assim será possível obter respostas para os cenários apresentados. Apenas a título ilustrativo, o momento de consumação do delito e a definição de funcionário público têm incidência direta na variável do momento da corrida eleitoral e na questão da eleição do candidato. De maneira similar, a questão da vantagem indevida está relacionada à variável da regularidade ou irregularidade da doação eleitoral. Aliás, não apenas os elementos têm conexão com as variáveis como, por vezes, os próprios elementos estão interligados. Não há como discutir a vantagem indevida sem debater a função pública, assim como o debate sobre a consumação do delito tem relação com o conceito de funcionário público. Não se pode conceber, portanto, uma análise isolada dos elementos que compõem o artigo 317 do Código Penal brasileiro que se proponha a alcançar um entendimento aprofundado a respeito de cada um deles. Os elementos do tipo penal devem ser entendidos de maneira conjunta.

É nesse contexto que serão analisados os elementos presentes no tipo penal do crime de corrupção passiva, sejam eles objetivos, definindo a conduta necessária para que o delito seja consumado, sejam eles subjetivos, avaliando qual deve ser a vontade do agente. Ainda, analisar-se-á o bem jurídico tutelado pela norma, o conceito de funcionário público, o momento da consumação do crime de corrupção passiva – que, como será visto mais adiante, guardam

estreita relação com a variável do momento da eleição –, no que exatamente consiste a vantagem indevida – que, por sua vez, está relacionada à variável do caixa dois – e, por fim, as questões do ato de ofício.

2.1 O BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA: A FUNÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PERANTE A SOCIEDADE COMO OBJETO DE PROTEÇÃO DA NORMA

A questão do bem jurídico está presente em quase qualquer análise dogmática que se faça de um artigo do Código Penal pátrio. O bem jurídico representa o limite material da norma, isto é, a própria restrição do poder punitivo, nos termos do próprio princípio da legalidade. Ao mesmo tempo, funciona como critério interpretativo da norma, que é sempre vista à luz daquilo que pretende proteger⁹⁵.

Assim, é natural que, para entender um tipo penal, partindo de um pressuposto funcionalista impróprio⁹⁶, a análise se inicie pelo seu bem jurídico. Não é o intuito deste trabalho elaborar grandes reflexões sobre esse aspecto do problema. O tema do bem jurídico-penal é complexo o suficiente para que se produza uma dissertação própria a seu respeito. Por esse motivo, não serão feitas análises aprofundadas acerca dos possíveis conceitos de bem jurídico na dogmática penal moderna. Assim, este estudo partirá da tentativa de delimitar qual o bem jurídico penal protegido pelo artigo 317 do Código Penal.

O conceito de lesão a determinados bens como fundamentadora do delito surgiu na dogmática com Birnbaum⁹⁷. Posteriormente, a ideia de bem jurídico protegido pela lei penal como um requisito fundamental para o injusto foi inserido por Binding⁹⁸, assim como a própria

⁹⁵ BRITO, Alexis Couto de. Concepto e función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal. *Revista Penal Mexico*, Ciudad del Mexico, n. 6, marzo-agosto de 2014, pp. 47-60.

⁹⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4ª edição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 212.

⁹⁷ Cf. BECHARA, Ana Elisa Silva Liberatore. *Bem Jurídico Penal*. Quartier Latin: São Paulo, pp. 20-21.

⁹⁸ Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. Teoria do injusto penal. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson de. *DIREITO penal na pós-modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 212.

expressão “bem jurídico”⁹⁹, tão central nas discussões dogmáticas atuais. É em Roxin, no entanto, que a teoria ganha seus contornos mais atuais.

ROXIN reconhece a existência de um direito de punir intrínseco ao Estado, mas afirma que essa mera constatação é insuficiente para que se explique a que critérios uma conduta deve atender para que seja possível sua tipificação. Esse seria, então, o papel do bem jurídico. Um fator limitante que é, ao mesmo tempo, pressuposto da punibilidade da conduta¹⁰⁰. NEUMANN, por seu turno, pontua que a teoria do bem jurídico moderna tem como objetivo limitar o poder estatal. Tal objetivo seria alcançado por meio de critérios que ajudassem a tomar uma decisão a respeito da legitimidade ou ilegitimidade da criminalização de determinado comportamento¹⁰¹. Disso se conclui que o papel da teoria do bem jurídico, sob esse ponto de vista, não é legitimar as normas penais designando-lhes *a posteriori* bens jurídicos que justificam sua existência¹⁰², mas limitar seu âmbito de incidência, fortalecendo a ideia de que o Direito Penal é *ultima ratio* e deve atuar como proteção subsidiária em sua função de proteger o bem jurídico, quando as demais ferramentas jurídicas forem insuficientes¹⁰³. Também HASSEMER endossa essa perspectiva limitadora ao apresentar o Direito Penal como um Direito que põe limites à luta contra os delitos¹⁰⁴. O autor defende ainda uma visão de bem jurídico focada na perspectiva humana, afirmando que “quando falamos de bem jurídico, falamos da relação concreta entre

⁹⁹ WOHLERS, Wolfgang. La teoría de protección de bienes de Birnbaum y su importancia para las actuales teorías del bien jurídico. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 435-445, 2016, p. 437.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 51.

¹⁰¹ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 519-521.

¹⁰² “Assim, para Binding, bem jurídico é ‘tudo aquilo que para o legislador é valioso como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção, sem mudanças e não perturbada, a comunidade tem interesse, na opinião do legislador, objetivando este protegê-lo por meio de suas normas frente às lesões ou exposições a perigo não desejadas.’ De acordo com esse pensamento, o bem jurídico é criado pelo próprio Direito. Não possui fundamentação que transcende o jurídico. Trata-se de pura criação do legislador, razão pela qual sua ofensa consiste numa infração ao dever de obediência que as pessoas possuem em relação ao Estado. É uma postura positivista, pois o Estado e o Direito é que estabelecem o que é bem jurídico.”. In: BOZZA, Fabio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015, pp. 115-116.

¹⁰³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

¹⁰⁴ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. (eds.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 92.

direito e vida, de uma ponte firme para os ‘verdadeiros’ bens das pessoas hoje em dia”¹⁰⁵. Essa visão deve servir como barreira adicional para a incidência penal. O bem jurídico é, sim, um limitador da incidência penal, mas é preciso também entender o que não pode ocupar o lugar do bem jurídico. HASSEMER estabelece o critério pessoal ao dizer que o foco deve ser sempre o indivíduo, na chamada teoria pessoal do bem jurídico, utilizada como uma segunda limitação da norma. Não basta a mera existência de um bem jurídico. Ele deve também ter como centro a pessoa humana.

Aqui, necessário fazer um breve comentário a respeito de outra perspectiva funcionalista do Direito Penal, manifestada por JAKOBS e com a qual este trabalho não se alinha. Contudo, cumpre trazer esse entendimento, primeiro para que se tenha uma visão mais completa das discussões referentes ao bem jurídico e, segundo, para que se possa antever eventuais críticas quanto ao posicionamento aqui adotado na questão. Para JAKOBS, não se trata de uma lesão a determinado bem jurídico, mas sim da pena como resposta à quebra de uma norma. A pena serviria, nesse contexto, para confirmar o que ele chama de identidade normativa da sociedade¹⁰⁶.

Sobre o tema do bem jurídico penal, TAVARES menciona duas fases no processo de identificação de um bem jurídico a partir de uma norma em xeque¹⁰⁷. O autor elabora uma diferenciação entre bem jurídico e a função da norma e afirma que o primeiro deve ser reduzido ao plano individual para que não seja confundido com esta última. Em outras palavras, de maneira semelhante ao defendido por HASSEMER, o bem jurídico deve estar sempre ligado à pessoa humana. Pontua TAVARES que¹⁰⁸:

“se não se puderem reduzir os dados dessa atividade controlada a situações concretas de perigo ou de dano à vida, à saúde ou ao patrimônio de pessoas, não se estará diante de um bem jurídico, mas sim de uma verdadeira e simples função”.

¹⁰⁵ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. (eds.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 99.

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996, p. 11.

¹⁰⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4ª edição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 229.

¹⁰⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4ª edição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 230.

ROXIN, por seu turno, ao tratar da diferença entre bem jurídico e objeto da norma, esclarece¹⁰⁹:

O bem jurídico deve distinguir-se do objeto concreto da ação. Assim, por exemplo, na falsidade documental (§ 267), o bem jurídico protegido é a pureza do tráfico probatório, mas o objeto da ação é o documento falsificado no caso concreto. O objeto da ação no furto é a coisa alheia subtraída. As vezes, objeto da ação e bem jurídico parecem coincidir, como nos delitos de homicídio, em que a vida humana é tanto o objeto da agressão como o bem jurídico protegido. Mas isso só é assim aparentemente, pois o objeto da ação é a pessoa concreta cuja vida individual é agredida, enquanto o bem jurídico protegido é a vida humana como tal. Bem jurídico, portanto, é o bem ideal que se incorpora no objeto concreto de ataque, e só pode ser lesionado com dano aos respectivos objetos individuais da ação.

Isto posto, é importante refletir a respeito de qual o bem jurídico protegido pelo crime de corrupção passiva e qual a função do tipo penal previsto no artigo 317 do Código Penal, já que tais conceitos são próximos, mas não coincidentes, da mesma forma que não se confundem com o objeto da ação. Essa concepção tem um efeito direto no entendimento de qual seria o bem jurídico tutelado pelo tipo penal e, portanto, se esse bem jurídico é potencialmente lesado pelo candidato ou não.

Sobre isso, segundo TEIXEIRA e GRECO, a discussão em torno da corrupção com frequência se foca excessivamente no debate acerca do bem jurídico tutelado pelo delito em questão. Contudo, o seu desvalor não parece estar relacionado à lesão que a corrupção provoca na Administração Pública, ou na relação do indivíduo com a Administração Pública. Se assim fosse, delitos como o de concussão teriam pena mais severa que o do crime previsto no art. 317

¹⁰⁹ No original: *El bien jurídico debe distinguirse del concreto objeto de la acción. Así p.ej., en la falsedad documental (§ 267) el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio, pero el objeto de la acción es el documento falsificado en el caso concreto. El objeto de la acción en el hurto es la cosa ajena sustraída. A veces parecen coincidir objeto de la acción y bien jurídico, como en los delitos de homicidio, en que la vida humana es tanto el objeto de la agresión como el bien jurídico protegido. Pero esto sólo es así aparentemente; pues el objeto de la acción es la persona concreta cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal. Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción. In: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo I. Madrid: Civitas, 1997, pp. 62-63.*

do Código Penal, o que não é o caso. Assim sendo, seria um erro concentrar o debate na questão do bem jurídico, que é, nesse cenário, apenas acessória¹¹⁰.

Sob essa perspectiva, a análise do bem jurídico tutelado deve ser feita à luz do entendimento de que esse não é o principal fator determinante da discussão acerca do desvalor da corrupção, embora seja importante investigar o que exatamente é protegido pelo art. 317 do Código Penal e quais seus reflexos na questão do candidato.

A respeito da diferença entre bem jurídico e função da norma, BECHARA afirma que “a delimitação do conteúdo do delito passa (...), em primeiro lugar, pela precisão do bem jurídico que justifica a norma”¹¹¹. Isso não se opõe à colocação anterior feita por TEIXEIRA e GRECO. O bem jurídico de fato não define o desvalor do tipo penal previsto pelo artigo 317 do Código Penal em toda sua complexidade, que vai além do conteúdo daquele. No entanto, estudá-lo é fundamental para que se entenda quais os limites do delito de corrupção passiva, objetivo central do trabalho¹¹². Em outras palavras, é necessário compreender o que se tutela e qual a função da norma que tutela. O bem jurídico na corrupção passiva não é a questão principal em torno do tema, mas isso não o torna supérfluo, sendo fundamental a sua análise.

No caso do crime de corrupção passiva, a função da norma é proteger a Administração Pública. É necessário proteger o regular e escoreito funcionamento das atividades do Estado. No entanto, essa facilidade com relação à identificação da função não se reflete na questão do bem jurídico penal.

Feita essa introdução quanto à teoria do bem jurídico e tratando a respeito do caso específico da corrupção passiva, RUIVO indica que a tarefa de apontar qual seria o bem jurídico tutelado é complexa, em parte em razão da utilização de conceitos amplos e vagos¹¹³. Por essa razão, antes de iniciar uma tentativa de delimitação do bem jurídico protegido pelo tipo, faz-se necessário, em primeiro lugar, esclarecer de forma breve qual o conceito de Administração

¹¹⁰ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 25.

¹¹¹ BECHARA, Ana Elisa Silva Liberatore. *Bem Jurídico Penal*. Quartier Latin: São Paulo, p. 147.

¹¹² BECHARA, Ana Elisa Silva Liberatore. *Bem Jurídico Penal*. Quartier Latin: São Paulo, p. 147.

¹¹³ RUIVO, Marcelo Almeida. O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 25, 1/4, jan./dez. 2015, p. 265.

Pública é empregado nesse contexto. Dizer simplesmente que o crime de corrupção passiva protege a Administração Pública, sem maiores explicações, seria, além de uma confusão entre bem jurídico e função, como visto, esvaziar a afirmação de qualquer significado. Isto porque a própria noção de Administração Pública não é tão intuitiva quanto se poderia, à primeira vista, pensar. Sobre isso, afirma SOUZA¹¹⁴:

(...) exsurtem imediatamente inquietantes e fundamentais perguntas relativas ao que se entende exatamente por administração pública, por funcionário público, por serviço público, por bens do Estado, dentre outras, para fins de se perseguir quanto à legitimidade e à eficácia da incidência penal na hipótese. Dessa maneira, ao se pretender proteger a administração pública, naturalmente, a premissa básica é a preliminar identificação e delineamento de seus entornos.

O autor então resgata conceitos típicos do Direito Administrativo na tentativa de limitar, no âmbito jurídico penal, qual seria o conceito mais adequado de Administração Pública. Na sequência, conclui que a expressão não pode abranger, para a finalidade da lei penal, apenas a pessoa jurídica da Administração ou mesmo apenas os órgãos que exercem a função do Poder Executivo, por razões evidentes. Não se poderia admitir, sob o ponto de vista político-criminal, que os membros do Poder Judiciário ou do Legislativo não respondessem por crimes contra a Administração Pública, como por exemplo a corrupção passiva. Conclui-se a partir daí que um conceito de Administração Pública viável para tratarmos dos crimes assim denominados pelo Código Penal pátrio não pode se restringir à atividade administrativa. Por isso, em que pese se procurem respostas para questões referentes aos crimes contra a Administração Pública no Direito Administrativo, ele está sempre ligado a uma concepção mais ou menos limitada¹¹⁵.

Dessa reflexão feita por SOUZA, entende-se que, quando se fala em crime contra a Administração Pública, em matéria penal, é um erro compreender isso como atividades administrativas. Deve-se, na verdade, entender o conceito de maneira mais ampla, abarcando inclusive atividades do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, e não apenas do Poder Executivo como a gênese administrativa nos levaria a pensar.

¹¹⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 49.

¹¹⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, pp. 51-55.

Ainda sobre essa mesma temática, COSTA JÚNIOR indica que, para fins penais, é preciso considerar que pouco importa qual o tipo de atividade estatal de que se trata. Quer seja ela legislativa, administrativa, jurisdicional ou governamental, o cerne da questão é, para o autor, de forma semelhante ao que aponta SOUZA, assegurar a tutela da atividade global do Estado¹¹⁶.

Isto posto, passa-se a discutir qual o bem jurídico protegido nos crimes chamados “contra a Administração Pública” e, conseqüentemente, no crime de corrupção passiva. Parte-se do pressuposto explicitado por TAVARES de que bem jurídico e função são conceitos diversos. De acordo com a separação proposta e referida anteriormente, pode-se dizer que o que se protege na norma no caso em estudo é a relação do indivíduo com a Administração Pública e não a Administração Pública por si só. Ainda, considerar a Administração Pública por si como um ente passível de proteção tira o indivíduo do foco da lei penal, abrindo a possibilidade de um viés autoritário ao inverter as prioridades¹¹⁷. É a Administração Pública que serve o indivíduo, não o oposto. Nas palavras de GRECO e TEIXEIRA, “o Estado e seus desdobramentos existem ‘a serviço do ser humano’ (*ist um des Menschen willen da*)”¹¹⁸.

Com isso em mente, surgem algumas possibilidades de qual seria o bem jurídico tutelado pelo artigo 317 do Código Penal pátrio¹¹⁹. RUIVO levanta as seguintes hipóteses: (i) dignidade e prestígio da Administração Pública; (ii) moralidade, probidade da administração e integridade dos funcionários; (iii) transparência da Administração ou do Estado; (iv) confiança na Administração no geral ou na incorruptibilidade do funcionário público; (v) o funcionamento regular da administração; ou, ainda, (vi) a pureza da vontade estatal, decisões governamentais ou autonomia intencional da Administração ou do Estado¹²⁰.

¹¹⁶ COSTA JÚNIOR., Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2007, pp. 956-957.

¹¹⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 87.

¹¹⁸ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 29.

¹¹⁹ Mencione-se ainda que há quem defenda a inexistência de um bem jurídico tutelado, posicionando-se pela desnecessidade de sua tipificação. Cf. OLAIZOLA NOGALES, Inés. *La Financiación ilegal de los partidos políticos: um foco de corrupción*. Valência: Tirant lo Blanch, 2014, p. 27.

¹²⁰ RUIVO, Marcelo Almeida. O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 25, 1/4, p. 263-283., jan./dez. 2015.

A doutrina brasileira historicamente traz, em seus comentários ao tipo penal do artigo 317, menções que mesclam algumas dessas hipóteses. Por exemplo, ao tratar do bem jurídico tutelado nos crimes contra a Administração Pública, HUNGRIA fala em proteção do prestígio, incolumidade, normalidade funcional da Administração¹²¹, abordando, portanto, tanto a questão da moralidade quanto do funcionamento regular. PRADO, por sua vez, diz que o tipo previsto no artigo 317 “(...) tem como escopo proteger o interesse atinente ao correto funcionamento, transparência e prestígio da Administração Pública (...)”¹²²⁻¹²³, sendo possível identificar três das possibilidades indicadas por RUIVO e que, embora se aproximem, não se confundem. Numa linha semelhante, também ROSA¹²⁴ aparece como defensor da moralidade enquanto bem jurídico.

Tal entendimento, no entanto, é incorreto, vez que inculir no direito penal noções de moralidade contribuiria justamente para o problema apontado por RUIVO de excessiva amplitude e subjetividade, podendo, em alguma medida, representar uma lesão ao princípio da legalidade¹²⁵. Ademais, ainda quanto à ideia de moralidade como possível bem jurídico tutelado, retoma-se a lição de ROXIN, que afasta a moralidade da discussão do bem jurídico, uma vez que a própria dualidade moral/imoral cria conflitos sociais desnecessários¹²⁶. A tutela da moralidade não deve encontrar espaço na esfera penal porque não coaduna com a objetividade que ela exige.

¹²¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Volume IX: Arts. 250 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 314.

¹²² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, volume 3: parte especial*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 578.

¹²³ Importante destacar que tal visão não é unânime. Nesse sentido, SOUZA, por exemplo, diz que “ilegítimos os entendimentos atrelados à noção de pureza ou retidão da administração, as quais ostentam, ainda, uma visão moralista de um mecanismo político e jurídico que serve à sociedade”. In SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 88.

¹²⁴ ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 871.

¹²⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 83.

¹²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 56.

Com relação à dignidade e a probidade da administração, crítica semelhante pode ser elaborada, vez que se trata de conceitos demasiadamente abertos e que não figuram como limitadores da incidência penal.

Outra possibilidade seria indicar a transparência da Administração Pública como objeto da norma. No entanto, em que pese a importância da transparência nas atividades públicas, entende-se que a transparência, em si, não é o cerne da questão, e sim que uma característica secundária do bem jurídico protegido.

Quanto à pureza da vontade estatal, tal conceito parece colocar como centro da norma não o indivíduo, mas a Administração em si. A expressão pureza também denota uma carga valorativa semelhante à da moralidade, que não encontra espaço numa lógica limitadora da incidência penal. No mais, tendo em vista que nem sempre a corrupção passiva virá acompanhada de um ato de ofício do funcionário público, a vontade estatal não será necessariamente falseada. Essa mesma ideia de pureza também aparece sob o signo da imparcialidade da vontade estatal, defendida por CABRERA, que argumenta pela necessidade de uma Administração Pública que garanta condições de igualdade entre os administrados¹²⁷. Também nesse sentido se posiciona OLAIZOLA NOGALES¹²⁸. A essa ideia, podem ser tecidas as mesmas críticas feitas à pureza da vontade estatal.

O regular funcionamento das atividades públicas, ou seja, a normalidade na Administração, por sua vez, é a ideia defendida por SOUZA enquanto “tarefas (...) voltadas à satisfação das necessidades essenciais da sociedade”¹²⁹⁻¹³⁰. No entanto, a expressão “regular funcionamento”, por si só, ainda que sob um ponto de vista de satisfação das necessidades

¹²⁷ CABRERA, Marta Fernández. *Corrupción en la función pública*. Tirant lo Blanch: Valência, 2018, pp. 77-79.

¹²⁸ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 89.

¹²⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 90

¹³⁰ Com relação às demais variações do regular funcionamento da administração pública indicadas por SOUZA quais sejam, a confiança na Administração, a imparcialidade no desempenho das atividades públicas e a eficiência da administração, é interessante tecer um breve comentário com relação às duas últimas. Se está de acordo com a ideia de que a imparcialidade da administração não pode ser apontada como bem jurídico tutelado, vez que não necessariamente esta será lesada nos delitos contra a Administração, bem como também se entende que, da mesma forma, a eficiência não pode ocupar esse posto, já que não é imperioso que haja ineficiência para que haja lesão. In SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, pp. 88-91.

sociais previstas pela Constituição, parece estar mais próximo da ideia de função da norma do que de bem jurídico. Isso porque “funcionamento” remete à ideia de cotidiano da máquina estatal e todos os seus efeitos práticos, embora esse seja apenas o substrato sob o qual a norma age.

Esses quatro cenários, quer se fale em dignidade, probidade ou transparência da Administração Pública, pureza da vontade estatal ou regular funcionamento das atividades públicas, centram o bem jurídico em questão na própria Administração, e não em seu titular, que é a coletividade. Isso, conforme referencial estabelecido, não se coaduna com a teoria pessoal do bem jurídico defendida por HASSEMER, cuja concepção tem como figura central a pessoa humana¹³¹.

Na sequência, tem-se o posicionamento de que a confiança na Administração seja o verdadeiro bem tutelado. Trata-se da possibilidade de que a Administração Pública em si não seja o objeto de tutela da norma, e sim a maneira como a Administração Pública é vista, isto é, sua imagem e sua confiabilidade.

A linha que defende a confiança é endossada por FARIA, que indica um interesse universal residente na credibilidade da Administração Pública perante os indivíduos da sociedade¹³². A falta de segurança no Poder Público enfraquece a própria democracia na medida em que os atos por ele praticados deixam de gozar da confiança do povo e passam a ter sua legitimidade questionada. Tais reflexos aparecem de maneira cristalina numa breve análise do panorama político do Brasil recente. Nos últimos anos, diversos foram os impactos democráticos que, entre outros fatores, surgiram como um desdobramento direto da visão generalizada por parte da sociedade de que o Estado brasileiro é, essencialmente, corrompido.

Essa visão ganha reforço quando se percebe a corrupção como um elemento responsável pela severa crise que as instituições democráticas hoje enfrentam, vez que é um fator decisivo para a desconfiança generalizada que a sociedade nutre com relação a elas. Sobre isso, tem-se em MOISÉS que esse descrédito gera um afastamento dos indivíduos do Estado como um todo,

¹³¹ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. (eds.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 92.

¹³² FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro: parte V*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943, p. 512.

tornando-se um óbice inclusive à obediência da lei¹³³. Complementarmente, afirma ainda que “a existência da corrupção e a sua aceitação por partes da população afetam a qualidade da democracia existente no Brasil”¹³⁴.

Percebe-se a partir desses apontamentos que a corrupção política afeta a democracia de maneira complexa. Ela a descredibiliza perante os cidadãos, distanciando-os do processo democrático e, dessa maneira, torna-a mais frágil.

Sob essa perspectiva, a confiabilidade do sujeito na Administração seria, em tese, o bem jurídico protegido. A função da norma, por sua vez, seria proteger o regular funcionamento da Administração Pública. Dito de outra forma, não se pode falar em crime contra a Administração Pública que não possua repercussão na vida da pessoa humana, uma vez que o bem jurídico deve ser sempre do próprio indivíduo¹³⁵.

Assim sendo, entende-se que o regular funcionamento da Administração é, de fato, a função da norma. No entanto, o cerne – ou o bem jurídico – aparenta ser algo diverso da confiança propriamente dita.

Embora atenda ao requisito de centralidade no ser humano, a ideia de confiança é, de maneira inaceitável, exageradamente abrangente para que possa ser aceita como o bem jurídico protegido nos crimes, vez que não poderia jamais cumprir o papel limitante da vontade estatal que ROXIN confia à teoria do bem jurídico. Não é outro o entendimento de COSTA, que, a respeito da confiança, diz¹³⁶:

se trata de sentimento subjetivo, extremamente indeterminado e vago, que não pode ser tido como elemento essencial para o desenvolvimento da pessoa. Essa concepção torna inútil a ideia de bem jurídico, que nada limita.

¹³³ MOISÉS, José Álvaro. A desconfiança nas instituições democráticas. *Opinião Pública*, Campinas, Vol. XI, nº 1, Março, 2005, p. 33.

¹³⁴ MOISÉS, José Álvaro. A corrupção afeta a qualidade da democracia? *Em Debate*, Belo Horizonte, v.2, n.5, p.27-37, mai. 2010, p. 35.

¹³⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4ª edição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 216-218.

¹³⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 104.

Nesse sentido, se está de acordo com SOUZA, que identifica a confiança da sociedade no correto funcionamento da Administração como sendo um desdobramento do regular funcionamento da Administração Pública, mas descarta a ideia de confiança sob o argumento de que adotá-lo seria endossar uma visão funcionalista sistêmica¹³⁷. Embora tentador, o Direito Penal não pode recorrer, como aponta HÖRNLE, à tutela exclusiva de sentimentos¹³⁸, bem como não se pode apoiar a norma penal num mero e puro simbolismo¹³⁹. Isso é suficiente para impedir que a confiança na Administração seja, por si só, o bem jurídico tutelado pela norma, uma vez que não se busca legitimar a lei penal posta. A confiança isoladamente não atende à finalidade limitante que é a razão de ser da teoria do bem jurídico.

No mais, a noção de confiança enquanto *ratio essendi* da norma protetiva está muito próxima da perspectiva funcionalista normativista, em que a função das expectativas de comportamento produzidas pelo Direito é garantir a confiança social, atuando como instrumento de estabilização¹⁴⁰.

Contudo, essa conclusão não significa que a ideia de confiabilidade possa ser totalmente descartada. Ela tem relação estreita com a própria existência da Administração, sendo elemento essencial para que o Estado Democrático de Direito possa funcionar de maneira regular. Trata-se de um pilar no funcionamento de uma democracia. Assim sendo, a confiabilidade dos indivíduos no Estado e suas instituições parece estar inserida num cenário maior, que se optou aqui por chamar de função da Administração Pública perante a sociedade, em ideia semelhante à defendida por SOUZA, mas voltada à subserviência da Administração aos indivíduos. Não é a sua funcionalidade em si que é o bem jurídico, mas a função estrutural e garantidora que a

¹³⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 88.

¹³⁸ HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos em el STGB. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. (eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 382-399.

¹³⁹ HASSEMER fala do conceito de simbolismo e da confusão terminológica que o cerca ao dizer que existe uma oposição entre realidade e aparência. Simbólico, no contexto do Direito Penal, se associa a uma ideia de engano. É preciso, no entanto, utilizar com cuidado a expressão pois, como explica o autor, diversas são as possibilidades de manifestação simbólica no Direito Penal. A cautela se faz necessária quando se trata de um uso puramente simbólico. Cf. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana*, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36, set./dez., 1991.

¹⁴⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. El funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. *Revista de derecho penal y criminología: Espanha, Madrid*, 2ª época, n. 15, p. 197-220, jan.. 2005, pp. 199-200.

Administração exerce na democracia. A confiança é, portanto, apenas parte desse contexto¹⁴¹. Outra não é a opinião de KINDHÄUSER ao dizer que “a confiança da opinião pública é apenas um reflexo da proteção da capacidade de funcionamento da Administração Pública”¹⁴².

De forma complementar a HASSEMER, TAVARES afirma que dentro da noção de bem jurídico podem ser incluídos não apenas os bens nitidamente pessoais como também os “bens individuais que se projetam para além da pessoa e se inserem como de interesse geral”¹⁴³. Entre esses bens de interesse geral, TAVARES cita como um deles a própria Administração Pública. No entanto, isso não se confunde com uma tutela da probidade, moralidade, transparência, pureza ou funcionalidade das atividades. Isso porque não se está falando da Administração *per se*, mas no reflexo que tudo isso tem na vida dos indivíduos. Ela exerce uma função estrutural, organizacional, norteadora e garantidora de direitos e é a integridade dessa função que está sob ataque ou perigo de ataque quando é cometido um crime contra a Administração.

É preciso cuidado para não confundir a funcionalidade das atividades estatais com a função que a Administração Pública exerce na sociedade¹⁴⁴. No primeiro caso, se está a falar do substrato da norma. No segundo, se trata do papel e do lugar que a Administração ocupa perante os sujeitos de direito. É essa projeção para o indivíduo que se tutela. Dentro dessa relação, a confiança é, de fato, elemento fundamental, mas faz parte do todo da relação. O Estado tem uma importância prática na vida de seus cidadãos, estando presente das mais diversas maneiras. É preciso assegurar que essa função seja exercida de forma esmerada, para proteger as garantias individuais e coletivas do indivíduo. Por isso, a transferência de enfoque da funcionalidade para

¹⁴¹ Não é outra a opinião de CARDOSO ao afirmar, sobre a integridade da função da Administração Pública, que “(...) não se afasta muito dessa ideia quando se fala em confiança pública no correto funcionamento da Administração. Neste último caso, o inconveniente que vejo é que tal enfoque pode ser interpretado como a introdução de um referencial subjetivo”. In CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 24

¹⁴² KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción em el Código Penal alemán. *Política criminal*, n.3, 2007, p. 9.

¹⁴³ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018, p. 97.

¹⁴⁴ A título de exemplo, percebe-se essa confusão terminológica em GIL LAVEDRA, que intercambia as expressões função e funcionalidade da Administração Pública, tratando-as como sinônimos. Esse tratamento é incorreto, pois equipara fenômenos distintos. Cf. GIL LAVEDRA, Ricardo R. Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p. 707-717, 1982.

a função não é mera retórica, mas um espelho do entendimento de que o bem jurídico é sempre pessoal.

Ainda, se percebe a função da Administração perante o indivíduo como um bem jurídico válido também a partir de uma perspectiva constitucional do tema¹⁴⁵, pois se trata de proteção às necessidades essenciais da sociedade¹⁴⁶ e cuja previsão permeia o texto constitucional de diversas formas. A Administração Pública é que garante a concreção do direito à saúde, do direito à liberdade, do direito à educação e de todos os demais. Mesmo que não haja mácula ao funcionamento da Administração, sua função ainda estará comprometida, pois a instrumentalização de seus propósitos faz com que seu sentido seja desvirtuado¹⁴⁷.

Não obstante, tal posição pode ser objeto de críticas pela doutrina, como o faz CABRERA, que opina no sentido de que a função da Administração Pública é apenas o contexto em que ocorre o delito, sendo tão somente um ponto de partida para que se possa identificar o objeto de proteção¹⁴⁸. Aqui novamente há uma confusão entre bem jurídico e função da norma. Quando se fala em integridade da função da Administração, não se está a tratar da funcionalidade dela, mas sim no papel que ela representa na sociedade.

Por essas razões, entende-se a integridade da função da Administração Pública, à luz das necessidades sociais, como o bem jurídico tutelado pela norma. Já a finalidade do artigo 317 é o correto funcionamento da Administração Pública. Essa também é a posição de CARDOSO, que sustenta¹⁴⁹:

¹⁴⁵ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. (eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 92.

¹⁴⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 90.

¹⁴⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, pp. 89-91.

¹⁴⁸ CABRERA, Marta Fernández. *Corrupción en la función pública*. Tirant lo Blanch: Valência, 2018, pp. 74-75.

¹⁴⁹ No original: (...) *estimo que la finalidad político-criminal que preside este delito (coincidente, pues, com el bien jurídico protegido por el sistema sancionador em este ámbito, es decir, la finalidad político-sancionadora) es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y el bien jurídico-penal protegido es la integridad de la función pública. (...) De resultas, no defiendo la integridad de la Administración como institución, como organización, sino la integridad em la gestión, en el ejercicio real y material de la actividad administrativa, de la función pública, entendida como deber correlativo al derecho de la ciudadanía a relacionarse con la*

(...) entendo que a finalidade político-criminal que preside este delito (coincidente, pois, com o bem jurídico protegido pelo sistema sancionador neste âmbito, ou seja, a finalidade político-sancionadora) é o correto funcionamento da Administração Pública, e o bem jurídico protegido é a integridade da função pública. (...) Como resultado, não defendo a integridade da Administração como instituição, como organização, senão a integridade na gestão, no exercício real e material da atividade administrativa, da função pública, entendida como dever correlato ao direito dos cidadãos de se relacionarem com a Administração e receber dela as correspondentes prestações.

Trata-se de bem jurídico supraindividual, referente a uma estrutura básica ao sistema social. Isso significa que sua afetação acontece principalmente por uma reiteração generalizada de condutas, não por ações individuais. Isso reforça a caracterização do tipo que a protege como um delito de perigo abstrato¹⁵⁰.

Adotando-se a ideia de que a integridade da função da Administração Pública é, portanto, o bem jurídico pelo delito do artigo 317¹⁵¹, e uma vez esclarecida a complexidade e abrangência do próprio conceito de Administração Pública, surge a necessidade de relacionar essa questão ao caso do candidato a cargo eletivo que aqui se discute. Em algum – ou todos – os cenários apresentados, o candidato que aceita vantagem indevida no curso da campanha fere o bem jurídico tutelado pela norma? Ou, dito de outra forma: a conduta do candidato nesse cenário é materialmente típica? Ainda, é possível formular a mesma questão da seguinte maneira (que, contudo, será tratada apenas mais adiante, quando do debate a respeito do momento de consumação do crime): em que momento exatamente se dá a lesão ao bem jurídico ou sua colocação a perigo? Quando o candidato é eleito ou quando ele aceita a vantagem indevida?

Administración y recibir de ella las correspondientes prestaciones. In: CARDOSO, Fernando Navarro. El cohecho em consideración al cargo o función. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, pp. 22-31.

¹⁵⁰ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 62-63.

¹⁵¹ Essa conclusão se aplica, a princípio, apenas para o crime do artigo 317 do Código Penal, pois não seria possível, nesse momento, estender o bem jurídico integridade da função pública para os demais delitos do Título IX, sem que se fizesse uma análise detalhada dos demais tipos penais. Isso iria contra o próprio propósito limitador da teoria do bem jurídico, que se destina a mais que uma simples sistematização dos delitos. Cf. CABRERA, Marta Fernández. *Corrupción en la función pública*. Tirant lo Blanch: Valência, 2018, pp. 73-74.

2.2 SUJEITOS DO DELITO E O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Outro elemento a ser estudado no presente capítulo e que terá reflexos nos cenários discutidos mais adiante é o conceito de funcionário público para fins de Direito Penal brasileiro. Para tal, o centro da análise deste tópico residirá no artigo 327 do Código pátrio¹⁵², que visa esclarecer o conceito do ponto de vista penal, que não coincide com o viés administrativo.

Não se pretende aqui elaborar uma distinção detalhada a respeito dos conceitos do Direito Administrativo. Para o objetivo ao qual este trabalho se dedica, bastará esclarecer que a definição penal de funcionário público é consideravelmente mais ampla, vez que abrange, em verdade, a ideia de agente público, e não de servidor público¹⁵³⁻¹⁵⁴.

Nesse ponto, SCALCON lembra que o estudo da condição de funcionário público não desponta, historicamente, como uma prioridade da doutrina, muito mais focada nos crimes em si do que nos sujeitos ativos desses delitos. Contudo, o conceito de funcionário público é porta de entrada para que se definam as agressões internas contra a Administração Pública¹⁵⁵.

Sob esse aspecto, esclarecer o conceito de funcionário previsto no artigo 327 é essencial para a questão do candidato da qual se pretende tratar. A indagação pode ser formulada da seguinte maneira: o mero candidato pode ser interpretado como funcionário público para fins penais? Ele só será funcionário público se eleito e empossado?

¹⁵²Art. 327 - *Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.*

§ 1º - *Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.*

§ 2º - *A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.*

¹⁵³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, pp. 67-68.

¹⁵⁴ Da mesma forma, também não se pretende detalhar os problemas referentes à redação do artigo 327 do Código Penal, que, de fato, exige uma reformulação de sua redação, já ultrapassada, vez que tal discussão se aplica apenas tangencialmente à questão do candidato. Sobre esse assunto: SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, pp. 180-186.

¹⁵⁵ SCALCON, Raquel Lima. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (artigo 327, *caput*, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 111-145, jan./mar., 2019, pp. 111-112.

Num primeiro momento, parece evidente que, aos olhos do Direito Penal, o candidato não pode ser considerado funcionário público. Isto porque o agente não exerce, quando é tão somente um candidato, uma função pública. Ao longo da campanha, um candidato a cargo político no Poder Executivo nada mais é que um particular que almeja exercer uma função pública. O que, obviamente, não significa que o sujeito ativo da conduta não poderá, eventualmente, tornar-se funcionário público, momento em que, hipoteticamente, se dará o ato de ofício, determinado ou não, praticado em contrapartida à vantagem indevida recebida no curso da campanha.

A doutrina é unânime em afirmar que apenas pode ser sujeito ativo do crime de corrupção passiva o funcionário público¹⁵⁶, definido pelo artigo 327 como aquele que “embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Assim, é à luz dessa definição que deve ser interpretado o artigo 317, cuja autoria se dá a partir da violação de um dever do qual o funcionário público figura como titular. Isso se dá porque ele é responsável pelo bem jurídico tutelado¹⁵⁷, aqui entendido como a função que a Administração Pública exerce perante a sociedade. SCALCON afirma ainda que só quem possui essa responsabilidade pode responder pela corrupção passiva, pois é ela que garante seu acesso ao bem jurídico protegido¹⁵⁸, uma vez que o crime é privativo de funcionário público.

A respeito do conceito de funcionário público no direito espanhol, OLAIZOLA NOGALES aponta que dois são os elementos a se considerar: o modo de incorporação à atividade pública – disposição imediata de lei, eleição ou nomeação – e o exercício das funções públicas. Sobre esse último, entende que função pública se distingue da função privada por um critério não apenas objetivo – ou seja, aquela praticada por um funcionário –, mas também por um critério subjetivo e por um critério teleológico. A função pública é aquela praticada por ente

¹⁵⁶ Nesse sentido, a título de exemplo: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial, vol. IV. Niterói: Impetus, 2009, p. 415; STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira, *In*: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 1466-1468.

¹⁵⁷ SCALCON, Raquel Lima. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (artigo 327, *caput*, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 111-145, jan./mar., 2019, pp. 117-118.

¹⁵⁸ SCALCON, Raquel Lima. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (artigo 327, *caput*, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 111-145, jan./mar., 2019, p. 119.

público, mediante ato de direito submetido ao Direito Público, que persegue fins públicos¹⁵⁹. Por isso, não basta ser funcionário público. É necessário que haja o exercício da função. Caso se trate de funcionário público praticando função privada, não há que se falar em corrupção passiva.

Essa reflexão é interessante para que se possa entender qual o conteúdo semântico que o artigo 327 do Código Penal brasileiro busca apresentar. A partir desse entendimento formal e material de seu conteúdo é que se pode aplicar corretamente um critério apto a definir quem pode ou não cometer crimes contra a Administração Pública praticados por seus funcionários.

Todavia, o referido artigo 317 faz uma ressalva apta a provocar confusão na interpretação do tipo, como mais adiante se verá. Na corrupção passiva, menciona-se a possibilidade de a vantagem indevida ser solicitada ou recebida fora da função ou antes de assumi-la, desde que o fato delitivo ocorra em razão dela. Sobre isso, STOCO e STOCO opinam pela existência do delito ainda que previamente ao exercício da função pública¹⁶⁰. Adotando um entendimento similar, seria possível que o candidato que recebesse vantagem indevida no curso da eleição e, posteriormente, fosse eleito e tomasse posse, incorresse no delito de corrupção passiva, vez que passaria então a se revestir do cargo de funcionário público, tendo aceito tal vantagem em razão dessa expectativa?

MIRABETE parece concordar com a hipótese que um recebimento de vantagem indevida antes da assunção da função pública caracteriza corrupção passiva, desde que, ressalta, se esteja a falar de um recebimento em razão de ato de ofício a ser praticado posteriormente, quando o sujeito estivesse revestido das características exigidas pelo artigo 327¹⁶¹. FARIA, por sua vez, discorda da possibilidade aventada e afirma expressamente que “faltando essa qualidade [de funcionário público] ou não se tratando de pessoa já nomeada, ao praticar o dito ato, mas antes de assumir a função, não haverá corrupção, mas outra figura delituosa,

¹⁵⁹ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 132-139.

¹⁶⁰ STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 1466-1468.

¹⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 94-104, out./dez., 1993, pp. 99-100.

possivelmente – o estelionato”¹⁶². Essa visão, que será retomada posteriormente, guarda íntima relação com o cenário do candidato, sendo possível depreender que a posição de FARIA seria contrária à caracterização da conduta do candidato como corrupção passiva, mesmo que ele viesse a ser eleito.

Essa é, portanto, a principal questão em torno do conceito de funcionário público, sujeito ativo do delito, trazido pelo Código Penal em seu artigo 327 para fins do objeto de estudo deste trabalho. Se o agente se torna funcionário público – e, portanto, capaz de ser sujeito ativo do delito de corrupção passiva – após o recebimento da vantagem indevida, ele incorre no artigo 317, tendo em vista a própria redação do artigo, que fala em “antes de assumir” o cargo? Tal problemática guarda estreita relação com a discussão a respeito do momento de consumação do delito, que se verá no tópico seguinte.

Com relação ao sujeito passivo do delito, isto é, a vítima, este pode ser identificado como o próprio Estado enquanto figura representativa Administração Pública lesada¹⁶³, seja na forma da União, dos Estados-membros, dos Municípios ou pelos demais entes mencionados no §1º do artigo 327¹⁶⁴.

2.3 TIPO OBJETIVO E SEUS ELEMENTOS NO ARTIGO 317 EM ABSTRATO

Define-se o elemento objetivo de um tipo penal como “os dados que não dependam, para sua existência, da vontade do agente”¹⁶⁵. Tais elementos são subdivididos em normativos e descritivos, não sendo o objetivo deste trabalho elaborar de maneira profunda as diferenças entre eles, muito mais complexas do que se imagina à primeira vista.

Ademais da figura do agente público, já analisada anteriormente em tópico próprio, estudar-se-ão aqui a vantagem indevida, o exercício da função pública e o ato de ofício, vez que

¹⁶² FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro*: parte V. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943, p. 515.

¹⁶³ COSTA Jr., Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2007, p. 991.

¹⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, volume 3*: parte especial. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 580.

¹⁶⁵ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. 1ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 181.

são os pontos mais relevantes para o debate em torno da figura do candidato a cargo eletivo, por razões que serão esclarecidas ao longo do trabalho.

2.3.1 A vantagem indevida

O primeiro elemento objetivo a ser estudado com maior profundidade é a vantagem indevida exigida pelo tipo penal para que esteja configurado o crime de corrupção passiva. Isto por duas razões. Primeiro, pela sua importância para os delitos de corrupção como um todo. Em segundo lugar, porque, embora também aqui haja inicialmente um impulso em subestimar a complexidade da expressão, há muito o que compreender. O que seria, afinal, uma vantagem? E de que maneira pode ela ser indevida?

Com relação ao primeiro ponto, GRECO e TEIXEIRA, afirmam taxativamente que a vantagem é o “principal elemento constitutivo” do delito de corrupção. Com isso, querem dizer que a corrupção é, em seu âmago, a confusão entre o público e o privado. Assim, o servidor que aceita vantagem do particular e vincula isso à função que exerce está, essencialmente, afetando equilíbrio entre a esfera pública e a esfera privada¹⁶⁶. Por isso, é possível afirmar que a vantagem indevida é um elemento primordial para a compreensão não apenas da corrupção passiva, mas da corrupção ativa ou mesmo da corrupção privada. É curioso, ainda, perceber como a visão externada por GRECO e TEIXEIRA se relaciona com a já abordada questão do bem jurídico. O resultado da conduta corrupta, como por eles pontuado, é o desequilíbrio entre as esferas pública e privada.

Entende-se por vantagem indevida o “benefício ou proveito contrário ao Direito”¹⁶⁷. Se a vantagem é devida, isto é, se está de acordo com o Direito, obviamente não há que se falar em corrupção. Não apenas não haverá tipicidade objetiva, vez que ausente a qualidade de indevida,

¹⁶⁶ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 28.

¹⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, volume 3: parte especial*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 580.

mas, refletindo sobre o próprio *telos* da norma, não há razão de ser para a criminalização de tal conduta, que é permitida pelo próprio ordenamento.

No mais, adota-se aqui o entendimento de que a vantagem solicitada ou recebida não deve, necessariamente, ser patrimonial¹⁶⁸⁻¹⁶⁹. No entanto, é imperioso que tal vantagem seja relevante. Por isso, independentemente de a vantagem ter natureza econômica ou qualquer outra, não será possível falar em vantagem indevida insignificante¹⁷⁰. Isso enseja extensa reflexão sobre presentes natalinos oferecidos por particulares a servidores, entre outros pequenos regalos que, sob um ângulo estritamente objetivo, poderiam configurar vantagem indevida oferecida em razão de função exercida por agente público. Embora essa discussão não guarde muita relação com a corrupção política aqui em xeque, é interessante falar que a grande responsável por afastar a tipicidade nesses casos é a adequação social¹⁷¹. O ato de presentear funcionários públicos dentro dos limites legais é socialmente adequado. Oferecer valores para que um futuro representante político aja de determinada maneira, por outro lado, não o é¹⁷².

Por fim, como se verá de maneira mais aprofundada no capítulo seguinte, mais especificamente no item referente à variável da doação de campanha, a vantagem não se torna indevida por sua ilegalidade por si só. A vantagem deve estar relacionada ao tão debatido

¹⁶⁸ Nesse mesmo sentido, FRAGOSO ao dizer que “Outros autores, porém, dão à vantagem aqui um sentido subjetivo, nela reconhecendo qualquer espécie de benefício ou de satisfação de um desejo. Esse conceito amplo remonta, na Alemanha, a *Feuerbach* e é seguido em geral pela jurisprudência e pelos autores modernos. Maurach (“*Lehrbuch*”, §82, IB), por exemplo, afirma que a vantagem pode consistir em benefício imaterial (*Vorteile immaterieller Art*), como a satisfação da vaidade (*Befriedigung der Eitelkeit*) e a prestação de natureza sexual (*Gestattung unzuechtiger Handlungen oder des Beischlafes*). (...) Parece-nos que a vantagem a que a lei se refere não é só a de natureza patrimonial ou material. Nesse sentido também Magalhães Noronha, IV, 346. A ideia fundamental aqui é a de retribuição pelo ato de ofício (*Gegenleistung für die Amtshandlung*), retribuição que o funcionário recebe ou aceita como preço de sua corrupção”. In FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*; Parte Especial, vol. 2, Rio de Janeiro: 1984, p. 419.

¹⁶⁹ Há, no entanto, divergências na doutrina nesse sentido. Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: Volume IX: Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 370; KINDHÄUSER, Urs. *Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción em el Código Penal alemán. Política criminal*, n.3, 2007, p. 6.

¹⁷⁰ COSTA, Helena Regina Lobo. O crime de corrupção passiva e a jurisprudência do STF. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da. *Crônicas franciscanas do Mensalão*: comentários pontuais da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 35-36.

¹⁷¹ SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato Jorge Mello da. (Org.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, pp. 349-250.

¹⁷² CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 121.

exercício da função. Ou seja, ela deve ser a contrapartida oferecida pelo particular dentro do contexto do pacto de injusto. Em outras palavras, o que a torna indevida não é pura e simplesmente sua ilegalidade, mas sim o contexto de instrumento do particular para obter alguma influência relacionada ao exercício da função do agente público.

Assim, a questão da vantagem indevida reverberará de maneira significativa na hipótese do candidato aqui posta. Isto porque guarda estreita relação com a polêmica do “caixa dois”, objeto de infindáveis discussões político-criminais. Em síntese, a dúvida que se mostra é a seguinte: de que maneira – se é que há alguma – a natureza da doação de campanha recebida – de forma oficial ou a título de caixa dois – influencia a caracterização de uma possível corrupção passiva? Digamos que o candidato receba doação eleitoral absolutamente regular, ciente da expectativa do doador de que ele seja, de algum jeito, beneficiado com a eleição. Haveria aí recebimento de vantagem indevida, vez que o recebedor da doação tem ciência de que os valores estão vinculados a um interesse pessoal do doador em ser favorecido futuramente com um ato de ofício qualquer relacionado à função que será exercida pelo candidato se eleito?

2.3.2 O exercício da função e o ato de ofício

Dos recentes debates acerca da corrupção, a questão do ato de ofício talvez seja a que mais enseja controvérsia, principalmente em razão das recentes discussões jurisprudenciais que a tiveram como centro, em especial a Ação Penal n. 470/MG, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Existem duas discussões referentes à contrapartida oferecida pelo agente público e que, por vezes, se confundem e se eclipsam entre si. A primeira e mais popular diz respeito à qualidade do ato de ofício e se o mesmo pode ser indeterminado ou se deve ser identificado. A segunda versa sobre a relação entre a vantagem indevida e o exercício da função pública, razão pela qual o funcionário recebe os valores.

É curioso que o ato de ofício seja tratado como um elemento necessário da análise do tipo penal, já que o *caput* do artigo 317 não o menciona expressamente, como faz o da corrupção

ativa. No entanto, essa omissão é, justamente, o que provoca tanta controvérsia em torno desse aspecto da norma.

Aqui, vale abrir um parêntesis para mencionar que as dúvidas sobre o ato de ofício quando do *caput* do artigo 317 remontam da própria evolução na redação do tipo penal da corrupção passiva. Como visto na evolução histórica do delito, até o Código Penal de 1890 o ato de ofício estava expresso no artigo que previa a conduta. Sua omissão no Código Penal de 1940 não foi suficiente para que ele se tornasse dispensável na análise do tipo. Em realidade, a omissão da expressão “ato de ofício” o torna um objeto ainda mais importante na discussão da corrupção passiva.

Feito este adendo, é importante destacar a conceituação elaborada pela doutrina entre corrupção própria e corrupção imprópria. Na definição de COSTA JÚNIOR, a diferenciação se dá a partir do ato de ofício. Enquanto na imprópria a contrapartida apresentada pelo funcionário público era de fato devida, ou seja, não era, por si só, uma irregularidade, a modalidade própria representa a ideia clássica de corrupção, segundo a qual um agente recebe algo em troca de uma ação indevida¹⁷³. Tal separação, embora não influencie de maneira prática o Direito brasileiro, é interessante para que se possa observar, num primeiro momento, a importância do ato de ofício no crime de corrupção passiva sob outro aspecto.

Ao introduzir a história da corrupção ao longo dos séculos, HUNGRIA relata que, no direito medieval, não era punível a “corrupção imprópria”, ou, em outras palavras, aquela “que não visava a um favor injusto”. Da mesma forma, deixava impune a “corrupção *subsequens*”, consistente no recebimento de recompensa posterior à sentença exarada pelo juiz – ou do benefício concedido pelo agente público¹⁷⁴. Assim sendo, em seus primórdios, apenas a “corrupção própria” era punível. Isto parece ser em razão de uma ideia de desvalor do resultado, e não de desvalor da ação. Atualmente, como se verá a seguir, tanto a corrupção própria quanto a imprópria, bem como a denominada “corrupção *subsequens*” são abarcadas pelo Código Penal brasileiro.

¹⁷³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2007, pp. 988-990.

¹⁷⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Volume IX: Arts. 250 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 366.

Apesar dessa origem que diferenciava os cenários utilizando como critério o resultado delitivo, parte da doutrina atual afirma que a vantagem recebida pelo funcionário público deve estar necessariamente relacionada a um ato de ofício por ele praticado, seja ele referente a um ato lícito ou ilícito, já que não há qualquer implicância dessa distinção para a configuração delitiva¹⁷⁵, além de ser indiferente que o ato seja praticado antes do recebimento da vantagem. Como visto quando da análise da consumação do crime, isso não significa que o delito de corrupção só reste configurado quando da realização do ato de ofício, mas sim que o recebimento da vantagem deve estar diretamente relacionado a uma contrapartida possível em razão do cargo ocupado pelo funcionário público. Mais do que isso, não é sequer necessário que o ato seja efetivamente praticado em qualquer momento. Basta tão somente que a solicitação da vantagem se dê em função do ato de ofício. A efetiva realização – ou não realização – do ato de ofício em razão do recebimento da vantagem indevida é apenas uma causa de aumento de pena, vez que, evidentemente, a conduta se torna mais gravosa se a Administração Pública é de fato lesada¹⁷⁶. Em poucas palavras, exige-se a existência de relação entre a vantagem indevida e um ato de ofício. O ato de ofício em si é imprescindível. Não se exige, no entanto, sua prática efetiva¹⁷⁷.

Visão diferente apresentam GRECO e TEIXEIRA. Ambos apontam como inexata a relação clássica entre vantagem e ato de ofício e, como comentado no capítulo um, deslocam esse elo para a posse ou titularidade do cargo ou função, pois entendem ser possível a prática de

¹⁷⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, pp. 47 - 59, jul. 2013, p. 5 (versão online).

¹⁷⁶ COSTA, Helena Regina Lobo. O crime de corrupção passiva e a jurisprudência do STF. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da. *Crônicas franciscanas do Mensalão: comentários pontuais da Ação Penal nº 470, junto ao STF*, pelos professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 35-36.

¹⁷⁷ Isso se refere, obviamente, ao Direito brasileiro. No cenário alemão, existe uma distinção entre o que se chama de “*corrupção simples*” e “*corrupção com infração funcional*”. Sobre isso: *Os delitos de corrupção previstos no StGB dividem-se em dois grupos principais (...). Os §331, 333 StGB (Vorteilsannahme/Vorteilsgewährung) descrevem, respectivamente: a conduta do funcionário público que solicita, aceita promessa ou recebe efetivamente uma vantagem (Vorteil), para si ou para terceiro, para o exercício de seu cargo ou função (für die Dinstausübung); (...). por sua vez, os §332, 334 StGB (Bestechlichkeit/Bestechung) tornam puníveis: a conduta do funcionário público que solicita, aceita promessa ou efetivamente recebe vantagem, para si ou para terceiro, para realizar ou pelo fato de ter realizado um ato de ofício (Dinsthandlung), em violação de seus deveres funcionais (...). O primeiro tipo de crime, que dispensa violação de um dever funcional, será designado no texto como *corrupção simples* (...). A *corrupção simples passiva* também será chamada de *recebimento indevido de vantagem*. A segunda modalidade delitiva, que exige a violação de um dever funcional, será designada como *corrupção com infração funcional*. In GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 26.*

corrupção passiva ainda que a vantagem indevida seja recebida sem uma expectativa de contrapartida específica. A vantagem deve, para os autores, ter em vista influenciar o exercício da função do funcionário público. Isso significa que o ato de ofício pode ser apenas potencial. O pacto de injusto, isto é, o cerne da corrupção, residente no acordo entre as partes, está na potencialidade da prática de ato de ofício, qualquer que seja ele¹⁷⁸. Com isso, a prática do ato de ofício se torna, para os autores, irrelevante para a caracterização do *caput*. O que importa é o elo entre a vantagem indevida e o exercício da função, e não sua relação com um ato de ofício, quer ele tenha sido praticado ou não.

Essa ideia está parcialmente de acordo com o entendimento jurisprudencial exarado pelo Supremo Tribunal Federal em sede da Ação Penal 470/MG, apesar da maneira confusa com que foi colocado pela Corte. A posição anterior, firmada na Ação Penal 307/DF, era de que a vantagem indevida solicitada ou recebida estivesse relacionada a um ato de ofício do agente público. No entanto, no julgamento do caso “Mensalão”, esse ponto é tratado de maneira, segundo QUANDT, “obscura”¹⁷⁹. Isto porque, embora os ministros da Corte exijam, ainda que de forma pouco ordenada, a relação entre propina e ato de ofício, dispensada a realização da contrapartida, não parece haver consenso com relação ao grau de determinação exigido. Bastaria, como sugere o min. Ayres Britto em seu voto, que haja clareza quanto à natureza do ato objeto da corrupção, embora ausentes outras especificações? Ou seria possível uma completa indeterminação com relação à contrapartida?¹⁸⁰

Essa distinção é extremamente relevante quando da análise de algumas condutas, inclusive aos cenários do candidato que aqui se pretende estudar. Afinal, é nela que reside a resposta para o seguinte questionamento: se o agente público recebe propina de um particular que não tem objetivo específico em mente, cultivando apenas uma influência futura, há

¹⁷⁸ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 42-46.

¹⁷⁹ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, pp. 47-59., jul. 2013, pp. 8-9.

¹⁸⁰ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, pp. 47-59., jul. 2013, pp. 9-13.

corrupção? Em tal hipótese, a distinção entre moralismo e tipicidade se confunde de maneira extrema.

Dito de outra forma, o debate entre contrapartida determinada e indeterminada pode se apresentar da seguinte maneira: no limite, ao defender a indeterminação, não se estaria, em algumas hipóteses, abolindo a própria exigência de um ato de ofício, ainda que potencial? Se o ato de ofício não é identificado quando do oferecimento da vantagem ou posteriormente, não há como se avaliar a potencialidade. A discussão sobre a determinação ou indeterminação desembocaria então na própria (des)necessidade de existência do ato. Há cenários em que não é possível aferir se o funcionário público tem ou não tal ato em sua esfera de poder, pois não se sabe que ato seria este. Existe apenas o oferecimento de valores, por exemplo, em troca de uma possível influência. A aceitação desses valores pelo funcionário público em razão do exercício de sua função por si só já caracteriza o *caput* do artigo 317 do Código Penal. Nessa hipótese, não seria possível aferir se o ato de ofício que o particular deseja com sua influência generalizada está ou não dentro do leque de possibilidades do funcionário público. Por isso, as discussões sobre o ato de ofício se confundem. A partir da visão explanada por GRECO e TEIXEIRA, exige-se que a vantagem indevida tenha relação com a função exercida, mas não é exigido que ela seja oferecida em troca de um ato de ofício, determinado ou indeterminado. No entanto, essa influência generalizada não é de simples aferição. Para que ela seja típica, deverá estar relacionada com o exercício da função do agente público, e não com mera titularidade do cargo. O ato de ofício é apenas a manifestação concreta dessa influência. Quando se fala em ato de ofício indeterminado, na verdade se quer falar em ato de ofício potencial ligado às atribuições do agente, mas que não é definido pois assim não exige o *caput* do artigo.

Sobre esse assunto, ao tratar da interpretação segundo a qual o artigo 317 exige ato de ofício determinado, ainda que não praticado, e da visão consolidada pelo STF, diz SALVADOR NETTO¹⁸¹:

No primeiro caso, o crime de corrupção ganha em objetividade, eis que sem o específico ato de ofício como contrapartida da vantagem indevida, não há que se falar em crime, já que não há acordo sem objeto. No segundo caso, aumenta-se a subjetividade do delito, pois o ato de ofício torna-se uma preocupação

¹⁸¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, pp. 47-59, jul. 2013, p. 5 (versão online).

secundária, consumando-se o crime apenas em decorrência de aceitações ou solicitações de vantagem em razão do cargo. Há um componente moral mais acentuado nesta última perspectiva, haja vista que a mensagem transmitida é aquela que proíbe o funcionário público de receber qualquer dádiva pelo fato de ser funcionário, independentemente do eventual nexó estabelecido entre a benesse e alguma atuação.

Mais uma vez trazendo a discussão do ato de ofício para a questão do candidato aqui em comento, faz-se o seguinte questionamento: se o aspirante a agente público recebe de uma doação de campanha – podendo esta ser oficial ou recebida a título de caixa dois – em troca, por exemplo, de um favorecimento em determinada licitação caso seja eleito, esse ato configura corrupção? E se, na mesma situação, a vantagem for oferecida sem um objetivo específico, mas com o intuito de permitir um favorecimento quando da eventual ocupação de função pública pelo candidato? Quando analisadas a fundo, as duas discussões sobre o ato de ofício se tornam uma só.

Novamente, não se pretende aqui esgotar as discussões por trás da (des)necessidade de ato de ofício no crime de corrupção passiva. Com efeito, trata-se apenas de apresentar os contornos gerais da polêmica, de forma a possibilitar a análise das variáveis e dos cenários estabelecidos mais adiante.

2.4 TIPO SUBJETIVO NO ARTIGO 317 EM ABSTRATO

A tipicidade da conduta pressupõe a realização de todos os elementos objetivos e subjetivos constitutivos do tipo. Para que se possa falar em crime, não pode haver uma super interpretação desses elementos, sob pena de lesão ao princípio da legalidade. Ou seja, só há delito de corrupção passiva se devidamente observados os elementos objetivos e subjetivos previstos no artigo 317 do Código Penal.

Entende-se por elemento subjetivo do tipo penal o componente psíquico da infração, isto é, o *animus* do agente quando do cometimento do delito¹⁸².

¹⁸² A rigor, o tipo subjetivo reúne não apenas os elementos gerais – dolo e culpa –, mas também os chamados elementos acidentais. São eles as questões específicas referentes a determinado tipo penal. No Brasil, são usualmente chamados de dolo específico. Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo. Elementos subjetivos do tipo: teorias do dolo e da culpa. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador;

No caso da corrupção passiva, é nítido que o elemento subjetivo é o dolo de praticar o núcleo da infração, qual seja, solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida. Isso significa que o agente deve ter ciência de que aceita a vantagem em razão de seu cargo. É o que aponta OLAIZOLA NOGALES quando diz que “o funcionário deve ser consciente do caráter e finalidade da solicitação, aceitação ou recepção da dádiva ou presente e que queira atuar apesar disso”¹⁸³. Assim, o agente deve querer praticar um dos verbos do artigo e saber que o faz em razão da função que exerce ou exercerá¹⁸⁴. Se o funcionário pratica o núcleo do tipo com o intuito de obter prova contra o corruptor, não se poderá falar em crime¹⁸⁵, eis que não há dolo de cometê-lo. Da mesma forma, por se tratar de crime de perigo abstrato, não é necessário que o sujeito ativo atue com a finalidade específica de lesar o bem jurídico integridade da função da Administração Pública, ou que acredite que não prejudicará a Administração com sua conduta¹⁸⁶.

Não há que se falar em modalidade culposa da corrupção, já que essa modalidade não é expressa pelo tipo penal. Ainda, como se verá no capítulo seguinte, com base nos cenários concretos envolvendo o candidato, é possível discutir a possibilidade de corrupção passiva por meio do dolo eventual, pois se pode conceber situação em que o candidato aceite a oferta de dádiva particular sem que tenha absoluto conhecimento de que se trata de uma vantagem cuja finalidade é sua corrupção. É o que defende OLAIZOLA NOGALES, por exemplo¹⁸⁷.

De toda sorte, para fins da conduta do candidato a cargo eletivo, trabalhar-se-á apenas com o dolo direto, vez que todos os cenários trazidos partem do pressuposto de que o agente tinha ciência de que a dádiva em questão estava relacionada a um futuro exercício de seu cargo como funcionário público.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal na pós-modernidade* – escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves de Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 43.

¹⁸³ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 368.

¹⁸⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 124-125.

¹⁸⁵ FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro: parte V*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943, p. 522.

¹⁸⁶ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 368

¹⁸⁷ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 368.

2.5 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Após tratar do bem jurídico protegido pelo tipo e do conceito de funcionário público recepcionado pela lei penal, é importante delimitar qual o momento de consumação do crime de corrupção passiva. Isso porque uma conclusão a esse respeito será fundamental para que a hipótese do candidato a cargo eletivo seja mais bem trabalhada. O momento da consumação do delito é essencial para que se entenda se o candidato – e, portanto, ainda não empossado como funcionário público – pode cometer o delito aqui em estudo. É possível que o crime de corrupção passiva possa ser cometido por um agente com mera expectativa de tornar-se funcionário público? Ou, outra possibilidade, que o crime, nesse cenário, apenas se consume quando da posse do candidato eleito? Nessa segunda alternativa, é possível falar que a consumação se perpetua no tempo entre a aceitação da vantagem e a posse? Quais as consequências da não eleição do candidato? É por isso que, na análise da conduta do candidato a cargo eletivo do Poder Executivo a que esse trabalho se propõe, a consumação é questão essencial para o debate que se trava.

O debate a respeito da consumação leva a um questionamento natural a respeito da ressalva feita pelo artigo 317 quando preceitua que mesmo aqueles “fora da função” e “antes de assumi-la” podem incidir no crime de corrupção passiva. Deve-se, então, buscar entender o que quer dizer o tipo penal com o uso dessas expressões. Afinal, se o sujeito não era funcionário público quando solicitou a vantagem, como poderia, então, praticar corrupção passiva? Seria essa uma contradição dentro da própria redação do artigo?

É de se supor que a previsão trazida pelo “antes de assumi-la” e pelo “fora da função” faz referência a hipóteses reduzidas, como, por exemplo, um indivíduo recém aprovado no concurso da magistratura, mas que ainda não assumiu seu cargo. Ou mesmo, para manter a discussão no âmbito da corrupção política, um candidato que é eleito, diplomado e, em seguida, aceita vantagem indevida. Ou ainda, um ex-senador que, após atuar em benefício de determinado particular, recebe pagamento por seus serviços. Em todos, se infere da redação do tipo que há consumação. Contudo, se o crime é privativo de funcionário público, a consumação por aquele que não o é levanta uma incongruência do tipo penal.

Parece evidente que a vontade do legislador foi no sentido de definir o momento da consumação do delito de corrupção passiva como aquele em que o sujeito ativo pratica um dos verbos presentes do tipo penal: solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem indevida. Há consumação quando há realização da conduta típica prevista¹⁸⁸. A prática do ato de ofício, como visto quando do tópico específico, é mera causa de aumento da pena.

Diante da multiplicidade de verbos previstos na redação legal como aptos à consumação do crime, deduz-se que o tipo penal em questão é misto, pois reúne sob um mesmo signo diversas condutas¹⁸⁹. Mais especificamente, trata-se de tipo misto alternativo¹⁹⁰, já que todas essas formas de ataque ao bem jurídico “função da Administração Pública” – solicitação, aceitação ou recebimento de vantagem – constituem um único crime, ainda que as três condutas se realizem em momentos distintos. Isto quer dizer que não há concurso de crimes se um agente atua de mais de uma forma¹⁹¹. Melhor ilustrando, no caso da corrupção passiva, se um funcionário público aceita a vantagem indevida e posteriormente a recebe, há apenas um crime de corrupção passiva, e não dois. Tudo aquilo que ocorre após a primeira – e única – consumação é mero exaurimento, e não um novo momento consumatório.

Olhando mais detidamente cada um dos verbos trazidos pela lei, a primeira possibilidade de consumação prevista pelo tipo do artigo 317 coloca a solicitação como forma apta de cometimento do crime, modalidade que não aparenta satisfazer a teoria do pacto de injusto proposta por GRECO e TEXEIRA explorada no item 1.4. Não há, na consumação por solicitação, a necessidade de tipo de pacto entre corrupto e corruptor, o que justifica sua classificação, nessa modalidade, como crime unissubjetivo¹⁹². Caso o particular não concorde em conceder a vantagem, ainda assim o crime estará consumado, de onde se conclui que pacto de injusto e consumação não podem ser tratados como sinônimos, em que pese, via de regra, o

¹⁸⁸ CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 125.

¹⁸⁹ GIL GIL, Alicia. Los tipos mixtos y su clasificación. *Revista de derecho penal y criminología*: Espanha, Madrid, 2º época, 1 extraordinario, p. 79, mar., 2000.

¹⁹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, volume 3: parte especial*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 580.

¹⁹¹ GIL GIL, Alicia. Los tipos mixtos y su clasificación. *Revista de derecho penal y criminología*: Espanha, Madrid, 2º época, 1 extraordinario, pp. 81-83, mar., 2000.

¹⁹² BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 125-126.

conceito de pacto de injusto seja de grande valia para que se discuta o desvalor da corrupção. Não há, no momento do simples pedido, nenhum acordo entre as partes, muito embora haja consumação. Segundo BITTENCOURT, quando se trata da modalidade “solicitar”, o crime é formal, pois não é necessário um resultado naturalístico¹⁹³. De toda sorte, a mera solicitação cria perigo abstrato à função da Administração Pública, conforme será tratado no item subsequente.

Por seu turno, nas outras duas possibilidades verbais previstas pelo tipo, receber e aceitar, a corrupção passiva é tratada por BITTENCOURT como crime material, posto que há, nessas formas de cometimento, resultado naturalístico necessário¹⁹⁴. Opinião diversa tem OLAIZOLA NOGALES, que indica apenas a modalidade do recebimento como crime de resultado necessário, uma vez que exigiria a incorporação dos valores ao patrimônio do agente público, o que poderia ser considerado não uma mera atividade, mas um necessário resultado material¹⁹⁵. Esta última parece ser a posição mais acertada. O recebimento implica em alteração fática no patrimônio do corrupto, o que não condiz com os crimes formais.

Paralelamente, no que tange à aceitação e ao recebimento, a corrupção se caracteriza como crime plurissubjetivo¹⁹⁶, pois, em se tratando de receber e aceitar, é necessário que haja, pelo menos em tese, outro agente cometendo crime de corrupção ativa, responsável por entregar ou oferecer a vantagem indevida.

É possível falar em consumação por aquele que ainda não exerce sua função, porque a redação do artigo 317 abre margem expressa para essa possibilidade. Mas qual seria o momento da consumação para esse agente que está fora da função ou ainda não a assumiu? Se for o instante da prática de um dos verbos que o tipo penal traz, então a norma parece ter como certo que o sujeito ativo eventualmente assumirá a função. Se for o momento em que ele se torna funcionário público, instala-se uma confusa questão temporal. A consumação estará então

¹⁹³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 122-125.

¹⁹⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 126.

¹⁹⁵ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 258-259.

¹⁹⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 126.

condicionada ao início do exercício da função? Esse é, em síntese, o cerne da discussão a respeito do candidato a cargo eletivo.

Na sequência, uma vez que consumação e tentativa são conceitos interdependentes¹⁹⁷, surge uma reflexão natural a respeito da tentativa no crime de corrupção passiva. Sobre esse tema, a doutrina se divide. De um lado, HUNGRIA¹⁹⁸, PRADO¹⁹⁹, COSTA JÚNIOR²⁰⁰, entre outros, entendem não ser possível a tentativa em crimes de corrupção. Em sentido oposto, FRAGOSO e MAGALHÃES NORONHA, por exemplo, indicam, embora com restrições, que se possa pensar em possibilidades em que a tentativa se apresenta como factível²⁰¹. CARDOSO, por sua vez, de maneira mais detalhada, afasta a tentativa perfeita em delito de corrupção passiva por entender que se trata de um crime formal, mas admite a possibilidade de haver tentativa imperfeita, pois se pode conceber um cenário em que o agente seja impedido de prosseguir em seu intento de aceitação da vantagem por interferências de terceiros, por exemplo²⁰², pelo menos quando se trata das modalidades de solicitar e aceitar.

Num primeiro momento, não se descarta de todo que a hipótese do candidato que aceita a vantagem, mas não chega a ser eleito possa configurar tentativa. Contudo, assim como todos os demais pontos controversos, também este será mais bem explorado no capítulo seguinte, dedicado ao estudo das variáveis e cenários delas consequentes.

¹⁹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 280.

¹⁹⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Volume IX: Arts. 250 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 371.

¹⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, volume 3: parte especial*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 586.

²⁰⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2007, p. 992.

²⁰¹ STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 1472-1473.

²⁰² CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 126.

2.5.1 Um breve aparte: a corrupção passiva enquanto crime de perigo abstrato

Embora o foco deste trabalho não seja a classificação doutrinária da corrupção, parece interessante mencionar sua caracterização como crime de perigo abstrato.

Ao explicar a ideia de crime de perigo abstrato, segundo SILVEIRA, a visão tradicional fala em um perigo hipotético, que não exige a realização de um resultado lesivo ao bem jurídico (como nos crimes de dano), nem de uma verificação posterior de um perigo efetivo a ele (como nos crimes de perigo concreto)²⁰³. O que interessa é a periculosidade da ação *ex ante*, ainda que *ex post* não se haja produzido um perigo de fato²⁰⁴.

OLAIZOLA NOGALES complementa esse raciocínio ao estabelecer que os crimes de perigo abstrato nada mais são que uma ampliação da intervenção penal justificada pela importância do bem jurídico que se está a proteger²⁰⁵. Ou seja, se adianta a proteção da norma, deslocando-a da lesão para o mero perigo de lesão a um bem jurídico essencial, a ponto de justificar essa antecipação da incidência legal.

Essa definição é perfeitamente aplicável ao crime de corrupção passiva. A função da Administração Pública, bem jurídico tutelado pela norma, não necessariamente será lesada quando da conduta do funcionário público que pratica os verbos do tipo penal do Código de 1940. Um exemplo são as solicitações não atendidas, ou seja, hipóteses em que não há bilateralidade entre corrupção ativa e corrupção passiva. Nesses casos, não há que se falar em lesão efetiva. Não é nem necessário que o perigo de lesão seja concreto. A simples exposição da função da Administração a perigo hipotético, independentemente de sua capacidade de ofender o bem jurídico, já é suficiente.

²⁰³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 238, p. 6-7, set., 2012.

²⁰⁴ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 61.

²⁰⁵ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 61.

Assim, a consumação pela solicitação evidencia a caracterização do artigo 317 como um crime de perigo abstrato. Também KINDHÄUSER segue essa mesma linha ao falar dos delitos que envolvem aceitação ou outorga de vantagens e classificá-los como de perigo abstrato²⁰⁶.

Por fim, considerando que MUÑOZ CONDE explica que, nos delitos de perigo, a consumação é levada a um momento anterior, já que não há necessariamente um resultado lesivo ao bem jurídico protegido²⁰⁷, conclui-se que a consumação no caso da corrupção passiva não ocorre com a lesão à integridade da função pública, mas com o simples colocá-la a perigo, posição também defendida por CARDOSO²⁰⁸.

Dessa maneira, se defende que a mera prática da solicitação, da aceitação e do recebimento de vantagem, independente de um resultado lesivo à integridade da função que a Administração Pública exerce na sociedade, são suficientes para que seja criado um perigo de lesão a ela. A consumação, portanto, não depende de um resultado lesivo, mas sim se esgota na prática da conduta que expõe o bem jurídico protegido a perigo hipotético. Isso coaduna com a própria desnecessidade da prática de ato de ofício prevista no *caput*. Não há externalização obrigatória de um resultado. O ato de ofício é prescindível para a corrupção simples, o que reforça sua caracterização como um crime de perigo abstrato²⁰⁹.

Essa questão surgirá novamente quando analisada a postura do candidato nos casos concretos, conforme se verá no capítulo subsequente.

²⁰⁶ Cf. KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedade. Los delitos de corrupción em el Código Penal alemán. *Política criminal*, n. 3, 2007, p. 10. Para explicar a separação feita pelo autor entre aceitação e outorga de vantagens, importante lembrar que na Alemanha a tipificação da corrupção passiva se dá de maneira mais específica, como se mencionará mais adiante, com a separação entre a corrupção com prática de ato de ofício e a mera aceitação de vantagem para exercício do cargo. In GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 26.

²⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 177.

²⁰⁸ CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 125.

²⁰⁹ CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 120.

CAPÍTULO 3: OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO CANDIDATO A CARGO ELETIVO DO PODER EXECUTIVO E O ALCANCE DO ARTIGO 317 NOS CASOS EM ESTUDO

Após a visão panorâmica do tipo penal, torna-se mais simples entender que elementos são decisivos para que haja prática do crime de corrupção. Isso facilita a análise das variáveis e quais são aquelas que têm impacto no enquadramento da conduta do candidato.

Por isso, num primeiro momento, este capítulo será dedicado à análise da relevância das variáveis selecionadas para o estudo. Após, escolhidas as variáveis e, conseqüentemente, os cenários entendidos como relevantes, a pesquisa buscará entender quais deles podem ser considerados como típicos à vista do artigo 317 do Código Penal.

3.1 A (IR)RELEVÂNCIA DAS VARIÁVEIS ESCOLHIDAS

A presente seção busca averiguar a importância de cada uma das variáveis escolhidas. Esse é um passo necessário para que sejam descartadas aquelas que não se mostraram determinantes para o estudo da conduta do candidato. Como se verá, são irrelevantes: o momento da eleição, as características da doação eleitoral e a qualidade da contrapartida prometida pelo candidato. Conseqüentemente, após a análise aqui empreendida, entende-se como relevante apenas o resultado da eleição.

Ressalte-se que a relevância de uma variável não significa que o candidato que apresente tal característica responderá automaticamente pelo crime de corrupção. Dizer que o resultado da eleição é relevante para os fins a que esta pesquisa se propõe não implica dizer que todos os candidatos efetivamente eleitos podem cometer o delito do artigo 317 do Código Penal. Chamar uma variável de relevante apenas reduz as condutas que eventualmente podem ser entendidas como típicas. É por isso que, como já dito, este capítulo se divide em dois momentos. O primeiro é uma avaliação das variáveis que podem influenciar no enquadramento da conduta do candidato. O segundo consiste em entender se, dentro dos cenários que alcançam o patamar mínimo de indícios de corrupção, é realmente possível falar em tipicidade da conduta.

3.1.1 Doação legal ou ilegal

A primeira variável descartada quando da análise de sua relevância para a tipicidade da conduta do candidato é a licitude ou ilicitude da doação realizada pelo particular. A questão da doação eleitoral não declarada, chamada popularmente de “caixa dois”, é complexa, pois pode se concretizar de diferentes formas, a depender do caso concreto²¹⁰. Além disso, como afirma SPECK, a relação entre financiamento político e corrupção é quase umbilical, estando as doações ilegais presentes em diversos casos de corrupção, como por exemplo o “caso Collor”²¹¹. Desta constatação, porém, não se pode concluir que um seja decorrência lógica do outro.

Como visto no capítulo dois, a vantagem indevida é elemento objetivo do tipo penal da corrupção passiva. Ela não deve, conforme o entendimento aqui adotado, ser necessariamente de ordem econômica. Já a expressão “indevida”, segundo FRAGOSO, significa não autorizada por lei²¹². Essa explicação, no entanto, é insuficiente para esclarecer a exigência do tipo. Não basta que a vantagem seja ilegal. Ela deve estar, necessariamente, relacionada ao exercício da função daquele que a solicita ou a recebe, e não à sua mera titularidade, como explicam GRECO e TEIXEIRA²¹³.

A insuficiência da ideia de vantagem não autorizada por lei fica clara no caso da doação extraoficial de campanha. Pela lógica de FRAGOSO, em sendo o “caixa dois” uma vantagem não autorizada, estaria satisfeita a caracterização de “indevida” exigida pelo tipo penal. Todavia, isso não se mostra verdadeiro.

²¹⁰ Não é o objetivo deste estudo debruçar-se sobre os variados formatos e características das doações eleitorais, nem sobre suas consequências além da esfera penal, temas estes relacionados à esfera eleitoral. A respeito, ver LUCON, Paulo Henrique dos. Doações para campanha eleitoral. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 30, n. 109, p. 86-99, ago., 2010. Também SOUZA aborda de forma mais aprofundada as questões entre financiamento eleitoral e corrupção, cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 166-168.

²¹¹ SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político e a corrupção no Brasil. In: BIASON, Rita de Cássia (org.). *Temas de corrupção política*. São Paulo: Balão Editorial, 2012, p. 49.

²¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*; Parte Especial, vol. 2, Rio de Janeiro: 1986, p. 419.

²¹³ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 34.

O raciocínio que leva a essa conclusão pode ser construído de duas formas. A primeira, ligada à doação eleitoral em si, e a segunda, relacionada à exigência estabelecida pela redação do tipo penal da corrupção passiva e que precisa ser satisfeita para que haja possibilidade de enquadramento típico.

Com relação à primeira, como já mencionado quando a questão foi apresentada, ainda no início do trabalho, o financiamento ilegal de campanha não é um delito autônomo. Isso não implica dizer que nenhuma conduta a ele relacionada será criminosa. Afinal, é possível que, a depender do caso em concreto, o financiamento ilegal possa se amoldar a outra conduta típica²¹⁴, como por exemplo aquelas envolvendo a falsidade documental. Além disso, o financiamento ilegal pode coincidir com o financiamento corrupto, o que não os torna sinônimos.

OLAIZOLA NOGALES faz essa diferenciação e afirma que se pode falar em três modalidades de financiamento não regular: financiamento irregular, financiamento ilegal e financiamento corrupto. Irregular seria aquele que se vale de brechas legislativas para subsistir, situação que pouco interessa à hipótese do candidato aqui trazida. Ilegal, por sua vez, seria o financiamento que efetivamente transgride a lei eleitoral. No caso brasileiro, se poderia falar em uma doação não declarada pela campanha do candidato, exemplo clássico de “caixa dois”. Por fim, o financiamento corrupto é aquele que implica um intercâmbio de vantagens entre doador e receptor. Dito de outra forma, o financiamento corrupto tem sempre uma finalidade, qual seja, a influência, genérica ou para um ato específico, sobre o receptor da vantagem²¹⁵.

Essas duas últimas categorias são o cerne da variável aqui discutida. Enquanto o financiamento ilegal não responde, como dito, a nenhum tipo específico, pode consistir em crime mais amplo, além das sanções eleitorais cabíveis e que não são objeto deste estudo. O financiamento corrupto, por sua vez, já que necessariamente ligado a uma contrapartida em potencial por parte do agente público, é, ao menos em tese, parte integrante do delito de corrupção passiva, e pode ou não ser ilegal do ponto de vista do financiamento em si. Em outras palavras, o financiamento ilegal pode ser um elemento da corrupção passiva, o que não significa

²¹⁴ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *La Financiación ilegal de los partidos políticos: um foco de corrupción*. Valência: Tirant lo Blanch, 2014, p. 137.

²¹⁵ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *La Financiación ilegal de los partidos políticos: um foco de corrupción*. Valência: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 136-138.

que sempre seja assim. O financiamento ilegal pode simplesmente esgotar-se em si mesmo, sem que haja pretensão alguma de que o particular receba uma contrapartida ou exerça qualquer influência sobre o agente público. Alinhada com essa afirmação está a posição de SHAPIRO, que destaca que se há algo que a mera existência de uma doação ilegal produz é a desigualdade na disputa entre os candidatos²¹⁶, o que não implica necessariamente em uma situação essencialmente corrupta.

A situação inversa à ilegalidade da doação também deve ser analisada aqui. Caso a doação fosse legal, também não seria possível afastar a possibilidade de uma tentativa do particular de receber vantagem indevida por parte do eleito. É o que defendem LEITE e TEIXEIRA quando colocam que “nem a associação automática entre doação vultuosa ou ilegal e corrupção, nem o argumento de que a regularidade afastaria a existência de corrupção são, por si, pertinentes”²¹⁷. Assim, o financiamento legal pode, também, ser um financiamento corrupto, pois é plenamente possível pensar numa doação legal, regular e declarada em razão da qual o particular exija uma contrapartida do recebedor. Isso quer dizer que, em suma, qualquer tipo de doação, legal ou ilegal, pode, potencialmente, constituir a vantagem indevida que a lei penal prevê.

Esse argumento já seria suficiente para que se justificasse a irrelevância da variável da forma da doação eleitoral feita à campanha do candidato. Todavia, como dito anteriormente, o argumento também pode ser construído pela análise da expressão “indevida” trazida pelo artigo 317 do Código Penal. Ambas as linhas chegam à mesma conclusão e, evidentemente, se comunicam entre si, mas possuem enfoques diversos.

O adjetivo “indevida” previsto pelo tipo penal se refere a um pagamento que o funcionário público não apenas não deveria, mas não poderia receber²¹⁸. Essa definição, no entanto, não diz muito sobre as características da vantagem. Apenas dá a entender que ela deve

²¹⁶ SHAPIRO, Martin. Corruption, Freedom and Equality in Campaign Financing. *Hofstra Law Review*, vol. 18, no. 2, Fall 1989, p. 386.

²¹⁷ QUANDT, Gustavo. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 67.

²¹⁸ QUANDT, Gustavo. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 67.

ser incompatível com a função. Se um prefeito recebe determinado benefício, como por exemplo uma bolsa para um determinado curso universitário, sem que isso tenha qualquer relação com o cargo que ele ocupa, não se pode falar em corrupção passiva.

Nesse teor, tendo em vista todo o exposto a respeito do conteúdo material do injusto da corrupção, é possível perceber que a vantagem indevida da qual fala o artigo 317 deve necessariamente ter relação com o exercício da função a ser assumida. Ela não apenas deve estar em desconformidade com a lei, como deve ser aceita em troca de algo, configurando aquilo que se denomina pacto de injusto. Uma doação irregular para uma campanha eleitoral, em que pese seja ilegal, não necessariamente é indevida da maneira como preconiza o tipo penal. Isso porque o termo “indevida” possui um significado que não pode ser interpretado de maneira isolada, e sim dentro daquilo que a norma procura tutelar. É necessário que a doação seja corrupta, ou, como preceitua OLAIZOLA NOGALES, diretamente relacionada a um *quid pro quo*. Também LOWENSTEIN corrobora com esse raciocínio ao apontar que caracterizar doações ilegais como corruptas seria assumir um caráter moralista²¹⁹.

Outro ponto que surge e cuja menção se faz necessária diz respeito ao elemento subjetivo do tipo. Não basta que o particular ofereça a vantagem indevida no intuito de eventualmente receber uma contrapartida do agente público²²⁰. O candidato deve estar ciente de que recebe a doação eleitoral em razão do exercício de seu futuro cargo. Assim, mesmo que os valores sejam oferecidos com essa intenção, o elemento subjetivo do tipo não pode ser esquecido. A questão da doação não se centra, portanto, no *animus* do particular, e sim no conhecimento e na vontade do candidato. Por isso, quando se afirma que a doação, legal ou ilegal, só pode ser considerada um elemento da corrupção passiva se vinculada ao exercício da função do agente público, é importante ter em mente que esse vínculo deve fazer parte do elemento subjetivo daquele que a recebe²²¹.

²¹⁹ LOWENSTEIN, Daniel. Campaign Contributions and Corruption: Comments on Strauss and Cain. *University of Chicago Legal Forum*, 1995, 163-192, p. 164.

²²⁰ CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 127.

²²¹ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 368.

Com tudo isso, se conclui que a questão do “caixa dois”, embora muito discutida pela doutrina e pela jurisprudência, não influencia nos cenários em análise. Em outras palavras, a qualidade da doação, quer seja ela lícita ou ilícita, não é suficiente para determinar que houve ali um ato de corrupção. Isto porque uma doação não oficial, isto é, não declarada, pode ser um indicativo de ilicitude, mas é, tão somente, um elemento probatório, e não definidor da característica de “indevida” que o tipo penal traz. Embora seja provável, de acordo com o senso comum, que uma doação extraoficial seja uma contrapartida a um benefício posterior e ilícito, o Direito Penal não pode, absolutamente, partir desse pressuposto. Ou seja, a irregularidade da doação não pressupõe a vantagem indevida de que trata o artigo 317.

Assim sendo, a qualidade da doação, ao fim e ao cabo, não é suficiente para filtrar ou eliminar cenários em que há corrupção passiva, tornando tal variável, portanto, completamente irrelevante para a finalidade deste estudo, em que pese a enormidade dos debates em torno do chamado “caixa dois”. Em razão de sua irrelevância para os fins propostos, isto é, para uma análise da tipicidade da conduta do candidato, o tema da qualidade da doação de campanha não será mais aqui mencionado.

3.1.2 O momento da eleição

Curiosa é a variável do momento da eleição em que se dá a contribuição de campanha feita pelo particular, já que descartá-la pela sua irrelevância implicaria dizer que o grau de probabilidade de eleição do candidato é indiferente para uma análise da adequação típica da conduta.

Imagine-se o exemplo de uma eleição, em seu primeiro turno, na qual concorrem os candidatos A, B, C e D. Enquanto A e B detêm quase a totalidade das intenções de voto, C e D possuem porcentagens irrisórias. Eventualmente, A e B participam de um segundo turno. Ao final, A ganha a eleição. No entanto, C aceitou vantagem de particular, ao longo do primeiro turno, para sancionar projetos de lei que o beneficiassem, caso fosse eleito. Da mesma forma, antes do fim do segundo turno, o mesmo particular procurou B e lhe fez a mesma proposta, então aceita. Qual a diferença – se é que há alguma – entre as duas situações?

Cuida-se a princípio, como dito, de uma questão de probabilidade do resultado eleição. No entanto, conforme aprofundará o item 3.1.4, a resposta para a questão do candidato a cargo eletivo não se encontra no momento da eleição em que ele aceita, recebe ou solicita a vantagem, mas sim em seu enquadramento ou não como funcionário público para fins do artigo 327 do Código Penal, que afirma ter essa condição todo aquele que, mesmo transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. SCALCON sugere, a partir dessa redação, uma leitura teleológico-restritiva do artigo²²², o que implica excluir dela aqueles que não exercem de fato a função e não têm expectativa de exercê-la, em que pese a ressalva do “fora da função” e “antes de assumi-la” prevista pelo artigo 317 do Código Penal.

Se a condição de funcionário público é o cerne da questão, não há diferença alguma entre o candidato em momentos diferentes da eleição. A decorrência lógica disso é que, da mesma forma, pouco importará a probabilidade de vitória daquele que pleiteia o cargo. Independentemente de tratar-se de um candidato com baixíssimas chances de vitória que recebe vantagem indevida do particular no primeiro turno ou de um candidato favorito que no segundo turno solicita que determinado indivíduo lhe doe determinada quantia em dinheiro para que este seja favorecido ao longo de seu mandato, a situação é virtualmente a mesma. Não se trata de um funcionário público sob as perspectivas objetivas, subjetivas ou teleológicas fixadas por OLAIZOLA NOGALES²²³.

Dessa maneira, já que em ambos os casos a problemática é a mesma, pode-se afirmar que a variável do momento da eleição é irrelevante para a análise da conduta do candidato a cargo eletivo. Por essa razão, não interessa em que momento da corrida eleitoral o agente recebe a doação.

²²² SCALCON, Raquel Lima. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (artigo 327, *caput*, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 111-145, jan./mar., 2019, p. 114.

²²³ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 132.

3.1.3 A contrapartida oferecida ou prometida

Para que se possa discutir essa variável, é importante ter em mente que a diferença entre o *caput* do artigo 317 e seu §1º reside no fato de que o primeiro não exige a prática de um ato de ofício e o segundo sim. A partir daí, cumpre esclarecer uma vez mais a relação entre ato de ofício e contrapartida.

QUANDT resume bem o imbróglio ao afirmar que “apesar de o art. 317 não mencionar expressamente o ato de ofício como causa da vantagem indevida, a doutrina tradicionalmente reconhece esse requisito, caracterizando essa modalidade de corrupção como mercancia de ato de ofício”²²⁴. Em outras palavras, embora o *caput* do artigo 317 não exija a prática de um ato em si, ele trata da mercancia de um ato ou atos. A questão passa a ser, então, se esse ato pode ser indeterminado ou se é necessário que ele seja específico. Num plano abstrato, como já mencionado no capítulo dois, o entendimento corrente do Supremo Tribunal Federal desde a Ação Penal 470 é o de que a moeda de troca da corrupção passiva pode se consubstanciar em um ato de ofício indeterminado²²⁵.

Essa posição fomentou a segunda discussão, ainda maior, a respeito não da determinação, mas da própria necessidade de existência de um ato de ofício. A interpretação é de que a lei penal, ao não exigir a prática deste último para que fosse configurado o *caput* do artigo 317, criou margem para uma relação mais aberta entre a prestação do particular e a contraprestação do funcionário público. A não exigência do ato de ofício dialoga intimamente com a sua indeterminação, numa fusão entre as duas discussões.

A doutrina clássica, no entanto, diverge do entendimento atual da corte. FRAGOSO²²⁶, por exemplo, defende a necessidade de ato de ofício determinado negociado como contrapartida

²²⁴ QUANDT, Gustavo. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 55.

²²⁵ Vale ressaltar que a forma como esse entendimento foi construído pela Corte é passível de críticas. QUANDT discorre a respeito da confusão de conceitos quando do julgamento da Ação Penal 470 ao afirmar que alguns votos trataram de forma ambígua a questão da necessidade de um ato de ofício em potencial. In: QUANDT, Gustavo de Oliveira. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, p. 47-59., jul. 2013, p. 9 (versão online).

²²⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal; Parte Especial*, vol. 2, Rio de Janeiro: 1986, p. 416.

à vantagem recebida. Isso possivelmente advém de interpretações cuja base reside nos Códigos Penais de 1830 e 1890, que traziam o ato de ofício de maneira expressa.

Outra corrente doutrinária entende que a vantagem não precisa ser referente a um determinado ato de ofício, podendo estar relacionada apenas ao exercício de funções em geral sem que isso acarrete atipicidade da conduta. Apontam nesse sentido GRECO e TEIXEIRA²²⁷, SALVADOR NETTO²²⁸ e QUANDT²²⁹. É o caso de um parlamentar que recebe de um determinado banco valores para que vote de maneira favorável aos interesses particulares em eventuais projetos de lei, não identificados.

Também KINDHÄUSER assim admite e, indo além, aponta que o entendimento permite que se abarque o que chama de alimentação, definida como a conduta por meio da qual “se faz chegar valores a um funcionário público em princípio sem indicação de um fim concreto, para mantê-lo dependente e disponível para futuras atuações funcionais”²³⁰. Trata-se daquilo que Blanco Cordero denomina *engrasamiento*²³¹, traduzido livremente como engorduramento. O ato de ofício, neste exemplo, não existe. Não há o mencionado fim concreto. No entanto, é evidente que há corrupção passiva.

É possível aceitar, tendo em vista esse raciocínio, que aqui se adota, que o ato de ofício praticado seja não apenas indeterminado, mas inexistente num primeiro momento, pois é possível pensar em corrupção como influência generalizada do funcionário público para beneficiar o particular, estando presentes os requisitos exigidos pelo artigo 317. Em suma, a lei não exige que o funcionário aceite a benesse com a missão de praticar determinada conduta

²²⁷ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 34.

²²⁸ O autor, na verdade, refuta um postulado genérico a respeito da indeterminação do ato de ofício, mas admite essa possibilidade em determinados casos. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, pp. 47-59, jul. 2013, p. 51.

²²⁹ QUANDT, Gustavo. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 74.

²³⁰ KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedade. Los delitos de corrupción em el Codigo Penal alemán. *Política criminal*, n. 3, 2007, p. 3.

²³¹ Cf. CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 35.

posterior. O tipo não impõe esse elemento subjetivo específico²³². Não se castiga o funcionário pela intenção de realizar um ato de ofício, e sim porque ele aceita uma vantagem indevida. Existe um adiantamento da barreira punitiva²³³. Por isso essa variável fala em contrapartida oferecida ou prometida enquanto elemento possível do pacto de injusto e não em ato de ofício propriamente dito. O ato de ofício nem sempre estará presente na corrupção passiva, mas a contrapartida sim, como bem exemplifica KINDHÄUSER²³⁴.

Todavia, adotar essa linha de posicionamento não é o mesmo que dizer que qualquer ação futura do agente pode configurar corrupção passiva. A redação do artigo 317 permitiu certa abertura, mas não livrou a relação entre corruptor e corrupto de todos os seus requisitos. Quando GRECO e TEIXEIRA dizem que a vantagem deve estar relacionada ao exercício da função²³⁵, querem apontar que não só a simples titularidade do cargo é insuficiente – como discutido no item 3.1.1 –, mas também que a contrapartida que se espera do agente, seja ela uma possível influência futura em suas ações, seja um ato específico, deve estar dentro de seu poder de agir. Assim, se um benefício é concedido a determinado funcionário público, essa ação só poderá ser caracterizada como corrupção se esse benefício estiver relacionado com o exercício de seu cargo e, com isso, de suas responsabilidades funcionais. Sobre isso, se manifestam mais claramente RIBEIRO PONTES, ao dizer expressamente que o ato a ser praticado deve estar dentro da esfera de competências do sujeito do delito²³⁶, e, com o mesmo entendimento, HUNGRIA²³⁷ e COSTA²³⁸. É o que se defende neste trabalho.

²³² CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 122.

²³³ CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 37.

²³⁴ KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción em el Código Penal alemán. *Política criminal*, n.3, 2007, p. 3.

²³⁵ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 33-34.

²³⁶ RIBEIRO PONTES, José. *Código Penal brasileiro: comentários revistos e atualizados*. Livraria Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1956, p. 498.

²³⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Volume IX: Arts. 250 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 371.

²³⁸ COSTA, Álvaro Mayrink da. Criminalidade na administração pública: peculato, corrupção, tráfico de influência e exploração de prestígio. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 52, p. 39-68, 2010, p. 61.

A respeito deste ponto, é preciso esclarecer que, muito embora seja sim possível a oferta de vantagem indevida em troca de ato de ofício indeterminado, é necessário que o interesse do particular esteja relacionado não apenas com seu cargo, mas a uma efetiva capacidade do agente estatal, ao contrário do que afirma a linha doutrinária adotada por SOUZA²³⁹. Também GIL LAVEDRA se manifesta para defender a desnecessidade de a contrapartida pertencer à esfera de poder do agente público. Aponta o autor que a ideia trazida pelo “em razão da função” não vincula objetivamente o sujeito, e sim subjetivamente²⁴⁰. Em outros termos, não é necessário que a contrapartida praticada ou esperada esteja dentro do leque de possibilidades funcionais do autor, mas apenas que ele aceite receber a vantagem em razão da função que ocupa. Isso não significa que a contrapartida dele esperada deva ser uma decorrência direta do cargo que exerce. Essa seria uma conexão posterior entre exercício da função e ato de ofício, que a lei não exige expressamente. É a posição defendida por FERNÁNDEZ GARCÍA quando afirma que, por meio da conduta corrupta, o agente está praticando um desvio no exercício de suas funções²⁴¹. Não são, portanto, funções estranhas ao cargo que ocupa.

Em síntese, trata-se do mesmo raciocínio que motivou a decisão da ministra Laurita Vaz analisada no item 1.7.2. Sobre isso, CARDOSO apresenta opinião similar, que vê a posição de poder do funcionário como suficiente, mesmo que o ato de ofício não seja de sua competência. Isso se daria em razão de uma facilidade de acesso provocada pelo próprio exercício da função. Chama essa visão de ampla, pois não limita a contrapartida do agente às suas atribuições oficiais. Em oposição a ela, têm-se a visão mais restrita²⁴², aqui entendida como o posicionamento mais acertado.

Essa visão mais estrita e que exige que a contrapartida esteja dentro da esfera de poder do candidato é similar à do ministro Sebastião Reis Júnior no REsp 1.745.410 do Superior Tribunal de Justiça e parece ser mais fiel ao que dispõe a norma penal. Aquilo que o funcionário

²³⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 152.

²⁴⁰ GIL LAVEDRA, Ricardo R. Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 5, 17/20, pp. 707-717, 1982.

²⁴¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. Algunas reflexiones sobre la corrupción política. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 320, jan./fev., 2011.

²⁴² CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, pp. 116-123.

público pode oferecer ao particular deve estar dentro das atribuições de sua função. Como já mencionado, se corrupção é abuso de poder, deve haver um poder do qual o sujeito ativo do delito possa abusar. Com esse mesmo teor, GRECO e TEIXEIRA afirmaram que “embora não seja pressuposto do pacto de injusto que a contraprestação do funcionário público seja um ato de ofício determinado e individualizado, a contrapartida da vantagem deve referir-se às funções que o funcionário efetivamente exerce”²⁴³. Nesse mesmo sentido se posiciona OLAIZOLA NOGALES ao dizer que “o ato deve corresponder ao exercício do cargo”²⁴⁴. Com efeito, o artigo 317, embora não traga isso expressamente, dá a entender em sua redação que eventual ato de ofício deve ter relação com a função efetivamente exercida, e não com uma mera facilidade encontrada pelo agente por ser funcionário público.

Voltando ao ponto destacado por GIL LAVREDA²⁴⁵, a relação da contrapartida com a função exercida é, sim, subjetiva, mas também objetiva. O funcionário público deve saber que recebe a função em razão do exercício de seu cargo e, cumulativamente, aquilo que ele pode oferecer ao particular deve estar dentro de sua esfera de poder. Se só o vínculo subjetivo fosse adotado, estariam englobadas situações mirabolantes que não atendem à vontade da norma. A Administração Pública é de tal forma complexa e setORIZADA que não se pode conceber que, se funcionário “A”, responsável pela limpeza de um aeroporto internacional, auxilia particular, mediante pagamento, a entrar em solo brasileiro, esse agente público pratique corrupção passiva. Isto porque o vínculo de confiança imposto pelo cargo em nada tem a ver com a contrapartida oferecida pelo agente. Não há quebra de confiança se a ação praticada nada tem a ver com a confiança depositada pelo Estado naquele indivíduo.

Com tudo isso, se conclui que é indiferente para a conduta do candidato ou para qualquer outra hipótese de corrupção passiva que o ato de ofício prometido seja determinado ou indeterminado, posto que essa caracterização não importa para o artigo 317. Por esse motivo, tal variável se apresenta como irrelevante. Contudo, é necessário fazer a ressalva de que a

²⁴³ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 34.

²⁴⁴ OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho. *DELITOS y cuestiones penales en el ámbito empresarial*. Madrid: Expansión / Garrigues & Andersen, 1999, p. 434.

²⁴⁵ GIL LAVREDA, Ricardo R. Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p. 707-717, 1982.

contrapartida do agente deve estar necessariamente relacionada à função que ele irá exercer, objetiva e subjetivamente. Ainda que se trate de uma influência generalizada sobre o futuro agente público, tal influência deve estar relacionada ao exercício do cargo que ele exercerá, e não de um outro cargo qualquer. Do contrário, se estaria fugindo do conteúdo material desenhado pelo Código Penal.

Dessa maneira, muito embora esta variável seja enquadrada como irrelevante, com isso se quer apenas dizer que pouco importa para a tipicidade da conduta do candidato se a contrapartida por ele prometida é determinada ou indeterminada, ou mesmo se o ato de ofício é existente ou inexistente. Todavia, diante das reservas mencionadas, não se está afirmando que qualquer contrapartida do funcionário público poderá ser considerada como elemento do crime de corrupção.

Feita essa ressalva, não se pode dizer que o fato de o ato prometido ser determinado – como, por exemplo, um benefício numa licitação – ou indeterminado – tal como uma influência genérica dos futuros atos do eleito – tenha qualquer relevância para que a conduta do candidato seja taxada de típica ou atípica. A qualidade da contrapartida é irrelevante no sentido de que uma promessa de influência em ações futuras não é diferente de uma promessa de benefício em determinada licitação, por exemplo.

Como mencionado, as questões envolvendo a contrapartida do funcionário público, quer se trate de promessa quer se trate de prática de ato de ofício, são as mais complexas dentro do estudo da corrupção. No entanto, uma vez entendida esta variável como irrelevante e não sendo esse o objetivo central deste trabalho, o tema não aparecerá mais nesta análise.

3.1.4 O resultado da eleição

Entende-se que a variável verdadeiramente relevante é a da verificação ou não da eleição do candidato. Isto porque apenas os funcionários públicos podem cometer o delito previsto no artigo 317 do Código Penal. Muito embora o tipo não especifique seu destinatário, “a limitação do seu âmbito obrigada à especialidade”²⁴⁶. Se o candidato não é – ou não se torna – funcionário

²⁴⁶ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 79.

público, ele não está apto a cometer o crime de corrupção passiva, que é exclusivo daqueles que se enquadram no artigo 327 do mesmo Código. Todo resto – se a aceitação de vantagem se dá no primeiro ou segundo turno, se a contrapartida é determinada ou indeterminada ou se a doação é lícita ou ilícita – é, embora interessante, irrelevante para a modificação do resultado da tipicidade da conduta.

Se o candidato não chega efetivamente a ser eleito, dois são os empecilhos mais evidentes à sua responsabilização penal pelo artigo 317 do Código.

O primeiro é de ordem formal. Sem que tenha sido eleito, o candidato não pode ser considerado funcionário público para os fins do artigo 327. A questão é, portanto, de legalidade estrita. Se a condição de funcionário público é elemento essencial do tipo penal de corrupção passiva, sua ausência torna o fato atípico. O ato de assumir a função descrito no tipo penal é inafastável. Dessa forma, aquele que não se torna funcionário público não poderá jamais ser equiparado a tal, sob pena de uma interpretação extensiva *in malam partem* do tipo penal, o que não se admite. É funcionário público, para fins penais, apenas aquele que a lei assim determina²⁴⁷. Fica claro, a partir da leitura do artigo 327, que o candidato que não se elege jamais poderá, sob nenhuma forma de interpretação, entender-se como abarcado pela redação do referido artigo.

O segundo óbice é de natureza material e se relaciona àquilo que GRECO e TEIXEIRA indicam ser a essência dos delitos de corrupção. A esse respeito, dizem²⁴⁸: “funcionários públicos são detentores de poder. A justificação de poder do funcionário público é a justificação de poder do estado”. Em sequência, destrincham essa afirmação para apontar que, ao mesmo tempo que o Estado não pode intervir no espaço privado, o inverso também é verdadeiro. Há uma necessidade de separação de esferas. Assim, se o servidor pratica ato de corrupção, seja ela simples ou com infração funcional, há abuso de poder.

²⁴⁷ CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 42.

²⁴⁸ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 29.

Se um candidato não é efetivamente eleito, não há poder do qual ele possa abusar. O mero candidato não pode lesar a função social que a Administração Pública pelo simples fato de que ele não a representa. Na lógica seguida por OLAIZOLA NOGALES, o *quid pro quo* do candidato eleito falseia a vontade popular, pois é substituída pelo do particular que efetua a contribuição de campanha²⁴⁹. Contudo, se o candidato não é eleito, ele não é expressão de vontade popular alguma.

Nesse segundo ponto, KINDHÄUSER se manifesta ao dizer que a relação trilateral é elemento essencial para a corrupção. Isso significa que deve haver aquele que corrompe, aquele que é corrompido e aquele que confiou ao corrompido seu interesse, para que aquele pudesse atuar²⁵⁰. Por esse raciocínio, assim como não há poder do qual o candidato possa abusar, também não há interesse de terceiro em cujo nome ele age.

Dessa maneira, se o conteúdo material da situação não corresponde à essência do delito de corrupção e o tipo formal não absorve essa possibilidade, conclui-se que a conduta do candidato que não é eleito é totalmente atípica. Nesse mesmo tom se posicionam LEITE e TEIXEIRA ao aventarem situação análoga²⁵¹.

Passa-se então a analisar a tipicidade da conduta caso o candidato efetivamente tenha sido eleito. Pela mesma lógica proposta por KINDHÄUSER, se o candidato foi escolhido pela população como seu representante, ele passa a ser, a partir do momento de sua eleição, parte dessa relação trilateral. Essa participação no triângulo é imprescindível para que se possa punir o agente por corrupção passiva. Conclui-se a partir daí que só pode responder por corrupção aquele que é eleito.

Da constatação de que a qualidade de funcionário público é determinante para o momento do crime, nasce o primeiro de dois questionamentos subsequentes e lógicos: o que, então, quer dizer o Código Penal com antes de assumir a função?

²⁴⁹ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *La Financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valência: Tirant lo Blanch, 2014, p. 139.

²⁵⁰ KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedade. Los delitos de corrupción em el Código Penal alemán. *Política criminal*, n.3, 2007, p. 6.

²⁵¹ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 144.

Supõe-se que esse trecho do artigo 317 possa ser aplicado a funcionários públicos que ainda não assumiram determinada função dentro de uma instituição, mas já têm a expectativa de assumi-la. Pode-se falar, por exemplo, num deputado federal que, embora ainda não tenha tomado posse, foi nomeado como ministro de determinada pasta governamental. Dessa forma, ainda não há efetiva assunção da função, mas eventual assunção de vantagem indevida em razão de seu novo cargo já ensejaria a aplicação do tipo penal de corrupção passiva.

Ainda assim, subsiste o questionamento a respeito da possibilidade de alguém que, no momento da solicitação, aceitação ou recebimento não apenas ainda não exercia a função, como também ainda não era funcionário público, mas vem a se tornar em determinado momento.

Fica claro então que o dilema do candidato eleito possui um ponto chave: o exato momento da consumação do delito do artigo 317.

3.2 OS CENÁRIOS EM ANÁLISE À LUZ DA RELEVÂNCIA DAS VARIÁVEIS

Nesse momento, após a análise mais aprofundada das variáveis apresentadas no capítulo um e discutidas neste capítulo três, o próximo passo é analisar os cenários apresentados no início do trabalho. Contudo, como dito naquele momento e repetido agora, eles existem apenas como uma ilustração didática das variáveis analisadas. Dessa forma, com a constatada irrelevância de três delas, alguns dos cenários serão, inevitavelmente, descartados.

3.2.1 É possível haver responsabilidade criminal do candidato em algum dos cenários apresentados?

De acordo com a análise das variáveis, se pode concluir que a discussão sobre a tipicidade da conduta do candidato apenas pode existir nos cenários em que o candidato é eleito. Isso quer dizer que esses cenários são suficientes para que se possa discutir um possível enquadramento típico da conduta ao artigo 317 do Código Penal. Nos demais casos, aqueles em que o agente político não encontra êxito em se eleger, não é possível haver qualquer discussão, conforme visto no item anterior.

Uma verificação da tipicidade da conduta do candidato só é pertinente, portanto, nos seguintes cenários apresentados no início do trabalho:

Cenário 01: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 03: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 05: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 07: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 09: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 11: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação não declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 13: Candidato que no primeiro turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Cenário 15: Candidato que no segundo turno das eleições recebe doação declarada em troca de contrapartida determinada posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

É possível concluir, com base no que já foi dito, que, frente à irrelevância das demais variáveis, todos esses cenários terão a mesma solução, da qual este trabalho tratará nas páginas seguintes. Assim, em resposta à pergunta que dá nome ao tópico, pode-se dizer que é dentro dos cenários acima mencionados que se pode iniciar uma discussão a respeito da tipicidade da conduta. Dessa maneira, se poderia formular apenas um cenário que, frente à irrelevância das três primeiras variáveis e da negação da possibilidade de que um candidato não eleito possa cometer o crime de corrupção, haja vista a ausência total, presente ou futura, da condição de funcionário público, resumiria a pergunta que se quer responder.

Cenário único: Candidato recebe doação em troca de contrapartida posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse.

Assim, o que se questionará daqui em diante é se esse candidato eleito descrito no cenário único incidiu ou não no crime previsto pelo artigo 317 do Código Penal brasileiro.

3.3 ATIPICIDADE FORMAL DA CONDOTA DO CANDIDATO ELEITO A CARGO ELETIVO DO PODER EXECUTIVO

O primeiro prisma sob o qual a conduta do candidato a cargo do Poder Executivo que é eleito deve ser analisada é o da tipicidade formal. Verificar-se-á se a ação por ele praticada atende aos requisitos formais estabelecidos pelo tipo. Isso engloba tanto a tipicidade objetiva da conduta quando a tipicidade subjetiva.

O maior impedimento formal para uso do artigo 317 em hipóteses em que o candidato não se elege é o fato de que ele jamais se torna funcionário público. A ausência dessa condição a qualquer tempo é o principal entrave para que se possa falar em cometimento de corrupção passiva por aquele que perde a eleição. Por essa razão, é possível, de pronto, descartar a possibilidade de responsabilidade em casos em que o candidato não foi efetivamente eleito.

Restam, contudo, os cenários em que o candidato venceu a disputa eleitoral. Como demonstrado, a eleição ou não do candidato e, conseqüentemente, sua transformação ou não em funcionário público conforme o artigo 327 do Código Penal é, dentre as variáveis estudadas, a única que pode ser apontada como relevante. Por isso, criou-se um cenário único de candidato que recebe vantagem em troca de contrapartida posterior e é eleito.

No entanto, mesmo nos casos de vitória na eleição, surgem questionamentos que podem representar óbices à subsunção da hipótese ao tipo. O primeiro deles trata do alcance do tipo penal e da interpretação correta do artigo 317.

Ao falar sobre as normas jurídicas e as constantes modificações sociais, CHAVES CAMARGO pontua que “o Direito, enquanto sistema normativo social, esbarra, na atualidade, em rápidas transformações, não tendo encontrado, ainda, um dinamismo capaz de satisfazer a sociedade moderna”²⁵². Isso significa que o Direito Penal não acompanha as necessidades sociais. Dessa incapacidade, nasce uma tentativa de subsumir as novas condutas que surgem a tipos penais já existentes. Há, portanto, uma interpretação extensiva das normas já postas para compensar a discrepância de velocidades do universo jurídico e do universo social.

Nessa linha, mostra-se essencial entender qual a lógica que de fato originou o tipo penal e quais situações se desejava abarcar em sua gênese. Esse raciocínio funciona como um limitador do tipo, necessário a impedir que ele seja utilizado de maneira extensiva, abarcando condutas não previstas pelo legislador e, portanto, distorcidas e diversas do *telos* da norma. Por isso, a chamada interpretação teleológica do tipo penal é tão necessária como ferramenta limitante do Direito.

Em que pese se refira a um contexto de bem jurídico, BECHARA aponta que “ainda que a legalidade não limite diretamente o conteúdo da intervenção penal, estabelece a forma pela qual essa pode ser revista”²⁵³. O mesmo raciocínio se aplica à interpretação da norma em seu sentido formal. A letra da lei aponta os limites do tipo, e interpretá-la de maneira convenientemente expansiva para que se aplique a novas condutas, embora reprováveis do ponto

²⁵² CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 72.

²⁵³ BECHARA, Ana Elisa Silva Liberatore. *Bem Jurídico Penal*. Quartier Latin: São Paulo, p. 147.

de vista ético, é um risco ao princípio da legalidade, sob pena de ferir a máxima *nullum crimen nulla pena sine lege*. A intervenção penal deve ser revista nos termos do princípio da legalidade.

No caso da conduta do candidato a cargo eletivo eleito a cargo do Poder Executivo, seria possível, em tese, incluí-la no espectro de alcance da corrupção passiva por meio de uma interpretação puramente gramatical do artigo 317 do Código Penal. Trata-se de alguém que solicita, aceita ou recebe vantagem indevida em razão da função, embora antes de assumi-la. Assim, sob o prisma superficial da gramática, há subsunção do fato a norma, já que à primeira vista os elementos estão presentes. É justamente por essa razão que a questão do candidato a cargo eletivo causa celeuma. Contudo, outras formas de interpretação apontam na direção contrária.

Para CHAVES CAMARGO, “a interpretação da lei, embora necessária, deve ter em vista sua adequação ao caso concreto e ao momento social da sua vigência”²⁵⁴. O artigo 317 não foi desenhado e redigido pensando em abarcar o candidato. De outra forma, o teria feito de maneira expressa, ou, pelo menos, sem vinculá-lo necessariamente à figura do funcionário público, qualidade exigida pelos crimes reunidos nesse capítulo do Código Penal. A função da norma é proteger a Administração Pública daqueles que a representam. O *telos* do tipo não é tutelar a conduta daquele que tem a pretensão de se tornar funcionário público, e sim aquele que de fato o é.

Isso se extrai da própria evolução histórica que gerou o artigo 317. Nem o artigo 130 do Código Penal de 1830 nem artigo 214 do Código Penal de 1890 fazem qualquer menção a partir da qual se entenda que a conduta daquele que não tem expectativa concreta de assumir a função pública possa ser abarcada pela lei.

Aliás, essa parece ser a perfeita síntese daquilo que o artigo 317 quer dizer com “antes de assumi-la”: situações em que há uma expectativa concreta de que o agente se torne funcionário público. Não há formalmente essa condição, mas existe um grau de certeza na assunção da função. Embora não tenha ocorrido a posse, o conceito funcional de exercício da função pública está preenchido. É o exemplo do aprovado em concurso da magistratura que, tendo ciência da comarca para a qual será alocado, recebe vantagem indevida de particular que

²⁵⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 83.

é réu em processo de sua competência para que profira sentença favorável. Nesse cenário, atende-se à possibilidade formalmente prevista em lei, bem como ao conceito funcional de funcionário público²⁵⁵.

Quando se trata de candidato a cargo eletivo do Poder Executivo que no curso da eleição solicita, recebe ou aceita vantagem indevida e eventualmente é eleito, não há, no momento da prática de qualquer dos verbos, esse grau de certeza de que se tornará funcionário. Não seria correto, portanto, à luz do princípio da legalidade, forçar a interpretação da letra da lei para abarcar o candidato. A única interpretação viável para a norma parece ser a sua leitura restritiva, limitando o alcance das expressões “fora da função” e “antes de assumi-la”. Trata-se de perfeita síntese do brocardo *plus dixit quam voluit*. A lei penal disse mais do que desejava, pois nunca pretendeu incluir um mero candidato.

Isso, por si só, já encerraria a questão da possibilidade de uma conduta típica do candidato a cargo eletivo, haja vista a possibilidade de lesão à legalidade. No entanto, faz-se necessário enxergar de perto as incongruências objetivas que levam à mesma conclusão de atipicidade da conduta trazida pelo cenário. Essa questão da inadequação da hipótese à norma se relaciona intimamente com os já analisados conceitos de funcionário público e de vantagem indevida, que serão retomados no tópico seguinte à luz da conduta do candidato eleito.

3.3.1 Atipicidade objetiva da conduta

Um ponto que deve ser abordado quando se analisa a tipicidade da conduta de um candidato eleito é sua condição de funcionário público. No item 3.1.4 deste capítulo, descartou-se a caracterização do candidato não eleito como funcionário público. Questiona-se agora se o candidato eleito pode ser entendido como funcionário público.

Ao falar sobre o tema, FARIA diz que, se no momento da prática do ato o sujeito ainda não era funcionário, tendo apenas posteriormente sido nomeado, não há corrupção²⁵⁶. Essa é,

²⁵⁵ CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 46.

²⁵⁶ FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro*: parte V. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943, p. 515.

precisamente, a situação do candidato a cargo eletivo eleito. No entanto, se deve analisar objetivamente o porquê dessa afirmação.

Sobre a corrupção passiva, preceitua CARDOSO que²⁵⁷:

“o delito consiste em admitir uma dádiva ou presente oferecida em razão do cargo ou função que o funcionário desempenha, e essa condição – por mais temporária que seja sua contratação, por exemplo – só pode ser adquirida se previamente se houver produzido seu acesso ao exercício da função pública”.

Tal entendimento é condizente com a localização do artigo 317 do Código Penal em seu Título IX, destinado a crimes contra a Administração cometidos pelo funcionário público, que, apesar de não expressa, é uma elementar do tipo. O acesso à condição de funcionário, por essa lógica, deve ser prévio à prática dos núcleos verbais do tipo. No caso do candidato a cargo eletivo do Poder Executivo, ele só se torna oficialmente funcionário público após sua posse.

Ainda segundo CARDOSO, o conceito de funcionário de fato abarca aquele que desempenha as funções relativas ao cargo antes de cumprir os requisitos formais para tal, estendendo-se inclusive àquele que o exerce depois de formalmente extinto o vínculo²⁵⁸. Isso se poderia pensar caso o ex-candidato recebesse a vantagem indevida após o resultado da eleição, mas antes de sua posse. No entanto, se está a tratar de hipótese em que a vantagem indevida foi aceita no curso da campanha, antes de seu desfecho.

Quando se discute o caso do candidato a cargo eletivo do Poder Executivo que é eleito, cumpre analisar a partir de qual momento ele recebe essa caracterização de funcionário público. Pode-se admitir que, a partir do resultado eleição, o grau de certeza da assunção da função pública – elemento necessário, conforme esclarecido no tópico anterior – já seria suficiente para que, mesmo antes da posse, o sujeito já fosse considerado como apto a cometer o crime de corrupção passiva. De toda forma, o que se conclui é: de acordo com o conceito de funcionário

²⁵⁷ No original: *El delito consiste en admitir una dádiva o regalo ofrecida por razón del cargo o función que el funcionario desempeña, y esa condición – por muy temporal que sea su contratación, por ejemplo –, solo puede adquirirse si previamente se ha producido su acceso al ejercicio de la función pública. In: CARDOSO, Fernando Navarro. El cohecho en consideración al cargo o función. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 45.*

²⁵⁸ CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho en consideración al cargo o función. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 45.*

público, seja ele formal ou funcional, a figura do candidato durante o curso da eleição não pode ser abarcada pelo artigo 327 do Código Penal.

Se o candidato não é funcionário público na ocasião da eleição, três são as possibilidades que surgem: a primeira é que se trate de fato atípico, pois no momento da consumação – instante este da prática de um dos três verbos previstos no tipo penal – faltava ao sujeito ativo a condição necessária de guardião da integridade da função pública para que possa haver delito, razão pela qual, na ausência de condição elementar, o fato é um indiferente penal. Já a segunda é que a consumação só tenha lugar quando o candidato eleito se tornasse enfim funcionário público. A terceira, por fim, seria que a consumação se daria quando ele praticasse o ato de ofício eventualmente prometido ao particular.

Trata-se, portanto, de uma discussão a respeito do momento da consumação do delito de corrupção passiva nos casos em que o agente ainda não assumiu a função. Em outras palavras, a consequência de entender que o candidato do cenário apresentado não pode ser equiparado a funcionário público quando solicita, recebe ou aceita a vantagem no curso da eleição é concentrar o debate na consumação do delito. Há três opções: ou o delito se consuma quando do recebimento da doação eleitoral a título de vantagem indevida, ou se consuma quando o sujeito se torna agente público, ou se consuma quando há consolidação em um ato de ofício.

Entendendo-se que a consumação ocorre quando o candidato recebe o financiamento de campanha que o particular lhe oferece, a conduta é atípica, pois naquele instante não estavam presentes os elementos objetivos do tipo penal. Não havia nem a condição de funcionário público e nem, como se pode também arguir, a possibilidade de receber uma vantagem indevida em razão da função, já que o elemento de conexão necessário entre vantagem e exercício da função não existe – decorrência lógica da ausência da condição de funcionário. Essa é a posição que aqui se defende e que parece ser a mais fiel à teoria do delito e à necessidade de frear a expansão desregrada do Direito Penal mencionada por SILVA-SANCHEZ²⁵⁹. Também é esta a

²⁵⁹ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 33-37.

posição clássica defendida por OLAIZOLA NOGALES ao colocar que “o delito se consuma com a simples manifestação exterior da atitude pessoal do sujeito”²⁶⁰.

A outra possibilidade seria defender que o crime se consumaria quando da assunção da condição de funcionário. Tratar-se-ia de uma interpretação à letra do artigo 14, inciso I, do Código Penal²⁶¹. Por esse raciocínio, a consumação se daria no momento que o candidato eleito fosse investido no cargo oficialmente, hipótese em que a conduta do candidato seria, portanto, típica, mas condicionada a elemento futuro. Contudo, essa conclusão se mostra inadmissível, pois exigiria que a consumação se desse por fato posterior e fortuito, fora da esfera de disposição do candidato.

No mais, essa inversão dos elementos – primeiro o pacto de injusto, depois a condição de funcionário – não está em poder do agente. O que se incrimina é o desrespeito ao bem jurídico²⁶², que nasce no momento da solicitação, aceitação ou recebimento da vantagem. A transformação de candidato em funcionário público não cria, por si só, esse perigo de lesão.

Da mesma forma, não se pode admitir uma consumação atrelada ao ato de ofício. A eleição não é o resultado da conduta e não faz parte do *iter criminis*. A campanha não é ato executório. A consumação da corrupção passiva, tipo penal misto alternativo, não está na prática de ato de ofício uma vez eleito, haja vista que ele é, inclusive, dispensável, não se apresentando como uma das alternativas possíveis trazidas pela lei. Embora a prática de ato de ofício nesse caso represente uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a norma penal não previu essa como uma forma independente de consumação, e sim como simples causa de aumento. Como foi mencionado no item 3.1.3, a corrupção passiva se caracteriza pelo adiantamento da barreira punitiva. Esse adiantamento estabelecido pela lei não pode ser ignorado para abarcar uma gama mais ampla de situações.

O que daí se extrai é que precisa haver, no átimo da aceitação, solicitação ou recebimento, a presença de todos os elementos do tipo. Caso contrário, o fato não existe para fins do artigo 317 do Código Penal. Em suma, se conclui que é no momento da prática de um

²⁶⁰ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 402.

²⁶¹ Art. 14 - Diz-se o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

²⁶² REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 288.

dos verbos – conforme estabelecido no item 2.5 do capítulo anterior – que o crime se consuma, pois foi isso que o texto legal definiu. Para o candidato do cenário único, é o recebimento da doação eleitoral. Eventual prática de ato de ofício quando eleito seria mero exaurimento. Se ausentes os elementos necessários no momento da consumação, a conduta posterior que dela decorre se mostra atípica. Assim, ainda que praticado um ato de ofício, não se poderia falar em corrupção passiva daquele funcionário recém eleito, pois essa prática não é forma de consumação do delito. Não é, como visto, sequer necessária na corrupção passiva em geral.

Em suma, trata-se do mesmo raciocínio mencionado no item 3.1.2, quando se concluiu que o ato de ofício praticado deveria, necessariamente, estar dentro do exercício funcional do funcionário público. A conduta só é típica se há um abuso dos poderes funcionais. Se nem há função quando deveria haver consumação, não há poder do qual se possa abusar. É por esse motivo que não se admite ideia de consumação condicionada à assunção da função pública. Isso seria modular a lei penal para que atenda a interesses que são posteriores à sua criação.

Assim, entendendo a primeira opção como correta, se defende, do ponto de vista da tipicidade objetiva, a não subsunção do cenário do candidato a cargo eletivo ao tipo penal da corrupção passiva. Sua transformação posterior em funcionário público em nada altera o fato de que, no momento em que em teoria se daria a consumação do delito, ele não tinha expectativa concreta de assumir a função pública. Isso significa que a condição de funcionário público deve ser prévia para que possa haver tipicidade. Aliás, só há tipicidade se essa condição existir, justamente em razão de se tratar de elementar do tipo. Como mencionado no item anterior, a expressão “antes de assumi-la” se refere a situações muito pontuais, não servindo para permitir uma expansão do tipo àqueles que não são funcionários públicos.

Assim sendo, é a prática dos verbos “solicitar”, “aceitar” e “receber” que é a forma de consumação do crime. Para o candidato, deveria ser o recebimento da doação feita pelo particular para sua campanha. Em síntese, a justificativa para a atipicidade da conduta do candidato a cargo eletivo eleito é a mesma do candidato a cargo eletivo que não é eleito. Enquanto para este último não há jamais a condição de funcionário, para o primeiro também não há tal condição quando deveria ter se dado a consumação.

A menção à ideia de consumação exige que se fale também da possibilidade de tentativa por parte do candidato, ainda que para afastá-la. Ao falar sobre a forma tentada de um delito, REALE JÚNIOR fala em ação “apenas parcialmente típica por faltar o resultado danoso previsto na norma incriminadora”²⁶³. Não é o que se vê no caso do agente hipotético que concorre a um cargo. A conduta não é eleger-se, e sim praticar um dos verbos previstos no artigo 317 do Código Penal, presentes os demais elementos objetivos por ele trazidos. O pacto de injusto de quem não é funcionário é meio inidôneo para produzir perigo de lesão ao bem jurídico “integridade da função da Administração Pública” – conforme se verá no item 3.4 – e assim se mantem, ainda que a condição seja alcançada posteriormente.

Suponha-se ainda que o candidato a cargo eletivo que aceitou promessa de vantagem indevida no curso da campanha e posteriormente é eleito recebe, uma vez empossado, a tal vantagem prometida. Nesse caso, é o recebimento do dinheiro que atende aos requisitos objetivos do tipo penal, sendo o momento em que de fato se forma o pacto de injusto e, aí sim, há consumação. Não se trata mais de um candidato, mas sim de um funcionário público nos termos previstos pelo artigo 327 do Código Penal. Nessa hipótese, sim, se poderia falar em tipicidade da conduta, pois no momento da consumação estariam reunidos todos os elementos exigidos pelo tipo. Se o tipo penal é misto alternativo e a solicitação ou a aceitação são indiferentes penais por ausência da condição de funcionário público, o recebimento quando já no exercício da função deixa de ser exaurimento e passa a ser consumação.

Entretanto, o cenário único apresentado diz respeito àquele que recebe a vantagem no curso da campanha, e não depois. É a prática do verbo receber enquanto candidato que se analisa. Por isso, são discussões independentes entre si e que não se confundem. No caso do candidato, não há tipicidade objetiva ante a ausência da condição estabelecida pelo artigo 327. No caso do funcionário já eleito, a tipicidade é clara.

²⁶³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 280.

3.3.2 Atipicidade subjetiva da conduta como decorrência da atipicidade objetiva

Que o elemento subjetivo necessário para o cometimento do delito de corrupção passiva é o dolo, o entendimento doutrinário é pacífico, vez que não há previsão da modalidade culposa no artigo 317²⁶⁴.

Ao se tratar da postura do candidato eleito, é certo que ele age com vontade de obter vantagem indevida em razão do exercício de sua futura função. O sujeito ativo da hipótese quer praticar a conduta tipificada pelo Código Penal.

Ocorre que o dolo, em sua acepção clássica, não se constitui apenas de vontade de praticar a conduta e de obter o resultado delitivo. Há também a exigência de conhecimento dos elementos objetivos do tipo, o que não ocorre no cenário único do candidato eleito. O dolo deve abarcar a própria condição de funcionário²⁶⁵.

Como explanado no tópico anterior, a ausência da condição de funcionário público no momento do pacto de injusto importa na atipicidade objetiva da conduta. Consequentemente, não há possibilidade de se falar em tipicidade subjetiva. Por isso, muito embora se possa de fato pensar em vontade do candidato, o conhecimento não pode abarcar todos os elementos objetivos do tipo, pois determinados elementos não existem.

Se conclui, então, que não há tipicidade formal na conduta praticada pelo candidato eleito que recebe, no curso da eleição, uma doação eleitoral feita por particular que visa a um ato de ofício futuro ou uma influência generalizada em sua atuação, pois não há tipicidade objetiva e, consequentemente, também não se pode falar em tipicidade subjetiva.

²⁶⁴ Da mesma forma se entende na doutrina espanhola, cf. OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 367.

²⁶⁵ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 368.

3.4 ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA DO CANDIDATO ELEITO A CARGO ELETIVO DO PODER EXECUTIVO

Quando se fala em tipicidade material da conduta, se está, evidentemente, a avaliar se a ação praticada pelo agente é capaz de lesar o bem jurídico protegido pela norma, anteriormente definido como a integridade da função que a Administração Pública exerce para o corpo social. A pergunta que se formula é, então, se a conduta do candidato eleito a cargo do Poder Executivo que, no curso da eleição, aceitou vantagem indevida lesa o bem jurídico tutelado pelo artigo 317 do Código Penal.

A questão da atipicidade material da conduta parte, necessariamente, da conclusão do item anterior. Isso significa que se analisa a possibilidade de lesão a bem jurídico no momento que se definiu como sendo o da consumação, não em qualquer outro. Por isso, é importante deixar claro que, quando se fala em atipicidade material da conduta, se está a levar em conta o recebimento durante a eleição, e não eventual prática de ofício pelo funcionário público eleito. Essa manifestação concreta da distorção no funcionamento da Administração não é necessária para que a corrupção passiva se concretize e nem se confunde com sua consumação. Por isso, quando aqui se defende a atipicidade material do recebimento de vantagem pelo candidato, é essa conduta que é analisada, e não qualquer outra.

Evidentemente, se outro fosse o bem jurídico defendido, seria possível conceber uma resposta diversa. Contudo, conforme CARDOSO, no caso da integridade da função da Administração Pública, não se pode admitir que, no momento da eleição, um candidato tenha condições de pô-la em perigo, mesmo que abstrato²⁶⁶. Assim como na tentativa a proteção ao bem jurídico se antecipa²⁶⁷, o mesmo ocorre nos crimes de perigo abstrato²⁶⁸. Isso não significa que não haja bem jurídico algum ou que a punibilidade da corrupção passiva se justifique por uma razão que não o perigo de lesão ao bem jurídico.

A esse respeito, e ainda com relação aos crimes de perigo abstrato, Kindhäuser defende que sua necessidade de reprovação reside não na lesão de bens jurídicos, mas na manutenção da

²⁶⁶ CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 47.

²⁶⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 279.

²⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 408.

segurança da sociedade²⁶⁹. Nessa perspectiva, “a punibilidade do comportamento não pode ser sempre fundamentada sob o aspecto de seu caráter lesivo ao bem jurídico”²⁷⁰.

Sendo a corrupção um crime de perigo abstrato, isso seria o mesmo que defender que se poderia justificar sua punibilidade não pelo perigo abstrato à integridade da função da Administração Pública, mas pela necessidade de garantir a segurança. Sob esse argumento, a aplicação da pena ao candidato eleito do cenário único seria defensável, pois não se basearia na lesão a um bem jurídico-penal. Quando KINDHÄUSER fala do descompasso entre a norma de comportamento e a norma de sanção, esclarecendo que o objeto da primeira é a proteção do bem jurídico e o objeto da segunda é o reconhecimento da primeira²⁷¹, a consequência de seu raciocínio é que, mesmo em casos como o do candidato eleito em que não há condição de funcionário público e não há perigo de lesão, a norma de sanção poderia ser aplicada.

Entende-se que essa linha argumentativa não é a correta.

No que concerne ao bem jurídico-penal, adotou-se aqui manifesto reforço à ideia de bem jurídico limitador da interferência estatal, e não como um elemento propulsor²⁷². Isso provoca uma reflexão a respeito da situação do candidato a cargo eletivo do Poder Executivo. Ainda que se realizasse o esforço de defender que sua conduta de fato lesa a integridade da função pública, isso exigiria uma ginástica hermenêutica à qual a teoria do bem jurídico não deve se prestar. Aqui, se estabelece uma relação direta entre a função interpretativa do princípio da legalidade defendido por BECHARA e o bem jurídico-penal²⁷³. Este último é um elemento limitador e forçar a abrangência da norma com o intuito de protegê-lo não apenas é contraproducente do ponto de vista de sua função, mas também uma ameaça à legalidade material.

Ao se admitir a punibilidade de uma conduta que, apesar de reprovável, não lesa o bem jurídico que a norma se destina a proteger, se estaria abrindo mão da teoria do bem jurídico em

²⁶⁹ Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general, tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 409.

²⁷⁰ KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 85-95, mar./abr.. 2012, p. 87.

²⁷¹ KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 85-95, mar./abr.. 2012, p. 88.

²⁷² CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019, p. 19.

²⁷³ BECHARA, Ana Elisa Silva Liberatore. *Bem Jurídico Penal*. Quartier Latin: São Paulo, p. 147.

nome de um funcionalismo sistêmico, tipo diverso de racionalidade do sistema punitivo. Afirma TAVARES que²⁷⁴:

“A sugestão legitimadora do funcionalismo se habilita na produção normativa: a norma incriminadora, em vez de proteger bens jurídicos, deve proteger apenas expectativas, que uma vez protegidas justificam a incriminação. A racionalidade não estaria amparada então em dados ou circunstâncias externas ou ambientes, mas unicamente no próprio enunciado criminalizador”.

Se o que se defende é um Direito Penal limitador com base na teoria do bem jurídico, a decorrência lógica, pelo menos a princípio, é que não se possa admitir a existência de crimes que não ponham em perigo bem jurídico algum²⁷⁵. Na mesma esteira, não se pode admitir a punibilidade de condutas que não criem risco de lesão.

Nesse raciocínio, a conduta do candidato a cargo do Poder Executivo que é eleito após ter, no curso da eleição, aceitado, solicitado ou recebido vantagem indevida é absolutamente atípica materialmente.

3.5 TOMADA DE POSIÇÃO: INVIABILIDADE DA ADEQUAÇÃO DO CENÁRIO ÚNICO À NORMA DO ARTIGO 317 DO CÓDIGO PENAL

Ao longo dos capítulos anteriores, as raízes tanto do tipo penal quanto da conduta definidora da corrupção passiva foram repetidamente discutidas. Isso para que se pudesse entender se o candidato a determinado cargo pode ser enquadrado nessa definição caso aceite vantagem em razão do exercício de sua função, quando – ou caso – eleito. Buscou-se responder à seguinte pergunta: a conduta do candidato eleito atende objetivamente às exigências do tipo penal?

A conclusão que daqui se extrai é a de que o artigo 317 não é capaz de tutelar os atos cometidos pelo candidato a cargo político não empossado. Há mais de uma justificativa para

²⁷⁴ TAVARES, Juarez. A questão da racionalidade e a teoria do delito no estado democrático. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 27, n. 1, p. 9-38, jan./abr., 2017, p. 12.

²⁷⁵ Há, no entanto, exceções à regra, tais como o clássico exemplo de maus tratos aos animais, em que deve haver punição sem que haja um bem jurídico tutelado. Tal exceção, no entanto, não fundamenta o sistema, apenas se justifica de maneira diversa. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 59.

essa resposta, que, embora possa trazer insatisfação popular, parece ser a mais correta do ponto de vista dogmático.

A primeira razão é de ordem principiológica. Uma interpretação do tipo penal que abarque a figura do candidato é deveras extensiva, numa manifestação expansionista destinada a englobar uma conduta que provoca incômodo social, mas que não se adequa ao artigo da maneira como ele foi redigido.

Em segundo lugar, a análise da tipicidade objetiva dos cenários aqui elaborados não pode ser ignorada. No capítulo dois, foram indicados os elementos objetivos presentes no tipo penal. Aqui, no entanto, o alvo é diverso. Isto é, os elementos não foram novamente descritos, mas sim analisados à luz da conduta. Sob esse prisma, entendeu-se que, em razão da ausência da condição de funcionário público na ocasião em que se firmou o pacto de injusto e interpretando o momento da consumação do delito como o da prática da aceitação, do recebimento ou da solicitação, há atipicidade formal da conduta.

De outra banda, em consequência direta da atipicidade objetiva da conduta, também não há que se falar em tipicidade subjetiva, pois esta última depende diretamente da primeira. Se faltam os elementos objetivos, não há como haver o dolo exigido. Novamente, a ausência da condição de funcionário público se faz presente.

Por fim, conclui-se também que a conduta do candidato a cargo eletivo, ainda que eleito posteriormente, não é apta a criar perigo de lesão ao bem jurídico protegido, sendo, portanto, manifestamente atípica do ponto de vista material. Embora haja outras maneiras de justificar a punibilidade do comportamento, a teoria do bem jurídico ainda parece ser a mais adequada, razão pela qual se defende a atipicidade material da ação praticada por quem ainda é um candidato.

Dessa forma, entende-se que, por esses diversos argumentos, o cenário único estabelecido, bem como todos os demais, é absolutamente atípico. O artigo 317, portanto, não se aplica a nenhum dos dezesseis cenários estabelecidos a princípio.

3.6 POSSÍVEIS CAMINHOS A SEREM SEGUIDOS DIANTE DA ATIPICIDADE DA CONDOTA DO CANDIDATO

Diante do não enquadramento da conduta do candidato eleito ou não eleito ao tipo penal da corrupção passiva conforme tipificado, cumpre entender quais possibilidades tem o legislador frente a esse vácuo no ordenamento. Claro está que nem bem seu comportamento se amolda ao artigo 317 do Código Penal nem a qualquer outro delito por ele previsto, da mesma maneira que não se enquadra na corrupção eleitoral do artigo 299 do Código Eleitoral.

Passa-se então a uma análise das possíveis posturas legislativas a serem tomadas a partir da constatação dessa brecha. Essa reflexão se faz por meio de duas perguntas. A primeira é: deve o Direito Penal brasileiro tutelar a conduta do candidato eleito que recebe vantagem em forma de doação em razão do exercício da função que pode um dia assumir? Já a segunda é: caso necessário, qual a melhor maneira de fazê-lo? Curiosamente, a melhor maneira de esclarecer a questão é iniciar pela segunda pergunta.

Para respondê-la, deve-se retornar ao bem jurídico-penal tutelado pela corrupção passiva. Trata-se, conforme já exposto, da integridade da função assumida pela Administração Pública perante a sociedade. O que se concluiu no item 3.4 foi que a conduta do candidato não expõe a perigo o referido bem – pelo menos não no momento clássico da consumação. Novamente a partir de uma visão de bem jurídico enquanto limitador do *ius puniendi* estatal, não se pode conceber que a punibilidade do candidato seja subitamente justificada por uma alteração na redação do artigo 317, como por exemplo a inclusão do trecho “ainda que na condição de candidato” após a expressão “antes de assumi-la”. A redação hipotética seria, então, a seguinte:

Art. 317: Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, **ainda que na condição de candidato**, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Isso apenas transformaria a ação do candidato em uma conduta formalmente típica, mas não seria suficiente para modificar a atipicidade material. Portanto, uma mera mudança na letra da lei não é suficiente para a inclusão da postura em questão no rol daquelas puníveis pelo artigo

317. Da mesma maneira, seria insuficiente alterar o conceito de funcionário público trazido pelo artigo 327 de forma a incluir também os candidatos a cargos eletivos, como no seguinte exemplo:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública, **bem como os candidatos a cargos eletivos.**

O efeito prático seria absolutamente o mesmo da mudança no artigo 317, mantendo-se a atipicidade material da conduta, em que pese a conformidade dos elementos objetivos do tipo penal.

Retorna-se, então, à primeira pergunta: a conduta do candidato deve ser abrangida pela lei penal? A resposta depende, novamente, do bem jurídico tutelado. Caso se entenda que a conduta de fato lesa um bem jurídico de extrema relevância, é possível pensar em sua tipificação. Contudo, isso vai além daquilo que se buscou apresentar neste trabalho. Não é possível afirmar, de pronto, que a conduta de um candidato que aceita doação enquanto possível vantagem lese um bem jurídico qualquer que seja. É por essa razão que a solução para a brecha legislativa não é simples. Se o que se propõe é um funcionalismo teleológico e não sistêmico, não se pode buscar um bem jurídico qualquer que legitime o tipo penal vindouro.

Por isso, é impossível, nesse momento, indicar uma alternativa normativa para o *gap* do Código Penal. Seria precipitado afirmar que a conduta do candidato dos cenários apresentados deve ser tipificada, pois não foi identificado bem jurídico algum que ela lese, embora tampouco se possa afirmar que ela não lesa nenhum. Tudo o que se afirma é: candidato algum eleito, não eleito, recebendo doação corrupta ou ilegal, prometendo contrapartida concreta ou não, lesa a integridade da função da Administração Pública. Além disso, uma proposta de alteração legislativa anterior a essa identificação proporcionaria verdadeira contradição ao que foi defendido neste trabalho. O inconformismo moral que sua postura causa é insuficiente para

justificar a punibilidade do candidato por qualquer delito contra a Administração Pública que seja.

Outra questão que desponta é a equiparação entre candidatos que as alterações legais provocariam. Certamente, é mais simples pensar na sanção a um candidato que tem chances de concretizar a sua contrapartida por meio da sua eleição do que a um outro que, praticando a mesma conduta, não tem chances reais de ser eleito. Seria correto equiparar as condutas de ambos? Suponha-se que o candidato “A” tenha 70% das intenções de voto, enquanto um de seus concorrentes, “B”, tem 2% do eleitorado. Alterações no artigo 317 e artigo 327 que abarcassem os candidatos não fariam uma diferenciação entre esses cenários. Pergunta-se, então, se seria, além de legítimo, proporcional criminalizar como um delito contra a Administração Pública a conduta de alguém que, muito provavelmente, nunca chegará a ocupar cargo em decorrência daquela eleição. Questiona-se, portanto, se os candidatos podem ter suas situações equiparadas, sob o risco de fomentar a aplicação de um Direito Penal muito distante do mínimo.

Com isso, se conclui que não resta evidente nem a necessidade, nem a possível forma de inclusão de qualquer dos cenários que foram analisados ao ordenamento jurídico pátrio.

Claro está que, caso o candidato uma vez eleito efetivamente receba nova vantagem do mesmo particular, estará caracterizado o crime de corrupção passiva, pois, aí sim, se criou pacto de injusto, desta vez com todos os elementos necessários à tipificação da conduta, incluindo o perigo ao bem jurídico protegido. Em outras palavras, se as condutas praticadas depois da posse – sendo essas as que geram real ameaça ao bem jurídico – estão dentro da esfera de alcance do tipo penal, a suposta necessidade de tipificar condutas anteriores à assunção do cargo obedece à justificativa diversa. A punição do eleito que uma vez empossado recebe a vantagem não depende da criminalização do candidato.

Nessa linha, pode-se arguir que esse pacto de injusto travado pelo candidato facilitaria sua corrupção posterior. Sendo assim, muito mais racional seria uma alternativa que não envolvesse a criminalização, mas sim a prevenção do recebimento de vantagens injustificadas

durante a campanha eleitoral. Nesse mesmo sentido se apresenta a lição de BECHARA, segundo a qual o Direito Penal sempre chega tarde demais, lidando com o fracasso²⁷⁶.

Disso se extrai que a conduta do candidato ou lesa um bem jurídico diverso da integridade da função pública²⁷⁷, ou não lesa bem jurídico algum, alternativa que só poderia ser admitida mediante outro referencial teórico.

Com relação à primeira possibilidade, BURKE menciona entendimento exarado pela Suprema Corte americana em *Buckley vs. Valeo* segundo o qual corrupção e financiamento de campanha têm uma relação próxima pois haveria interesse social em prevenir não apenas a corrupção, mas a aparência da corrupção²⁷⁸. No caso de uma proteção penal à conduta do candidato, eleito ou não, esse seria o intuito da norma: proteger os indivíduos da aparência de corrupção provocada pela conduta, vez que, como visto, não há corrupção passiva propriamente dita no momento da corrida eleitoral.

Esse aparenta, então, ser um ponto importante do debate da tipificação. É legítima a incriminação da mera aparência de corrupção? Quando BECHARA afirma que “houve uma importante alteração da percepção social sobre as práticas relacionadas à corrupção, evidenciando-se à necessidade de pôr fim ao ‘jeitinho brasileiro’, expressão que consolidou a corrupção como fenômeno cultural ínsito à nossa sociedade”²⁷⁹, está a falar também do clamor popular que rechaça toda e qualquer conduta que aparente ser corrupta.

²⁷⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O crime de corrupção passiva e a jurisprudência do STF. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da (coord.). *Crônicas franciscanas do Mensalão*: comentários pontuais da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 225-226.

²⁷⁷ A respeito da questão do bem jurídicos nos crimes eleitorais, SOUZA menciona as possibilidades elencadas pela doutrina, tais como a tutela dos direitos políticos ou da regularidade do pleito eleitoral. O autor também assume posição ao dizer que o crime eleitoral tutela o pleito eleitoral ou processo eleitoral. Isso seria aplicável apenas à conduta de um candidato que recebe doação não declarada a título de vantagem indevida, mas não ao candidato cuja doação foi declarada e feita de forma regular, mas, da mesma forma, recebida como pagamento por uma contrapartida futura. Por essa razão, o bem jurídico sufrágio não é suficiente para abarcar a situação proposta. Ver SOUZA, Luciano Anderson de. A reforma da legislação penal eleitoral: um necessário caminho para o aperfeiçoamento da democracia brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 295-320, jan., 2017.

²⁷⁸ BURKE, Thomas. The concept of corruption in campaign finance law. *Constitutional commentary*, n. 1089, 1997, p. 127.

²⁷⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Corrupção, crise política e direito penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 290, p. 05-07., jan. 2017, p. 5.

Essa tutela de aparência parece estar próxima àquilo que se definiu como confiança na Administração Pública, conceito inapto a justificar por si só a criminalização de qualquer conduta. A aparência de corrupção provoca na sociedade um incômodo e uma desconfiança, mas não uma lesão ou perigo de lesão de fato, pelo menos no que concerne à Administração. Ter-se-ia, então, uma tutela da imagem de imoralidade que a ação perpassa, o que não se poderia admitir. Não cabe ao Direito Penal a tutela da moralidade, ainda que se trate da moralidade política. Nas palavras de QUEIROZ e TANGERINO, processo não é vingança²⁸⁰.

Por outra linha semelhante, se poderia argumentar que, em que pese o óbice do bem jurídico, a criminalização da conduta do candidato é necessária como política criminal para evitar que a corrupção posterior efetivamente ocorra. Contudo, uma medida repressiva como essa é excessiva diante da necessidade preventiva que exsurge do contexto. O direito penal deve, afinal, ser mínimo, despontando apenas quando necessário como instrumento para combater as condutas corruptas²⁸¹.

Diante de tudo isso, se entende finalmente que, qualquer que seja o bem jurídico posto em perigo pela prática de recebimento de vantagem do candidato durante a eleição tendo em vista o exercício de seu futuro cargo, se é que há algum, certo é que não se trata da integridade da função da Administração Pública. Esse é o maior obstáculo para sua adequação à norma já posta do artigo 317, pois não pode ser alterado com a mera alteração redacional com a qual podem ser superados os entraves objetivos. Dessa maneira, se percebe que a resolução da questão da criminalização da conduta do candidato está muito além da aptidão de propostas legislativas referentes aos crimes contra a Administração Pública, exigindo um estudo mais completo a respeito dos efeitos da conduta, em especial no âmbito do Direito Penal Eleitoral.

²⁸⁰ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A tutela da moralidade política pelo direito penal: relato e análise da Ação Penal 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 251-268, jan./fev.. 2014.

²⁸¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Corrupción y política criminal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio Carvalho (coord.). *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. 706-708.

CONCLUSÃO

No início do trabalho, quando primeiro se aventou a possibilidade de um candidato a cargo eletivo que aceita uma doação para beneficiar determinado particular caso seja eleito responder por corrupção passiva, foi necessário reduzir as hipóteses em análise, pois, como demonstrado, seria inviável tratar de todas as possibilidades concernentes àquele que está em campanha eleitoral. Optou-se, então, por trabalhar apenas com candidatos a cargos do Poder Executivo. Dentro disso, foram selecionadas quatro variáveis que, conforme acreditou-se, poderiam influenciar na resposta final sobre a tipicidade da conduta. Foram elas: (i) o momento da eleição em que o candidato aceita a doação eleitoral; (ii) a qualidade da doação – se ela foi declarada ou não; (iii) as características da contrapartida oferecida pelo candidato ao particular; e (iv) se, ao final, o candidato foi eleito ou não. Essas variáveis geraram, a partir de suas combinações, dezesseis cenários distintos.

O estudo do tipo penal do artigo 317 foi capaz de determinar a irrelevância das três primeiras variáveis. Subsistiu, então, aquela relativa ao resultado da eleição. Considerando que aquele que nunca se torna funcionário público jamais poderia ser equiparado a tal, restaram os cenários em que o candidato efetivamente foi eleito ao final da corrida eleitoral. A partir daí, dos dezesseis cenários iniciais, criou-se um cenário único: candidato recebe doação em troca de contrapartida posterior caso seja eleito. Tal candidato é eleito e toma posse. Apenas nesse cenário se pode, de fato, discutir a possibilidade de responsabilidade por corrupção passiva, por estarem, pelo menos de maneira superficial, presentes os requisitos exigidos pela lei.

A interpretação legal é ato contínuo para aqueles que operam o Direito. Tão contínuo que, por vezes, incorre-se no erro de não mais extrair da lei o que o legislador quis, e sim o que seu intérprete deseja. O Direito obedece a uma velocidade e a sociedade a outra. Para suprir o descompasso, não é incomum que se façam novas leituras de tipos penais antigos.

Ao se aventar a possibilidade de que um candidato possa responder por corrupção tal qual um funcionário público, o que se está a fazer é expandir os limites do artigo 317 para recepcionar uma situação que gera incômodo, mas que não foi prevista, seja por este tipo penal, seja por qualquer outro.

Após analisar toda a estrutura típica e contrastá-la com a hipótese do candidato a cargo eletivo do Poder Executivo levantada, concluiu-se que existem diversos óbices para que o delito de corrupção passiva possa ser interpretado de maneira a incluir esse agente.

Ao ser redigido, em 1940, esse dispositivo não buscou tutelar, via de regra, aqueles que não são funcionários públicos. Caso contrário, não teria sido colocado no Capítulo I do Título XI – dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral. Há, de fato, uma menção a dois momentos excepcionais, ilustrados pelas expressões “fora da função” e “antes de assumi-la”. Tais exceções, no entanto, devem ser lidas de maneira muito restrita. Quando se fala em “fora da função”, se está a tutelar a corrupção subsequente, isto é, quando a recompensa é posterior ao exercício funcional. Já no caso de “antes de assumi-la”, que é o que de fato provoca dúvida em torno do candidato, a assunção da função já é certa, como no exemplo do juiz que já sabe para qual comarca será designado, ainda que não tenha sido empossado ainda. O exercício da função deve ser um dado real, e não objeto de futurologia.

Para que haja corrupção passiva, a função que se mercadeja deve existir, e não ser uma simples possibilidade. É por isso que, mesmo com a janela temporal expandida pelo tipo, só podem ser recepcionadas situações em que essa função já é – ou já foi – uma realidade concreta.

Aliás, o exercício da função é a peça fundamental para que se desvende o artigo 317. Não só aquilo que o funcionário pode oferecer deve estar relacionado ao exercício de sua função de maneira objetiva, mas também subjetivamente. Ele recebe uma vantagem para que atue dentro dos poderes que lhe foram conferidos pela Administração e sabe disso.

Se a interpretação da norma de acordo com a unidade do ordenamento é insuficiente, outras são as razões, dessa vez mais técnicas, pelas quais a tipicidade do candidato deve ser afastada. Não há tipicidade objetiva, pois não estão presentes as elementares do tipo. Não há tipicidade subjetiva, pois não há sequer tipicidade objetiva. O elemento volitivo não consegue abarcar uma condição – de funcionário público – que não existe. Com isso, se entende que só pode responder pela corrupção passiva quem é funcionário público, ou certamente o será. O tipo penal não se aplica a quem simplesmente deseja ser.

Também a questão do bem jurídico ocupou um espaço relevante na análise do enquadramento típico da conduta do candidato. Em que pese o conceito não seja suficiente para

determinar o conteúdo material do injusto, ele é de grande valia para o entendimento dos cenários montados. Para isso, foi necessário revisitar tanto as correntes clássicas do bem jurídico da corrupção, tais como a moralidade da Administração Pública, quanto detalhar as teorias mais modernas. Entendeu-se que o bem jurídico da corrupção passiva não é a funcionalidade da Administração Pública, mas sim a integridade da função que ela exerce na e para a sociedade. Em outros termos, não se protege a Administração Pública em si, mas sua função social. Afinal, o indivíduo é que deve ser o beneficiário da norma. O sistema deve tê-lo sempre como centro, não como instrumento.

Com isso, se concluiu que a conduta do candidato a cargo eletivo do cenário único não representa perigo abstrato de lesão ao bem jurídico “integridade da função da Administração Pública” – e muito menos dano. Quando candidato, ele não era ainda guardião da Administração, impedindo, portanto, que ele pratique uma função típica dos titulares do poder público.

Todos esses argumentos estão interligados e, por vezes, se confundem. Nem o artigo 317 nem qualquer outro tipo penal pode ser visto como a fusão de elementos independentes. Se algo se pode extrair desta análise, foi que o delito de corrupção passiva funciona de maneira orgânica e não pode ser interpretado por partes ou isoladamente. Vantagem indevida depende do conceito de exercício da função, que por sua vez deriva da condição de funcionário público, que por seu turno guarda íntima relação com o bem jurídico tutelado pela norma. É também por isso que não se pode descontextualizar a expressão “antes de assumi-la”. Interpretando-a isoladamente, pode-se concluir algo que o tipo nunca tentou dizer.

O que fazer, então, com o candidato que recebe no curso de sua campanha uma doação corrupta, feita com o intuito de obter uma contrapartida caso esse candidato seja mesmo eleito? Apenas se pode concluir nesse momento que essa resposta não está no crime de corrupção passiva, o que não significa que não haja uma brecha legislativa. Aliás, é possível estender essa afirmação para pontuar que a resposta à questão do candidato não está nos crimes contra a Administração Pública. Uma vez mais, retorna-se ao ponto do abuso de poder. Não se pode abusar de poder que não existe. Por essa razão, presume-se que a resposta penal para a conduta do candidato – se é que deve haver alguma – está, muito provavelmente, nos crimes eleitorais. Um mero candidato pode não estar em condições de lesar a Administração Pública, mas pode

lesar a lisura do processo eleitoral, por exemplo. Apenas um estudo dedicado aos crimes eleitorais seria capaz de esclarecer a questão. Com isso, se poderia avaliar a necessidade de tipificação da conduta do candidato, que não foi, até o momento, recepcionada pelo texto legal.

Discutir a necessidade de tipificação de uma conduta que, embora não seja assim classificada, em muito se assemelha à corrupção passiva, é algo extremamente complexo. É um debate que vai muito além da objetividade jurídica, pois envolve, talvez mais que qualquer outro tema na atualidade, uma gama de interesses e emoções que afetam diretamente a formulação legal.

A bandeira do combate contra a corrupção é tão intensa quanto problemática. No intuito de punir aquele que o senso moral da sociedade entende como criminoso, atropela as garantias fundamentais mais básicas. No exemplo do candidato trabalhado ao longo deste estudo, interpretar o artigo 317 de maneira a abarcá-lo seria uma ofensa ao princípio da legalidade. Ainda assim, essa leitura extensiva do tipo não está distante da realidade da aplicação da lei penal. Em tempos em que até a expressão “trânsito em julgado” é passível de interpretação, compreensões restritivas das normas são cada vez mais raras.

Como se espera ter conseguido comprovar no curso do trabalho, análises errôneas das normas em muito se beneficiam de leituras superficiais. O desconhecimento é um fator decisivo na má aplicação da lei. Por isso mesmo se mostra tão importante que a doutrina, ainda hoje, se dedique aos aspectos basilares da teoria do delito, bem como aos princípios que devem guiar a dogmática penal. Neles é possível encontrar a resposta para muitas das questões que são debatidas na atualidade, pois possuem um papel fundamental no freio aos arbítrios do expansionismo penal. Não é diferente com a corrupção passiva do artigo 317, que deve ser analisada de maneira minuciosa e completa para que se possa entender quais condutas de fato estão abarcadas pela norma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGUER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. *In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (Org.). ESTUDIOS sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña.* Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013.

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

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Corrupção, crise política e direito penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 290, pp. 05-07., jan. 2017.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O crime de corrupção passiva e a jurisprudência do STF. *In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da (coord.). Crônicas franciscanas do Mensalão: comentários pontuais da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo.* São Paulo: Quartier Latin, 2014. pp. 225-226.

BEM, Leonardo Schmitt de. Direito penal eleitoral: o crime de corrupção à luz da jurisprudência do TSE. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, pp. 52-67, jun./jul., 2018.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 81, pp. 7-35., nov./dez. 2009.

BIASON, Rita de Cássia. Questão conceitual: O que é corrupção? *In: BIASON, Rita de Cássia (Org.). Temas de corrupção política.* São Paulo: Balão Editorial, 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos.* 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOZZA, Fabio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal.* São Paulo: Almedina, 2015.

- BURKE, Thomas. The concept of corruption in campaign finance law. *Constitutional commentary*, n. 1089, 1997.
- BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción política y derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 387-405., mar./abr. 2011.
- BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Corruption: a short history*. Washington: Brookings Institution Press, 2017
- BRITO, Alexis Couto de. Concepto e función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal. *Revista Penal Mexico*, Ciudad del Mexico, n. 6, marzo-agosto de 2014, pp. 47-60.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959
- CABRERA, Marta Fernández. *Corrupción en la función pública*. Tirant lo Blanch: València, 2018.
- CAGGIANO, Monica Herman. Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (Coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política: análises à luz da lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2004.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.
- CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. València: Tirant lo Blanc, 2019.
- CASARA, Rubens; *Processo penal do espetáculo e outros ensaios*, Florianópolis: Tirant lo Blanch: 2018.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Criminalidade na administração pública: peculato, corrupção, tráfico de influência e exploração de prestígio. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 52, p. 39-68, 2010.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. *In*: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de Anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo. O crime de corrupção passiva e a jurisprudência do STF. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da (Coord.). *Crônicas franciscanas do Mensalão*: comentários pontuais da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 35-36.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Teoria do injusto penal. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *DIREITO penal na pós-modernidade*: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 211-221.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2007.

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro*: parte V. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. Algunas reflexiones sobre la corrupción política. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 317-352, jan./fev.. 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Especial*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FURTADO MAIA-NETO, Candido. Corrupção e impunidade: estudo criminológico da atuação da justiça penal. *Pena y Estado: Revista latinoamericana de política criminal*, Buenos Aires, v. 1, n. 1, pp. 129-147., 1995.

GARCIA, Maria. De volta à teoria da corrupção: Döbel e as estruturas sociais primárias. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, v. 23, n. 90, pp. 77-90, jan./mar., 2015.

GIL GIL, Alicia. Los tipos mixtos y su clasificación. *Revista de derecho penal y criminología*: Espanha, Madrid, 2º época, 1 extraordinario, pp. 77-92, mar., 2000.

GIL LAVEDRA, Ricardo R. Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 5, 17/20, pp. 707-717, 1982.

GOMES, Laurentino. *1808*. Editora Planeta: São Paulo, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 4, n. 63, pp. 10-11, nov. 2005.

GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. Projeto de Código Penal em debate: o crime de corrupção privada e o PLS 236/2012. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 260, pp. 17-19, jul., 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial, vol. IV. Niterói: Impetus, 2009.

GUZMÁN DALBORA, José Luiz. Esencia y clases del cohecho político. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, v. 20, n. 95, pp. 117-144, mar./abr., 2012.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*: teoría y práctica en las ciencias penales, Buenos Aires, v. 12, 45/48, pp. 275-285, 1989.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*: revista hispanolatinoamericana, Buenos Aires, n. 1, pp. 23-36, set./dez., 1991.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? *La teoría del bien jurídico*: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2016.

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

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Civitas: Madrid, 1996.

KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economía y la sociedade. Los delitos de corrupción em el Código Penal alemán. *Política criminal*, n.3, 2007, pp. 1-18.

KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, pp. 85-95, mar./abr., 2012.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

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

LOWENSTEIN, Daniel. Campaign Contributions and Corruption: Comments on Strauss and Cain. *University of Chicago Legal Forum*, 1995, pp. 163-192.

LUCON, Paulo Henrique dos. Doações para campanha eleitoral. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 30, n. 109, pp. 86-99, ago., 2010.

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.

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.

MOISÉS, José Álvaro. A corrupção afeta a qualidade da democracia? *Em Debate*, Belo Horizonte, v.2, n.5, pp. 27-37, mai. 2010.

MOISÉS, José Álvaro. A desconfiança nas instituições democráticas. *Opinião Pública*, Campinas, Vol. XI, nº 1, março 2005, pp. 33-63.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e mentira na política*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho. In: *DELITOS y cuestiones penales en el ámbito empresarial*. Madrid: Expansión / Garrigues & Andersen, 1999.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. *La Financiación ilegal de los partidos políticos: um foco de corrupción*. Valência: Tirant lo Blanch, 2014.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, volume 3: parte especial. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- 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, pp. 181-214., jan./fev. 2014.
- QUANDT, Gustavo de Oliveira. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, pp. 47-59, jul. 2013.
- QUANDT, Gustavo. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A tutela da moralidade política pelo direito penal: relato e análise da Ação Penal 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, pp. 251-268, jan./fev., 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIBEIRO PONTES, José. *Código Penal brasileiro: comentários revistos e atualizados*. Livraria Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1956.

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

ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ROSA, Paula Nunes Mamede; BELLO, Ludmila Carvalho Gaspar de Barros. A política criminal do poder judiciário e a conformação de elementos dogmáticos do direito penal econômico. In: Seminário Internacional de Ciências Criminais, 2018, São Paulo. *Anais do II Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2018. p. 119-144.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.; *Corrupção e Governo: causas, consequências e reforma*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Political Corruption and Democracy. *Connecticut Journal of International Law*, vol. 14, no. 2, Fall 1999, pp. 363-378.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

RUIVO, Marcelo Almeida. O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 25, 1/4, pp. 263-283., jan./dez., 2015.

SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo. Elementos subjetivos do tipo: teorias do dolo e da culpa. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal na pós-modernidade – escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves de Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, pp. 47-59, jul.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCALCON, Raquel Lima. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (artigo 327, *caput*, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, pp. 111-145, jan./mar., 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 238, pp. 6-7, set., 2012.

SHAPIRO, Martin. Corruption, Freedom and Equality in Campaign Financing. *Hofstra Law Review*, vol. 18, no. 2, Fall 1989, pp. 385-394.

SANTOS, Boaventura Sousa. Da Sociologia da Ciência à Política Científica. *Revista Crítica das Ciências Sociais*. v.1. jun. 78, pp. 29-36.

SOUZA, Luciano Anderson de. A essência da ação penal nº 470: o crime de corrupção. *Letrado*, São Paulo, n. 101, pp. 26-27, jul./dez., 2012.

SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato Jorge Mello da. (Org.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de. El delito de corrupción en Brasil: debates actuales. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, pp. 435-461., 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. La corrupción en el Brasil de hoy. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 28, pp. 17-39., 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. A reforma da legislação penal eleitoral: um necessário caminho para o aperfeiçoamento da democracia brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, pp. 295-320, jan., 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político e a corrupção no Brasil. *In: BIASON, Rita de Cássia (org.). Temas de corrupção política*. São Paulo: Balão Editorial, 2012.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *Corrupção política: análise, problematização e proposta para o seu enfrentamento*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

TAVARES, Juarez. A questão da racionalidade e a teoria do delito no estado democrático. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 27, n. 1, p. 9-38, jan./abr., 2017.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. 1ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4ª edição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. El Funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. *Revista de derecho penal y criminología*: Espanha, Madrid, 2ª época, n. 15, p. 197-220, jan., 2005

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Corrupción y política criminal. *In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio Carvalho (coord.). 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.

WOHLERS, Wolfgang. La teoría de protección de bienes de Birnbaum y su importancia para las actuales teorías del bien jurídico. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, pp. 435-445, 2016.