



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

RICARDO DE SOUSA FONSECA

**CORRUPÇÃO PELO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES PÚBLICAS: a
incriminação do recebimento de vantagem indevida sem a demonstração
do ato de ofício pretendido pelo suborno.**

CORRUPTION FOR THE EXERCISE OF PUBLIC FUNCTIONS: the
incrimination of the receipt of undue advantage without the demonstration
of the official act intended by the bribery.

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-
Criminais, sob a orientação da Professora
Doutora Cláudia Maria Cruz Santos.

Coimbra
2017

A Deus, pela graça de viver este momento; aos meus amados pais, Luiz e Marta, pelos valores que me ensinaram para seguir a vida; e a minha amada esposa Gabriela, a alma gêmea que encontrei neste mundo.

Resumo

O presente estudo busca analisar a possibilidade de se enquadrar, em alguma modalidade de crime de corrupção prevista nos Códigos Penais brasileiro e português, a conduta do funcionário público que solicita ou aceita uma vantagem indevida de um particular, no exercício das suas funções ou por causa delas, sem que tal vantagem esteja vinculada à prática ou omissão, ainda que eventual, de um concreto ato de ofício, ou, em outras palavras, sem que se demonstre o efetivo contributo do funcionário em contrapartida do suborno, situação na qual se inserem, por exemplo, os “pagamentos de facilitação”.

Em ambos os países, o que se percebe nas últimas décadas é um processo de alargamento dos limites de incriminação da corrupção na esfera pública, com a eliminação de elementos típicos, cuja prova em juízo criava dificuldades à possibilidade de condenação. Todavia, ao tempo que, em Portugal, as novidades no regime jurídico-penal da corrupção têm sido promovidas pelo legislador, no Brasil, é a jurisprudência (do STF) que está à frente de significativas mudanças.

É justamente em razão dessa nova realidade jurídica, que se pode afirmar que a conduta questionada é digna de reação penal nos dois países, por configurar um “mercadejar” com o cargo, elemento ínsito à configuração dos crimes de corrupção.

Palavras-chave

Corrupção – funcionário público – vantagem indevida – funções públicas – ato de ofício – pagamentos de facilitação.

Abstract

The present study seeks to analyze the possibility of including, in some modalities of corruption's crimes contemplated in Brazilian and Portuguese criminal laws, the conduct of a public officer who requests or accepts an undue advantage or perks of a private person or organization as an inducement to performance his duties. Or, in another way, without having to prove the connection between the bribe payment and the actual contribution of the public officer (for instance, the "facilitation payments").

In both countries, what has been observed in recent decades is a process of widening the limits of corruption's incrimination in the public sphere with the elimination of typical elements, whose evidence in court created difficulties for the conviction. In Portugal, those innovations in the criminal-legal regime of the corruption have been promoted by the legislator, while in Brazil it is the case law of the Supremo Tribunal Federal (STF) that is in charge of significant changes.

It is precisely because of this new legal-criminal reality that one can say that the type of conduct described here asks for a legal reaction on the criminal law in both countries, since it constitutes what someone can call a "trading" with the public office, a feature of those kind of corruption's crimes.

Keywords

Bribery – public officer – undue advantage – public functions – Official act – facilitation payments.

Siglas e abreviaturas

AP – Ação Penal

ART. – Artigo

CE – Conselho da Europa

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

EUA – Estados Unidos da América

FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*

INQ – Inquérito

MPF – Ministério Público Federal

N.º – Número

OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

PT – Partido dos Trabalhadores

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TI – Transparência Internacional

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

Sumário

1- Introdução.....	8
2- A nova ordem mundial de combate à corrupção.....	21
3- O crime de recebimento indevido de vantagem no Direito Penal português.....	28
3.1- Evolução do direito positivo.....	29
3.2- Aspectos jurídico-penais.....	42
4- O crime de corrupção passiva no Direito Penal brasileiro.....	70
4.1- Previsão legal.....	71
4.2- Aspectos jurídico-penais.....	73
4.3- A jurisprudência do STF.....	94
a) Ação Penal n.º 307/DF – Caso “Collor”.....	94
b) Ação Penal n.º 470/MG – Caso “Mensalão”.....	102
4.4- Análise comparativa dos casos “Collor” e “Mensalão”: o ato de ofício “potencial” para a caracterização da mercancia da função.....	111
5- A dupla incriminação da conduta questionada.....	124
6- Conclusão.....	128
Bibliografia.....	135

1- Introdução

A palavra “corrupção” é polissêmica e pode encerrar tanto um conteúdo natural quanto valorativo¹. Para os fins deste trabalho, este último sentido é que interessa, mais especificamente, adianta-se, na órbita estatal, onde “corrupto”, na visão de PRADO², “*é o agente que faz uso de sua função para atender finalidade distinta da do interesse público, movido pelo objetivo de alcançar vantagem pessoal*”.

Nesse contexto, para ZAFFARONI³, a corrupção, em termos genéricos, “*suele entenderse como lá relación que se establece entre una persona con poder decisório estatal y otra que opera fuera deste poder, en virtud de lo cual se cambian ventajas, obteniendo ambas in incremento patrimonial, en función de un acto (u omisión) de la esfera de poder de la primeira em beneficio de la segunda*”.

Fazendo eco a essa definição, SCHILLING⁴ afirma que a “*corrupção é um conjunto variável de práticas que implica trocas de quem detém poder decisório na política e na administração e quem detém poder econômico, visando a obtenção de vantagens ilícitas, ilegais ou ilegítimas para os indivíduos ou grupos envolvidos*”.

Acontece que a satisfação do interesse público representa a própria justificativa política da existência do Estado, razão pela qual os agentes públicos exercem suas atribuições no âmbito de uma estrutura organizacional destinada à consecução do bem comum, atuando em nome e para o povo, com respeito irrestrito aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência⁵.

¹ Segundo o dicionário da língua portuguesa, a palavra “corrupção” é empregada no sentido de decomposição, deterioração, putrefação, devassidão, depravação ou perversão, bem como para designar o ato ou o efeito de subornar, que, por sua vez, significa a “*ação de induzir a pessoa à prática de certo ato, oferecendo-lhe dinheiro ou outros benefícios ilícitos, em proveito próprio*”. Fonte: <https://www.dicio.com.br>. Acesso em 06.04.2017.

² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Especial, Volume 3*. 9ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 578.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La corrupción: su perspectiva latino-americana*. In: OLIVEIRA, Edmundo (org.). *Criminologia crítica*. CEJUP, Belém, 1990, p. 371.

⁴ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável. Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. IBCCrim, São Paulo, 1999, p. 15.

⁵ MIRANDA, Gustavo Senna. *Corrupção pública: uma pandemia nacional*. Revista Panóptica, N.º 9, agosto de 2007, p. 229 e 237.

Nessa perspectiva, a corrupção se associa à ideia de abuso de poder e desvio de finalidade, uma vez que o agente público se vale da condição que ostenta para obter vantagem indevida de ordem particular, ao arrepio da lei, dos seus deveres funcionais e dos interesses gerais a que está adstrito⁶, abrangendo, em sentido amplo, toda conduta comissiva ou omissiva do agente público que leve ao desvirtuamento das funções do Estado, a exemplo do peculato, tráfico de influência, exploração de prestígio, abuso de poder e lavagem de dinheiro, e, em sentido estrito, a corrupção ativa e passiva, nas quais a essência da corrupção está no próprio tráfico da função pública⁷.

Na visão de alguns autores, a corrupção decorre do afrouxamento moral e da preterição da ética e da virtude ocasionados pela busca desenfreada do enriquecimento pessoal, impulsionada pelo mercado global e pela enorme importância dada ao dinheiro na sociedade capitalista. Em outras palavras, associa-se a prática da corrupção à formação humanística e cultural do povo que compõem determinada nação⁸, a qual, obviamente, reflete no padrão ético de seus agentes públicos, pois extraídos do mesmo meio social. Todavia, se a corrupção fosse apenas um fenômeno cultural, ela não ocorreria, nem seria considerada ilegal, em todas as partes do mundo⁹.

Ademais, em um contexto de corrupção “sistêmica”¹⁰, tal prática é fomentada por uma concepção empresarial camuflada, que ainda considera o suborno como instrumento necessário à manutenção da competitividade, permitindo superar concorrentes que detêm melhor tecnologia ou custos mais baixos, com a facilidade das despesas com o pagamento

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Especial, Volume 3 ...*, p. 578.

⁷ ELLIOTT, Kimberly Ann. *A Corrupção e a Economia Global*. Editora UnB, Brasília, 2002, p. 59.

⁸ FELIPPI FILHO, Mario Cesar. *A Corrupção e a sua Tipificação Legal: Breve Enfoque no Tratamento Jurídico Dispensado pelo Código Penal Brasileiro*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, N.º 78, fevereiro-março/2013, p. 93/94.

⁹ RAMINA, Larissa O. *Tratamento jurídico internacional da corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da O.E.A. e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da O.C.D.E.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Volume 9, 2003, p. 202.

¹⁰ O termo “corrupção sistêmica” é aplicado em relação a instituições que transformaram a corrupção em parte integrante de seus negócios, de forma que seus procedimentos não mais são operacionalizados de acordo com as regras formais. Nessas redes de corrupção bem estruturadas, é difícil identificar a relação entre as ações dos agentes públicos e as recompensas recebidas, o que dificulta a repressão. In: TORRES, Alcídio. *O combate contra a corrupção e pela promoção da ética em Portugal e no Brasil*. Chiado Editora, Lisboa, p. 105.

do suborno serem incorporadas ao preço dos produtos e serviços comercializados ou deduzidas dos impostos devidos no país de origem¹¹. Além disso, deve-se considerar que a corrupção sistêmica resulta da atuação de uma organização verticalizada e muito bem articulada, que se vale da inoperância do sistema legal para fixar profundas raízes na estrutura institucional do Estado¹², em especial, em setores com poderes decisórios e que possam ser usados discricionariamente, favorecendo determinados grupos ou indivíduos¹³. Em síntese, a corrupção se estabelece entre quem governa, quem integra o serviço estatal e quem pode comprar o Estado.

Acrescente-se ainda que a impunidade serve de estímulo à prática do ilícito¹⁴. Com efeito, a maioria dos países não possuem sistemas jurídicos com os instrumentos necessários para enfrentar a corrupção no atual cenário mundial, de caráter econômico e transnacional. Por outro lado, a pouca transparência dos atos de corrupção, que têm a marca da clandestinidade e do sigilo, cria condições propícias à ausência de punição. Nesse aspecto, ROSSETTO¹⁵ destaca que “*a relação corrupto-corruptor não é diretamente lesiva ou vitimogênica, ou seja, o suborno, a fraude e o peculato só atingem terceiros através da categoria denominada «bem-comum». Lesado é o público, o contribuinte, o consumidor, categorias amplas, impessoalizadas, sem uma protagonização clara na vida social, sem um código de conduta definido, sem uma representação estabelecida*”. Se bem compreendido, é o que COSTA ANDRADE¹⁶ denomina de “seleção negativa de criminalidade”, devido à existência de uma vítima inconsciente de sua condição ou por se tratar de uma vítima abstrata. Soma-se a isso o fato de que em sociedades com democracia

¹¹ ELLIOTT, Kimberly Ann. *A Corrupção e a Economia Global ...*, p. 220.

¹² ROSSETTO, Patrícia Carraro. *O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, N.º 10, Volume 6, 2009, p. 226.

¹³ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável ...*, p. 49.

¹⁴ Nesse ponto, pesquisa do Centro de Referência do Interesse Público da Universidade Federal de Minas Gerais, realizada em 2010, identificou junto à população brasileira que os principais fatores que contribuem para a corrupção são a impunidade e um sistema judicial ineficiente. In: FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, cultura política e reformas no Brasil*. Revista de Ciências Humanas, Vol. 10, N.º 2, jul/dez 2010, p. 331. Disponível em: <http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/vol10/art.7vol10-2.pdf>. Acesso em 04.04.2017.

¹⁵ ROSSETTO, Patrícia Carraro. *O combate à corrupção pública ...*, p. 222.

¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *A Vítima e o Problema Criminal*. Coimbra, 1980, p. 99. Segundo o autor, estudos comprovam que a decisão da vítima de denunciar ou não a prática de um delito repercute na seleção da criminalidade pelas instâncias formais de controle, assim como na explicação das elevadas cifras negras de certas condutas desviantes (p. 89).

tardia, a população ainda identifica o Estado como inimigo comum¹⁷ e não diferencia a “coisa pública” da “coisa do governante”, circunstâncias que a levam a se demitir do controle da gestão pública e a tolerar práticas corruptas¹⁸.

Esse conjunto de fatores leva a que as condenações criminais por corrupção no mundo variem apenas entre 4% a 10% dos processos julgados¹⁹, fora a criminalidade oculta, que deixa de ser captada pelos órgãos formais de controle.

A corrupção sempre esteve presente na história da humanidade, independentemente de regime ou forma de governo²⁰. É certo que em regimes autoritários, poucos se atrevem a retirar o véu que a encobre. Todavia, não raro, a corrupção também macula a pureza dos ideais democráticos e republicanos, pois se apresenta como uma via rápida para o acesso e a permanência de grupos políticos no poder²¹.

Curiosamente, até a década de 1990, era forte o discurso sobre a funcionalidade da corrupção, notadamente, por servir de “óleo necessário” para desbloquear certos entraves institucionais e burocráticos nos países em desenvolvimento, tornando-os mais eficazes²². Além disso, em busca de aumentar a competitividade de suas empresas, países desenvolvidos, com exceção dos Estados Unidos da América (EUA)²³, não só permitiam o

¹⁷ Pesquisa realizada entre 22.11.2016 e 10.01.2017, com moradores de bairros periféricos da cidade de São Paulo, acima de 18 anos e com renda familiar mensal de até 5 salários mínimos, demonstrou que “o principal confronto existente na sociedade não é entre ricos e pobres, entre capital e trabalho, entre corporações e trabalhadores e sim entre Estado e cidadãos, entre a sociedade e seus governantes. Para os entrevistados, todos são vítimas do Estado que cobra impostos excessivos, impõe entraves burocráticos, gerencia mal o crescimento econômico e acaba por limitar ou sufocar a atividade das empresas”. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-colapso-do-discurso-petista,70001724096>. Acesso em 03.04.2017.

¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Corrupção: uma análise criminológica*. In: Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Marcial Pons, São Paulo, 2012, p. 608.

¹⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Corrupção, crise política e direito penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender*. Boletim IBCCRIM, N.º 290, Volume 25, 2017, p. 6.

²⁰ ROSSETTO, Patrícia Carraro. *O combate à corrupção pública ...*, p. 214.

²¹ GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica*. Revista dos Tribunais, N.º 820, fevereiro/2004, p. 446.

²² SIMÕES, Euclides Dâmaso. *Contra a Corrupção – As Leis de 2010*. In: As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Rui do Carmo (Coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 43.

²³ Com o advento do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), em 1977, o sistema jurídico norte-americano passou a punir atos de corrupção extraterritoriais, mediante disposições antissuborno e contábeis, com especial destaque para a criminalização da corrupção de agentes públicos estrangeiros e a não-dedutibilidade tributária dos subornos pagos no exterior. Essa lei foi alterada em 1988, mas a sua essência foi mantida.

pagamento de suborno a agentes públicos estrangeiros, mas também autorizavam a dedução desses valores dos impostos devidos ao fisco²⁴.

Com o avanço do processo de globalização, houve um aumento na incidência dos casos de corrupção de titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos, devido à expansão das transações comerciais internacionais²⁵ e à facilitação do fluxo de capitais entre os países, promovida pela integração dos sistemas bancário e financeiro²⁶. Outros fatores que também contribuíram para esse fenômeno se relacionam com uma maior intervenção do Estado na economia, a elevação do custo das campanhas eleitorais e a necessidade de formação de base parlamentar para a aprovação de projetos de interesse do Governo²⁷.

Em compensação, a liberalização econômica, as reformas democráticas e a crescente integração global vivenciadas nesse período contribuíram para formar a consciência em relação aos custos sociais, econômicos e políticos implicados pela corrupção, desencadeando uma forte reação anticorrupção pelo mundo²⁸. Nesse sentido, a partir da década de 1990, o combate à corrupção tornou-se um dos temas que mais despertou o interesse da comunidade internacional, sendo objeto de diversos documentos regionais e internacionais, a exemplo daqueles produzidos pela Organização dos Estados Americanos (OEA), Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Conselho da Europa (CE) e Organização das Nações Unidas (ONU)²⁹, que serão mais à frente analisados.

Vale esclarecer que esse impulso no combate mundial à corrupção decorreu, em particular, da atuação de países protagonistas do processo de globalização (notadamente,

²⁴ GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica ...*, p. 455.

²⁵ “Entende-se por transação comercial internacional, a operação ou conjunto de operações comerciais ou de cunho econômico, cujo objeto ou o domicílio das partes envolvidas possuem elementos que as vinculam a mais de um sistema jurídico”. JESUS, Damásio E. *Crimes de corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais*. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 31.

²⁶ ROCHA, Patrícia Barcelos N. de Mattos. *Corrupção na era da globalização*. Juruá, Curitiba, 2008, p. 26.

²⁷ SCHILLING, Flávia. *A luta contra a corrupção e a construção da democracia: perspectivas de análise*. Revista do ILANUD, N.º 8, 1998, p. 49.

²⁸ ELLIOTT, Kimberly Ann. *A Corrupção e a Economia Global ...*, p. 17.

²⁹ ROCHA, Patrícia Barcelos N. de Mattos. *Corrupção na era da globalização ...*, p. 115.

os EUA)³⁰, que passaram a defender uma economia de mercado e a ideia de livre concorrência, ambientes onde a corrupção representa uma barreira à igualdade de competição. Paralelamente a isto, incorporou-se o discurso de que a corrupção, em uma escala mais ampla e a longo prazo, gera efeitos nocivos ao desenvolvimento econômico, democrático e social dos países, fragiliza as instituições públicas, deslegitima o sistema político e subtrai do Estado os recursos indispensáveis à garantia dos direitos fundamentais, além de estar estreitamente ligada à criminalidade econômica, à lavagem de dinheiro e ao crime organizado, sendo, por conseguinte, detentora de grande ofensividade a bens jurídicos transcendentais e ao próprio Estado de Direito³¹.

Em números, estima-se que a corrupção custe cerca de 120 bilhões de euros por ano à economia da União Europeia, conforme o Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, apresentado em 2014³². No Brasil, apenas em relação às recentes investigações envolvendo a empresa Petrobrás, cuja acionista majoritária é a União, os prejuízos com a corrupção podem alcançar 88,6 bilhões de reais³³. De acordo com avaliações do Banco Mundial³⁴, cerca de US\$ 1 trilhão são pagos a cada ano em subornos em todo o mundo e a perda econômica total com a corrupção é estimada em muitas vezes esse montante, causando um impacto negativo sobre os pobres e o crescimento econômico. Além disso, os dados financeiros internacionais revelam que os fluxos de valores ilícitos e ilegais, provenientes de atividades criminosas, corrupção e evasão fiscal, são estimados entre US\$ 1 trilhão e US\$ 1,6 trilhões por ano, sendo quase metade dessa quantia proveniente de economias em desenvolvimento.

³⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *A corrupção em uma perspectiva internacional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, N.º 64, Volume 15, 2007, p. 30 (p. 29-56). Vide nota 23. Com efeito, o FCPA tornou desfavorável a posição das empresas americanas em face de suas concorrentes internacionais, que continuavam a se valer do suborno em suas transações comerciais.

³¹ Nesse sentido: SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]*. In: Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 349/350.

³² Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_pt.pdf. Acesso em 27.08.2016.

³³ Fonte: <http://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/o-custo-da-corrupcao-560478.html>. Acesso em 27.08.2016.

³⁴ Fontes: <http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption> e <http://www.worldbank.org/en/topic/financialmarketintegrity/overview#1>. Acessos em 04.05.2017. Tradução livre.

Por outro lado, pesquisa do Instituto Ibope Inteligência divulgada em 2014³⁵, feita em parceria com a *Worldwide Independent Network of Market Research*, com 66.806 pessoas de 65 países, a corrupção foi apontada por 21% dos entrevistados como o principal problema no mundo, superando outros temas como economia (14%), desigualdade social (12%) e desemprego (10%). Nesta pesquisa, 29% dos brasileiros afirmaram que a corrupção era a questão que lhes trazia maior preocupação, superando, assim, a média mundial. Em pesquisa mais recente, divulgada pelo Instituto Ibope Inteligência em 2017³⁶, esse percentual se elevou para 32% dos brasileiros entrevistados.

Segundo os dados do Barômetro Global de 2016 para a Europa e a Ásia Central³⁷, divulgado pela Transparência Internacional (TI) e elaborado a partir de entrevistas com cerca de 60.000 cidadãos de 42 países, sobre suas experiências cotidianas com a corrupção, em Portugal, mais da metade da população acredita que a corrupção é um dos maiores problemas do país, sendo que para 38% dos entrevistados o governo é ineficiente no combate desse fenômeno no setor público e quase 50% têm a percepção de um alto índice de corrupção no meio político. Cerca de 2% das famílias afirmaram ter pago suborno ao acessarem serviços públicos básicos. Para a metade ou mais dos inquiridos, o medo de retaliação ou de uma reação negativa, como perder o emprego, é a razão principal pela qual as pessoas não denunciam a corrupção, e 78% dos portugueses consideram que é socialmente aceitável relatar um caso de suborno.

Tal realidade permite afirmar que, mais do que estar no centro de debates entre especialistas, a corrupção tem despertado o interesse da população e alimentado as conversas cotidianas, notadamente, devido à ampla cobertura dos recentes escândalos pelos meios de comunicação.

³⁵ Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Corrupcao-e-o-principal-problemamundial-aponta-pesquisa.aspx>. Acesso em 12.04.2017.

³⁶ Disponível em: <http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/principais-problemas-do-brasil-sao-desemprego-corrupcao-e-saude-apontam-brasileiros>. Acesso em 12.04.2017.

³⁷ Disponível em: https://www.transparency.org/research/gcb/gcb_2015_16. A Transparência Internacional (TI) é uma organização não-governamental, sem fins lucrativos, fundada em 1993, com sede em Berlim/Alemanha e representações em mais de 100 países. Define-se como uma rede global que objetiva cessar a corrupção e promover a transparência, a responsabilidade e a integridade em todos os níveis e em todos os setores da sociedade, desenvolvendo programas, projetos e atividades em diversos países, com

Por isso, apesar de “antigo”, a corrupção é um tema que permanece atual e seu estudo ainda oferece grandes desafios, por se tratar de um fenômeno complexo e de várias facetas, cuja compreensão demanda uma análise multidisciplinar, que perpassa a psicologia, a sociologia, a economia, a ética e os diversos ramos do direito, e o seu combate pressupõe um enfoque multilateral, exigindo a adoção de um esforço global.

Todavia, o escopo do presente trabalho é mais restrito, voltando-se para a corrupção praticada por funcionários públicos no exercício da função, capitulada como crime tanto no Brasil, quanto em Portugal³⁸, em virtude de ser percebida como um fenômeno portador de grande nocividade social, a ser combatido com a maior amplitude e eficácia possíveis, observados os princípios que regem o Estado democrático de direito.

Apesar de não haver um conceito jurídico-penal específico, em regra, a “*corrupção pressupõe uma negociação ilegítima com os poderes associados a determinado cargo*” e, por isso, uma qualquer conexão entre um “contributo” do particular – vantagem indevida – e um “contributo” do funcionário público – a prática ou omissão, ainda que eventual, de um ato do seu ofício³⁹. Todavia, tanto no Brasil como em Portugal, o que se percebe nas últimas décadas é um processo de alargamento dos limites de incriminação da corrupção na esfera pública, com a eliminação de elementos típicos, cuja prova em juízo criava dificuldades à possibilidade de condenação, designadamente, no que toca ao “ato de ofício” ou “ato de serviço”. Adiante-se que, em Portugal, as novidades no regime jurídico-penal da corrupção têm sido promovidas pelo legislador, ao passo que, no Brasil, curiosamente, a jurisprudência é que está à frente de significativas mudanças.

Nesse cenário, o que se pretende investigar com o presente estudo é a possibilidade de se enquadrar, em alguma modalidade de crime de corrupção prevista no ordenamento penal brasileiro e português, a conduta do funcionário público que solicita ou

organizações, empresas e governos. Fonte: <https://www.transparency.org/about> Acessos em 20.03.2017. Tradução livre.

³⁸ Portanto, fuge do escopo desse trabalho a análise da corrupção no setor privado e no desporto, bem como dos crimes de corrupção passiva previstos em legislações especiais de ambos os países.

³⁹ SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência*. In: *A Corrupção. Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Cláudio; e MELO, Débora Tais de. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 107.

aceita uma vantagem indevida de um particular, no exercício das suas funções ou por causa delas, sem que tal vantagem esteja vinculada à prática ou omissão, ainda que eventual, de um concreto ato de ofício, ou, em outras palavras, sem que se demonstre o efetivo “contributo” do funcionário em contrapartida do suborno.

Contudo, no exame da questão proposta, não se pretende esgotar a temática da corrupção, seja quanto ao tratamento dogmático ou pela comparação do regime jurídico que recebe no Brasil ou em Portugal. Na verdade, face às limitações formais impostas a este trabalho, a análise do objeto de pesquisa adotará como parâmetro apenas as normas sobre a corrupção de funcionários públicos nacionais contidas nos Códigos Penais português⁴⁰ e brasileiro⁴¹, deixando assim de abordar aquelas referentes à corrupção de agentes públicos estrangeiros, no setor privado, no desporto ou que estão presentes em leis penais extravagantes, haja vista a diversidade de questões dogmáticas e problemas práticos que oferecem ao debate. Mesmo em relação aos Códigos Penais, tal análise será direcionada às normas em que o funcionário público figura como autor de crime de corrupção, fazendo-se menção, em traços muito largos, acerca da conduta típica imputada ao particular, quando indispensável à melhor compreensão do tema.

Não obstante essa delimitação, para o correto enquadramento da questão proposta, mostra-se necessário analisar, ainda que em breves linhas, os principais documentos regionais e internacionais que tratam do combate à corrupção e que influenciaram o atual estágio normativo, doutrinário e jurisprudencial no Brasil e em Portugal sobre a matéria, bem como destacar alguns conceitos fundamentais que circundam essa espécie de crime.

Começando por esta última tarefa, reafirma-se que, em relação à esfera estatal, a corrupção é entendida como o desvirtuamento pelo agente público do poder que a lei lhe confere em razão do cargo, visando a obtenção de uma vantagem indevida, para si ou para terceiro, relegando a plano secundário os interesses coletivos que justificam a própria existência do Estado, o qual representa.

⁴⁰ Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis. Último acesso em 17.06.2017.

⁴¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 16.09.2016.

Para o direito administrativo, a expressão “administração pública”, em sentido objetivo, material ou funcional, serve para designar as atividades desenvolvidas pelo Estado, ao passo que, em sentido subjetivo, formal ou orgânico, refere-se às pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de executar tais atividades⁴². Nessa linha, as atividades estatais estão estruturadas e organizadas de modo a se desenvolverem regularmente e atenderem aos interesses da sociedade. Face ao princípio da legalidade, ao qual o Estado deve estrita obediência, estão preestabelecidas na lei a competência, as atribuições e as responsabilidades inerentes ao exercício da função pública, que, ademais, deve observar os parâmetros da moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência⁴³. A boa administração é a síntese desses atributos.

No direito penal brasileiro, o conceito de “administração pública” é tomado em seu sentido amplo, englobando tanto a atividade funcional do Estado – seja ela executiva, legislativa ou judiciária – quanto o “sujeito-administração”⁴⁴. Já no ordenamento penal português, o primeiro espectro de tutela é mais restrito, abrangendo apenas as funções administrativa e jurisdicional⁴⁵. Em todo caso, cumpre ao direito penal a função de proteção da atividade estatal contra ataques internos e externos que venham a impedir ou perturbar o seu regular desenvolvimento.

A importância da “administração pública” como bem jurídico⁴⁶ merecedor da tutela penal revela-se no fato de o Estado estar a serviço da sociedade, desenvolvendo atividades dirigidas à satisfação dos interesses e das necessidades gerais⁴⁷. Sob essa

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª Edição, Atlas, São Paulo, 2004, p. 54.

⁴³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. Atlas, São Paulo, 2002, p. 168.

⁴⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 2ª Edição, Saraiva, São Paulo, 990, p. 432/434.

⁴⁵ CUNHA, José M. Damião da. *Da Corrupção (do seu enquadramento jurídico no âmbito da tutela penal dos interesses do Estado. Erros legislativos e lacunas de punibilidade)*. In: *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, Manuel da Costa Andrade (org.) et al*, Editora Coimbra, Coimbra, 2013, p. 894.

⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS define bem jurídico “como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*. 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 114.

⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro, Parte Especial, Volume 7*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 61/62. ALMEIDA COSTA esclarece que a administração pública, apesar de

perspectiva, a corrupção se caracteriza justamente pelo oposto, ou seja, pela instrumentalização do Estado para a consecução de objetivos particulares, consistentes na obtenção de vantagem indevida pelo funcionário e na benesse alcançada pelo particular com o pagamento do suborno⁴⁸.

Em regra, esses dois aspectos, isto é, a sobreposição do interesse privado ao público e a venalidade da função pública, assumem seus contornos no direito penal por meio de dois tipos incriminadores dirigidos à proteção da administração pública e dos interesses gerais que ela representa. De um lado, toma-se a conduta do funcionário corrompido como “corrupção passiva”; de outro, especifica-se a conduta do particular corruptor com a designação de “corrupção ativa”⁴⁹.

Quando o Código Penal, no âmbito dos crimes praticados no exercício de funções públicas – no qual se insere a corrupção passiva –, faz referência, como elemento típico, ao cargo, emprego ou função, está precisamente a se referir à possibilidade de um agente público dispor de poderes jurídicos de representação do Estado, na qualidade de sujeito de direito público, colocando em causa a tutela da autoridade (no caso da corrupção, da vontade) do Estado⁵⁰. Nesse contexto, “*a ideia de legalidade, objetividade e imparcialidade no exercício de funções visa exatamente garantir que o funcionário manifeste exclusivamente a vontade juridicamente imputável ao Estado, não retirando da titularidade desse poder benefício (ilegítimo) próprio ou para terceiro*”⁵¹.

Dessa forma, na base de todas as infrações penais praticadas por agentes públicos contra o Estado está não só o abuso de poder, mas também a violação dos deveres

seu caráter instrumental, consubstancia um “valor-meio”, indispensável à organização social e à efetivação dos “valores essenciais” à convivência comunitária e à livre realização da pessoa, como a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade e o patrimônio, de forma que a sua proteção acaba por se confundir com a salvaguarda destes, circunstância que, por si só, justifica a sua qualificação como bem jurídico com dignidade penal autônoma. COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2001, p. 660/662 (p. 654-801).

⁴⁸ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*. Revista dos Tribunais, Ano 102, Volume 933, julho/2013, p. 48/51.

⁴⁹ Nesse sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. Parte Especial. Volume II*. 5ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 381, e JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal. Parte Especial. 4º Volume*. 6ª Edição, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 99.

⁵⁰ CUNHA, José M. Damião da. *Da Corrupção ...*, p. 855/856.

⁵¹ CUNHA, José M. Damião da. *Da Corrupção ...*, p. 856.

funcionais. Com efeito, os agentes do Estado têm por dever garantir a ordem pública, bem como assegurar a legalidade, a impessoalidade, a regularidade e a eficiência dos serviços públicos. A lesão ao dever de fidelidade no exercício da função desvirtua a vontade do Estado, mina o prestígio da administração pública e macula a pureza normativa que estabelece um “dever ser” direcionado à promoção do bem de todos, gerando insegurança, inconformismo e corrupção. Acrescente-se que, em sua maioria, os delitos funcionais são cometidos pelos próprios responsáveis pela prevenção e repressão de práticas ilícitas, potencializando a ofensividade de tais condutas aos interesses da administração pública e da comunidade em geral⁵².

Ainda em relação aos delitos funcionais, vale pontuar que eles são denominados “próprios ou típicos”⁵³, quando a qualidade de funcionário público atua como elemento do tipo e, sem ela, o fato se torna penalmente irrelevante, como ocorre, no Brasil, com o crime de corrupção passiva⁵⁴. Por sua vez, nos delitos funcionais “impróprios ou atípicos”⁵⁵, a condição do sujeito ativo de ostentar a qualidade de funcionário público configura uma circunstância do tipo penal, que torna o crime mais grave, repercutindo, assim, apenas na quantidade da pena. Caso o agente não seja funcionário, o fato em si continua a ser considerado criminoso, porém, a outro título. É o que se verifica com o crime de peculato⁵⁶.

Por outro lado, não se desconhecem as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da abrangência do conceito de funcionário público definido no art. 327 do Código Penal brasileiro e no art. 386º do Código Penal português, devido à falta de delimitação segura dos elementos empregados pelo legislador.

Todavia, imperiosamente, o presente trabalho terá que passar ao largo dessas questões polêmicas, em razão de seu vulto e por se dedicar, como já dito, à análise da

⁵² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal ...*, p. 382.

⁵³ Ou “específicos próprios ou puros”, conforme: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal ...*, p. 304.

⁵⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal ...*, p. 100. Tendo em vista a criminalização, em Portugal, da corrupção no setor privado (Lei n.º 20/2008, de 21.4), entendemos que o crime de corrupção passiva previsto no art. 373º do Código Penal português passou a ser um delito específico impróprio ou impuro, pelo que acreditamos ser um melhor exemplo de delito específico próprio ou puro o crime de denegação de justiça e prevaricação, previsto no art. 369 do referido estatuto.

⁵⁵ Ou “específicos impróprios ou impuros”, conforme: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal ...*, p. 304.

exigência de comprovação do concreto ato de ofício mercadejado para punição do recebimento de vantagem indevida pelo funcionário público.

Não obstante, vale mencionar que ambos os códigos penais adotaram um conceito amplo de funcionário público, que se assenta na ideia comum de exercício de “função pública”, isto é, a atividade desempenhada pelo Estado para consecução de seus fins⁵⁷.

FRAGOSO⁵⁸, citando Maggiore, afirma que “*a função pública é toda atividade que realiza os fins próprios do Estado, mesmo quando exercida por pessoas estranhas à administração pública. A publicidade da função é, assim, avaliada objetivamente, fazendo-se abstração das pessoas que nela são investidas. O que conta não é a qualidade do sujeito, público ou privado, mas, a natureza da função. Se esta é tal que o sujeito forme ou concorra para que se forme a vontade do Estado para a obtenção de fins públicos, quem nela está investido se transforma em órgão da administração pública e, somente por isso, torna-se funcionário público*”.

Importa salientar que, desde a edição do Código Penal brasileiro em vigor, em 1940, o art. 327 sofreu algumas alterações, visando sua adequação à evolução que se processou na vida social, econômica e política do país, em especial, por conta do movimento de descentralização administrativa⁵⁹ e de privatização de empresas e serviços públicos (desestatização). O mesmo ocorreu em relação ao art. 386º do Código Penal português, que ainda teve que incorporar disposições relativas à condição do país de membro da União Europeia⁶⁰.

Dessa forma, hoje, o conceito de funcionário público se encontra mais alargado,

⁵⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal ...*, p. 382.

⁵⁷ Nesse sentido: NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal, Volume 4*. 20ª Edição, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 205; e CUNHA, José M. Damião da. *O Conceito de Funcionário, para Efeito da Lei Penal e a “Privatização da Administração Pública”*. Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 11/13. Como já registrado, no art. 386º do Código Penal português, a função pública tutelada compreende apenas a função pública administrativa ou jurisdicional.

⁵⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal ...*, p. 385.

⁵⁹ A descentralização consiste “*na distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica*”, no que difere da desconcentração, por ser esta “*uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica*”. In, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo ...*, p. 349.

⁶⁰ OLIVEIRA, André Ferreira de. *Da corrupção: recebimento e oferta indevidos de vantagem*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, abr/jun 2014, Lisboa, p. 491.

alcançando não só os que exercem cargo, emprego ou função na administração pública direta, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, mas também, por exemplo, aqueles que ocupam cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, em entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público, e quem trabalha em empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública⁶¹. Em Portugal, em relação ao crime de corrupção, são equiparados a “funcionário” os funcionários nacionais de outros Estados membros da União Europeia, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português, e os magistrados, funcionários, agentes ou equiparados de organizações de direito internacional público, independentemente da sua nacionalidade ou residência.

Resta destacar que o art. 327 do Código Penal brasileiro e o art. 386º do Código Penal português, por conterem a cláusula geral “para os efeitos penais” e “para efeito da lei penal”, respectivamente, encerram normas penais interpretativas, ou seja, aquelas que esclarecem o conteúdo e o significado de outras normas penais. Assim, quando a expressão “funcionário público” surgir no Código Penal ou na legislação penal extravagante de cada país, deverá ser compreendida em consonância com o correspondente dispositivo, salvo se existir previsão específica em sentido contrário⁶².

2- A nova ordem mundial de combate à corrupção

Conforme já mencionado, nas últimas décadas, tem sido fomentada uma ação global de combate à corrupção, dada a compreensão de que não há país que tenha capacidade de combatê-la sozinho, mesmo no âmbito interno⁶³.

Parte do interesse em discutir esse tema em âmbito mundial, como apontado, tem relação com a ideia de livre-concorrência. Neste ponto, em 1977, com a edição nos EUA

⁶¹ “Na ausência de definição legal do seja ‘atividade típica’ da Administração Pública deve-se considerar como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal. Volume 3*. 29ª Edição, Atlas, São Paulo, 2015, p. 278.

⁶² Nesse sentido: MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª Edição, Método, Rio de Janeiro, 2014, p. 1168; e CUNHA, José M. Damião da. *O Conceito de Funcionário ...*, p. 9.

⁶³ ROCHA, Patrícia Barcelos N. de Mattos. *Corrupção na era da globalização ...*, p. 27.

do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)⁶⁴, que punia atos de corrupção praticados no exterior, as empresas multinacionais norte-americanas se viram em posição de desvantagem⁶⁵ em relação às concorrentes de outros países que não adotavam a mesma medida ou, até mais do que isto, permitiam a dedução do suborno pago no estrangeiro dos impostos devidos à fazenda pública, a exemplo de França e Alemanha⁶⁶. Daí que tais empresas passaram a pressionar o governo dos EUA, para que atuasse no sentido de internacionalizar as proibições do FCDA, a fim de que fosse reestabelecida a igualdade de competição no mercado.

Todavia, em que pese a pressão dos EUA, somente em 1996, a OEA aprovou a Convenção Interamericana contra a Corrupção⁶⁷, seguida, em 1997, da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais adotada pela OCDE⁶⁸.

Vale consignar que a aprovação desses documentos somente se tornou possível,

⁶⁴ Vide notas 23 e 30.

⁶⁵ “Um relatório do Departamento de Comércio, de 1996, estimou (com a colaboração de agências americanas de serviço de inteligência) que as empresas estadunidenses perderam o equivalente a US\$ 11 bilhões em volume de negócios, ao longo dos dois anos anteriores, para concorrentes que pagavam propinas”. ELLIOTT, Kimberly Ann. *A Corrupção e a Economia Global* ..., p. 43.

⁶⁶ Nesse sentido: GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica* ..., p. 455.

⁶⁷ Texto disponível em Português: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentos-relevantes/arquivos/convencao-oea>. A Convenção Interamericana contra a Corrupção foi aprovada em Caracas, na Venezuela, em março de 1996, e entrou em vigor em março de 1997. Foi assinada pelos 34 Estados membros da OEA e ratificada por 33 deles, o que reflete a importância que revestem suas disposições para os Estados do hemisfério americano. Ademais, representa a primeira ação regional (multilateral) a tratar do tema corrupção, em especial, sobre a corrupção no setor público e a de caráter transnacional – Fonte: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentos-relevantes>. Em relação ao Brasil, os relatórios de avaliação do Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção (MESICIC) estão disponíveis em: <http://www.cgu.gov.br/oea/mecanismo/info/index.asp>. Acessos em 01.05. 2017.

⁶⁸ Texto disponível em Português: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/convencao-ocde>. O Glossário da OCDE sobre a corrupção está disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/41194428.pdf>. A Convenção da OCDE foi assinada no dia 17.12.1997, em Paris, na França, pelos 29 Estados-membros (dentre eles Portugal) e por mais 5 países (um deles o Brasil), e entrou em vigor em 15.02.1999. Hoje, a OCDE conta com 35 países membros e trabalha em estreita colaboração com economias emergentes, como China, Índia e Brasil, e economias em desenvolvimento na África, Ásia, América Latina e Caribe. Os Estados-membros da OCDE se caracterizam por serem os maiores exportadores de bens, serviços e investimentos, bem como por suas empresas transnacionais representarem, de longe, as maiores fontes de propinas na condução de negócios internacionais. Por essas razões, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais foi uma conquista histórica na luta contra a corrupção transfronteiriça – fonte: <http://www.oecd.org/about/membersandpartners>. Em relação ao Brasil, os relatórios de avaliação do Grupo de Trabalho sobre Suborno acerca da implementação da Convenção da OCDE estão disponíveis em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/mecanismo-de-avaliacao>. Acessos em 02.05.2017.

porque, paralelamente ao discurso que defendia a integridade e a transparência do mercado, chegou-se à conclusão de que os supostos efeitos “funcionais” da corrupção sempre foram ilusórios, passando ela a ser vista como uma ameaça ao crescimento econômico, à realização dos direitos fundamentais e à própria sobrevivência da democracia, em especial, nos países em desenvolvimento⁶⁹, sendo necessário garantir que a administração pública funcione devidamente, isto é, de forma transparente, justa e imparcial, e em função dos interesses públicos, bem como proteger a confiança dos cidadãos nos atos da administração e os próprios funcionários contra eventuais assédios no exercício do cargo.

A partir de então, outros tantos organismos internacionais passaram a reavaliar a sua filosofia e a desenvolver estudos e instrumentos de alcance internacional contra a corrupção⁷⁰, dentre os quais, destacam-se: a Convenção Penal sobre Corrupção do CE⁷¹, 1999, e a Convenção da ONU contra a Corrupção⁷², de 2003.

⁶⁹ ELLIOTT, Kimberly Ann. *A Corrupção e a Economia Global ...*, p. 46.

⁷⁰ O ápice desse movimento mundial contra a corrupção parece ter se dado com a edição do *Bribery Act* inglês, em 2010, que abarca a administração pública interna e externa e o comércio internacional. Essa lei responsabiliza criminalmente empresas e seus prepostos, estipula pena de multa ilimitada e confisco dos rendimentos, além de prever pena de prisão até 10 anos. Ademais, em casos de fraudes contábeis, estabelece a possibilidade de julgamento mesmo que o fato se dê extraterritorialmente à Grã-Bretanha, desde que haja alguma vinculação com empresas inglesas. SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema*. In: Livro em homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro, 2014, p. 347.

⁷¹ Texto disponível em Português: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=4153>. O Relatório Explicativo da Convenção Penal sobre Corrupção do CE está disponível em: <https://rm.coe.int/16800cce44>. Acessos em 14.06.2017.

⁷² Texto disponível em Português: http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/2007_uncac_port.pdf. Apesar de representarem um grande avanço no combate à corrupção, as Convenções da OEA, OCDE e do CE não cobriam todas as regiões do mundo, deixando de lado grande parte dos países da Ásia e do Oriente Médio, e abordavam temas específicos, respectivamente, a corrupção no desempenho de funções públicas e a corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais. Diante disso, a comunidade internacional sentiu a necessidade de delinear um acordo verdadeiramente global e capaz de prevenir e combater a corrupção em todas as suas formas. No âmbito das Nações Unidas, a primeira tentativa de se criar uma norma universal de combate à corrupção foi levada a efeito em dezembro de 2000, com a assinatura da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, que entrou em vigor em setembro de 2003. Pela referida norma (arts. 8 e 9), os Estados Partes foram instados a adotarem as medidas necessárias para criminalizar a corrupção ativa e passiva de agentes públicos nacionais e estrangeiros, promover a integridade da administração e prevenir, detectar e punir a corrupção dos agentes públicos. Não obstante, prosseguiram-se as tratativas para a elaboração de um instrumento jurídico-internacional específico e vinculante em matéria de combate à corrupção, que representasse uma resposta global ao problema, vindo, assim, a ser assinada, em dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México, a Convenção da ONU contra a Corrupção, que entrou em vigor em dezembro de 2005. A Convenção tem 177 Estados Partes, já tendo sido ratificada por 140 países, conforme dados de dezembro de 2016, disponíveis em: <http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>. Acessos em 02.05.2017. Tradução livre.

Em comum, essas quatro convenções nominalmente citadas (OEA, OCDE, CE e ONU) tratam da corrupção de funcionários públicos nacionais e estrangeiros e visam, com caráter mandamental ou sugestivo, estimular ações legislativas no âmbito doméstico de cada Estado Parte, voltadas, em síntese: (i) à implementação de políticas de integridade na gestão pública e de medidas de prevenção e detecção da corrupção; (ii) à criminalização de determinadas condutas dentro de um padrão mínimo de referência internacional, a fim de harmonizar a definição de infrações e proporcionar o combate multilateral da corrupção, evitando a prática da “*jurisdiction shopping*” e a formação de “paraísos jurídico-penais”⁷³; e (iii) ao desenvolvimento da assistência e da cooperação jurídica entre os países, buscando superar obstáculos processuais e políticos que atrasam ou impedem a perseguição de infratores e a recuperação de ativos.

Apenas para se ter uma ideia do conteúdo dessas disposições, a traços largos, toma-se por referência a Convenção da ONU contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, uma vez que representa o maior e mais completo instrumento internacional de combate à corrupção, abordando diversos aspectos relacionados ao tema, sob quatro frentes principais: prevenção, criminalização, cooperação internacional e recuperação de ativos.

Assim, dentre as medidas de prevenção da corrupção abordadas pela citada convenção, destaca-se o desestímulo à isenção ou redução de impostos para despesas consideradas como suborno ou outras condutas afins e a maior regulamentação e fiscalização de pessoas físicas e jurídicas que prestem serviços oficiais ou oficiosos de transferência de dinheiro ou valores, designadamente, para dificultar a lavagem de dinheiro.

⁷³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. *A política criminal brasileira no controle da corrupção pública*. In: Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña. Centro de Estudios Brasileños, Universidad D Salamanca, p. 310/311. Como exemplo de “paraíso jurídico-penal”, pode-se citar as Ilhas Seychelles, que, em 1995, promulgou a “Lei do Desenvolvimento Econômico”, que oferece imunidade penal, quanto à origem dos recursos, a quaisquer estrangeiros que realizem investimentos no país superiores a 10 milhões de dólares. LAUFER, Daniel. *Breves apontamentos sobre a corrupção e seu tratamento no direito brasileiro: atualidades e perspectivas*. In: Direito Penal Avançado: Homenagem ao Professor Dirceu de Mello. Curitiba, Juruá, 2015, p. 107/108 (p. 103-126).

Na parte dedicada à criminalização de condutas, com caráter mandamental, a Convenção da ONU trata sobre a corrupção ativa⁷⁴ e passiva⁷⁵ de funcionário público nacional, a corrupção ativa de funcionário público estrangeiro ou de funcionário de organização internacional pública, malversação, peculato ou apropriação indébita de bens por um funcionário público, lavagem de dinheiro e obstrução da justiça. Também recomenda aos Estados Partes que introduzam em seus ordenamentos jurídicos a tipificação da corrupção passiva de funcionário público estrangeiro ou de funcionário de organização internacional pública e de outros atos que contribuem para a corrupção, como o tráfico de influência, o abuso de funções, o enriquecimento ilícito e o encobrimento de produto da corrupção. Além disso, rompendo com o modelo clássico, a convenção recomenda a criminalização da corrupção ativa⁷⁶ e passiva⁷⁷ no setor privado, mais especificamente no campo das atividades econômicas, financeiras ou comerciais, bem como da malversação ou peculato de bens.

Ainda no âmbito repressivo, com o objetivo de assegurar a eficácia do combate à corrupção, a Convenção de Mérida prevê a responsabilização das pessoas jurídicas⁷⁸, a ampliação do prazo de prescrição para a investigação e o início do processo por ato de corrupção, o embargo preventivo, a apreensão e o confisco de bens e a proteção de testemunhas, peritos, vítimas e denunciantes, sugerindo a adoção desses instrumentos por cada Estado Parte na maior medida possível, de acordo com seus princípios constitucionais e o ordenamento jurídico interno.

Por fim, no que toca à cooperação internacional e à recuperação de ativos, importa

⁷⁴ Art. 15: “a) A promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais”.

⁷⁵ Art. 15: “b) A solicitação ou aceitação por um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais”.

⁷⁶ Art. 21: “a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar”.

⁷⁷ Art. 21: “b) A solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar”.

registrar que a Convenção da ONU contra a Corrupção torna mais maleável o princípio da dupla incriminação, permitindo a assistência legal entre os países signatários mesmo na ausência desse requisito, quando não envolver medidas coercitivas, e possibilitando a extradição, ainda que os crimes previstos na Convenção não sejam definidos com igualdade de termos ou de categoria em cada país.

Retornando ao plano geral, observa-se que nenhuma das quatro convenções citadas tentou definir o conceito de corrupção, tarefa que seria de difícil conclusão, em virtude da diversidade com que o tema é tratado em cada país, e que ainda teria um efeito restritivo. Assim, ao abordarem os aspectos ativo e passivo da corrupção, elas optaram por definir para cada modalidade um rol exemplificativo do que deve ser considerado “ato de corrupção”, pelo qual responde o agente que o tiver cometido intencionalmente, e também o coautor ou partícipe, sendo irrelevantes, para fins de tipificação do delito, a produção de um dano patrimonial ao Estado e os motivos ou finalidades que levaram à sua prática, dada a primazia atribuída à preservação da moralidade administrativa. No entanto, ao promoverem a distinção entre corrupção ativa e passiva, nenhuma das convenções diferenciou as sanções aplicáveis ao corruptor e ao funcionário corrompido, partindo de um igual juízo de censura ético-social das condutas.

É importante consignar que as convenções em apreço conceberam a corrupção ativa e passiva como delitos autônomos, com processos de execução independentes, onde a consumação se verifica com a simples oferta ou pedido de vantagem indevida, independentemente da adoção de qualquer outro comportamento. Essa vantagem pode ser de natureza econômica ou imaterial, desde que coloque o funcionário ou o terceiro com ela beneficiado em uma posição melhor do que antes da prática da infração. Ademais, as convenções preceituam que deve haver uma relação de contrapartida entre a vantagem indevida e um ato ou omissão do funcionário público, circunstância que, a princípio, retira do âmbito de incriminação da corrupção os “pagamentos de facilitação” (*facilitation payments*)⁷⁹, com os quais o particular visa criar um ambiente de permeabilidade e boas-

⁷⁸ Art. 26: “2. *Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa*”.

⁷⁹ A Recomendação do Conselho da OCDE para reforçar a luta contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 26.11.2009, na parte em que trata da criminalização da corrupção de funcionários públicos estrangeiros, faz expressa menção ao efeito corrosivo

vontades para o dia em que um favor se fizer necessário, portanto, sem estarem ligados a uma ação ou omissão concreta do funcionário, apesar de se tratar de prática igualmente perniciosa ao interesse público. Também é possível inferir que nenhuma das convenções mencionadas exige a violação de deveres como elemento constitutivo do crime, de forma que a comissão ou omissão de um ato legal ou ilegal pelo funcionário público pode constituir o objetivo da corrupção ativa e passiva. Por sua vez, o conceito de “funcionário público” e a abrangência da expressão “no exercício das funções” são tomados na maior extensão possível, de forma que “*o tipo penal da corrupção deve incluir os atos e as omissões do funcionário em matérias relativas aos seus deveres oficiais, seja ou não dentro da competência autorizada do funcionário, sempre que ele não exerça o seu juízo de forma imparcial, por se ter deixado determinar por vantagens ou promessas de vantagens provenientes de particulares, pondo em causa a confiança dos cidadãos na correção da administração pública*”⁸⁰.

Para encerrar, registra-se que o Brasil⁸¹ é signatário das Convenções da OEA, OCDE e ONU, sendo que Portugal⁸² também já ratificou estes dois últimos documentos e a

dos pequenos pagamentos de facilitação (*facilitation payments*), particularmente sobre o desenvolvimento econômico sustentável e o Estado de direito, recomendando aos países membros (itens VI e VII): (i) reverem periodicamente as políticas e as abordagens para os pequenos pagamentos de facilitação, a fim de lutarem eficazmente contra este fenômeno; (ii) incentivarem as empresas a proibirem ou desencorajarem o uso de pequenos pagamentos de facilitação como parte de seus programas internos de ética e de conformidade, reconhecendo que esses pagamentos são geralmente ilegais nos países onde são pagos e que devem, em todos os casos, ser registrados com precisão nos livros contábeis e nas demonstrações financeiras de tais empresas; (iii) capacitarem seus funcionários públicos quanto às legislações nacionais em matéria de corrupção, para pôr fim à solicitação ou aceitação de pagamentos de facilitação. Além disso, no Guia de Boas Práticas para os Negócios, que integra a citada recomendação, os pagamentos de facilitação são considerados como possíveis indícios de suborno de funcionários públicos estrangeiros, pelo que devem ser objeto de programas ou medidas de ética e de conformidade adotados pelas Companhias para a prevenção e detecção da corrupção (item 5). Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>. Acesso 31.05.2017. Tradução livre.

⁸⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 1.172/1.173.

⁸¹ Decreto n.º 3.678/2000, de 30.11, promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm; Decreto n.º 4.410/2002, de 7.10, promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA, com reserva para o art. XI, §1º, inciso “c”, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm; e Decreto n.º 5.687/2006, de 31.1, promulga a Convenção da ONU contra a Corrupção, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acessos em 05.05.2017.

⁸² Convenção da OCDE: aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 72/2001, de 31.5, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 58/200, de 31.5, disponíveis em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprovado.aspx?BID=2749>. Convenção do CE: aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, de 26.10, e ratificada pelo Decreto do

Convenção do CE.

A adesão aos mencionados instrumentos de direito internacional tem gerado, não com a velocidade necessária, diversas inovações e alterações legislativas e institucionais no âmbito interno de cada país, voltadas ao combate à corrupção, cujos conteúdos extrapolam, em muito, a reação penal à solicitação ou aceitação de vantagem por funcionário público no exercício de funções, que se pretende analisar. Por essa razão, somente as alterações legislativas relacionadas ao objeto de estudo serão abordadas neste trabalho⁸³.

3- O crime de recebimento indevido de vantagem no Direito Penal português

Inicialmente, reaviva-se a informação lançada na introdução, no sentido de que o foco deste estudo se concentra na análise do tratamento jurídico-penal conferido à conduta do funcionário que solicita ou aceita vantagem indevida, no exercício das funções ou em razão delas, independentemente da demonstração da prática ou omissão de um concreto ato de ofício visado pelo suborno, adotando-se como parâmetro apenas as normas sobre a corrupção de funcionários públicos nacionais contidas nos Códigos Penais português e brasileiro.

Em relação às normas do Código Penal português, o exame a seguir será direcionado ao crime de recebimento indevido de vantagem (art. 372º), designadamente, à

Presidente da República n.º 56/2001, de 26.10, disponíveis em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprovado.aspx?BID=4153>. Convenção da ONU: aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21.9, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, de 21.9, disponíveis em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprovado.aspx?BID=14868>. Os Relatórios de Avaliação de Portugal elaborados pelo Grupo dos Estados Contra a Corrupção – GRECO, sobre a implementação dessas convenções estão disponíveis em: <http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/avaliacoes.html>. Últimos acessos em 05.05.2017.

⁸³ Não obstante, em relação ao Brasil, podem ser mencionadas: a Lei n.º 9.613/1998, de 3.3 (Lavagem de Dinheiro); Lei n.º 10.467/2002, de 11.6 (introduz no Código Penal os crimes de suborno de funcionário público estrangeiro, art. 337-B, e de tráfico de influência em transação comercial internacional, art. 337-C); Lei n.º 12.527/2011, de 18.11 (Acesso à Informação); Lei n.º 12.813/2013, de 16.5 (Conflito de Interesses); Lei n.º 12.846/2013, de 1º.8 (Anticorrupção); e Lei n.º 12.850/2013, de 2.8 (Organização Criminosa), disponíveis em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acessos em 25.03.2017. Em relação a Portugal: Lei n.º 34/1987, de 6.7 (Crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos); Lei n.º 36/1994, de 29.9 (Medidas de combate à corrupção e criminalidade econômica e financeira); Lei n.º 5/2002, de 11.1 (Medidas de combate à criminalidade organizada); Lei n.º 20/2008, de 21.4 (Regime de responsabilidade penal por crimes de corrupção cometidos no comércio internacional e na atividade privada); Lei n.º 25/2008, de 5.6 (Branqueamento de capitais); e Lei n.º 54/2008, de 4.9 (Conselho de Prevenção da Corrupção), disponíveis em: <http://www.ministeriopublico.pt/iframe/pesquisar>. Acessos em 15.06.2017.

modalidade em que o funcionário público figura como autor do crime (art. 372º, n.º 1), fazendo-se menção, em traços muito largos, acerca da conduta típica do particular (art. 372, n.º 2), ou sobre os crimes de corrupção passiva (art. 373º) e ativa (art. 374º), quando estritamente necessário à melhor compreensão do tema proposto.

3.1- Evolução do direito positivo

Contrariamente ao que se verifica no Brasil, em que os preceitos primários dos crimes de corrupção passiva e ativa permanecem inalterados desde a edição do Código Penal, em 1940, os dispositivos que versam sobre a corrupção “passiva” de funcionários públicos no Código Penal português de 1982, revisto e publicado pelo Decreto-Lei n.º 48/1995, de 15.3, já tiveram as suas redações alteradas pelas Leis n.º 108/2001, de 28.11, e n.º 32/2010, de 2.7, nos seguintes termos:

Decreto-Lei n.º 48/1995	Lei n.º 108/2001	Lei n.º 32/ 2010
<p>Artigo 372.º (Corrupção passiva para acto ilícito)</p> <p>1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou de omissão contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.</p> <p>2 - Se o facto não for executado, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.</p> <p>3 - Se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor, é dispensado de pena.</p> <p>4 - A pena pode ser</p>	<p>Artigo 372.º (Corrupção passiva para acto ilícito)</p> <p>1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.</p> <p>2 - Se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor, é dispensado de pena.</p> <p>3 - A pena é especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a</p>	<p>Artigo 372.º (Recebimento indevido de vantagem)</p> <p>1 - O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.</p> <p>2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.</p> <p>3 - Excluem-se dos números anteriores as condutas</p>

<p>especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.</p> <p>Artigo 373.º (Corrupção passiva para acto lícito)</p> <p>1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou de omissão não contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.</p> <p>2 - É correspondentemente aplicável o disposto na alínea b) do artigo 364.º e nos n.os 3 e 4 do artigo anterior.</p>	<p>identificação ou a captura de outros responsáveis.</p> <p>Artigo 373.º (Corrupção passiva para acto lícito)</p> <p>1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão não contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.</p> <p>2 - Na mesma pena incorre o funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial de pessoa que perante ele tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas.</p> <p>3 - É correspondentemente aplicável o disposto na alínea b) do artigo 364.º e nos n.os 3 e 4 do artigo anterior.</p>	<p>socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.</p> <p>Artigo 373.º (Corrupção passiva)</p> <p>1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de um a oito anos.</p> <p>2 - Se o acto ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.</p>
---	--	---

Consoante o que se infere da exposição de motivos e do relatório e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República⁸⁴, a Proposta de Lei n.º 91/VIII, que deu origem à Lei n.º 108/2001, visava, dentre outras matérias, alterar o regime jurídico do crime de corrupção, para acolher no direito interno as alterações impostas pela ratificação por Portugal da Convenção relativa à Luta Contra a Corrupção em que estejam implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia, de 26.5.1997, da Convenção Penal

⁸⁴ Disponíveis em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=18672>. Último acesso em 15.05.2017.

sobre a Corrupção do CE, de 30.4.1999, e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, de 17.12.1997, bem como harmonizar o regime previsto no Código Penal para os funcionários e aquele outro constante da Lei n.º 34/1987, de 16.7, relativo à responsabilidade dos titulares de cargos políticos.

No que se referem ao tema deste trabalho, as alterações introduzidas pela Lei n.º 108/2001 trataram da delimitação do âmbito de incriminação das normas relativas à corrupção passiva, prevista nos arts. 372º e 373º do Código Penal, notadamente, visando superar as dificuldades probatórias atinentes ao denominado “pacto de corrupção” e ao “sinalagma” entre as prestações do corrupto e do corruptor, que produziam decisões judiciais absolutórias consideradas materialmente injustas.

Com efeito, CLÁUDIA SANTOS⁸⁵ destaca que as estatísticas oficiais anteriores à alteração legislativa de 2001 apontavam uma escassez de condenações por corrupção, motivada, por certo, não pela diminuta dimensão do crime no país, mas por razões fundadas no seu desconhecimento pelas instâncias formais de controle e no seu não sancionamento por parte dos tribunais, onde prevaleciam fatores que levavam à absolvição por atipicidade, como a ausência de “*prova da correspectividade entre a conduta de quem oferecia a vantagem e aquela do agente público que a pedia ou aceitava*”⁸⁶.

De fato, até então, a jurisprudência majoritária⁸⁷ extraía da expressão “contrapartida”, constante nos tipos penais de corrupção passiva, a necessidade de demonstração do nexó de causalidade entre a prestação do particular – vantagem – e a prestação do funcionário – prática ou omissão de um ato, lícito ou ilícito. Tal entendimento, que tomava essa “contrapartida” como um verdadeiro “sinalagma” e assim impunha a indicação do ato visado pelo suborno, aumentava a dificuldade probatória nos crimes de corrupção, produzindo decisões absolutórias sem que a justiça no caso concreto fosse feita. Assim, não demonstrado qual o ato concretamente pretendido pelo suborno, o

⁸⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime ...]*, p. 352/353.

⁸⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. *Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro*. In: *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Rui do Carmo (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 11.

⁸⁷ Nesse sentido: STJ, Processo n.º 040980, Rel. Juiz Conselheiro Armando Bastos, 19.09.1990.

agente a quem o crime era imputado restava absolvido.

Todavia, a visão da doutrina portuguesa já contrastava com essa jurisprudência dos tribunais, defendendo a possibilidade de se punir, a título excepcional, como corrupção imprópria, os casos em que, apesar de não se provar o ato concreto visado pelo suborno, as regras da experiência comum permitiam aferir, com base no valor, nas circunstâncias em que ocorreu ou da pessoa de quem proveio, que a solicitação ou o recebimento da dádiva se originava de uma negociação ilícita, com a intenção de criar de um clima de “permeabilidade” e “simpatia” para posteriores diligências, não podendo ser explicada razoavelmente de outra maneira⁸⁸. Ou seja, mesmo faltando a prova do ato concreto, era possível demonstrar, por indícios, a mercancia da função, esta sim indispensável para a configuração dos crimes de corrupção.

Nesse contexto, do confronto entre a redação então vigente e a que passou a vigorar com a Lei n.º 108/2001, nota-se que foi suprimida do n.º 1 dos arts. 372º e 373º do Código Penal a referência à “contrapartida” entre a vantagem e um concreto ato de ofício, pretendendo-se, com isto, afastar a indispensabilidade do sinalagma entre a conduta do corruptor e a do funcionário corrupto, de forma a ser suficiente para a consumação dos crimes a simples solicitação ou aceitação de vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou da sua promessa, acompanhada da demonstração de uma qualquer relação com a prática (ou omissão) de um ato ilícito ou lícito, que poderia mesmo nem vir a ocorrer⁸⁹. Consequentemente, a consumação dos crimes também passou a prescindir da análise da proporcionalidade entre o valor do suborno e o valor ou importância do ato, bem como da existência de um acordo expreso para a adoção de uma conduta pelo funcionário já perfeitamente determinada em todos os seus aspectos, notadamente, face à incriminação expressa da hipótese de corrupção subsequente⁹⁰.

⁸⁸ Por todos: COSTA, António M. de Almeida. *Sobre o crime de corrupção*. Almedina, Coimbra, 1987, p. 122/126.

⁸⁹ Como registra CLÁUDIA SANTOS, apesar da ilicitude da corrupção ainda se radicar na transação com o cargo, pressupondo uma correspondência entre as prestações do corruptor e do funcionário corrupto, o legislador pretendeu sinalizar com essa alteração que tal interdependência deveria ser perspectivada de uma forma mais flexível (como um pseudosinalagma) do que aquela então adotada em várias decisões dos tribunais. SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime ...]*, p. 366/367.

⁹⁰ Nesse sentido: TRL, Processo n.º 504/04, Rel. Juiz Desembargador Artur Vargues, 15.11.2011.

Por outro lado, para evitar lapsos de punição, o legislador entendeu pela tipificação, no n.º 2 do art. 373º, do Código Penal, da conduta do funcionário que “solicitar ou aceitar vantagem indevida de pessoa que tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas”, circunstâncias indiciantes da mercancia da função pública. Tratou-se, aqui, da positivação da hipótese de “corrupção sem demonstração do ato concreto pretendido”, que, como salientado, já era admitida pela doutrina portuguesa (em particular, por ALMEIDA COSTA⁹¹), por entender que se enquadrava no espectro de incriminação do art. 373º, n.º 1, em sua redação anterior.

Nesse particular, ao tempo em que enfatiza que o conteúdo dessa alteração legal teve caráter essencialmente clarificador e não de alargamento das margens de punibilidade da corrupção passiva imprópria, CLÁUDIA SANTOS⁹² destaca que não foi pretensão do legislador incriminar a mera solicitação ou recebimento de vantagem pelo agente público, desconectada da prática ou omissão de um qualquer ato do seu serviço, passado ou futuro, ainda que hipotético. Isso porque, pela própria redação do dispositivo, na específica circunstância em que se encontra o particular, a vantagem por ele ofertada ainda mantém uma relação com a função exercida pelo agente público, que deverá ser demonstrada, no caso concreto, por meio de critérios como o seu valor, as circunstâncias em que ela foi recebida e a situação e características de quem a ofereceu, a fim de se concluir, para além da dúvida razoável, que a solicitação ou o recebimento da vantagem não possuía outra causa que não o mercadejar com o cargo.

Essas foram as soluções que o legislador encontrou para superar as dificuldades de aplicabilidade prática dos tipos legais de corrupção. Paralelamente, ainda em termos de alterações normativas, vale ressaltar que a Lei n.º 108/2001 retirou do art. 372º do Código Penal o benefício então constante do seu n.º 2, que se traduzia em controversa diminuição do limite máximo da pena privativa de liberdade, quando o agente, apesar de consumado o crime, não praticava o ato ou omissão mercadejados. Ao fazer isto, o legislador reforçou o entendimento de que o crime se consumava já com a solicitação ou aceitação da vantagem indevida, ou da sua promessa. Por outro lado, o n.º 3 do citado artigo passou a prever uma atenuação automática da moldura penal, antes facultativa, ao agente que auxilie

⁹¹ Vide nota 147.

concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis. Tal alteração se justificava a partir da ideia de lealdade sancionatória, consubstanciada na certeza dos benefícios associados a determinada conduta processual, bem como por razões de política-criminal, em face da reconhecida dificuldade em investigar e punir atos de corrupção⁹³.

Por sua vez, a Lei n.º 32/2010 integrou o chamado “Pacote Anticorrupção”⁹⁴, resultante dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão Eventual para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate, constituída pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2010⁹⁵, cuja finalidade era a colheita de contributos e a análise de medidas destinadas ao combate da corrupção, nomeadamente, no âmbito do Código Penal e dos crimes da responsabilidade dos titulares de cargos políticos, entre outros instrumentos jurídicos, sendo ainda competente para apreciar as iniciativas legislativas que incidiam sobre as matérias que constituíam o objeto da sua atividade⁹⁶.

Nesse contexto, a Lei n.º 32/2010 foi fruto da apreciação conjunta dos Projetos de Lei n.º 90/XI, 108/XI, 135/XI, 217/XI e 220/XI⁹⁷, sendo que este, no tocante à corrupção, pretendia estabelecer um novo regime jurídico, por meio da distinção entre a “corrupção para ato determinado – lícito ou ilícito” e a “corrupção pelo exercício de funções”, e com um rearranjo sistemático das incriminações, bem como agravar a moldura penal da corrupção para ato lícito, tudo com o fim de reforçar a prevenção, tornar mais eficaz a repressão desses crimes e punir de forma mais justa os responsáveis por tais comportamentos.

⁹² Nesse sentido: SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime ...]*, p. 368/369.

⁹³ Nesse sentido: SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime ...]*, p. 367.

⁹⁴ A discriminação completa das leis que integram o “Pacote Anticorrupção” está disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/8220-pacote-8221>. Acesso em 15.05.2017.

⁹⁵ Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailDiplomaAprovado.aspx?BID=15777>. Acesso em 15.05.2017.

⁹⁶ O Relatório de atividades e conclusões do trabalho produzido pela Comissão Eventual está disponível em: <https://www.parlamento.pt/sites/COM/XILEG/CEAPFCAISVC/Paginas/RelatoriosActividade.aspx>. Acesso em 16.05.2017.

⁹⁷ A íntegra dos mencionados projetos e os respectivos pareceres da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias estão disponíveis em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailDiplomaAprovado.aspx?BID=16125>. Acesso em 16.05.2017.

Assim, com a edição da Lei n.º 32/2010, a corrupção passiva para ato ilícito e a corrupção passiva para ato lícito deixaram de ser tratadas como tipos penais autônomos, passando a integrar um único dispositivo (art. 373º), com o *nomen iuris* de “corrupção passiva”, mantidas, no entanto, as respectivas configurações dos delitos⁹⁸. Por opção de justiça criminal, levando em conta a tradição legislativa portuguesa, que sempre pontuou os distintos graus de gravidade de cada conduta, e o princípio da proporcionalidade, manteve-se a diferenciação entre as molduras penais da corrupção passiva própria e imprópria. Todavia, no caso desta última, a fim de harmonizar a sua sanção com o juízo de censura ético-social que sobre ela recai, elevou-se a pena para prisão de um a cinco anos, sem previsão de multa⁹⁹.

Por seu turno, a incriminação da “corrupção pelo exercício de funções”, no tipo penal autônomo intitulado “recebimento indevido de vantagem” (art. 372º), assenta sua tipologia na mera solicitação/aceitação ou dação/promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial não devida ao funcionário pelo exercício das suas funções, afastando, com isto, de forma inequívoca, a exigência de verificação de um nexo causal entre a vantagem e um ato ou omissão do funcionário, antecedente ou subsequente¹⁰⁰.

Isso porque, na visão do legislador, a simples solicitação ou aceitação de vantagem indevida pelo funcionário, no âmbito das suas relações funcionais, já é merecedora de censura penal, dada a potencialidade para criar condições que possam conduzir ao cometimento de um favor, lícito ou ilícito, colocando em perigo a autonomia

⁹⁸ Conforme CLÁUDIA SANTOS, quando se analisa o regime jurídico introduzido em 2001 e o resultante da alteração de 2010, não se vislumbra qualquer modificação ao nível dos elementos típicos da corrupção passiva e ativa própria e imprópria. SANTOS, Cláudia Cruz. *Os crimes de corrupção de funcionários ...*, p. 12/14. Em complemento, PINTO DE ALBUQUERQUE salienta que “a supressão pelo legislador da expressão “corrupção para ato lícito” é inócua, uma vez que a incriminação da corrupção (ativa ou passiva) imprópria tem ainda como termo de referência a conformidade com os deveres do cargo. Aliás, a reformulação teve propósitos confessadamente simbólicos. Como disse o deputado FILIPE NETO BRANDÃO: “Fomos sensíveis, de igual modo, à mensagem socialmente equívoca (ainda que juridicamente incorrecta) que decorria da existência de um tipo legal de crime de corrupção para acto lícito, como se um tal comportamento pudesse alguma vez ser considerado lícito”. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2015, p. 1.177.

⁹⁹ Apenas para registro, com o mesmo escopo, a Lei n.º 32/2010 também promoveu o aumento da pena mínima da corrupção ativa para ato ilícito (art. 374º, n.º 1), passando de seis meses para um ano de prisão, mantida a máxima em cinco anos, assim como da pena máxima da corrupção ativa para ato lícito (art. 374º, n.º 2), para até três anos de prisão ou multa de 360 dias.

intencional do Estado, que se busca tutelar. Dessa forma, a vantagem indevida não necessita ter como contrapartida uma determinada atuação funcional, nem estar vinculada à existência de uma pretensão passada, presente ou futura do particular, bastando que tenha relação com o exercício das funções públicas, “*no contexto de uma retribuição de actos futuros ou passados, ainda que indeterminados*”¹⁰¹, ficando naturalmente excluídas, à luz da experiência comum e aos usos e costumes inerentes à vida social, as ofertas socialmente adequadas.

A crítica feita a esse novo tipo penal recai no fato de que a “corrupção sem demonstração do ato concreto pretendido”, como visto, já era entendida como subespécie de corrupção para ato lícito, nos termos do n.º 2 dos arts. 373º e 374º, com a redação dada pela Lei n.º 108/2001. Todavia, o novo teor do art. 372º, conferido pela Lei n.º 32/2010, ao tempo em que afasta qualquer dúvida acerca da tipicidade da conduta, permite ao tipo penal funcionar como um “soldado de reserva”, ou seja, com caráter residual, garantindo assim a punição de comportamentos ofensivos ao bem jurídico protegido – autonomia intencional do Estado –, mas que não poderiam ser alcançados pela literalidade das demais normas incriminadoras da corrupção.

Ademais, a nosso ver, e conforme será melhor explicitado a seguir, comparando os regimes de 2001 e 2010, a nova figura típica do art. 372º, apesar de não representar uma neocriminalização, ao deixar de exigir que a vantagem seja solicitada ou aceite de pessoa que perante o funcionário tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício de suas funções, promoveu um alargamento, ainda que pequeno, dos limites materiais de incriminação da corrupção¹⁰², ao qual se soma uma moldura penal mais grave, na expectativa de aumentar a eficácia da ameaça penal.

¹⁰⁰ MENDES, Paulo de Sousa. *Os novos crimes de recebimento indevido de vantagem no Código Penal português*. Revista do Ministério Público do RS, N.º 68, jan/abr 2011, p. 230 (p. 229-240). Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1312318554.pdf. Acesso em 26.05.2017.

¹⁰¹ SANTOS, Cláudia Cruz. *Os crimes de corrupção de funcionários ...*, p. 19.

¹⁰² Em sentido parcialmente contrário: CLÁUDIA SANTOS faz questão de frisar, até para refutar eventual alegação de atipicidade de condutas anteriores, “*que da interpretação teleológica (suportada pelos elementos literal e histórico) do n.º 2 do artigo 373º e do n.º 2 do artigo 374º do Código Penal na redacção que lhes foi dada em 2001 decorria já a incriminação da corrupção passiva e activa sem demonstração do acto concreto pretendido. As condutas contempladas pela Lei n.º 32/2010 no artigo 372º do Código Penal sob a epígrafe ‘recebimento indevido de vantagem’ correspondem por inteiro ao sentido que aquelas incriminações já assumiam, não se vislumbrando aqui qualquer alargamento do âmbito de aplicação das referidas normas*”. In SANTOS, Cláudia Cruz. *Os crimes de corrupção de funcionários ...*, p. 14/16.

Aliás, no contexto desse robustecimento sancionatório, foi inserida no novo art. 374º-A uma disposição que remete aos conceitos de “valor elevado” e de “valor consideravelmente elevado”, especificados no art. 202º do Código Penal (que trata dos crimes contra o patrimônio), visando o agravamento das penas cominadas às três modalidades de corrupção (arts. 372º, 373º e 374º), com base no valor da vantagem. Isso porque, segundo o legislador, *“sem transigir na avaliação de que o bem jurídico tutelado é, como se referiu, a autonomia intencional do Estado e que para a sua lesão basta a oferta ou a aceitação de vantagem, ou a sua promessa, não se pode olvidar que associado ao valor da vantagem está o valor subjacente ao acto ou omissão alvo de censura. E que a estas situações estão associadas, em regras, organizações que progridem com recurso à crimes de matriz económico-financeira, no qual a corrupção se insere”*¹⁰³.

Ademais, em prol do efetivo combate ao crime, vale também registrar que a Lei n.º 32/2010 alterou para 15 anos o prazo de prescrição do procedimento criminal por corrupção (art. 118º), independentemente da modalidade praticada. Buscou-se, com isto, evitar que a recorrente demora no conhecimento da notícia de sua prática, investigação e julgamento pelas instâncias formais de controle, devido às particularidades relativas à prova dessa espécie delitativa e ao amplo acesso à via recursal, continuasse a fomentar a impunidade. A citada lei também promoveu o alargamento do conceito de funcionário público, de modo a incluir os árbitros, jurados e peritos (art. 386º, n.º 1, c), e ainda autonomizou (agrupou), no novo art. 374º-B, algumas normas de direito premial, que serão abordadas mais à frente, haja vista as alterações a que já se submeteram.

Por certo que o regime jurídico da corrupção no Código Penal português (recebimento indevido de vantagem, corrupção passiva e corrupção ativa) ainda sofreu mais algumas alterações em questões acessórias à descrição das condutas típicas, sendo as mais relevantes aquelas promovidas pela Lei n.º 30/2015, de 2.9, no sentido de dar cumprimento às recomendações dirigidas a Portugal em matéria de corrupção pelo GRECO, no âmbito do III Ciclo de avaliações mútuas sobre a aplicação da Convenção Penal contra a Corrupção do CE, da Convenção da ONU contra a Corrupção e da

Convenção da OCDE contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais¹⁰⁴.

Assim, por força da Lei n.º 30/2015, no âmbito do Código Penal, foi incluída a previsão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas e entidades equiparadas pela prática de crimes de corrupção, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público (art. 11.º, n.º 2)¹⁰⁵, introduziu-se a punição da tentativa do crime de corrupção ativa (art. 374.º, n.º 3), e tornou-se facultativa a dispensa de pena nos casos de arrependimento efetivo e quando o agente tiver restituído voluntariamente a vantagem recebida ou o seu respetivo valor (art. 374.º-B, n.º 1).

Dessa forma, as disposições em vigor constantes do Livro II (Parte especial), Título V (Dos crimes contra o Estado), Capítulo IV (Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas), Secção I (Da corrupção), do Código Penal português, encontram-se positivadas nos seguintes termos:

“Artigo 372.º

Recebimento indevido de vantagem

1 - O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

3 - Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.

¹⁰³ Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=35212>. Último acesso em 03.06.2017.

¹⁰⁴ A íntegra dos Projetos de Lei n.º 453/XII e n.º 601/XII, que originaram a Lei n.º 30/2015, e os respectivos pareceres da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias estão disponíveis em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheDiplomaAprovado.aspx?BID=18532>. Acesso em 16.05.2017.

¹⁰⁵ Face à irresponsabilidade criminal do Estado e das pessoas coletivas públicas, a responsabilidade das pessoas coletivas se limita aos crimes de corrupção previstos no n.º 2 do artigo 372.º e no art. 374.º.

Artigo 373.º

Corrupção passiva

1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 - Se o acto ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

Artigo 374.º

Corrupção activa

1 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 373.º, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 373.º, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

3 - A tentativa é punível.

Artigo 374.º-A

Agravação

1 - Se a vantagem referida nos artigos 372.º a 374.º for de valor elevado, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um quarto nos seus limites mínimo e máximo.

2 - Se a vantagem referida nos artigos 372.º a 374.º for de valor consideravelmente elevado, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um terço nos seus limites mínimo e máximo.

3 - Para efeitos do disposto nos números anteriores, é correspondentemente aplicável o disposto nas alíneas a) e b) do artigo 202.º

4 - Sem prejuízo do disposto no artigo 11.º, quando o agente actue nos termos do artigo 12.º é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um terço nos seus limites mínimo e máximo.

Artigo 374.º-B¹⁰⁶

Dispensa ou atenuação de pena

1 - O agente pode ser dispensado de pena sempre que:

a) Tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do ato e sempre antes da instauração de procedimento criminal,

¹⁰⁶ Redação alterada pela Lei n.º 8/2017, de 3.3.

desde que voluntariamente restitua a vantagem ou, tratando-se de coisa ou animal fungíveis, o seu valor; ou

b) Antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa ou animal fungíveis, o seu valor; ou

c) Antes da prática do facto, retirar a promessa ou recusar o oferecimento da vantagem ou solicitar a sua restituição.

2 - A pena é especialmente atenuada se o agente:

a) Até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis; ou

b) Tiver praticado o acto a solicitação do funcionário, directamente ou por interposta pessoa.”

Como já mencionado, com a edição da Lei n.º 32/2010, o legislador alterou a sistematização do regime jurídico da corrupção, passando o Código Penal a dispor sobre a “corrupção pelo exercício de funções” e a “corrupção para a prática de ato determinado”, que tutelam o mesmo bem jurídico – autonomia intencional do Estado – e têm como núcleo típico o mercadejar com o cargo, diferenciando-se, contudo, no fato daquela não exigir, para o seu preenchimento, que a vantagem se relacione com um qualquer ato ou omissão do funcionário, bastando que seja solicitada ou aceita no exercício das funções ou por causa delas.

Dessa forma, adiante-se que a “corrupção pelo exercício de funções”, prevista no art. 372º do Código Penal, com o *nomen iuris* “recebimento indevido de vantagem”, por dispensar a demonstração de qualquer “pacto de corrupção” ou “sinalagma” entre as condutas do corruptor e do funcionário corrompido, para efeitos de preenchimento do tipo penal¹⁰⁷, passou a ser o tipo-base ou fundamental dos crimes de corrupção, figurando a “corrupção para a prática de ato determinado”, prevista nos arts. 373º e 374º do referido *codex*, com a designação de “corrupção passiva” e “corrupção ativa”, respectivamente, como formas agravadas, face ao acréscimo do elemento típico “para a prática de um qualquer ato ou omissão contrários ou não aos deveres do cargo”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. *Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção. In A Corrupção. Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal.* SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Cláudio; e MELO, Débora Taís de. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 32.

¹⁰⁸ MARTINS, Maria Manuela M. de Castro. *O novo crime de recebimento indevido de vantagens.* Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado em Direito Criminal da Escola de Direito do Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2011, p. 20/21. Disponível em: <http://repositorio.>

Disso decorre a possibilidade de eventual alteração da qualificação jurídica de qualquer das formas agravadas do crime de corrupção para o crime de recebimento indevido de vantagem, caso não se demonstre que a solicitação desta se destinava à prática de um ato determinado do funcionário¹⁰⁹.

Por outro lado, como visto, ao tratar da “corrupção pelo exercício de funções”, o legislador optou por identificar o correspondente tipo penal (art. 372º) com a designação de “recebimento indevido de vantagem”, circunstância que pode induzir a interpretações ou conclusões equivocadas quanto ao enquadramento do crime como espécie de corrupção.

Assim, para afastar eventuais dúvidas, RICARDO LAMAS¹¹⁰ afirma ser preferível que se refira: “à *corrupção lato sensu ou em sentido amplo, para designar os crimes incluídos naquela Secção: o recebimento indevido de vantagem (artigo 372º), a corrupção passiva (artigo 373º) e a corrupção activa (artigo 374º)*” e “à *corrupção stricto sensu ou em sentido estrito, para designar unicamente os crimes de corrupção passiva ou activa (artigos 373º e 374º)*”, sugestão que é acolhida no presente trabalho.

Ademais, como se observa dos arts. 372º, 373º e 374º, acima transcritos, o Código Penal português também trata as condutas do funcionário corrupto e do corruptor em tipos penais autônomos e com processos executivos independentes, pelo que não há mais que se falar em crimes de participação necessária ou de encontro. Dessa forma, tanto a solicitação quanto a oferta de vantagem, ainda que recusadas, bastam à consumação dos crimes de corrupção¹¹¹.

ucp.pt/bitstream/10400.14/9280/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20O%20novo%20crime%20de%20recebimento%20indevido%20de%20vantagens%20PDF%20FINAL.pdf. Acesso em 25.05.2017.

¹⁰⁹ LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem. Análise substantiva e perspectiva processual*. Revista do Ministério Público, ano 32, n.º 126, abr./jun., 2011, p. 101 (p. 65-154).

¹¹⁰ LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem ...*, p. 68.

¹¹¹ Nesse sentido: COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal ...*, p. 655. O autor ressalta que a ausência de referência do legislador a qualquer atitude do funcionário, para fins de aperfeiçoamento do crime de corrupção ativa, é a solução que melhor se harmoniza com a opção das corrupções ativa e passiva como delitos autônomos e, em último caso, com o próprio princípio da culpa, posto que “*subordinar a consumação da corrupção activa à aceitação do suborno (ou da sua respectiva promessa) pelo funcionário significaria fazer depender a punição do corruptor da verificação de um facto culposo de outrem, i.e., da decisão do empregado público no sentido de receber a peita, observando-se um*

Percebe-se, ainda, pela cominação das respectivas sanções, que o juízo de censura ético-social que recai sobre a conduta do agente público é maior do que o atribuído à do particular.

Por fim, verifica-se que, em termos dogmáticos, o atual regime jurídico da corrupção no Código Penal português abrange, expressamente, em síntese: (i) a corrupção sem demonstração do ato concreto pretendido, bastando que a solicitação ou a promessa de vantagem não tenham outra explicação plausível que não a relação funcional; (ii) a corrupção própria: relacionada à prática de um ato ou omissão contrários aos deveres do cargo (quer tenham ocorrido, quer sejam pretendidos e se prove a intenção); (iii) a corrupção imprópria: relacionada à prática de um ato ou omissão não contrários aos deveres do cargo (quer tenham ocorrido, quer sejam pretendidos e se prove a intenção); (iv) a corrupção antecedente: quando a solicitação ou a promessa da vantagem ocorrem antes do ato ou omissão visados pelo suborno; e (v) a corrupção subsequente: quando o ato ou omissão mercadejados ocorrem antes da solicitação ou da promessa da vantagem¹¹².

3.2- Aspectos jurídico-penais

Em que pese não haver uniformidade na doutrina portuguesa, a grosso modo, pode-se afirmar que a maioria das teses formuladas acerca do bem jurídico tutelado pela incriminação da corrupção em sentido amplo têm como norte a *“legalidade da administração, um valor constitucional e uma vertente do Estado de Direito, mas igualmente um bem instrumental relativamente ao relacionamento de qualquer cidadão com o Estado”*, graduando-se as diferentes formas e gravidades de lesão por meio das penas aplicadas a cada modalidade do crime¹¹³. Todavia, como registram GARCIA e RIO¹¹⁴, *“não falta quem destrince mais do que um bem jurídico: a confiança da comunidade nas decisões objetivamente tomadas pelo Estado e a correspondente*

desvio à regra da ‘individualidade’ e da ‘intransmissibilidade’ da responsabilidade penal”. Ob. cit., p. 681/683.

¹¹² SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de agentes públicos em Portugal ...*, p. 112/113.

¹¹³ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *A intervenção penal na corrupção administrativa e política*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, N.º 2, Vol. 39, 1998, p. 522.

compatibilidade com a imagem, os valores e os padrões de atividade estadual”.

Partindo de uma interpretação autêntica, infere-se da exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 220/XI, do Partido Socialista¹¹⁵, que deu origem à Lei n.º 32/2010, de 2.9, que o bem jurídico que o legislador buscou proteger com a incriminação da “corrupção pelo exercício de funções” (CP, art. 372º) foi a “autonomia intencional do Estado”.

Em Portugal, coube a ALMEIDA COSTA¹¹⁶ o desenvolvimento da teoria que relaciona a corrupção com “*a ideia da manipulação ou violação da autonomia intencional do Estado*”. Nesse sentido, quando mercadeja com o cargo, solicitando ou aceitando uma vantagem indevida, o funcionário “*coloca os seus poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados, o que equivale a dizer que, abusando da posição que ocupa, se «sub-roga» ou «substitui» a vontade do Estado, invadindo a respectiva esfera de actividade*” e infringindo os deveres de legalidade, objetividade e independência que lhe cumpre observar no exercício das funções públicas em um Estado de direito¹¹⁷.

Conforme DAMIÃO DA CUNHA¹¹⁸, diante da concepção adotada pelo Código Penal, “*não subsiste qualquer dúvida de que o conceito de funcionário, no tipo legal de crime de corrupção, aponta, primordialmente, para o titular ou suporte de um órgão, ou seja, um agente legalmente investido no complexo de poderes do órgão, através do qual se manifesta (e também se executa) a vontade do Estado ou da Administração*”. Desse modo, a expressão “autonomia intencional do Estado”, utilizada por ALMEIDA COSTA para

¹¹⁴ GARCIA, M. Miguez; RIO, J.M. Castela. *Código Penal Parte geral e especial, com notas e comentários*. 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 1.300.

¹¹⁵ Vide nota 97.

¹¹⁶ Importa esclarecer que a tese da “autonomia intencional do Estado” foi apresentada por ALMEIDA COSTA em sua obra *Sobre o crime de corrupção – Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia típica das corrupções activa e passiva. Análise dogmática destes dois delitos* (Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1987), sob a égide do Código Penal de 1982. Não obstante, como será melhor demonstrado a seguir, já naquela época, o autor defendia a punição, a título excepcional, como hipótese de corrupção passiva imprópria, da solicitação ou oferta de vantagem sem conexão direta com um concreto ato do funcionário, mas realizadas, todavia, conforme as circunstâncias, para criarem um clima de “permeabilidade” e “simpatia”, visando o favorecimento de pretensões futuras. Daí porque entendemos que os argumentos desenvolvidos pelo autor para fundamentar a sua tese também podem ser aplicados na análise do crime de recebimento indevido de vantagem, com uma ou outra adequação, que, quando necessária, será devidamente apontada.

¹¹⁷ COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal...* p. 660/662. Vide nota 47.

¹¹⁸ CUNHA, José Manuel Damião da. *O Conceito de Funcionário, para Efeito da Lei Penal ...*, p. 36/37.

definir o bem jurídico protegido pelos tipos de crime de corrupção, “*refere-se evidentemente ao modo como se manifesta (e executa) uma vontade expressa por um órgão da Administração ou do Estado, ou seja, um acto imputável à esfera do Estado (em sentido amplo) – enquanto vontade de um ente público*”. Assim, em última análise, a pretensão do legislador com a incriminação da corrupção é evitar que, em razão do recebimento de um suborno, o funcionário empregue os seus poderes funcionais a serviço de interesses privados, substituindo pela sua, uma vontade que é juridicamente imputável ao Estado e que deve, necessariamente, ser dirigida à satisfação do bem comum¹¹⁹.

Na linha da doutrina de ALMEIDA COSTA¹²⁰, independente da modalidade que assuma, a corrupção passiva constitui um crime de dano, pois a simples disposição do funcionário de transacionar com os poderes que lhe são conferidos pelo cargo, solicitando ou aceitando o suborno, já acarreta uma violação à esfera de atividade do Estado, traduzida numa ofensa à sua autonomia intencional. A efetiva prática do ato mercadejado torna apenas mais intensa a lesão ao bem jurídico, que alcança o seu ápice se o ato for ilícito (corrupção própria).

Em coerência com tal perspectiva, o mencionado autor¹²¹ classifica a corrupção passiva como um crime material ou de resultado¹²², cuja consumação coincide com o instante em que a solicitação ou a aceitação do suborno (ou da sua promessa), por parte do funcionário, de forma expressa ou tácita, chegam ao conhecimento do destinatário¹²³,

¹¹⁹ CRP – Art. 266.º (Princípios fundamentais): “*1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé*”.

¹²⁰ COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal...* p. 661.

¹²¹ COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal...* p. 662.

¹²² Se bem compreendido, o autor adota um conceito de “resultado” que inclui os estados que não implicam uma modificação do mundo exterior. Assim, o conhecimento pelo destinatário é considerado um evento externo e distinto do comportamento do funcionário. A posição de ALMEIDA COSTA assemelha-se à de FIGUEIREDO DIAS, no sentido de que nos crimes de mera atividade a consumação se dá com a simples execução de um determinado comportamento, enquanto que nos crimes de resultado exige-se que à ação seja acrescida uma alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal ...*, pág. 306.

¹²³ No mesmo sentido, Acórdão do TRL de 15.11.2011: “*O crime de corrupção passiva está consumado, desde logo, com o conhecimento pelo interlocutor ou destinatário da manifestação de vontade de aceitação da vantagem pelo funcionário e o de corrupção activa, com o conhecimento pelo funcionário destinatário da manifestação de vontade de oferta/promessa de vantagem, isto quer o funcionário aceda ou não à pretensão*

evidenciando a sua intenção de mercadejar com o cargo, pois, como visto, a partir deste momento já se verifica uma invasão na esfera de atividade do Estado, com a produção de um concreto dano à sua autonomia intencional, independentemente da efetiva prática ou omissão do ato subornado ou do efetivo recebimento da vantagem¹²⁴. Sob essa ótica, a corrupção passiva se apresenta como um crime instantâneo, apesar da possibilidade de alguns dos seus efeitos se protraírem no tempo¹²⁵.

Como será melhor explicitado à frente, no crime do art. 372 do Código Penal, a vantagem não guarda relação com a prática ou omissão de um determinado ato de ofício, verificando-se a consumação com a mera solicitação ou aceitação de vantagem indevida pelo funcionário no exercício das suas funções ou por causa delas. Assim, também no crime em apreço, “quando o terceiro sabe da solicitação, fica logo a saber que o funcionário está «acessível» e, quando o funcionário toma conhecimento da oferta, fica logo em causa a sua objectividade decisional”. Tais circunstâncias levam igualmente a concluir que a lesão ao bem jurídico protegido – autonomia intencional do Estado – se verifica logo no momento em que se dá o conhecimento da oferta ou da solicitação da vantagem, ainda que o funcionário não seja chamado a atuar e, por isso, não seja concretizado qualquer ato ou omissão. Até porque, ao saber da oferta, o funcionário fica com a sua isenção e objetividade prejudicadas, seja para conduzir a sua atuação em favor do ofertante, como para agir contra ele, visando afastar a desconfiança quanto a sua isenção¹²⁶.

do corruptor”. Vale registrar que o art. 119, n.º 1, do Código Penal português, estabelece que o prazo de prescrição do procedimento criminal corre desde o dia em que o fato ilícito se tiver consumado.

¹²⁴ Segundo o autor, por tais razões, na corrupção subsequente (própria ou imprópria), a circunstância do pacto e da respectiva gratificação ilegítima se reportarem a um ato ou omissão passados não altera que se continue a transacionar com o cargo e a ofender a autonomia intencional do Estado, sendo que, também nesta hipótese, o crime se consuma com o conhecimento pelo particular da solicitação ou aceitação da promessa de vantagem por parte do funcionário. COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal...* p. 662/663.

¹²⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime ...]*, p. 364. Vale esclarecer que, apesar de ser irrelevante para a consumação do crime de corrupção passiva que o funcionário venha a praticar ou omitir o ato visado pelo suborno, torna-se necessário demonstrar, ao menos em suas linhas gerais, qual o ato ou omissão mercadejados, a fim de que se possa enquadrar a conduta do funcionário na modalidade própria ou imprópria. Não sendo possível essa prova, a análise do caso concreto pode conduzir à condenação pelo crime de recebimento indevido de vantagem.

¹²⁶ LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem ...*, p. 95/96.

Dadas essas características, RICARDO LAMAS¹²⁷ também classifica o recebimento indevido de vantagem como um crime de dano, que é produzido ao bem jurídico enquanto resultado da ação típica, no momento em que se dá o conhecimento da solicitação ou da oferta da vantagem pelo destinatário da declaração. Para o mencionado autor, não se trata de um mero perigo ou de um dano presumido, pelo que o tipo penal não consubstancia qualquer antecipação de tutela penal.

Em um sentido próximo da “autonomia intencional do Estado”, CLÁUDIA SANTOS¹²⁸ afirma que a criminalização da corrupção visa proteger “*a legalidade da actuação dos agentes públicos e a sua objectividade decisional*”. Nesse sentido, o mercadejar com o cargo deve ser punido porque se opõe à legalidade que rege o exercício da função pública e também porque vulnera a tomada de decisão dos agentes que representam o Estado. Em outras palavras, “*quando solicita ou aceita o recebimento de suborno, o funcionário ou titular de cargo político fica de imediato com a sua imparcialidade prejudicada. Independentemente da prática de qualquer acto, a sua autonomia intencional está já condicionada*”¹²⁹, criando assim, o risco de decisões motivadas ou influenciadas por interesses subjetivos e desconformes com o interesse público.

Conforme expõe a citada autora¹³⁰, fundando-se o bem jurídico na proteção da legalidade da atuação dos agentes públicos, que, por sua vez, visa garantir a objetividade decisional do Estado (ou a autonomia intencional do Estado, na visão de ALMEIDA COSTA), alargam-se as margens de punibilidade da corrupção, já que o dano a essa legalidade se verifica com a simples solicitação ou aceitação de vantagem indevida pelo funcionário, mercadejando com o cargo, independentemente da prática de qualquer outro comportamento. Ou seja, há ofensa ao bem jurídico tutelado quer se trate de corrupção própria ou imprópria, antecedente ou subsequente; quer o ato subornado seja praticado ou não; quer se faça prova do ato concretamente visando pelo suborno ou não.

¹²⁷ LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem ...*, p. 96.

¹²⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. *Considerações introdutórias ...*, p. 31.

¹²⁹ SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime ...]*, p. 355.

¹³⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. *Considerações introdutórias ...*, p. 31/32.

Por seu turno, PINTO DE ALBUQUERQUE¹³¹ defende que o bem jurídico protegido pela incriminação da corrupção em sentido amplo é a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário, exigindo-se deste um desempenho funcional com observância da legalidade e do interesse público e uma atuação orientada pela objetividade, imparcialidade e transparência. Nesse contexto, sob a ótica do funcionário, o crime se consuma com a comunicação da mensagem de solicitação ou aceitação da vantagem ao seu destinatário, não sendo necessário que se verifique o efetivo recebimento. No que toca ao crime de corrupção passiva, sequer é necessário que o funcionário pratique ou deixe de praticar qualquer ato ou mesmo que tenha a intenção de efetivamente vir a cometer ou a omitir qualquer ato¹³².

Quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido e à forma de consumação do ataque ao objeto da ação, o referido autor¹³³ classifica o crime recebimento indevido de vantagem como sendo de perigo abstrato e de mera atividade¹³⁴. Sob este mesmo olhar, o crime de corrupção passiva se apresenta como um crime de dano e de mera atividade.

Isso porque, se bem compreendido, em relação ao crime de recebimento indevido de vantagem, PINTO DE ALBUQUERQUE entende que a solicitação ou a aceitação de uma vantagem geram apenas uma conexão de perigosidade, no sentido de que o exercício das funções públicas possa vir a ser determinado pelo suborno. O dano ao bem jurídico – integridade do exercício das funções públicas – somente advém com a efetiva prática ou omissão do ato pelo funcionário¹³⁵. Dessa forma, a incriminação prevista no n.º 1 do art. 372º (recebimento indevido de vantagem) constitui uma antecipação da tutela penal do art.

¹³¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 980. No mesmo sentido: DIAS, Maria do Carmo S. de Menezes da Silva. *Comentário das Leis Penais Extravagantes – Volume 1*. Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco (org.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 778. As considerações da autora se referem ao crime de recebimento indevido de vantagem praticado por titular de cargo político ou de alto cargo público, previsto no artigo 16º da Lei n.º 34/1987, de 16.7 (com a redação conferida pela Lei n.º 41/2010, de 3.9), cujas condutas incriminadas correspondem àquelas estabelecidas ao funcionário público no artigo 372º do Código Penal português, sendo assim, no nosso entender, perfeitamente aplicáveis a este dispositivo.

¹³² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2010, p. 987.

¹³³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2010, p. 984.

¹³⁴ Ao contrário de ALMEIDA COSTA, o mencionado autor adota um conceito de “resultado” que inclui apenas os estados que implicam uma modificação do mundo exterior. Assim, a ciência do destinatário se insere no âmbito da execução do comportamento do funcionário. Vide nota 122.

¹³⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2015, p. 1.175.

373º (corrupção passiva), uma vez que aquele busca prevenir uma situação de perigo (abstrato) e este, por sua vez, contempla um crime de dano, associado à prática (ou omissão) passada ou futura de um concreto ato pelo funcionário¹³⁶. Por isso, a punição pelo art. 372º, n.º 1, acaba sendo residual (ou subsidiária) da punição pelo art. 373º, na medida em que, no caso concreto, pode restar provado o recebimento da vantagem indevida, mas ficar por apurar a sua alegada conexão (contrapartida) com a prática ou omissão de um ato contrário ou não contrário aos deveres do cargo¹³⁷.

Lançando mão, novamente, de uma interpretação autêntica, pelo que se infere da exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 220/XI¹³⁸, que deu origem à Lei n.º 32/2010, de 2.9, de fato, o legislador entendia que, com a introdução do crime de recebimento indevido de vantagem (CP, art. 372º) promovia uma antecipação da tutela penal do bem jurídico: *“passa a ser sancionada a corrupção pelo exercício de funções, na medida em que a aceitação ou solicitação de vantagem, sem que a mesma seja devida, constitui, por si só, a colocação em perigo da referida autonomia intencional do Estado”*.

Nesse mesmo sentido, CARMO DIAS¹³⁹ argumenta que, ao prescindir da exigência de qualquer nexos entre a vantagem indevida e o ato ou omissão a praticar pelo funcionário, a criminalização do recebimento indevido de vantagem apresenta-se como *“uma antecipação da tutela penal, visando prevenir a colocação em perigo do bem jurídico protegido e, assim, melhor proteger a actividade funcional dos organismos públicos de ataques internos ou externos que subvertam a sua finalidade. Dir-se-ia que se está perante um momento prévio, anterior à corrupção, que já merece censura penal por poder vir a suceder-lhe a prática de conduta integradora de crime de corrupção. De qualquer modo, protege-se (embora de forma mais recuada) o mesmo bem jurídico que é tutelado nos crimes de corrupção passiva e activa”*.

A nosso ver, em que pesem os doutos entendimentos divergentes, de forma correta, o legislador identificou a autonomia intencional do Estado como o bem jurídico

¹³⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2010, p. 983.

¹³⁷ DIAS, Maria do Carmo S. de Menezes da Silva. *Comentário das Leis Penais Extravagantes ...*, p. 784.

¹³⁸ Vide nota 97.

¹³⁹ DIAS, Maria do Carmo S. de Menezes da Silva. *Comentário das Leis Penais Extravagantes ...*, p. 778.

tutelado pelos crimes de corrupção em sentido amplo, uma vez que o funcionário (corrompido) participa – ou tem a possibilidade de participar – do processo de tomada de decisão e formação da vontade estatal. Em outras palavras, “*o desvirtuamento causado por atos de corrupção traduz uma perturbação e uma invasão na esfera de atuação estatal por parte do funcionário que fica sujeito a tomar decisões não mais em conformidade com o interesse público, mas sim, em prol dos interesses particulares, subvertendo-se a própria ordem estatal*”¹⁴⁰.

Todavia, deveria o legislador também ter acolhido os demais fundamentos da doutrina de ALMEIDA COSTA, especialmente no que toca à classificação dos crimes de corrupção como delitos de dano. Isso porque, a consumação dos crimes em apreço se verifica no momento em que o particular toma conhecimento da solicitação ou aceitação da vantagem pelo funcionário, ou este da oferta ou promessa feitas por aquele, independentemente da adoção de qualquer outro comportamento. Não se exige para o preenchimento dos tipos legais de corrupção que o funcionário efetivamente pratique ou omita qualquer ato. Assim, entendemos que não há razão para diferenciar o recebimento indevido de vantagem como crime de perigo e a corrupção passiva e ativa como crimes de dano, pois, à luz do bem jurídico tutelado, verifica-se uma efetiva lesão no momento em que o particular passa a saber que a “vontade do Estado”, resultante da atuação funcional do agente público, está a serviço de seus interesses.

Seguindo com a análise do crime de recebimento indevido de vantagem, não se pode olvidar que, a exemplo da orientação contida nas convenções internacionais referenciadas há pouco, a regra, em termos legislativo e doutrinal, é que o preenchimento do crime de corrupção (passiva ou ativa) exige a prova do concreto ato ou omissão que se quer ou quis transacionar com a vantagem indevida, ou que foi objeto de proposta de transação, ainda que não seja necessário que tal ato ou omissão visados sejam ou tenham sido efetivamente realizados.

¹⁴⁰ MELO, Débora Thais de. *Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos*. In: *A Corrupção. Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Cláudio; e MELO, Débora Tais de. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 89.

Todavia, dado o carácter furtivo e opaco da corrupção, muitas vezes é impossível realizar a prova dessa “contrapartida” entre a conduta do corruptor e a do funcionário corrompido, circunstância que acaba conduzindo a um contexto de impunidade, ainda que se identifique o recebimento da vantagem indevida pelo funcionário.

Visando ultrapassar essa dificuldade probatória – processual – e aumentar a eficácia no combate à corrupção, como já apontado, o legislador português promoveu diversas inovações e alterações no ordenamento jurídico do país, uma delas, de que agora se trata com maior acuidade, a criação do crime de recebimento indevido de vantagem (CP, art. 372º).

Consoante a exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 220/XI¹⁴¹, que deu origem à Lei n.º 32/2010, de 2.9, que introduziu essa nova modalidade de crime: *“A punibilidade da corrupção tem assim, nesta construção legal, uma tipologia assente na solicitação ou aceitação de vantagem, patrimonial ou não patrimonial, não devida a funcionário pelo exercício das funções. Afasta-se, de forma inequívoca, a exigência de verificação de um nexo causal entre a vantagem e o acto ou omissão do funcionário, antecedente ou subsequente; dito de outro modo, esclarece-se que a censura ético-social recai sobre a solicitação ou aceitação de vantagem não devida, relevando aqui a perigosidade inerente à criação de condições que possam conduzir ao cometimento do favor, lícito ou ilícito. Deste modo, a vantagem não necessita de estar referida a uma determinada actuação funcional, mas apenas ao exercício de funções em geral. Do âmbito da norma ficam naturalmente excluídas as ofertas socialmente adequadas à luz da experiência comum, no respeito pelos usos e costumes inerentes à vida social, cabendo à doutrina e à jurisprudência consolidar, nesta matéria, o conceito de adequação social”*.

Não obstante, importa registrar que, em Portugal, a solicitação ou recebimento de uma vantagem por parte de um agente público, desvinculada de uma qualquer conduta funcional comissiva ou omissiva, já tinha merecido tratamento pelo Código Penal de 1886, por meio da regulamentação do crime de “suborno indireto”, previsto no art. 322º, com a seguinte redação: *“Se o empregado público aceitar por si ou por outrem oferecimento ou*

¹⁴¹ Vide nota 97.

promessa, ou receber dádiva ou presente de pessoa que perante êle requeira desembargo ou despacho, ou que tenha negócio ou pretensão dependente do exercício de suas funções públicas, ser-lhe hão aplicadas as disposições do artigo 318º e seus parágrafos”.

Ocorre que tal norma não foi mantida no Código Penal de 1982, sendo que, quando da revisão deste pelo Decreto-Lei n.º 48/1995, de 15.3, as redações conferidas aos arts. 372º, 373º e 374º, que passaram a tratar dos crimes de corrupção passiva e ativa para ato ilícito e lícito, excluíaam do campo da punição as dádivas realizadas apenas com o intuito de criar um clima favorável para posteriores diligências, face à referência expressa à “contrapartida” entre a vantagem e a prática ou omissão de um ato mercadejado pelo funcionário.

Entretanto, mesmo sob a égide desse regramento penal, levando em conta a natureza do bem jurídico protegido e o caráter velado e indireto com que se processa a corrupção, ALMEIDA COSTA¹⁴² admitia punir, de forma excepcional, a vantagem dada sem o objetivo imediato de conseguir um ato determinado do funcionário, mas que, “à luz dos critérios da experiência comum, a simples dádiva – considerados, de forma cumulativa, o seu exagerado valor e, por outro lado, as circunstâncias em que ocorreu ou a pessoa de que proveio – não se mostre justificável de outro modo, assumindo, inequivocamente, o aludido significado de criar um clima de permeabilidade ou simpatia para posteriores diligências”. Segundo o autor, nesse contexto, a vantagem representa a contrapartida “virtual” de eventuais atos do funcionário e a sua aceitação implica, também, em transação com o cargo e conseqüente violação da autonomia intencional do Estado. Ademais, na hipótese em apreço, à semelhança do que se passa quando a vantagem se liga direta e imediatamente a alguma atividade do cargo, não interfere na consumação do tipo penal a circunstância de o funcionário receber o suborno e não praticar, em troca, qualquer ato de serviço, aperfeiçoando-se o crime de corrupção passiva com a mera aceitação da vantagem ou da sua promessa. Contudo, diante da indeterminabilidade desse ato futuro, o funcionário somente poderia ser punido a título de corrupção passiva imprópria.

Com a edição da Lei n.º 108/2001, de 28.11, o legislador português, além de

¹⁴² COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal...* p. 671/672.

retirar dos arts. 372º e 373º do Código Penal a referência à “contrapartida” entre a vantagem e o ato ou omissão mercadejados, relativizando o nexo causal para a configuração da corrupção própria e imprópria, também ofereceu uma base legal para a posição defendida por ALMEIDA COSTA, passando a incriminar, no art. 373º, n.º 2, com as penas da corrupção passiva para ato lícito¹⁴³, a solicitação ou aceitação de vantagem pelo funcionário “*de pessoa que perante ele tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas*”, obviamente, desde que tal vantagem não pudesse ser concebida fora do contexto das relações funcionais.

Em outras palavras, nessa nova incriminação, que se convencionou denominar de “corrupção sem demonstração do ato pretendido”, o mercadejar com o cargo deixou de ter em vista um concreto ato de ofício, passando a se vincular à relação funcional, por meio da existência de uma pretensão do particular – passada, presente ou futura¹⁴⁴ –, dependente da apreciação do funcionário, afastando, com isso, as dúvidas acerca da tipicidade das situações em que, apesar da inexistência de conexão imediata com um ato ou omissão do serviço, o corruptor atua, inequivocamente, para criar junto do funcionário um ambiente de permeabilidade e simpatia para eventuais diligências futuras.

Todavia, mesmo com a previsão mais alargada do art. 373º, n.º 2, do Código Penal, aos olhos do legislador, ainda permanecia uma lacuna de punibilidade, “*porquanto a fenomenologia social associada à corrupção surge não raras vezes em estreita ligação com organizações económicas criminosas, em que, entre as suas características, se identifica a fungibilidade dos seus membros e a criação indiscriminada de contextos que apenas pretendem acautelar a probabilidade de vir a ter pretensão futura*”. Por isso, entendia-se necessária a “*a ampliação do tipo penal objectivo, não se exigindo que a vantagem seja solicitada ou aceite por pessoa que perante o funcionário tenha tido, tenha*

¹⁴³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2015, p. 1.174/1.175. Esclarece o autor, na linha defendida por ALMEIDA COSTA, que “*a equiparação da moldura penal destes casos aos casos de corrupção passiva imprópria devia-se ao facto de no momento da solicitação ou aceitação do suborno o agente desconhecer ainda se os futuros atos são lícitos ou ilícitos, pelo que seria desproporcionado submeter o funcionário a uma moldura penal que supusesse o exercício futuro das suas funções públicas de modo contrário aos deveres do cargo*”.

¹⁴⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. *Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos (considerações em torno do presente e do futuro do seu regime jurídico)*. Revista Julgar, N.º 11, maio/ago., 2010, p. 55.

ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções”¹⁴⁵.

Com efeito, a realidade nos mostra que o crime organizado emprega a corrupção de agentes públicos como instrumento para auxiliar na execução de seus negócios ilícitos e garantir a impunidade de seus integrantes¹⁴⁶. A estrutura estratificada e diversificada das organizações criminosas permite, por exemplo, que o suborno seja pago ao funcionário por uma pessoa (individual ou coletiva), mas para resultar em um benefício ilícito em favor de outra, sem aparente ligação. O mesmo pode se dizer em relação à prática perniciosa dos chamados “pagamentos de facilitação”, de natureza patrimonial e não patrimonial, os quais, apesar de não estarem relacionados com uma específica pretensão ou interesse submetidos à administração, possuem o intuito de promover uma relação estratégica de proximidade e criar um ambiente de boas-vontades, visando o favorecimento de interesses futuros – o tal clima de “permeabilidade” e “simpatia” mencionado por ALMEIDA COSTA.

Diante desse quadro, o crime de recebimento indevido de vantagem, hoje previsto no art. 372º do Código Penal, foi elaborado com um nítido propósito moralizador, de se “punir a violação da ética do funcionalismo público (*Amtethos*), sob o receio de contaminação generalizada da capacidade de funcionamento do Estado e de abalo crescente da confiança pública na Administração”¹⁴⁷, o que ficou evidenciado no debate do Projeto de Lei n.º 220/XI, que deu origem à Lei n.º 32/2010, durante a reunião plenária

¹⁴⁵ Vide nota 97.

¹⁴⁶ Segundo CLÁUDIA SANTOS: “*Numa visão nuclear do conceito, tem-se como características indispensáveis da organização criminosa a actividade permanente e racionalizada em moldes empresariais com o intuito de obter um lucro através de meios ilícitos, a utilização de violência (ou a iminência da mesma) e a corrupção de funcionários públicos, ao que se acrescenta, como consequência do fenómeno da globalização, a internacionalização*”. SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. *Studia jurídica* 56, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 86/87. Em complemento, a autora destaca: “*O carácter bifronte da corrupção na sua dimensão jurídico-penal (o seu «desdobramento» numa modalidade passiva, e numa outra activa) tem interessantes repercussões ao nível da sua caracterização criminológica. Assim, se a corrupção passiva merecerá, em regra, a qualificação de crime de colarinho branco, já a corrupção activa constituirá, muitas vezes, uma das formas de actuação do crime organizado*”. SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime ...]*, p. 349.

¹⁴⁷ CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de corrupção e o fundamento acumulativo*. In: *Os Crimes de Fraude e a Corrupção no Espaço Europeu*. José de Faria Costa (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 322.

de 22.4.2010, nos termos do discurso do deputado FILIPE NETO BRANDÃO¹⁴⁸: *“julgamos meritória e moralizadora a criminalização do recebimento indevido de vantagem, novo tipo legal de crime que, de modo inequívoco, vem colocar sobre a censura do Direito Penal toda a solicitação ou aceitação de vantagem não devida por parte de funcionário. Para o preenchimento deste tipo legal de crime, não será mais necessário demonstrar que o recebimento de uma vantagem ilegítima se enquadrava numa determinada actuação funcional; ela bastar-se-á com o mero exercício de funções. Dito de outro modo, e de forma mais perceptível, incorrerá neste crime, punido com prisão de até 5 anos, o funcionário que solicite ou aceite algo que não lhe seria dado não fora a sua condição de funcionário. E isto também sem que se exija que o solicitado ou ofertante tenha tido ou venha a ter qualquer pretensão perante esse funcionário”*.

Não se pode perder de vista que o funcionário público está sujeito a especiais proibições e deveres no exercício do cargo, estabelecidos na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas¹⁴⁹, como a proibição de não poder se beneficiar, pessoal e indevidamente, de atos em que intervenham órgãos ou unidades orgânicas colocados sob sua direta influência (art. 24º, n.º 2) e o dever de isenção, que *“consiste em não retirar vantagens, diretas ou indiretas, pecuniárias ou outras, para si ou para terceiro, das funções que exerce”* [art. 73º, n.ºs 2-b) e 4].

Por seu turno, considerando que os funcionários públicos são o elemento-chave para a administração pública realizar corretamente as tarefas que lhe são atribuídas e que por isso eles têm deveres e obrigações específicos, o Comité de Ministros do Conselho da Europa fez constar no art. 20º da Recomendação (2000) 10, que dispõe sobre os códigos de conduta dos funcionários públicos, um verdadeiro “imperativo categórico”: *“o funcionário público não deve permitir-se ser colocado, ou parecer ser colocado, numa posição de obrigação de devolver um favor a uma pessoa ou corpo. Nem deve a sua conduta na função oficial ou na sua vida privada torná-lo suscetível à influência imprópria de outros”*¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35212>. Último acesso em 03.06.2017.

¹⁴⁹ Lei n.º 35/2014, de 20.6. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2171&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Último acesso em 08.06.2017.

¹⁵⁰ Disponível em: <https://rm.coe.int/16806cc1ec>. Acesso em 14.06.2017. Tradução livre.

Além disso, o fato do funcionário público estar impedido de utilizar da sua condição como um meio para alcançar uma vantagem que não lhe seria atribuída, não fosse a qualidade de funcionário, ou seja, a circunstância de ocupar uma determinada função pública, decorre não apenas da própria finalidade do Estado, que se assenta na prossecução do interesse público, mas também no fato do funcionário já ser remunerado, em regra, pelo próprio erário, para o desempenho das atividades do cargo que ocupa.

Nesse contexto, abrangendo o espectro de incriminação do antigo n.º 2 do art. 373º, e consagrando uma espécie de “corrupção pelo exercício de funções”, o atual art. 372º do Código Penal não mais exige que a vantagem indevida seja aceita ou solicitada como gratificação pela prática de ações ou omissões concretas por parte do funcionário, nem que provenha de pessoa que tenha tido, tenha ou venha a ter uma pretensão dependente das suas funções, contentando-se o tipo penal com uma mera conexão genérica da vantagem com a função pública exercida pelo funcionário¹⁵¹. Em outras palavras, “*a vantagem é simplesmente pelo exercício do serviço ou a condição do funcionário – não havendo que excogitar qualquer contrapartida ou demonstrar um ato concreto pretendido*”¹⁵².

RICARDO LAMAS¹⁵³ destaca que, com a eliminação dos elementos típicos referentes à prática de um determinado ato ou omissão do funcionário e à existência de uma pretensão dependente do exercício das funções públicas, pretendeu o legislador facilitar a prova do crime em juízo e, em consequência, melhorar a eficácia da persecução penal da corrupção. Assim, basta para a configuração do crime previsto no art. 372º do Código Penal que a vantagem tenha sido auferida pelo funcionário no exercício das suas funções ou por causa delas, ou seja, que a vantagem tenha sido “*solicitada ou aceite porque o visado é funcionário, porque tem determinadas competências ou poderes de facto inerentes a tal qualidade*”, de forma que, não fosse a condição de funcionário, o particular não daria ou ofereceria essa vantagem. Ainda em relação ao crime de recebimento

¹⁵¹ MENDES, Paulo de Sousa. *Os novos crimes de recebimento e oferta indevidos de vantagem*. In: As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Rui do Carmo (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 32.

¹⁵² GARCIA, M. Míguez; RIO, J.M. Castela. *Código Penal Parte geral e especial ...*, p. 1.300.

¹⁵³ LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem ...*, p. 82/85.

indevido de vantagem, anota o autor que, tal como se verifica no Código Penal espanhol (art. 422º)¹⁵⁴, “*a vantagem reporta-se à qualidade de funcionário e não necessariamente aos actos que este possa vir a praticar ou a qualquer pretensão que o particular possa vir a ter*”.

Com efeito, referindo-se ao âmbito de incriminação do crime previsto no art. 422 do Código Penal espanhol, que denomina de “*cohecho pasivo impropio*”, MUÑOZ CONDE¹⁵⁵ afirma que o funcionário, no exercício do cargo ou da função pública, está impedido de receber qualquer presente do particular, salvo aqueles inseridos no contexto dos usos sociais e que não ultrapassem quantias moderadas, pois o tipo penal dispensa a realização de um ato concreto, abrangendo as situações em que não se pode, efetivamente, demonstrar a entrega de um pagamento por um ato realizado pelo funcionário (“*cohecho pasivo propio*”).

Sobre o tipo penal espanhol, RITA NIZA¹⁵⁶ acrescenta que a jurisprudência do Tribunal Supremo de Espanha outorga ao termo “em consideração da sua função” o “*sentido de que a razão ou o motivo do presente oferecido e aceite seja a condição de funcionário, ou seja, tal só lhe foi oferecido devido à especial posição de poder conferido pelo desempenho do cargo público, de modo a que se alcance a criação de um clima de permeabilidade ou de predisposição para a realização de um favor no âmbito do desempenho da função pública*”, bastando para o preenchimento do delito do art. 422º que “*se verifique cumulativamente, o exercício de funções públicas por parte do sujeito activo, a aceitação por este de dádivas ou presentes e uma conexão causal entre a entrega da dádiva ou presente e a titularidade da função pública pelo funcionário*”.

Retornando ao ordenamento português, para a subsunção do fato ao tipo do art.

¹⁵⁴ “Art. 422. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años” (redação conferida pela Lei Orgânica n.º 5/2010, de 22.6).

¹⁵⁵ CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal – Parte Especial*. 20ª edição, Tirant lo Blanch, Valência, 2015, p. 877/878. Tradução livre.

¹⁵⁶ NIZA, Rita M. Meira. *Contributo para a análise do novo crime de recebimento indevido de vantagem*. Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 20/21. Disponível em: http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8943/1/Disserta%C3%A7%C3%

372º do Código Penal, RICARDO LAMAS¹⁵⁷ considera que é necessário demonstrar que o particular, apesar de não ter uma pretensão ou muito menos visar a prática de um ato concreto, tem algum “interesse” na atividade do funcionário, que o motiva a atuar “*com uma intenção de seduzir o funcionário, para ganhar a sua disponibilidade, com vista a um favorecimento futuro e ainda que apenas potencial ou eventual*”. Segundo autor, é nesse contexto que a exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 220/XI aponta para a “*perigosidade inerente à criação de condições que possam conduzir ao cometimento do favor, lícito ou ilícito*”, com a consequente ofensa à autonomia intencional do Estado. Desse modo, se o funcionário solicita uma vantagem, “*entendemos ser exigível, no mínimo, que o destinatário fique com a impressão de que ganha alguma coisa com isso: uma potencialidade de favorecimento. Pelo que, mais do que a motivação do funcionário, releva a consciência do ofertante (...) tem de existir, pelo menos, a ilusão de que pode ser útil estar nas boas graças do funcionário, precisamente porque este tem determinadas competências ou poderes de facto, sendo atípica a conduta nos termos da qual o particular pretende um favor do funcionário para algo completamente alheio às suas funções*”. Tal “utilidade” deve ser apreciada em um juízo de prognose póstuma (*ex ante*)¹⁵⁸, valorando-se os elementos fáticos presentes no momento do “acordo ilícito”, a fim de verificar, objetivamente, qual o fundamento para a relação ilícita.

Se bem compreendido, RICARDO LAMAS¹⁵⁹ faz referência à existência de um “acordo ilícito” no crime de recebimento indevido de vantagem, partindo da premissa de que “*a aceitação não é mais do que o «firmar de um acordo» proposto por outrem, sendo a solicitação uma tentativa de «firmar» esse acordo, a qual é da iniciativa do funcionário. (...) Daí que o legislador tenha omitido no n.º 1 a «aceitação de promessa», pois o termo «aceitação» comporta a aceitação de oferta ou de promessa, visto que, em qualquer dos casos é celebrado um acordo ilícito, independentemente do momento da efectiva transmissão da vantagem*”.

Em defesa da exigência desse “acordo ilícito” como elemento do crime de

[A3o%20-%20CONTRIBUTO%20PARA%20AN%C3%81LISE%20DO%20CRIME%20DE%20RECEBIMENTO%20INDEVIDO%20DE%20VANTAGEM.pdf](#). Acesso em 25.05.2017.

¹⁵⁷ LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem* ..., p. 85/87.

¹⁵⁸ No mesmo sentido: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal* ..., 2015, p. 1.176.

¹⁵⁹ LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem* ..., p. 75.

recebimento indevido de vantagem (CP, art. 372º), SOUSA MENDES¹⁶⁰ parte da afirmação de que o legislador português teria se influenciado no direito penal alemão, mais precisamente, nos §§ 331 e 333 do StGB¹⁶¹, introduzidos pela Lei de Combate à Corrupção de 1997, que incriminam condutas semelhantes. Esclarece o autor que, em ambos os tipos penais do ordenamento alemão, o foco da corrupção deixou de ser o ato de ofício e passou a ser o exercício do serviço, na tentativa do legislador de ultrapassar as dificuldades probatórias em se demonstrar a correlação do suborno com um determinado ato e alcançar as situações de criação de boas-vontades na administração. Porém, mesmo para o preenchimento desses crimes, o legislador alemão manteve a exigência da demonstração do “acordo ilícito intencionado”, expresso ou tácito, presente nos demais tipos de corrupção e que funciona como elemento de conexão ou de reciprocidade, de modo que “o objetivo da entrega ou promessa da vantagem seja o de influenciar o exercício do serviço no futuro ou gratificar o seu exercício no passado”.

Assim, com base na análise do sistema jurídico alemão, SOUSA MENDES¹⁶² adota uma interpretação redutora do alcance do art. 372º do Código Penal português, no sentido de que a configuração do crime de recebimento indevido de vantagem também deve exigir, como elemento implícito do tipo, “que a vantagem vise um acordo ilícito para o exercício do serviço, como forma de gratificar quaisquer decisões futuras inerentes à função, que oportunamente poderão vir a ser concretizadas, ou de gratificar desempenhos passados”, apesar de reconhecer que essa concepção da moldura típica (re)cria a dificuldade de se provar a existência do tal acordo em juízo. Ademais, a intenção do legislador português de incriminar as situações envolvendo a simples promoção de um clima geral de boas-vontades na administração, por si só, não atenderia ao princípio da máxima determinação dos elementos da infração e aos critérios de legitimidade e necessidade, devendo, portanto, ser afastada do âmbito da tutela penal.

Nessa linha de pensamento, GARCIA e RIO¹⁶³ também alegam que, no crime de recebimento indevido de vantagem, a conexão genérica que se dá entre a vantagem e o

¹⁶⁰ MENDES, Paulo de Sousa. *Os novos crimes de recebimento ...*, p. 37/38 [1].

¹⁶¹ Versão do Código Penal alemão traduzida em espanhol pela professora Claudia Lopez Diaz. Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf. Acesso em 02.06.2017.

¹⁶² MENDES, Paulo de Sousa. *Os novos crimes de recebimento ...*, p. 39/41 [1].

¹⁶³ GARCIA, M. Miguez; RIO, J.M. Castela. *Código Penal Parte geral e especial ...*, p. 1.301/1.302.

exercício do cargo advém de “*uma relação que deve ser desejada: o chamado acordo ilícito intencionado, uma espécie de relação de reciprocidade, a que o dolo deverá estender*”.

Em contrapartida, e a nosso ver, acertadamente, EUCLIDES DÂMASO¹⁶⁴ pondera que a exigência de prova de um “acordo ilícito” entre corrupto e corruptor e a exclusão de situações envolvendo a simples promoção de um clima geral de boas-vontades na administração não decorrem da literalidade do artigo 372º do Código Penal português. Ademais, “*enquanto o parágrafo 331º, n.º 1, do Código Penal alemão se refere à aceitação de vantagens «como contraprestação por o funcionário ter tido uma actuação profissional ou vir a tê-la no futuro» e o parágrafo 333º se refere à concessão de vantagens a funcionário «para realizar no futuro uma actuação profissional», o art. 372º do Código português refere-se, mais latamente, à solicitação ou aceitação (n.º 1) ou à dádiva ou promessa (n.º 2) de vantagem a funcionário no exercício das suas funções ou por causa delas. Isto é, a Lei alemã pressupõe efetivamente a existência de um acordo em vista da prática de um ato, já ocorrido ou a ocorrer no futuro, reconduzindo-se, assim, aos parâmetros das tradicionais modalidades de corrupção antecedente e subsequente, abrangidas pelos atuais arts. 373º e 374º do Código Penal português, ao passo que a lei portuguesa (art. 372º), não aludindo a qualquer tipo de atuação por parte do funcionário, baseia-se no simples fato de a vantagem lhe chegar em razão de estar investido no exercício de funções públicas*”. Não bastasse, uma interpretação redutora do alcance do tipo penal não encontra respaldo teleológico, pois a Lei n.º 32/2010 foi editada justamente para endurecer o combate à corrupção, eliminando os elementos típicos que ofereciam maior resistência à possibilidade de condenação, e para estimular uma nova atitude social apoiada em valores que traduzam a imparcialidade e a transparência da administração pública.

No mesmo sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁶⁵ afirma que, “*em bom rigor, o tipo penal nacional vai mais além do tipo da lei alemã e sobrepõe-se ao tipo da lei suíça, uma vez que não se limita à vantagem para o exercício do serviço, mas inclui amplamente qualquer vantagem atribuída por causa da titularidade da função pública pelo*

¹⁶⁴ SIMÕES, Euclides Dâmaso. *Contra a Corrupção ...*, p. 49/50.

funcionário. (...) Portanto, o tipo penal da lei nacional inclui quaisquer vantagens – mesmo que concedidas no âmbito da esfera privada do funcionário – desde que tenham em vista e sejam determinadas (por causa) pela condição profissional do destinatário, independentemente de qualquer actuação ou omissão que ele tenha tido ou venha a ter”, ressalvas do âmbito de punibilidade as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes, a exemplo da prenda de Natal à professora da escola primária pública.

Com efeito, ao estabelecer que as condutas típicas sejam praticadas “no exercício das funções ou por causa delas”, o legislador quis abranger tanto as hipóteses em que a vantagem indevida é dada ou solicitada “no decurso e contexto da actuação do funcionário”, como por ocasião de sua vida privada, mas, em todo caso, sempre por causa das funções, ou, em outras palavras, pela “*simples circunstância do funcionário ter essa qualidade em virtude de ocupar determinada função pública*”, posto que o ofertante tem interesse na atividade profissional do funcionário, que não se materializa em uma pretensão dependente das funções ou em um ato concreto do serviço, mas sim na “*intenção de criar um clima de «permeabilidade» ou «simpatia», de forma a «conquistar» a disponibilidade do funcionário para um favorecimento futuro, ainda que apenas potencial ou eventual ou a «preparar o terreno» para o contributo do funcionário na alteração do curso do processo de formação da «vontade», isto é, da decisão do Estado*”¹⁶⁶.

Nesse ponto, vale destacar que o exercício das funções não ocorre apenas no local de funcionamento do órgão em que o funcionário trabalha, nem nos momentos em que ele se pronuncia com a veste formal do cargo. Na verdade, o exercício das funções inclui toda a ação ou omissão atinente ao cargo, quer ela ocorra no local físico de seu exercício ou fora dele, quer ocorra no momento de expediente do órgão ou não. Desde que a ação ou omissão se refira a assunto da competência do órgão ou do cargo de que o funcionário é titular, ela está conexas com o exercício das funções¹⁶⁷.

¹⁶⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2010, p. 978/979.

¹⁶⁶ NIZA, Rita M. Meira. *Contributo para a análise do novo crime de recebimento ...*, p. 39.

¹⁶⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2015, p. 1.174.

Por seu turno, DAMIÃO DA CUNHA¹⁶⁸ adverte que a redação do tipo penal pode dar a entender que a vantagem recebida no exercício das funções seria sempre indevida, ao passo que aquela recebida fora do seu exercício demandaria a prova de que o foi por causa das funções. “*Todavia, não é assim – é, sempre e em qualquer caso, necessário o juízo de funcionalidade. Daí, pois, que mesmo no recebimento no exercício das funções, o funcionário pode apresentar elementos que, pelo menos, tornem plausível um fundamento privado ou extrafuncional para a vantagem*”. Segundo o autor, a funcionalidade figura como elemento implícito na “*interpretação-integração*” das normas relacionadas ao exercício de funções públicas, pelo que as atividades pessoais ou mesmo as “*extrafuncionais*”, ainda que estatutariamente proibidas, estão fora do âmbito de alcance da tutela penal.

Efetivamente, a nosso ver, a conexão genérica entre a vantagem e a função pública, baseada em um juízo de correspondência¹⁶⁹ com “o exercício das funções ou por causa delas”, constante do art. 372º do Código Penal, não dispensa o vínculo de funcionalidade, o qual, antes, vinha expresso no n.º 2 do art. 373 (na redação da Lei n.º 108/2001), face à exigência de uma pretensão do particular dependente do exercício das funções públicas, mas que ainda decorre implicitamente da ponderação do bem jurídico tutelado pela incriminação – autonomia intencional do Estado. Em outras palavras, no caso concreto, “*dever-se-á demonstrar o vínculo da vantagem à qualidade do funcionário, dado que o crime previsto e punido pelo artigo 372.º proíbe o «mercadejar do cargo»*”¹⁷⁰.

Ademais, tal conexão genérica ostenta um grau de indeterminabilidade que, necessariamente, precisa ser preenchido pelo julgador através da análise das circunstâncias indiciantes da relação entre a vantagem e a atividade profissional do agente público, a exemplo do interesse do particular no serviço, a posição ocupada pelo funcionário, o procedimento utilizado para concretizar a entrega da vantagem, em especial, a sua

¹⁶⁸ CUNHA, José M. Damião da. *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção. Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*. 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 88/89.

¹⁶⁹ MARTINS, Maria Manuela M. de Castro. *O novo crime de recebimento indevido de vantagens ...*, p. 32.

¹⁷⁰ CUNHA, Ana Isabel Rodrigues da. *O crime de recebimento indevido de vantagem*. Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, p. 19/20. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20288/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 25.05.2017.

clandestinidade, e a natureza, o valor e a frequência da vantagem, a fim de excluir, com isso, qualquer justificativa plausível concebida em um contexto de relações pessoais¹⁷¹.

Por outro lado, em que pese dispensar a demonstração do vínculo entre o recebimento da vantagem e uma determinada atuação funcional, nem por isso, o exame da natureza ou da qualidade do ato do funcionário deixa de ter algum relevo para o crime do art. 372º do Código Penal, uma vez que o tipo penal de que ora se cuida mantém relação com “o exercício das funções ou por causa delas”, sendo o caso se analisar se esta expressão comporta somente os atos inseridos na competência do funcionário ou também aqueles decorrentes de meros “poderes de fato” ou ainda os atos que não se inserem em nenhum desses dois âmbitos, embora mantenham relação com a qualidade de funcionário ou com a natureza pública das funções¹⁷².

Quando em debate a natureza dos atos que teriam aptidão para aperfeiçoar os crimes de corrupção passiva e ativa (CP, art. 373º e 374º), há pleno consenso em relação aos atos de serviço inseridos no âmbito das atribuições – competência – do funcionário. Por seu turno, ALMEIDA COSTA¹⁷³ confere igual prerrogativa aos atos que mantêm uma “relação funcional imediata” com o desempenho do correspondente cargo, ou seja, quando a realização do ato se insere nos “poderes de fato” inerentes ao exercício das respectivas funções. Como destaca o mencionado autor, não se trata, contudo, de considerar quaisquer possibilidades fáticas, como aquelas em que o funcionário se encontra em posição equiparável ao particular, mas, somente as propiciadas pelo cumprimento normal das atribuições do cargo, que, por também decorrerem de uma relação funcional, produzem igual ofensa ao bem jurídico protegido pelo crime de corrupção passiva¹⁷⁴.

¹⁷¹ MENDES, Paulo de Sousa. *Os novos crimes de recebimento ...*, p. 38/39 [1].

¹⁷² LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem ...*, p. 88.

¹⁷³ COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal...* p. 664/665. Em reforço à sua posição, acrescenta ao autor: “*De resto, a favor da tese da «relação funcional imediata» e dos «poderes de facto», assinala-se que, ao menos na corrupção própria, só com base naquele critério se pode punir o funcionário dito «competente» para a prática da actividade pretendida com o suborno. Na verdade, a lei nunca confere competência para a realização de actos injustos e ilícitos, pelo que, também aí, a sua efectivação se fica a dever, única e exclusivamente, aos «poderes fácticos» decorrentes da «relação funcional imediata» do agente com o cargo*”.

¹⁷⁴ Nesse sentido, Acórdão do TRL de 13.07.2010: “(...) *E isto independentemente de o arguido ter ou não competência específica para proferir aquele tipo de despachos, já que a realização do acto subornado cabia no âmbito «fáctico» das suas possibilidades de intervenção, isto é, dos «poderes de facto inerentes ao exercício das correspondentes funções» (...)*”.

Em complemento, PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁷⁵ assinala que é “*irrelevante que o funcionário tenha competência material ou territorial para o acto ou não a tenha, bastando que exista uma conexão funcional directa do acto com o «cargo». Todavia, não é subsumível ao artigo 373º o acto «privado» do funcionário, que fica totalmente fora do âmbito da competência funcional do funcionário e que o funcionário realiza na sua qualidade de pessoa privada, mesmo que o seu cometimento tenha sido possível devido a conhecimentos e contatos adquiridos no exercício do cargo ou à influência ou consideração social derivadas do «cargo» e ainda que o acto tenha sido remunerado e infrinja deveres funcionais, podendo sê-lo, no entanto, à nova incriminação do artigo 372º.*”

Em razão das particularidades do crime de recebimento indevido de vantagem, RICARDO LAMAS¹⁷⁶ esclarece que, no caso concreto, a questão da (in)competência do funcionário para determinado ato repercute na configuração do delito apenas quando, por meio dela, for possível excluir as funções públicas como móvel da oferta ou pedido de vantagem, como na hipótese em que se verifica a total incompatibilidade entre as circunstâncias pessoais e profissionais do particular e a área de atuação do funcionário. Em relação aos “poderes de fato”, cuja “*tese se assenta na premissa de que o funcionário dispõe de poderes de disponibilidade ou acessibilidade fáctica – e não já jurídica – sobre determinada questão (...), em condições privilegiadas em relação aos particulares*”, sustenta o mencionado autor que tais poderes estariam abrangidos no elemento típico “por causa das funções”. Isso porque, se a expressão “*«no exercício das funções» parece reportar-se à vantagem solicitada no âmbito das próprias funções, no decurso e contexto da actuação funcional do funcionário – sendo irrelevante se foi solicitada no local ou no horário de trabalho, como vimos –, já «por causa delas» aparenta cingir-se à vantagem auferida ou solicitada apenas porque o funcionário tem essa qualidade. Ora, assim sendo, parece dever incluir-se em tal conceito as vantagens solicitadas porque o funcionário exerce a sua actividade em certo departamento, porque dispõe de determinados poderes jurídicos (sejam administrativos, hierárquicos, laborais ou outros), mas também porque tem ao seu alcance físico documentos ou objetos (potencialmente) relevantes para o*

¹⁷⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2010, p. 985.

ofertante”.

Em face da interpretação conferida ao elemento típico “por causa delas (funções)”, RICARDO LAMAS¹⁷⁷ sustenta ainda que o art. 372º também abrange a hipótese “*de a vantagem se destinar a «comprar» a influência do funcionário, ou quando a mesma é entregue ao funcionário por este ser pessoa que, nessa qualidade, é conhecida e/ou respeitada na comunidade*”, concluindo, assim, que o crime se reporta “*não só à área de actuação jurídica ou funcional do funcionário, mas também aos poderes de facto ou de disponibilidade material de que este disponha, e ainda à simples qualidade de funcionário, à simples «circunstância de ser quem é»*”.

Já com relação às condutas incriminadas, a nosso ver, a epígrafe do art. 372º do Código Penal não observou a melhor técnica jurídica¹⁷⁸, podendo levar a interpretações e conclusões errôneas. Primeiro, porque, como visto, a intenção do legislador com o tipo penal foi criminalizar a “corrupção pelo exercício de funções”, pelo que, a fim de orientar uma interpretação teleológica, este seria o *nomen iuris* mais apropriado. Segundo, porque o recebimento da vantagem, em si, não importa para a consumação do crime. Terceiro, porque o tipo penal não pune apenas o “lado passivo”, referente à conduta do funcionário, constante do n.º 1, mas também o “lado ativo”, que corresponde à dádiva ou promessa de vantagem indevida pelo particular, previsto no n.º 2.

Com efeito, no tipo objetivo do n.º 1 estão incluídas as condutas do funcionário de solicitar ou aceitar, direta ou indiretamente, vantagem indevida, para si ou para terceiro, no exercício das funções ou por causa delas, dispensando-se a prova da conexão entre essa vantagem e a prática de um qualquer ato ou omissão do funcionário.

Segundo CARMO DIAS¹⁷⁹, “solicitar” significa “pedir”, implicando uma atitude, por regra, de iniciativa do funcionário, ainda que por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação. Já “aceitar” deve ser compreendido no sentido de “receber”

¹⁷⁶ LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem ...*, p. 88/90.

¹⁷⁷ LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem ...*, p. 90/93.

¹⁷⁸ Nesse sentido: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2010, p. 980.

¹⁷⁹ DIAS, Maria do Carmo S. de Menezes da Silva. *Comentário das Leis Penais Extravagantes ...*, p. 781.

o que foi oferecido ou dado ou prometido, pressupondo uma prévia atuação do corruptor, interpretação que contraria a posição de PINTO DE ALBUQUERQUE, para quem a redação do n.º 1 do art. 372º não contempla a hipótese de “aceitação de promessa” de vantagem indevida pelo funcionário, apesar de o n.º 2 incriminar as condutas do particular de “dar” ou “prometer” uma vantagem indevida. Ademais, para o citado autor a “*dádiva de uma vantagem implica a transferência da vantagem e, portanto, a aceitação pelo funcionário da vantagem dada. Dito de outro modo, «dar» não é a mesma coisa que «oferecer», já que a oferta pode ser recusada, mas uma vantagem que foi «dada» a outrem já foi aceite por esta pessoa*”¹⁸⁰.

Nesse ponto, RICARDO LAMAS¹⁸¹ argumenta que a expressão “aceitação” não se restringe ao sentido de “recebimento”, que importaria em transferência da vantagem, pois “*a aceitação não é mais do que o «firmar de um acordo» proposto por outrem, sendo a solicitação uma tentativa de «firmar» esse acordo (...). Daí que o legislador tenha omitido no n.º 1 a «aceitação de promessa», pois o termo «aceitação» comporta a aceitação de oferta ou de promessa, visto que, em qualquer dos casos é celebrado um acordo ilícito, independentemente do momento da efectiva transmissão da vantagem*”. Por outro lado, acerca do n.º 2, o mencionado autor sustenta que, “*em termos correntes e gramaticais, «dar» e «oferecer» são sinónimos*”, sendo que “*«dar» significa entregar, mas também disponibilizar. A diferença entre este termo e a expressão «oferecer» reside, a nosso ver, no grau de revogabilidade da proposta ou de expectativa de aceitação da disposição*”.

A nosso ver, em atenção ao princípio da legalidade e para harmonia do ordenamento interno com as convenções internacionais, o legislador português deveria clarificar os tipos penais de corrupção, incluindo as ações típicas de “oferecer” vantagem indevida e “aceitar a sua promessa”. Não obstante, na prática, serão raras as hipóteses em que a dação da vantagem indevida pelo particular não tenha sido precedida de sua oferta ao funcionário.

Prosseguindo na análise do art. 372º do Código Penal, verifica-se que a

¹⁸⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2010, p. 981 e 990.

configuração da modalidade de crime descrita em seu n.º 1 exige que o sujeito ativo ostente a qualidade de “funcionário”, na ampla acepção conferida pelo art. 386º do referido *codex*, enquadrando-se, assim, como espécie de crime específico¹⁸², qualidade que é comunicável aos participantes que não a possuam, nos termos do art. 28º do mencionado estatuto. Por sua vez, a modalidade prevista no n.º 2 encerra um crime comum, podendo a vantagem ser dada ou prometida ao funcionário por qualquer pessoa, singular ou coletiva, observados os termos do art. 11º do Código Penal.

Com relação à vantagem, instituída como elemento típico nos crimes de corrupção em sentido amplo, a primeira questão que se coloca é ela deve ser considerada indevida em relação ao cargo e ao exercício das funções, partindo da premissa de que, em um Estado democrático de direito, os servidores públicos são, em geral, remunerados pelos orçamentos públicos e não diretamente pelos cidadãos ou por empresas privadas. Assim, a traço largo, pode-se afirmar que a vantagem é indevida porque não corresponde a uma prestação que cabe ao funcionário nos termos da lei¹⁸³.

Uma outra característica já apontada, é que a vantagem, no crime do art. 372º, deve manter uma relação genérica com o exercício das funções, ao tempo em que nos crimes de corrupção passiva e ativa ela deve estar inserida em uma situação em que se possa inferir a combinação de duas prestações recíprocas, uma do corruptor e outra do funcionário corrompido¹⁸⁴. Não obstante, em qualquer caso, a vantagem sempre deve se submeter a um juízo de funcionalidade, pois o cerne da ilicitude da corrupção continua a se radicar na “transação com o cargo”.

Nesse aspecto, CLÁUDIA SANTOS¹⁸⁵ registra que a conexão entre a vantagem e a função pública sempre terá que existir para que se possa falar em corrupção. Essa conexão pode resultar da prova de que a vantagem visa a compensação por um “ato ou omissão de serviço”, ou, ao invés, decorrer da conclusão de que a dação ou promessa da vantagem não têm uma qualquer outra justificação plausível, a não ser a relação funcional,

¹⁸¹ LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem ...*, p. 75/77.

¹⁸² COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal...* p. 663.

¹⁸³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2010, p. 986.

¹⁸⁴ COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal...* p. 671.

¹⁸⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime ...]*, p. 371.

o que deve ser avaliado caso a caso.

Por outro lado, a natureza da vantagem pode ser de cunho patrimonial ou não patrimonial, material ou imaterial, abrangendo, segundo SOUSA MENDES¹⁸⁶, qualquer prestação que melhore a respectiva situação econômica, jurídica ou pessoal do funcionário, como uma viagem de férias ou um benefício em termos de carreira profissional¹⁸⁷. No seu aspecto quantitativo, em que pese não ser necessário que o suborno tenha que ser proporcional ao tipo ou importância das funções exercidas pelo funcionário (ou do ato ou omissão, na corrupção em sentido estrito), exige-se para o aperfeiçoamento do crime que a vantagem não seja irrelevante, tendo algum valor para o funcionário¹⁸⁸, e também não encontre amparo nos hábitos e práticas sociais, dentro da esfera da adequação social.

Nesse sentido, o n.º 3 do art. 372º exclui a tipicidade das condutas socialmente adequadas e conforme os usos e costumes, *“a exemplo da outorga de certo tipo de benesses com o exclusivo intuito de reconhecimento do valor da pessoa, sem qualquer relação de troca com ato praticado no exercício das suas funções, ou em consonância com tradições de épocas festivas, desde que de valor proporcionado ao seu significado simbólico”*¹⁸⁹.

Na visão de CARMO DIAS¹⁹⁰, a par da falta de referência a critérios objetivos, a posituação da adequação social também se mostra criticável, *“na medida em que se pode defender que o legislador está, nessa parte, a transpor para a lei matéria que não está sujeita ao princípio da legalidade e que, de qualquer modo, sempre resultava do disposto no artigo 31, n.º 1, do Código Penal”*.

Com efeito, a adequação social encerra uma causa suprallegal de justificação ou mesmo consubstancia um elemento negativo do tipo penal. Por sua vez, ALMEIDA

¹⁸⁶ MENDES, Paulo de Sousa. *Os novos crimes de recebimento ...*, p. 36 [1].

¹⁸⁷ PINTO DE ALBUQUERQUE assevera que a vantagem representa qualquer prestação que coloque o funcionário público numa situação melhor do que a sua situação anterior à comissão do crime, mas também pode incluir a prestação sem qualquer valor objetivo, que o funcionário esteja convencido que tem valor. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2010, p. 981.

¹⁸⁸ DIAS, Maria do Carmo S. de Menezes da Silva. *Comentário das Leis Penais Extravagantes ...*, p. 782.

¹⁸⁹ GARCIA, M. Míguez; RIO, J.M. Castela. *Código Penal Parte geral e especial ...*, p. 1.293/1.294.

¹⁹⁰ DIAS, Maria do Carmo S. de Menezes da Silva. *Comentário das Leis Penais Extravagantes ...*, p. 783.

COSTA¹⁹¹ anota que “*todas as hipóteses compreendidas na assinalada adequação social, ao serem admitidas ou, por vezes, impostas pelo sentimento geral de justiça ínsito à consciência axiológica comunitária, devem considerar-se não abrangidas no âmbito do crime de corrupção passiva*”.

Todavia, não se pode aceitar que aquilo que é formalmente ilícito passe a ser materialmente lícito, tão somente por ter sido incorporado aos padrões comportamentais da maioria da população. Isso porque, se grande parte da sociedade entende ser normal o oferecimento de benesses a um agente público em troca de um comportamento favorável é inevitável a incorporação de tal prática aos padrões do *homo medius*, o que acarretará a paulatina degradação da administração¹⁹², realidade que não se pode aceitar e com certeza foge dos propósitos perseguidos pelo legislador ao dispor sobre o conteúdo do n.º 3 do art. 372º.

Realmente, caberá à doutrina e à jurisprudência densificar os critérios para inclusão de uma conduta na área da adequação social. Todavia, pode-se adiantar que “*a solicitação de uma vantagem nunca está a coberto de uma cláusula de adequação social e, portanto, é sempre ilícita. Mas a aceitação de uma vantagem pode ser socialmente adequada, desde que a vantagem seja diminuta e a aceitação de vantagens diminutas não corresponda a uma prática habitual do funcionário. Também a dádiva e a promessa de uma vantagem podem encontrar-se a coberto da cláusula de adequação social*”¹⁹³.

Em relação ao elemento subjetivo, os crimes de corrupção em sentido amplo somente podem ser cometidos a título de dolo, bastando o dolo eventual, que deve abranger todos os elementos do tipo, inclusive os deveres objetivos violados, e que se esgota no conhecimento e vontade do funcionário de praticar alguma das condutas incriminadas. Vale consignar que os crimes de corrupção em sentido estrito se enquadram na categoria dos delitos de resultado cortado, sendo, portanto, irrelevante para a consumação que o funcionário não tenha a intenção de praticar ou omitir o ato visado pelo

¹⁹¹ COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal...* p. 670.

¹⁹² GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica ...*, p. 467.

¹⁹³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2010, p. 980.

suborno¹⁹⁴.

Em face da moldura penal¹⁹⁵, apenas não é punida a tentativa do crime do n.º 2 do art. 372º, e desde que não seja aplicável uma das hipóteses de agravamento da pena prevista no art. 374º-A do Código Penal.

Para CARMO DIAS¹⁹⁶, a questão relevante acerca da punição da tentativa passa pela identificação do ato como preparatório ou de execução. Nesse sentido, se a solicitação ou a aceitação da vantagem indevida não chegam ao conhecimento do destinatário, “*mas o meio utilizado para comunicar o pedido ou a aceitação satisfaz as exigências da teoria da adequação ou da causalidade adequada (tendo em conta as regras de experiência comum e os hábitos ou práticas correntes do sector) estar-se-á perante acto de execução, sendo punida a tentativa do crime*”. Caso contrário, tratar-se-á de um ato preparatório não punido¹⁹⁷.

Ressalvadas as diferenças de cada formulação, o n.º 1 do art. 374º-B do Código Penal trata de hipóteses atípicas de “desistência voluntária”, que produzem efeitos apesar de o crime já estar consumado. Nestes casos, a possível impunidade do funcionário se fundamenta por razões de política-criminal, sopesando-se mais o interesse lesado pela conduta a que se dirige o suborno, do que o bem jurídico protegido pelo tipo penal. CLÁUDIA SANTOS¹⁹⁸ ressalta que a dispensa de pena prevista na alínea *b*) tem como destinatário o agente da corrupção passiva e a da alínea *c*) se dirige ao agente da corrupção ativa, e que a referência nelas contida ao termo “*facto*” deve ser interpretada como “*acto ou omissão*”.

Por sua vez, o n.º 2-*a*) do art. 374º-B consagra a possibilidade de o agente se beneficiar de uma atenuação especial da pena, quando, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxilie concretamente na obtenção ou produção das

¹⁹⁴ GARCIA, M. Miguez; RIO, J.M. Castela. *Código Penal Parte geral e especial ...*, p. 1.306/1.307.

¹⁹⁵ “Art. 23: 1 - *Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão*”.

¹⁹⁶ DIAS, Maria do Carmo S. de Menezes da Silva. *Comentário das Leis Penais Extravagantes ...*, p. 784.

¹⁹⁷ COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal...* p. 675/676.

¹⁹⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. *Os crimes de corrupção de funcionários ...*, p. 24.

provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis. Tal benesse se apoia em uma ideia de “colaboração” e se insere no contexto de uma estratégia de combate ao crime que, por sua natureza, oferece grandes dificuldades ao nível da produção de prova. Já no n.º 2-b), o legislador confere um menor desvalor à conduta do particular que simplesmente adere à solicitação de vantagem do funcionário corrupto, ciente de que, por vezes, a mera análise de seus interesses fica a depender da satisfação do pedido de propina formulado pelo agente público.

Por fim, vale mencionar que, apesar das alterações promovidas no Código Penal português, acima destacadas, os delitos definidos nos arts. 373º e 374º, com o *nomen iuris* “corrupção passiva” e “corrupção ativa”, respectivamente, continuam a pressupor uma relação de correspondência entre a vantagem solicitada, aceita, dada ou prometida e a prática ou omissão¹⁹⁹ de um concreto ato pelo funcionário, lícito ou ilícito, passado ou futuro, compreendido em sua esfera de competência ou nos poderes de fato a ela inerentes, o que até pode vir a não ocorrer, mas sempre preservando a ideia de mercadejar com o cargo²⁰⁰.

Como visto, é justamente nesse ponto que esses tipos penais se distinguem do crime do art. 372º, na medida em que este incrimina a mera solicitação ou aceite de uma vantagem, sem conexão com a prática de uma específica conduta comissiva ou omissiva por parte funcionário, bastando a sua correspondência com o exercício de funções²⁰¹.

4- O crime de corrupção passiva no Direito Penal brasileiro

Mais uma vez, registra-se que o foco deste estudo se concentra na análise do

¹⁹⁹ “*Nem toda inacção do funcionário é ilícita, mas só aquela que tem consequências jurídicas*”. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal ...*, 2010, p. 985. E também: “*Na omissão de acto contrário aos deveres do cargo deve incluir-se a demora dolosa na prática de acto, quando a mesma tiver como consequência a perda da eficácia ou inutilização dos efeitos que se pretendiam alcançar ou produzir com a sua (do acto) realização*”. DIAS, Maria do Carmo S. de Menezes da Silva. *Comentário das Leis Penais Extravagantes ...*, p. 794/795.

²⁰⁰ Como observa CLÁUDIA SANTOS, em que pese a inexigibilidade de um verdadeiro sinalagma, “*a corrupção supõe uma negociação ilegítima com os poderes associados a determinado cargo e, por isso, uma qualquer conexão entre o «contributo» do agente da corrupção activa – a atribuição de vantagem patrimonial ou não patrimonial – e o «contributo» – a eventual prática de um acto – do agente da corrupção passiva*”. SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime ...]*, p. 354.

²⁰¹ NIZA, Rita M. Meira. *Contributo para a análise do novo crime de recebimento ...*, p. 26.

tratamento jurídico-penal conferido à conduta do funcionário que solicita ou aceita vantagem indevida, no exercício das funções ou em razão delas, independentemente da demonstração da prática ou omissão de um concreto ato de ofício visado pelo suborno, adotando-se como parâmetro apenas as normas sobre a corrupção de funcionários públicos nacionais contidas nos Códigos Penais brasileiro e português.

Quanto às disposições do Código Penal brasileiro, o exame a seguir será direcionado ao crime de corrupção passiva (art. 317), fazendo-se menção, em traços muito largos, acerca do crime de corrupção ativa (art. 333), quando for estritamente necessário à melhor compreensão do tema proposto.

4.1- Previsão legal

O crime de corrupção passiva está previsto no art. 317 do Código Penal brasileiro, inserido no Título XI, onde estão elencados os crimes contra a administração pública, mais especificamente, no Capítulo I, referente aos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral.

A redação do tipo penal é a seguinte:

Corrupção Passiva

“Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

Tendo em vista que se trata da outra face da mesma moeda, justifica-se apresentar o dispositivo que trata do crime de corrupção ativa, materializado no art. 333 do mesmo

codex, também inserido no Título XI, todavia, no Capítulo II, dedicado aos crimes praticados por particular contra a administração em geral:

Corrupção Ativa

“Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

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

Vale pontuar que a redação dos citados artigos permanece praticamente intocada desde a publicação do Código Penal, no ano de 1940, verificando-se uma única alteração promovida pela Lei n.º 10.763/2003, de 12.11, que majorou os limites mínimo e máximo da pena privativa de liberdade cominada a ambos os delitos, passando de reclusão de um a oito anos para reclusão de dois a doze anos, mantida a pena multa.

Por outro lado, apesar da identidade quanto ao bem jurídico tutelado e da possibilidade de o funcionário corrompido e o particular corruptor atuarem em concurso, com convergência de vontades, no ordenamento jurídico brasileiro, os crimes de corrupção passiva e ativa são tratados como infrações penais intrinsecamente distintas e estruturalmente independentes, configurando uma exceção pluralista à teoria unitária adotada como regra pelo Código Penal, que, em seu art. 29, dispõe: *“quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”*²⁰².

A opção do legislador de romper com a bilateralidade obrigatória entre a corrupção passiva e a corrupção ativa facilitou a punibilidade de ambas as condutas delitivas, permitindo que uma se consume independentemente da outra, e vice-versa, o que se verifica nas modalidades de “solicitar” (passiva) e “oferecer e prometer” (ativa), que independem da anuência do destinatário da declaração, não significando, contudo, que tenha sido afastado, de forma absoluta, o caráter plurissubjetivo dos crimes de corrupção,

²⁰² MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado* ..., p. 1193.

que, em tese, continua possível nas demais modalidades típicas²⁰³.

Por fim, é pertinente esclarecer que o Código Penal brasileiro emprega a palavra “corrupção” para designar o *nomen iuris* de outros delitos, como aqueles previstos nos arts. 271 a 273, que tratam, respectivamente, dos crimes de corrupção ou poluição de água potável, corrupção de substância ou produtos alimentícios e corrupção de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Todavia, nestes casos, o termo é empregado com o significado de adulterar, estragar ou alterar para pior, diverso, portanto, do sentido que assume para designar a corrupção no âmbito da administração pública²⁰⁴.

4.2- Aspectos jurídico-penais

Em um sentido amplo, a doutrina brasileira comunga do entendimento de que o crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal, tem como objeto jurídico (ou bem jurídico-penal) a administração pública, nos seus aspectos patrimonial e moral²⁰⁵.

Todavia, como registra BIDINO²⁰⁶, “*ao tratar do objeto de tutela da corrupção, o pensamento jurídico brasileiro acaba, de forma majoritária, por tecer referências genéricas a distintos pontos relevantes à justificação da censura, sem, contudo, concertar esforços no efetivo estudo e concreção do bem jurídico tutelado por esse delito. Destarte,*

²⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Especial 5*. 6ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 111. HUNGRIA afirma que o “*pactum sceleris ou bilateralidade só se apresenta nas modalidades de recebimento da vantagem indevida ou da aceitação da promessa de tal vantagem por parte do intraneus, ou de adesão do extraneus à solicitação do intraneus, ou nas formas qualificadas previstas nos §1º e parágrafo único, respectivamente, dos arts. 317 e 333*”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Volume IX*. Forense, Rio de Janeiro, 1958, p. 428.

²⁰⁴ FELIPPI FILHO, Mario Cesar. *A Corrupção e a sua Tipificação Legal ...*, p. 101/102.

²⁰⁵ Até por isso, adiante-se, há certo consenso doutrinário e jurisprudencial quanto à inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de corrupção passiva (e aos crimes funcionais em geral), uma vez que a norma penal visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial do Estado, mas, e principalmente, a moral administrativa, que acaba lesionada pela violação do dever de fidelidade por parte do funcionário público. Dessa forma, não é relevante para a caracterização do crime de corrupção passiva que se verifique a ocorrência de lesão ao erário. Ainda que o dano patrimonial não ocorra, o ato de corrupção degrada a regularidade e a integridade da atividade administrativa, que realiza a função pública do Estado. Nesse sentido: MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado ...*, p. 1135; e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público ...*, p. 185.

²⁰⁶ BIDINO, Claudio; MELO, Débora Tháís de. *A corrupção de agentes públicos no Brasil: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência*. In: *A Corrupção. Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da*

ainda que formalmente identificado um objeto de proteção, parece-nos que fica o processo criminalizador desacompanhado de um bem, dotado de substancialidade e objetividade, hábil à apreensão do caráter injusto e da ofensividade de cada proceder corruptivo, a necessariamente influir na reprimenda a tal criminalidade”.

Com efeito, DELMANTO²⁰⁷ sustenta que o crime de corrupção passiva ofende a moralidade administrativa, lesada pelo comércio da função pública. Para BITENCOURT²⁰⁸, busca-se proteger com o tipo penal a probidade da função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade dos funcionários públicos. Na visão de MASSON²⁰⁹, tutela-se especialmente “*a probidade dos agentes públicos, os quais são impedidos de solicitar ou receber, no desempenho de suas funções, qualquer tipo de vantagem indevida*”. Por sua vez, FRAGOSO²¹⁰ e MIRABETE²¹¹ salientam que o objeto da tutela jurídica é o funcionamento normal da administração pública, no que diz respeito à preservação dos princípios da probidade e da moralidade no exercício da função, posto que a venalidade de funcionários compromete a eficiência do serviço público e põe em perigo o prestígio da administração e a autoridade do poder público. PIERANGELI²¹² afirma que a objetividade jurídica no crime de corrupção passiva é o correto funcionamento da administração pública, sendo as condições básicas para tanto, do ponto de vista interno, os critérios de objetividade e imparcialidade e o dever de fidelidade do funcionário para com a administração, e, do ponto de vista externo, a confiança da sociedade no funcionamento objetivo e imparcial da administração. Segundo PRADO²¹³, o bem jurídico tutelado é o regular funcionamento da administração pública, dando-se proteção ao seu objetivo de servir aos interesses gerais de forma hígida, objetiva e eficaz. Ao se deixar corromper, o funcionário atenta particularmente contra o desempenho impessoal e objetivo da atividade pública, favorecendo a obtenção de vantagens pessoais em detrimento do interesse geral.

Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Cláudio; e MELO, Débora Taís de. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 163.

²⁰⁷ DELMANTO, Celso; *et. al. Código Penal Comentado: Acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar.* 8ª Edição, 2ª Tiragem, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 908.

²⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal ...*, p. 111.

²⁰⁹ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado ...*, p. 1135.

²¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal ...*, p. 416.

²¹¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal ...*, p. 302.

²¹² PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Volume 2. Parte Especial.* 2ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 842.

²¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro ...*, p. 586/587.

Por fim, NORONHA²¹⁴ e COSTA JÚNIOR²¹⁵ defendem que o bem jurídico que o legislador tem em perspectiva no crime de corrupção passiva é o desenvolvimento regular da atividade do Estado, conforme as regras da dignidade, probidade e eficiência, assegurando o prestígio e o decoro da função.

Além disso, assente no disposto no art. 13 do Código Penal, que reza que não há crime sem resultado, naturalístico ou jurídico, ou seja, “*não há ilícito penal sem que haja uma lesão ou um perigo de lesão para o interesse protegido pela lei penal*”²¹⁶, os doutrinadores brasileiros concebem o crime de corrupção passiva como sendo de perigo abstrato, aduzindo que a simples prática das condutas típicas, por si só, gera risco de lesão para a administração pública²¹⁷.

Todavia, a mera referência ao bem jurídico como o correto funcionamento, a eficácia, o prestígio ou a confiança na administração, não revela, por exemplo, o desvalor da corrupção “imprópria”, que visa um ato lícito, podendo significar até mesmo o contrário (eficiência). Além disso, a prática de apenas um ato de corrupção não ostenta capacidade suficiente para causar lesão a tais bens jurídicos, razão pela qual a incriminação tem que se assentar em um fundamento cumulativo, concebendo o delito na forma de perigo abstrato, acabando por se afastar do conceito material de crime²¹⁸.

A nosso ver, o crime de corrupção passiva, como é próprio dos delitos praticados por funcionário contra a administração, encerra uma ofensa à função pública, concebida como atividade desempenhada pelo Estado para atender aos interesses coletivos e à promoção do bem-estar geral, com a observância dos princípios da legalidade, moralidade, imparcialidade, publicidade e eficiência²¹⁹. Em específico, a reação penal deriva do fato de que, quando no exercício da função, a decisão do agente público, que, ao fim e ao cabo, representará a vontade do Estado, não pode ser influenciada indevidamente por fatores

²¹⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal ...*, p. 198, 200 e 246.

²¹⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal ...*, p. 436.

²¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção*. Revista dos Tribunais, Ano 94, Volume 834, abril/2005, p. 744 (p. 741-751).

²¹⁷ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Manual de Direito Penal Contemporâneo: Volume II, Parte Especial*. Chiado Editora, São Paulo, 2015, p.414.

²¹⁸ BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção de agentes públicos no Brasil ...*, p. 164/165.

²¹⁹ Nesse sentido: FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público ...*, p. 76/77.

externos e deve buscar a sua legitimidade na exatidão de seu conteúdo e no respeito às leis. Dessa forma, tem-se que a previsão legal do crime de corrupção passiva, na linha defendida por ALMEIDA COSTA, e de perto por CLÁUDIA SANTOS, é a “autonomia intencional do Estado” ou “a objetividade decisional do Estado”, respectivamente, buscando evitar que ela se desvie da vinculação incondicional ao interesse público²²⁰.

Em relação ao sujeito ativo, é uníssona a compreensão de que a corrupção passiva se classifica como crime “próprio”, uma vez que o tipo penal exige a condição ou a qualidade especial de o agente ser funcionário público, nos termos do art. 327 do Código Penal. Ausente essa qualidade, o fato se torna atípico²²¹. Não obstante, admitindo o tipo penal que as condutas descritas sejam praticadas direta ou indiretamente, pode o funcionário público se utilizar de interposta pessoa para a execução do crime²²². Neste aspecto, o particular atuará como coautor ou partícipe (por induzimento, instigação ou auxílio) do crime, nos moldes dos arts. 29²²³ e 30²²⁴ do Código Penal, contanto que tenha conhecimento da condição de funcionário público de seu comparsa²²⁵.

No que toca ao sujeito passivo, admite-se como tal o Estado, representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e demais pessoas abrangidas pelo art. 327, §1º, do Código Penal²²⁶. Admite-se, também, a inclusão de eventual terceiro – pessoa física ou jurídica –, cujos interesses tenham sido prejudicados pelo crime²²⁷.

Quanto à tipicidade objetiva, são três as ações nucleares previstas pelo tipo penal: (i) “solicitar”, que implica a ação de pedir, postular, demandar ou manifestar o desejo de receber²²⁸; (ii) “receber”, no sentido de obter, aceitar ou entrar na posse; e (iii) ou “aceitar promessa”, que expressa a ação consentir, anuir, admitir ou concordar em receber. Tais

²²⁰ Vide item 3.2.

²²¹ Por todos: JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal ...*, p. 100.

²²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal ...*, p. 112.

²²³ “Art. 29 - *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*”

²²⁴ “Art. 30 - *Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.*”

²²⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal ...*, p. 134.

²²⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro ...*, p. 588.

²²⁷ DELMANTO, Celso; *et. al.* *Código Penal Comentado ...* p. 908.

²²⁸ Se, ao invés de solicitação, há exigência por parte do funcionário público, o crime será de concussão, previsto no art. 316, *caput*, do Código Penal.

condutas podem ser praticadas de forma expressa, como disfarçada ou veladamente, o que é mais comum de acontecer, porém, devem se verificar sempre de forma inequívoca. Vale o registro de que, na modalidade “solicitar”, a iniciativa é do funcionário público, podendo ou não obter a concordância do particular. Já nas modalidades “receber” e “aceitar promessa”, a iniciativa é do particular, à qual adere o funcionário público²²⁹.

Nota-se, portanto, que o crime de corrupção passiva encerra um tipo misto alternativo, de ação múltipla ou de conteúdo variado, restando configurado, porém, com a prática individual de qualquer das ações que integram o núcleo do tipo²³⁰. Ao estabelecer um preceito primário que abarca mais de uma conduta típica, o legislador deixou evidente sua preocupação em conferir maior abrangência à regra de proibição, visando intensificar a proteção ao bem jurídico tutelado²³¹.

Verifica-se ainda que o crime de corrupção passiva é um delito formal ou de mera conduta, que se consuma com a simples solicitação ou o recebimento de uma vantagem indevida, ou com a aceitação de sua promessa, pelo funcionário público, sem que se exija outro comportamento ou resultado²³².

Com efeito, o pedido de vantagem indevida pelo funcionário público é suficiente para a configuração do crime, não dependendo da anuência do particular, nem do efetivo recebimento, bastando que a declaração chegue ao conhecimento do seu destinatário²³³. Na hipótese de recebimento de vantagem indevida, o crime se consuma com a sua incorporação real, atividade que integra a própria conduta típica, não constituindo, por si só, resultado diverso²³⁴. Acrescente-se que na modalidade “aceitar promessa” é dispensável para a consumação do crime o posterior recebimento da vantagem indevida, também bastando que o aceite chegue ao conhecimento do destinatário²³⁵.

De qualquer forma, é necessário que as ações incriminadas se relacionem com o

²²⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro ...*, p. 843.

²³⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro ...*, p. 589.

²³¹ Ministra Rosa Weber, Acórdão AP 470/MG, fls. 52.700.

²³² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal ...*, p. 419/420.

²³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal ...*, p. 112.

²³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro ...*, p. 592.

exercício da função pública que o agente exerce ou que virá a exercer. Todavia, adianta-se, é irrelevante para a tipificação do crime de corrupção passiva, constante do art. 317, *caput*, do Código Penal, que um determinado ato funcional venha a ser efetivamente praticado, omitido ou retardado pelo funcionário público, em contrapartida da vantagem indevida²³⁶, bastando que tenha a consciência de que a vantagem recebida ou prometida decorre da sua função, como retribuição de um ato funcional já praticado ou a praticar²³⁷.

Traçado esse quadro, é possível inferir que, no caso concreto, o funcionário público pode “solicitar” uma vantagem indevida, mas não obter a correspondente anuência do destinatário do pedido, configurando-se, assim, apenas o crime de corrupção passiva. Entretanto, quando o funcionário público pratica as condutas típicas de “receber” ou “aceitar promessa” de vantagem indevida, concomitantemente ao crime de corrupção passiva também se aperfeiçoa o crime de corrupção ativa, nas modalidades “oferecer” e “prometer”²³⁸, haja vista que alguém só recebe ou aceita alguma coisa se houver, em contrapartida, quem a ofereça ou prometa. Portanto, nestas duas hipóteses de atuação do funcionário (receber e aceitar promessa), há um acordo de vontades entre ele e o particular, do qual decorre a bilateralidade necessária entre os crimes de corrupção passiva e ativa. O inverso, porém, não é verdadeiro, posto que o funcionário público pode recusar a oferta ou a promessa de vantagem formulada pelo particular, consumando-se apenas o crime de corrupção ativa²³⁹.

Dada a natureza das ações incriminadas, a tentativa é de difícil configuração, porém, não é inadmissível, podendo ocorrer, desde que, no caso concreto, seja possível interromper o *iter criminis*, por causa independente da vontade do agente, recordando que o crime de corrupção passiva se consuma quando a declaração feita pelo funcionário chega ao conhecimento do destinatário ou com o recebimento da vantagem²⁴⁰.

²³⁵ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado* ..., p. 1139.

²³⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro* ..., p. 592.

²³⁷ PAGLIARO, Antonio. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 2ª Edição, Malheiros, São Paulo, 1999, p. 121.

²³⁸ Todavia, a acusação apenas do corrupto passivo não eiva de nulidade a denúncia, posto que o princípio da indivisibilidade da ação penal só é exigível para as ações penais privadas. Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 9ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 976.

²³⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal* ..., p. 306/307.

O objeto material é a “vantagem indevida”, ou seja, aquela que a lei, em sentido amplo, não autoriza, em razão da ilicitude de sua causa ou pelo modo irregular de sua aquisição, e que, para a doutrina dominante, deve ser considerada em um sentido subjetivo, perfazendo qualquer espécie de benefício ou de satisfação de desejo, pelo qual o funcionário corrupto se vende, caracterizando o comércio da função pública. Contudo, há autores que atribuem à vantagem um sentido objetivo, exigindo que ela possua um valor econômico ou material, a exemplo do dinheiro²⁴¹.

A nosso ver, quando o legislador quis restringir a vantagem indevida à natureza econômica, o fez expressamente, como se verifica nos crimes de extorsão (CP, art. 158) e extorsão mediante sequestro (CP, art. 159). Portanto, se no crime de corrupção passiva o legislador entendeu por não estabelecer qualquer restrição à natureza da vantagem, não há razão para o intérprete fazê-lo. Ademais, é inegável que o funcionário público pode se corromper, traficando com a sua função, sem que a contrapartida por ele almejada tenha, necessariamente, um valor econômico, a exemplo do recebimento de uma distinção honorífica, de forma que uma interpretação restritiva do termo “vantagem indevida” levaria a uma desproteção do bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Em complemento, NORONHA²⁴² argumenta que a lei brasileira também tratou como corrupção passiva a ação do funcionário público que cede, de forma desinteressada, a mero pedido ou à simples influência (CP, art. 317, § 2º). Assim, não poderia ser atípica a hipótese de o funcionário agir, promovendo interesse próprio ou de outrem, tendo como contrapartida uma vantagem de natureza não patrimonial, pois aí, punir-se-ia o menos, deixando de se punir o mais.

Ainda quanto à vantagem, conforme se depreende da simples leitura do tipo penal, ela pode ser solicitada ou recebida pelo próprio funcionário público (de forma direta) ou por interposta pessoa (indiretamente), com o seu consentimento ou ratificação, bem como ser dirigida ao próprio *intrañeus* ou a terceiro. Ademais, a destinação que o beneficiário venha ou pretenda conferir à vantagem indevidamente auferida não interfere na consumação da corrupção passiva, pois tal circunstância já se insere na fase de

²⁴⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal ...*, p. 252.

²⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal ...*, p. 113/114.

²⁴² NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal ...*, p. 250.

exaurimento do crime²⁴³.

Uma questão que gera certa polêmica na doutrina diz respeito à configuração do crime de corrupção passiva quando o funcionário público recebe presente ou gratificação de pequena monta e em caráter eventual oferecidos pelo particular.

A exemplo de DELMANTO²⁴⁴, a doutrina dominante entende pela atipicidade dessa conduta, desde que inserida em um contexto de adequação social e não vinculada à prática de um ato de ofício. Sustenta-se que, nestas circunstâncias, não haveria vontade do particular de corromper, nem mesmo a consciência do funcionário público em praticar um ato funcional movido pela venalidade. Em síntese, seria uma hipótese de ausência de dolo.

Com o fim de elucidar essa questão em termos práticos, o Código de Conduta da Alta Administração Federal²⁴⁵ e a Resolução n.º 3 da Comissão de Ética Pública da Presidência da República²⁴⁶, que o complementa, vedam, em regra, a aceitação de “presentes” por autoridades públicas nacionais, assim considerados os que ultrapassam o valor unitário de 100 reais. Quantos aos “brindes”, entendidos como objetos sem valor comercial ou que não superam o limite de 100 reais, é permitida a sua aceitação, desde que: (i) sejam distribuídos por entidade de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos ou datas comemorativas de caráter histórico ou cultural; (ii) a periodicidade de distribuição não seja inferior a doze meses; e (iii) sejam de caráter geral e, portanto, não se destinem a agraciar exclusivamente uma determinada autoridade.

Por certo que essas normas administrativas e disciplinares servem para balizar o comportamento do funcionário público federal no desempenho das funções. Todavia, no serviço público, como regra, o exercício do cargo já é remunerado pelo erário, não sendo devido ao funcionário qualquer outro tipo de pagamento. Assim, a nosso ver, no caso

²⁴³ Nesse sentido: STF, AP n.º 470/MG, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012.

²⁴⁴ DELMANTO, Celso; *et. al.* *Código Penal Comentado* ... p. 909.

²⁴⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm. Acesso em 15.04.2017.

²⁴⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/resolucao3.htm. Acesso em 15.04.2017.

concreto, haverá a incidência da sanção penal se ficar demonstrado que a coisa ofertada, independentemente de ter valor econômico ou não, represente a paga por favores funcionais, ainda que eventuais, induzindo a existência de uma relação de caráter retributivo. Neste ponto, serve de indicativo o fato do ofertante ter interesse suscetível de ser afetado pelas atribuições do funcionário²⁴⁷, como no exemplo citado por FAZZIO JÚNIOR²⁴⁸, da dação de um automóvel para a filha de um funcionário público que está noiva e irá casar, quando o generoso doador aguarda a aprovação de um processo de loteamento duvidoso, precisamente no setor onde atua o mencionado servidor.

Quanto ao elemento subjetivo, o crime de corrupção passiva admite apenas a forma dolosa, devendo restar comprovada a vontade livre e consciente de praticar as ações descritas no tipo penal, com o conhecimento de todos os seus elementos constitutivos, incluindo a condição de funcionário público e a ilicitude da vantagem, como também o dolo específico – ou o elemento subjetivo do tipo – contido na expressão “*para si ou para outrem*”, que consubstancia a finalidade da ação que visa a vantagem indevida.

Vale ainda esclarecer que a distinção entre corrupção passiva “antecedente” e “subsequente” não apresenta maior relevância para a punibilidade das condutas tipificadas no art. 317, *caput*, do Código Penal²⁴⁹, pois, conforme a doutrina dominante²⁵⁰, a exigência de um prévio “*pactum sceleris*” entre o funcionário corrompido e corruptor não integra o tipo delitivo, seja implícita ou explicitamente, sendo possível ao funcionário praticar um ato de seu ofício com a expectativa ou convicção de ser indevidamente recompensado, vindo, posteriormente, de acordo com a sua previsão, a receber uma recompensa do particular beneficiado pelo ato, configurando, igualmente, a mercancia da função pública e

²⁴⁷ Vale consignar que a Lei n.º 8.429/1992, de 2.6, em seu art. 9º, inciso I, trata como ato de improbidade administrativa configurador de enriquecimento ilícito a conduta do agente público receber, para si ou para outrem, qualquer vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente de suas atribuições.

²⁴⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público ...*, p. 173.

²⁴⁹ Como se sabe, a primeira corresponde à hipótese em que a vantagem é solicitada ou recebida, ou a sua promessa é aceita, em face de uma ação ou omissão futura do funcionário, enquanto na última a vantagem está relacionada a uma ação ou omissão já praticadas. MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado ...*, p. 1136.

²⁵⁰ Por todos: DELMANTO, Celso; *et. al.* *Código Penal Comentado ...* p. 915.

o caráter criminoso de sua conduta²⁵¹.

De forma contrária, ao tratar da corrupção ativa, o Código Penal adotou uma fórmula incompatível com a corrupção “subsequente”. Isso porque, o art. 333, *caput*, incrimina a conduta de “*oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício*”. Ou seja, a ação do particular se projeta para o futuro, para determinar o funcionário a fazer ou deixar de fazer, e não porque fez ou deixou de fazer²⁵². Todavia, repete-se, o funcionário público que solicita, recebe ou aceita a promessa de vantagem de indevida em relação a um ato de ofício pretérito incorre no crime de corrupção passiva²⁵³.

Com relação ao crime de corrupção passiva, ainda se observa que o §1º do art. 317 do Código Penal encerra uma causa de aumento de pena, enquanto que o §2º do citado dispositivo estabelece uma hipótese delitiva menos rigorosamente punida.

A figura do §1º é designada pela doutrina como corrupção passiva “qualificada” ou “exaurida”²⁵⁴, pois estabelece uma elevação da pena à razão de um terço, quando o funcionário público, em consequência da vantagem indevida ou de sua promessa, efetivamente retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. Diferentemente da hipótese prevista no *caput*, trata-se aqui de crime material ou de resultado.

Não custa lembrar que o crime de corrupção passiva previsto no art. 317, *caput*, do Código Penal é considerado um delito formal, que se consuma com a simples conduta do funcionário público solicitar, receber ou aceitar a promessa de vantagem indevida em razão da função, independentemente da efetiva prática ou omissão de um ato de ofício ou ainda ou da obtenção da vantagem, que, vindo a ocorrer, se situam na fase de exaurimento

²⁵¹ Em contraposição, PIERANGELI afirma que, na corrupção, “deve sempre existir um pacto anterior ao ato, e entre o agente e o ato deve mediar uma relação de caráter interno, psicológico: o pagamento ou a promessa deve acontecer antes e se tornar um fator determinante para a realização da conduta futura do funcionário”. Assim, o pagamento pelo ato já praticado não estaria compreendido no âmbito da incriminação. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro ...*, p. 845.

²⁵² DELMANTO, Celso; *et. al. Código Penal Comentado ...* p. 915.

²⁵³ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado ...*, p. 1194.

²⁵⁴ Por todos: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal ...*, p. 422.

do crime. Todavia, no caso do §1º do citado dispositivo, ao exasperar a sanção penal, o legislador deixou claro que a superveniência do resultado naturalístico, acrescido da violação do dever funcional, apresenta maior relevância jurídica, pois reflete um comportamento mais grave do agente e um dano maior para a administração²⁵⁵.

Segundo PRADO²⁵⁶, o §1º do art. 317 do Código Penal descreve situações que caracterizam a corrupção passiva “própria”. Nas duas primeiras, em razão da vantagem ou de sua promessa, o funcionário atua de forma omissiva, retardando a realização de um ato de ofício por tempo juridicamente relevante ou deixando efetivamente de realizá-lo, enquanto na última, pratica um ato ilícito ou não permitido. Em todas elas, no entanto, o agente público viola o dever funcional.

Importa grifar que a punição mais grave somente incide se houver violação do dever funcional. Caso o *intraeus*, em razão da vantagem indevida, execute um ato de ofício de natureza legal, sem, portanto, infringir o seu dever funcional (corrupção passiva “imprópria”), ele incorrerá na figura delitiva prevista no art. 317, *caput*, do Código Penal. Com efeito, muitas vezes, o funcionário público solicita ou recebe uma vantagem indevida para praticar uma conduta funcional a que já está obrigado pelos deveres do cargo²⁵⁷.

Em complemento, NORONHA²⁵⁸ destaca que o art. 317, §1º, do Código Penal, trata exclusivamente de corrupção passiva “antecedente”, pois, no caso, a ação comissiva ou omissiva do funcionário corrompido é precedida do “*pactum sceleris*” firmado com o corruptor.

Já a figura típica prevista no art. 317, §2º, do Código Penal, é considerada pela doutrina como corrupção passiva “privilegiada”²⁵⁹. Nesta, o funcionário público pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício com violação do dever funcional, todavia, cedendo a pedido ou influência de outrem. Também aqui, o crime material ou de resultado.

²⁵⁵ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado* ..., p. 1139.

²⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro* ..., p. 593.

²⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* ..., p. 126.

²⁵⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal* ..., p. 249.

²⁵⁹ Por todos: DELMANTO, Celso; *et. al.* *Código Penal Comentado* ... p. 909.

A diferença com as hipóteses anteriores (*caput* e §1º) gira em torno da motivação do funcionário, que se deixa corromper não por visar uma vantagem indevida, mas por mera deferência a uma solicitação ou influência de terceiro. A pena é menor que a prevista no *caput* do artigo, porque o legislador entendeu que a conduta é menos reprovável, face à ausência do tráfico da função pública²⁶⁰.

Em relação às condutas incriminadas no §2º do art. 317 do Código Penal, infere-se que a expressão “cedendo a pedido” indica que o funcionário público concorda com uma solicitação feita pelo próprio interessado ou por terceiro, ao tempo em que, na outra hipótese, ele viola seus deveres funcionais por iniciativa própria, pois lhe interessa agradar ou bajular terceira pessoa, em face, por exemplo, de seu prestígio ou poder²⁶¹. Por outro lado, a infração de dever funcional aparece como elemento normativo do tipo. Assim, afastada a motivação de venalidade, se o funcionário praticar, omitir ou retardar ato de ofício, cedendo a pedido ou influência de outrem, sem, contudo, infringir o seu dever funcional, não incorre em crime de corrupção passiva, nem mesmo em sua forma privilegiada²⁶².

Por fim, vale lembrar que ao crime de corrupção passiva também se aplica a causa de aumento de pena prevista no art. 327, §2º, do Código Penal, desde que o funcionário público seja ocupante de cargo 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.

Além disso, como visto, em regra, os crimes funcionais envolvem condutas relacionadas com o abuso de poder ou a violação de dever para com a administração pública, de forma que, presente alguma destas circunstâncias e sendo aplicada ao funcionário pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, o juiz pode

²⁶⁰ Os códigos penais precedentes denominavam essa figura típica como *suborno*, e o corrupto que atendia ao peditório era punido com as mesmas sanções da *peita*, que envolvia o recebimento de vantagem indevida. Concordamos com FAZZIO JÚNIOR quanto à impropriedade de tratamento sancionatório tão diverso como o consagrado no *códex* vigente, uma vez que os favores administrativos, comuns na reciprocidade do tráfico de influências, são tão perniciosos para a sociedade quanto à própria corrupção em si. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público* ..., p. 190.

²⁶¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro* ..., p. 594.

²⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* ..., p. 126.

decretar a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, nos termos do art. 92, inciso I, alínea *a*, do Código Penal. Ainda que o crime não seja praticado o crime com abuso de poder ou violação do dever funcional, caso a pena privativa de liberdade imposta ao funcionário seja superior a quatro anos, o juiz também pode decretar esse mesmo efeito (alínea *b*).

Em que pese a relevância das questões dogmáticas até aqui abordadas sobre o crime de corrupção passiva, o ponto de maior debate desta espécie delitiva – e que mais interessa ao objeto deste trabalho –, é quanto à necessidade de ser identificado e materialmente comprovado um “ato de ofício” mercadejado, bem como demonstrado o nexo causal entre este e a vantagem indevida aceita ou solicitada pelo funcionário, para que se possa configurar o crime.

Isso porque, diferentemente do que ocorre no crime de corrupção ativa, em que o art. 333, *caput*, do Código Penal faz expressa menção ao “ato de ofício” como elemento do tipo, a redação do art. 317, *caput*, do referido estatuto, que trata do crime de corrupção passiva, não alude a um qualquer comportamento comissivo ou omissivo do funcionário vinculado à solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida, dispondo apenas que tais condutas devem ser praticadas em razão da “função pública”. Face à ausência de uma alteração legislativa que coloque fim às controvérsias jurídicas, o que se verifica quanto ao assunto é um distanciamento entre a posição adotada pela doutrina dominante e a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Como afirma BIDINO²⁶³, *“arrimando-se na acepção da venalidade da função pública, faz a doutrina brasileira larga referência à necessidade de demonstração, para fins de reproche penal, do sinalagma entre a benesse ofertada e o ato especificamente almejado, leia-se, do famigerado pacto de corrupção, sob pena de atipicidade da prática realizada”*. A seu turno, o STF, que antes encampava tal entendimento, passou a relevar a circunstância do tipo penal não fazer qualquer referência a um concreto ato visado pelo suborno, tomando a incriminação pela inferência do mero mercadejar com a função.

²⁶³ BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção de agentes públicos no Brasil ...*, p. 169/170.

Especificamente no que toca ao crime de corrupção passiva, objeto deste trabalho, o “ato funcional” visado pelo corruptor e que enseja a vantagem indevida, pode ser ilícito ou lícito e decorrer de uma conduta comissiva ou omissiva do funcionário.

Cumpra observar que, no âmbito do direito penal, a expressão “ato funcional” ou “ato de ofício” não é utilizada no sentido técnico de “ato administrativo”²⁶⁴, abarcando, segundo PAGLIARO e COSTA JÚNIOR²⁶⁵, “qualquer conduta posta em prática pelo funcionário público no exercício de suas funções, compreendendo todas as providências, os atos devidos, as propostas, os requerimentos, os pareceres e demais operações, de natureza material ou omissiva. Também os atos de governo e os atos de direito privado acham-se compreendidos na noção ampla de ato de ofício”. Tal conceito também engloba tanto os atos que podem ser praticados por impulso próprio, quanto aqueles que demandam a provocação do interessado²⁶⁶.

Todavia, quando se trata de delitos funcionais, a doutrina é renitente em exigir que o “ato de ofício” deve estar inserido nas atribuições legais desempenhadas pelo agente público. Conforme esclarece FAZZIO JÚNIOR²⁶⁷, “ato de ofício é ato de competência”, ou seja, inerente ao exercício da função pública. Neste aspecto, os deveres e atribuições a que o funcionário público se encontra obrigado têm sua fonte principal na lei, mas também podem decorrer de normas internas, como regulamentos, circulares e instruções do chefe da repartição, ou ainda decorrer dos usos e costumes da profissão. Além disso, ainda que no exercício do poder discricionário, o funcionário público não pode se distanciar do interesse geral e dos preceitos de lógica e imparcialidade, sob pena de incorrer em falta com seus deveres funcionais²⁶⁸.

Retornando à questão controversa, parte considerável da doutrina brasileira sempre defendeu que o crime de corrupção passiva exige, para a sua configuração, a

²⁶⁴ No âmbito do direito administrativo, o termo “ato administrativo” pode ser definido como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo ...*, p. 189.

²⁶⁵ PAGLIARO, Antonio. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração ...*, p. 122.

²⁶⁶ Ministro Ayres Britto, AP 470/MG, fls. 56.120.

²⁶⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público ...*, p. 81/82.

²⁶⁸ PAGLIARO, Antonio. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração ...*, p. 124.

demonstração de um específico ato de ofício mercadejado pelo funcionário público. Dessa forma, a conduta típica não se aperfeiçoaria com a simples solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida pelo funcionário no exercício do cargo, ou seja, *contemplatione officii*, sendo indispensável que qualquer dessas condutas esteja vinculada à prática ou omissão, que pode até não ocorrer, de um específico ato de atribuição do funcionário, para caracterizar o comércio da função. Em resumo, o propósito do crime seria a venda de um ato de ofício.

De acordo com HUNGRIA²⁶⁹, que atuou na Comissão Revisora do Código Penal de 1940²⁷⁰: “a corrupção (*corruption, bribery, Bestechung, coecho, corruzione*), no seu tipo central, é a venalidade em torno da função pública”, sendo “irrelevante que o ato funcional (*comissivo ou omissivo*) sobre que versa a venalidade seja ilícito ou lícito”, pois “o motivo da reação penal, na espécie, é, antes de tudo, a pravidade do tráfico, do comércio da função pública, a acarretar o desprestígio e o descrédito da administração, ou a suspeita em torno desta”. Ademais, “trata-se de crime eminentemente formal ou de consumação antecipada. Basta para sua consumação, como já vimos, a simples solicitação da vantagem indevida, mesmo que não fosse intenção do intraneus praticar a ação ou abstenção de que se cogite. Ainda na hipótese de efetivo recebimento da vantagem ou aceitação da promessa de vantagem, não importa que o intraneus, por arrependimento ou obstáculo superveniente, deixe de cumprir o torpe ajuste: o crime se considerará como levado at exitum”. Em arremate, acrescenta que “o ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do intraneus, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração”.

Segundo FRAGOSO²⁷¹: “constitui a corrupção passiva, essencialmente, um tráfico de autoridade, no qual o funcionário vende ou procura vender um ato de ofício”. Destaca o autor, que as ações previstas no tipo penal devem necessariamente se relacionar com o exercício da função pública que o agente desempenha ou virá a desempenhar, sendo

²⁶⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal ...*, p. 365/369.

²⁷⁰ Conforme consta na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940, denominado em sua origem como “Projeto Alcântara Machado”.

²⁷¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal ...*, p. 416/418.

“próprio da corrupção que a vantagem seja solicitada, recebida ou aceita em troca de um ato de ofício”, que pode ser regular e legal ou contra os deveres do cargo, desde que inserido na competência do agente. Em arremate, afirma que o “crime está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo, sendo indispensável que o agente tenha consciência de que recebe ou aceita retribuição por um ato funcional que já praticou ou deve praticar”.

Do mesmo modo, PIERANGELI²⁷² afirma que, na corrupção passiva, de um lado se encontra *“o agente que aceita ou recebe, e no outro o agente que oferece e/ou entrega (a vantagem), objetivando a prática, a omissão ou o retardamento de um ato de ofício. Por tal razão, tais atos devem ser determinados na sua essência, na sua especificidade, tratando-se, conseqüentemente, de atos inerentes à função exercida”*. Esclarece o mencionado autor que, apesar de o Código Penal não aludir expressamente ao ato de ofício, fixa-se em ato inerente à função, não deixando dúvida de que, para a configuração do delito de corrupção passiva, *“faz-se necessário que ao funcionário público corresponda um ato relativo às suas funções, isto é, um ato de sua competência funcional e territorial, que lhe é de execução regularmente possível ou devido”*.

DAMÁSIO²⁷³ também defende que *“a corrupção passiva pode ser considerada uma forma de mercancia de atos de ofício que devem ser realizados pelo funcionário público”,* razão pela qual *“deve haver nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização do ato funcional. Caso contrário, inexistirá o delito questionado, podendo surgir outro”*.

Por sua vez, COSTA JÚNIOR²⁷⁴ é categórico ao afirmar que no crime de corrupção passiva é *“indispensável que a vantagem venha a ser solicitada, recebida ou aceita em troca de um ato funcional. Nesse sentido, o agente mercadeja com a função de que dispõe”*. Segundo o autor, entre o ato e a vantagem indevida deve-se identificar uma relação sinalagmática, como aquela existente entre *“prestação e contraprestação”*. Isto

²⁷² PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro ...*, p. 843.

²⁷³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal ...*, p. 133/135.

²⁷⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Código Penal Comentado*. 10ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 1157.

significa que o ato de ofício deve ser individualizado, ou, ao menos, individualizável, assim como determinada ou determinável a sua contraprestação²⁷⁵.

Em que pese o brilhantismo dos doutrinadores nacionais anteriormente citados, a nosso ver, os argumentos mais agudos dessa interpretação do crime de corrupção passiva, vinculada à prática ou omissão, ainda que eventual, de um específico ato de ofício, partem de MIRABETE, pela especial razão de ter elaborado um parecer a respeito de um caso concreto²⁷⁶, a saber, a Ação Penal n.º 307/DF, que teve curso no STF, na qual o ex-Presidente da República Fernando Affonso Collor de Mello foi denunciado pela prática do crime de corrupção passiva, cujo acórdão será mais à frente analisado.

No referido parecer, o mencionado autor respondeu a três questões formuladas pela defesa do ex-Presidente da República: (i) se há bilateralidade necessária entre o crime de corrupção passiva (CP, art. 317, *caput*) e o crime de corrupção ativa (CP, art. 333, *caput*), quando houver recebimento da vantagem indevida pelo funcionário; (ii) se “*é elemento indispensável do crime de corrupção passiva a relação entre as condutas típicas de solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem ilícita e um ato de ofício do sujeito ativo do ilícito*”; (iii) se, em face das situações analisadas nos itens anteriores, a denúncia pelo crime previsto no art. 317, *caput*, do Código Penal, tem que expressamente se referir ao autor de corrupção ativa e ao ato funcional relacionado com a solicitação ou o recebimento da vantagem indevida.

Os questionamentos alusivos à bilateralidade necessária entre os crimes de corrupção passiva e ativa, na hipótese em que o funcionário público recebe a vantagem indevida ofertada pelo particular, não oferece maiores dificuldades em termos processuais penais, posto que, como reconheceu o próprio STF, o princípio da obrigatoriedade (ou da indivisibilidade) da ação penal somente se aplica à ação penal privada, sendo que os delitos em tela se processam por meio de ação penal pública incondicionada. Dessa forma, ainda que se tratasse de crimes de encontro, pode o funcionário público ser processado de forma

²⁷⁵ PAGLIARO, Antonio. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração ...*, p. 113/114.

²⁷⁶ Mencionado parecer se encontra juntado às fls. 10.631/10.662 dos autos da referida ação penal e foi publicado, em forma de artigo: MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção*. Revista dos Tribunais, Ano 94, volume 834, abril/2005, p. 741 (p. 741-751).

isolada, notadamente, quando não for possível identificar a pessoa do corruptor.

Assim, nossa atenção será dirigida às respostas relativas ao ato de ofício e à sua indispensabilidade no crime de corrupção passiva. E, para responder aos questionamentos que lhe foram formulados, MIRABETE levou em consideração a objetividade jurídica do delito previsto no art. 317, *caput*, do Código Penal, a existência de formas qualificada e privilegiada de corrupção passiva, o elemento histórico, a legislação comparada, a doutrina e a jurisprudência pátria. Passamos à análise de cada desses argumentos.

Amparando-se nas lições de Fragoso e Noronha, já mencionadas neste trabalho, MIRABETE afirma que o crime de corrupção passiva visa tutelar o funcionamento da administração pública, nomeadamente, os princípios da probidade e moralidade no exercício da função. Nas palavras do autor, “*visa-se preservar a regularidade da Administração Pública no que diz respeito ao exercício funcional do sujeito ativo*”²⁷⁷. Diante disso, a configuração do crime de corrupção passiva exige não apenas a condição de funcionário público do sujeito ativo e que a conduta se relacione com a função pública, “*mas que o fato tenha relação com um ato de ofício em particular*”, pois somente “*nessa hipótese é que se pode dizer há uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, ou seja, a regularidade da Administração Pública no que tange aos atos funcionais de seus agentes*”. Portanto, a conduta proibida pelo tipo penal não deriva apenas do exercício de uma função pública, vinculando-se a um ato de ofício²⁷⁸.

Em que pese reconhecer a ausência de menção ao ato de ofício na redação do art. 317, *caput*, do Código Penal, MIRABETE alega que tal elemento se encontra implicitamente contido no tipo incriminador, uma vez que não se pode interpretá-lo em dissonância com o disposto nos §§1º e 2º do referido dispositivo, que versam sobre hipóteses de corrupção passiva qualificada e privilegiada, respectivamente, e nos quais há referência expressa ao ato de ofício como elemento do tipo. Segundo o autor, a incriminação prevista no *caput* do artigo configura a forma simples do crime de corrupção passiva, cujos elementos básicos, necessariamente, têm que ser os mesmos das formas qualificada e privilegiada. Daí que para a configuração do tipo básico não se pode

²⁷⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção ...*, p. 744.

prescindir da relação entre a conduta do agente público e um ato funcional, exigida nos tipos derivados²⁷⁹.

Citando Hungria, MIRABETE afirma que a elaboração do art. 317 do Código Penal brasileiro foi inspirada no Código Penal suíço de 1937, que também previa as formas simples e qualificada da corrupção passiva, em tipos diversos, e em ambas se referindo à relação do fato com a prática, omissão ou retardamento de um ato de ofício, distinguindo esta última apenas pela maior gravidade decorrente da violação do dever funcional (corrupção própria). Assim, a partir de uma análise histórica, *“a conclusão só pode ser uma: se o Código suíço foi o modelo em que se inspirou o legislador brasileiro para a definição do crime de corrupção passiva em suas modalidades, não há dúvida de que, na lei pátria, exige-se a relação do fato com um ato de ofício do servidor para caracterização de tal ilícito, mesmo na ação descrita no caput do art. 317 do CP”*²⁸⁰.

Por outro lado, partindo da premissa de que o §1º do art. 317 do Código Penal incrimina a hipótese de corrupção própria, ou seja, aquela mais grave, quando o ato de ofício é omitido ou retardado, ou praticado com infringência do dever funcional, MIRABETE conclui que os casos de corrupção imprópria, nos quais o agente pratica regularmente o ato de ofício, após solicitar, receber ou aceitar a promessa de vantagem indevida, somente poderiam estar contemplados no *caput* do dispositivo. Daí porque, na sua concepção, *“seria ilógico que a lei incriminasse no mesmo tipo, com as mesmas sanções, essa conduta (corrupção imprópria) e o comportamento do servidor público que solicitasse ou recebesse vantagem indevida apenas em razão de suas funções, sem qualquer liame com um ato funcional. São fatos totalmente distintos, de gravidade diversa, que não poderiam estar incluídos na mesma figura penal”*²⁸¹.

Como outro argumento, MIRABETE vale-se da comparação do art. 317 do Código Penal com a lei italiana, na qual a referência ao ato de ofício era de rigor, pois a figura penal da corrupção passiva naquela legislação não contemplava como sujeito ativo o

²⁷⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção* ..., p. 745.

²⁷⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção* ..., p. 745.

²⁸⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção* ..., p. 746.

²⁸¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção* ..., p. 746/747.

intraneus que estava fora da função ou que ainda iria exercê-la, como ocorre na lei brasileira. Diante disso, afirma o autor que o “*legislador nacional, ao incluir tal agente, fez menção expressa à conduta praticada em razão da função pública, entendendo desnecessário que se fizesse referência, com redundância, ao ato de ofício*”²⁸².

Por derradeiro, MIRABETE cita nomes de peso da doutrina brasileira, a exemplo de Noronha, Fragoso, Costa Júnior e Damásio, já referenciados neste trabalho, para afirmar que é opinião pacífica dos estudiosos ser indispensável para a caracterização do crime de corrupção passiva que a prática do fato pelo agente tenha relação com um ato funcional, conclusão da qual comunga a jurisprudência pátria, conforme acórdãos que destaca em seu parecer, dos quais o autor ainda extrai a exigência de que “*a solicitação, recebimento ou aceitação se refira a ato que esteja na competência do servidor, isto é, que deva estar compreendido nas suas especificações funcionais, porque somente nesse caso se pode deparar com o dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração*”. Por conta disso, conclui que, “*não se caracterizando o crime quando a solicitação ou recebimento se refere a ato de ofício que não está nas atribuições do funcionário, que muito menos se realiza o tipo penal quando não há relação alguma do fato com um ato funcional determinado*”²⁸³.

Com base nesses argumentos, às questões que lhe foram apresentadas, MIRABETE afirma em seu parecer, categoricamente, que é indispensável para a configuração do crime de corrupção passiva que a conduta do funcionário tenha relação com um ato de ofício de sua atribuição, ato este que, por se tratar de circunstância elementar do crime, e não de mera circunstância acidental, deve estar individualizado na denúncia, sob pena de acarretar a sua inépcia²⁸⁴.

Cumprido esclarecer que as justificativas e conclusões apresentadas por MIRABETE, acima referidas, serão devidamente analisadas neste trabalho. Todavia, apenas para evitar a repetição de argumentos, posterga-se o debate para mais à frente, uma vez que a exigência de identificação de um ato de ofício e do seu grau de determinação

²⁸² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção* ..., p. 747.

²⁸³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção* ..., p. 747/748.

²⁸⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção* ..., p. 748/750.

para a configuração do crime de corrupção passiva também foram apreciados pelo STF, no julgamento das Ações Penais n.º 307/DF e n.º 470/MG, cujos acórdãos serão a seguir analisados.

Não obstante, para a melhor compreensão da realidade social experimentada pela doutrina até aqui exposta, vale à pena abrir um parêntese, para esclarecer que, no Brasil, até a década de 1990, apesar da convicção de que a corrupção fazia parte do cotidiano das altas esferas do poder público, ela não se materializava aos olhos da sociedade, em casos concretos, devido à falta de independência e precariedade da estrutura dos órgãos de controle e investigação, bem como pela inexistência de uma imprensa livre²⁸⁵.

Dessa forma, os casos de corrupção que chegavam para julgamento nos tribunais pátrios envolviam, em sua maioria, funcionários públicos incumbidos de desempenhar o poder de polícia administrativa ou judiciária²⁸⁶, cujas atribuições funcionais possuem pequeno espectro de abrangência e margem de discricionariedade. No contexto de tais casos, não é difícil identificar o ato de ofício correspondente à vantagem indevida solicitada ou recebida pelo funcionário, pois, de duas, uma: ou o fiscal lavra o auto de infração e aplica a multa ao infrator ou deixa de autuá-lo em face da vantagem indevida; ou o policial efetua a prisão em flagrante ou deixa em liberdade o autor de um crime.

Daí que, a nosso ver, além de fomentar o posicionamento encampado pela doutrina dominante, já explicitado, tal realidade também contribuiu para formar uma certa jurisprudência no mesmo sentido:

“Tratando-se de corrupção passiva, indispensável que a acusação aponte na denúncia e demonstre no curso do processo o ato de ofício, de

²⁸⁵ Interessante registrar que o revogado Decreto-lei n.º 898/1969, de 29.9, que definia os delitos contra a segurança nacional, a ordem política e social, tratava como crime: “Art. 16. Divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas: Pena: detenção, de 6 meses a 2 anos”. A nosso ver, este tipo penal, recheado de termos genéricos, tinha por pano de fundo a intenção de cercear a liberdade de expressão e de informação na época da ditadura militar. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10898.htm#imprensa. Acesso em 17.04.2017.

²⁸⁶ As principais diferenças que se apontam entre as duas estão no caráter preventivo da polícia administrativa e no fato de incidir sobre bens, direitos ou atividades, em contraposição do caráter repressivo da polícia judiciária, incidindo sobre infratores da lei penal. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo ...*, p. 112.

*competência do funcionário, em correspondente retribuição à solicitada, recebida ou aceita vantagem”*²⁸⁷.

*“O crime de corrupção ativa, assim como o delito previsto no art. 317 do Código Penal, pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a oferta ou promessa de vantagem indevida a funcionário público, e a prática, o retardo ou a omissão de ato de ofício de sua competência”*²⁸⁸.

4.3- A jurisprudência do STF: a questão do “ato de ofício”

a) Ação Penal n.º 307/DF – Caso “Collor”²⁸⁹

O caso “Collor” é usualmente referenciado como o primeiro processo judicial envolvendo atos de corrupção praticados por altas autoridades públicas no Brasil²⁹⁰. Em 13.11.1992, nos autos do Inquérito n.º 705/DF, em curso no STF, sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão, o Ministério Público Federal (MPF) ofereceu denúncia contra o ex-Presidente da República Fernando Affonso Collor de Mello²⁹¹, Paulo César Cavalcante Farias e Cláudio Francisco Vieira, imputando-lhes a prática de crimes de corrupção passiva (CP, art. 317, *caput*), na modalidade “solicitar”, e de crime de formação de quadrilha ou bando (CP, art. 288, *caput*)²⁹².

Vale registrar que a denúncia ainda acusava Paulo César Farias, Cláudio Vieira e outras seis pessoas do cometimento de crimes conexos. Todavia, em face do objeto do presente trabalho, a análise da ação penal em apreço se concentrará apenas no crime de

²⁸⁷ TJSP, HC n.º 261.928-3/0, 3ª Câmara, Rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. 18.11.1998, Boletim IBCCrim n.º 79/361, junho/99.

²⁸⁸ STJ, HC n.º 134985/AM, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 24.06.2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 11.05.2017.

²⁸⁹ A análise da ação penal foi realizada mediante acesso aos autos do processo. O Acórdão da AP 307/DF está disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc_TP=AC&docID=598702. Acesso em 02.09.2016.

²⁹⁰ ASSIS, Larissa Maria Melo Ambrozio de. *Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collorgate e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal*. Tese apresentada para a obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017, p. 76.

²⁹¹ Fernando Collor tomou posse no cargo de Presidente da República em 15.03.1990, ao qual renunciou em 02.10.1992, após a abertura de processo de *impeachment* pelo Senado Federal, devido aos mesmos fatos retratados na ação penal.

²⁹² A ação penal seguiu o rito previsto na Lei n.º 8.038/1990, de 28.5, que instituiu as normas procedimentais para os processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm. Acesso em 21.03.2017.

corrupção passiva, mais precisamente, em relação às premissas estabelecidas pelo STF para a configuração do tipo penal.

De acordo com a denúncia oferecida pelo MPF²⁹³, os crimes de corrupção passiva imputados aos réus Fernando Collor, Paulo César Farias e Cláudio Vieira, em concurso de pessoas, estariam configurados em três episódios distintos, ocorridos após aquele tomar posse no cargo de Presidente da República: (i) solicitação do primeiro acusado, por intermédio do segundo, de contribuição à empresa Mercedes-Benz, para a campanha eleitoral de Sebastião Curió, então candidato ao cargo de Deputado Federal nas eleições de 1991; (ii) gestões desenvolvidas pelo primeiro acusado, por intermédio de Marcos Coimbra, Secretário-Geral da Presidência da República, junto à direção das empresas estatais Petrobrás e Transpetro, visando a aprovação de proposta de financiamento de interesse do segundo acusado e de Wagner Canhedo, futuro adquirente da Vasp, empresa pública do Estado de São Paulo, há época, objeto de privatização; e (iii) nomeação pelo primeiro acusado de Marcelo Ribeiro para o cargo de Secretário Nacional dos Transportes, em troca de vultosa quantia paga ao segundo acusado pela Construtora Tratex, de cuja diretoria participava o nomeado, sendo que parte dessa quantia teria sido repassada ao primeiro acusado.

Necessário consignar que, como pano de fundo, a denúncia destacava a intimidade e o prestígio de Paulo César Farias no governo de Fernando Collor, para quem trabalhou como tesoureiro em campanhas eleitorais e de quem recebia cooperação, comissiva ou omissiva, no tráfico de influência com empresas privadas e órgãos públicos, para obter ou tentar obter as mais variadas vantagens indevidas.

Ainda segundo a denúncia, parte dessas vantagens arrecadadas por Paulo César Farias foi utilizada para custear despesas do então Presidente da República e de seus familiares ou proporcionar-lhes favores, o que era feito por meio de empresas vinculadas a Paulo César Farias ou de pessoas físicas fictícias por ele criadas, bem como através de depósitos em contas bancárias de titularidade de Ana Acioli, então secretária pessoal de Fernando Collor, abertas em instituições financeiras indicadas pelo acusado Cláudio

²⁹³ AP 307/DF, fls. 2.282/2.319.

Vieira, que era Chefe de Gabinete da Presidência da República.

Em contrapartida, além de sustentar a origem lícita dos recursos questionados pelo MPF, pois seriam provenientes de sobras da campanha presidencial de 1989, bem como a inexistência de acordo de vontades entre os três acusados para a prática de crimes, os principais argumentos ventilados por suas defesas técnicas, em especial, a do ex-Presidente da República²⁹⁴, foram: (i) a ausência de indicação do ato de ofício praticado ou omitido em contrapartida à suposta vantagem indevida recebida da empresa Mercedes-Benz; (ii) a ausência de prova da solicitação ou recebimento de vantagem indevida, assim como de indicação do ato de ofício praticado ou omitido no episódio relacionado às empresas Vasp, Petrobras e Transpetro; (iii) que a nomeação de Marcelo Ribeiro para o cargo de Secretário Nacional dos Transportes decorreu de escolha pessoal e direta do ex-Presidente da República, sem influência de qualquer pessoa; e (iv) que a denúncia versava sobre efetivo recebimento e não mera solicitação de vantagem, por isso, em respeito aos princípios da indivisibilidade e da obrigatoriedade da ação penal, também deveriam ter sido identificados e denunciados os supostos corruptores ativos.

Em suas alegações finais²⁹⁵, o MPF sustentou que a denúncia estava correta, pois cuidava de concurso de agentes em “solicitações” de vantagens indevidas, prescindindo, portanto, da identificação dos corruptores. Além disso, tais “solicitações” vinculavam-se à função de Presidente da República, circunstância suficiente para a caracterização do crime de corrupção passiva tipificado no art. 317, *caput*, do Código Penal, que não exigiria a indicação de qualquer ato de ofício.

Por refletir o ambiente doutrinário e jurisprudencial da época do julgamento, já referido neste trabalho, vale transcrever trecho das alegações finais apresentadas pela defesa do acusado Fernando Collor²⁹⁶, acerca da alegada prescindibilidade do ato de ofício no crime de corrupção passiva, sustentada pelo MPF:

“O eminente Chefe do Ministério Público Federal trouxe em arrimo

²⁹⁴ AP 307/DF, fls. 4.680/4.957.

²⁹⁵ AP 307/DF, fls. 5.212/5.242.

²⁹⁶ AP 307/DF, fls. 10.555/10.630.

da inédita sustentação apenas o brilho de sua própria inteligência, eis que todos, absolutamente todos os penalistas que cuidaram do tema mostraram-se uníssomos em proclamar ser “próprio da corrupção que a vantagem seja solicitada, recebida ou aceita em troca de um ato de ofício” (Fragoso, “Lições”, 5ª ed., 1986, p. 418); sendo certo que nenhuma, absolutamente nenhuma sentença consta nos anais da jurisprudência brasileira em sentido contrário a esta assertiva.

Assim, a prevalecer o entendimento da Procuradoria da República, no sentido da prescindibilidade do ato de ofício, para a caracterização do crime de corrupção passiva, este seria o primeiro precedente na história judiciária do país, em absoluta contraposição à unanimidade dos doutrinadores e à toda jurisprudência até hoje conhecida.”

Ademais, em favor da exigência da especificação do ato de ofício para a caracterização do crime de corrupção passiva, a defesa do acusado Fernando Collor também apresentou o parecer formulado pelo Professor Júlio Fabbrini Mirabete, há pouco mencionado.

Quando do julgamento da ação penal, ao proferir seu voto, o Relator, Ministro Ilmar Galvão, inicialmente, refutou a tese defensiva de inépcia da denúncia – por não incluir os corruptores ativos –, afirmando que a acusação versava sobre crimes de corrupção passiva na modalidade “solicitar”, que é unilateral, e, ainda que fosse na hipótese “receber”, que é bilateral, os princípios da indivisibilidade e da obrigatoriedade não têm aplicação à ação penal pública²⁹⁷.

Em seguida, antes de adentrar na análise das provas produzidas no processo, o Relator procurou fixar os contornos do crime de corrupção passiva previsto no art. 317, *caput*, do Código Penal, em especial, no tocante à exigência do “ato de ofício”. Com esse intuito, anuindo à tese defensiva, afirmou que, “*para verificar-se o crime de corrupção passiva, não basta que a solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem se faça pelo funcionário público em razão do exercício da função, ainda que fora dela ou antes de seu início. Indispensável se torna a existência de nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização de ato funcional de sua competência. (...) a doutrina e a jurisprudência pátrias nunca discreparam, e não discrepam, do entendimento de que a*

²⁹⁷ Acórdão AP 307/DF, p. 2.191/2.193.

*consumação do delito de corrupção passiva, se, de uma parte, prescinde da efetiva realização do ato funcional correspondente, de outra, exige que a prática ou omissão deste tenha sido a causa da solicitação, do recebimento ou da aceitação da vantagem ou da promessa de vantagem indevida”*²⁹⁸.

No entender do Ministro, somente a relação entre a solicitação de vantagem indevida por parte do funcionário público e um ato funcional de sua competência é capaz de explicar a inserção, no art. 317, *caput*, do Código Penal, da expressão “*ainda que fora da função ou antes de assumi-la*”, pois, nestas situações, de fato, o agente público não pode praticar qualquer ato funcional, mas, quando de seu retorno à função ou de sua futura ocupação, ele pode se empenhar na sua realização, como contrapartida ou forma de garantir a referida vantagem²⁹⁹.

Em complemento, citando a lição de Fragoso, o Relator destacou que o crime de corrupção passiva “*está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo, sendo indispensável que o agente tenha a consciência de que recebe ou aceita retribuição por um ato funcional que já praticou ou deve praticar*”³⁰⁰.

Quanto aos parâmetros legais do crime de corrupção passiva, o Ministro Moreira Alves, que atuou como Revisor, além de seguir na íntegra o voto do Relator, acrescentou um outro argumento pela imprescindibilidade do ato de ofício, baseado em uma interpretação sistemática do Código Penal, segundo a qual, uma vez que no crime de corrupção ativa (CP, art. 333, *caput*) há expressa menção ao ato de ofício como elemento do tipo, no correspondente crime de corrupção passiva (CP, art. 317, *caput*), esse elemento, necessariamente, está implícito na expressão “em razão da função”. Conclusão diversa poderia levar a “*situações esdrúxulas*”, como a punição do funcionário pelo recebimento de vantagem *contemplatione officii* e a atipicidade da correspondente oferta pelo particular³⁰¹.

²⁹⁸ Acórdão AP 307/DF, p. 2.193/2.194.

²⁹⁹ Acórdão AP 307/DF, p. 2.194/2.195.

³⁰⁰ Acórdão AP 307/DF, p. 2.195/2.196. Vide nota de rodapé 271.

³⁰¹ Acórdão AP 307/DF, p. 2.452.

Em que pese igualmente acompanhar o entendimento do Relator, o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello acabou por ganhar especial importância, uma vez que foi o único integrante do STF que, anos depois, também participou do julgamento da Ação Penal n.º 470/MG, apelidada de caso “Mensalão”, cujo acórdão será analisado a seguir. Conforme externou o Ministro naquela oportunidade, no exame da subsunção de determinado comportamento ao preceito incriminador definido no art. 317, *caput*, do Código Penal, não se pode prescindir do ato de ofício como requisito indispensável à plena configuração típica do crime de corrupção passiva. Isso porque, *“sem que o agente, executando qualquer das ações realizadoras do tipo penal constante do art. 317, caput, do Código Penal, venha a adotar comportamento funcional necessariamente vinculado à prática ou à abstenção de qualquer ato de seu ofício – ou sem que ao menos atue na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais –, não se poderá, ausente a indispensável referência a determinado ato de ofício, atribuir-lhe a prática do delito de corrupção passiva”*³⁰².

Desse modo, segundo o Ministro, em que pese a prática efetiva de um ato de ofício não ser elemento essencial do crime de corrupção passiva, posto que não integra a sua estrutura normativa, para a integral realização do tipo penal é necessário que a solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida pelo funcionário, caso não venha ele a concretizar a conduta funcional comissiva ou omissiva de imediato, tenha por móvel a perspectiva da efetivação posterior da prática, omissão ou retardamento de um ato de seu próprio ofício. Portanto, *“sem a necessária referência ou vinculação do comportamento material do servidor público a um ato de ofício – ato este que deve obrigatoriamente incluir-se no complexo de suas atribuições funcionais, (...) revela-se inviável qualquer cogitação jurídica em torno da caracterização típica do crime de corrupção passiva definido no caput do art. 317 do Código Penal”*³⁰³.

Vale anotar que, no voto que proferiu pelo recebimento da denúncia³⁰⁴, o Ministro Celso de Mello destacou que o modelo adotado pelo Código Penal brasileiro em relação ao

³⁰² Acórdão AP 307/DF, p. 2.666/2.667.

³⁰³ Acórdão AP 307/DF, p. 2.668.

³⁰⁴ Acórdão INQ 705/DF, p. 5.456/5.457.

crime de corrupção passiva, ao prescindir da prática efetiva de um ato de ofício, dispensou tratamento mais rigoroso à função pública, tutelando de modo mais intenso o princípio da moralidade administrativa. Para tanto, comina pena a todo aquele que, em razão de sua condição de funcionário público, venha a solicitar vantagem indevida.

Fixadas essas balizas, ao apreciar os crimes de corrupção passiva imputados aos réus na denúncia, o Ministro Ilmar Galvão julgou improcedente a acusação, nos termos cristalizados na ementa do acórdão³⁰⁵, no que foi seguido pela maioria dos demais integrantes do STF que participaram do julgamento³⁰⁶. Importante frisar que, em síntese, os Ministros consideraram que a denúncia não identificou, e que também não foi possível extrair das provas admitidas para a instrução do processo, que o ex-Presidente da República tivesse praticado, omitido ou mesmo prometido, direta ou indiretamente, qualquer ato de ofício incluível na esfera de suas atribuições em troca de alguma vantagem indevida.

Por fim, é oportuno consignar que os Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Carlos Velloso discordaram parcialmente do voto do Relator, quanto ao episódio envolvendo à empresa Mercedes-Benz, em razão de divergência na valoração das provas. Isso porque, no entendimento dos mencionados Ministros, tomada em relevo a

³⁰⁵ “(...) 1.2. *Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. No que concerne ao segundo, pelo duplo motivo de não haver qualquer referência, na denúncia, acerca de vantagem solicitada ou recebida pelo primeiro acusado, ou a ele prometida, e de não ter sido sequer apontado ato de ofício prometido ou praticado pelo primeiro acusado; e, quanto ao último, por encontrar-se elidida, nos autos, a presunção de que os créditos bancários e pagamentos efetuados pelo segundo acusado em favor do primeiro, decorreram de vantagem ilícita paga pela empreiteira pela nomeação de seu ex-diretor, ante a plausibilidade da explicação dada pelos acusados de que, ao revés, tais transferências foram custeadas pelos saldos de recursos arrecadados para a campanha eleitoral de 1989, cuja existência restou demonstrada por meio de exame pericial.(...)*”. Acórdão AP 307/DF, p. 2104/2108.

³⁰⁶ Acompanham integralmente a conclusão do voto do Relator os Ministros: Moreira Alves, Celso de Mello, Sydney Sanches, Octávio Gallotti. Todavia, na fundamentação de seu voto, o Ministro Sydney Sanches assentou: “*entendo que sem a demonstração da prática de ato de ofício (comissivo ou omissivo), em contrapartida à vantagem indevidamente recebida, não há crime de corrupção passiva, porque falta um dos elementos para a sua configuração.*” – Acórdão AP 307/DF, p. 2.739/2.740. Os Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Carlos Velloso discordaram parcialmente do voto do Relator, apenas quanto ao episódio envolvendo à empresa Mercedes-Benz, em relação ao qual julgavam procedente a acusação e condenavam os acusados Fernando Collor e Paulo César Farias. Os Ministros Marco Aurélio e Francisco Rezek não participaram do julgamento. O primeiro, por impedimento legal; o segundo, por ausência justificada.

proximidade dos acusados, a ameaça feita por Paulo César Farias aos diretores da referida empresa, no sentido de que, se ela não contribuísse para a campanha eleitoral de 1991, objeto de grande interesse do então Presidente da República, poderia sofrer futuras complicações e ter “fechadas as portas do Governo”, era suficiente para caracterizar a mercancia da função.

Conforme pontuou o Ministro Sepúlveda Pertence, no que foi seguido pelos outros dois citados Ministros³⁰⁷, apesar de prevalecer na legislação penal estrangeira a exigência de que no crime de corrupção passiva a vantagem indevida tenha por objeto a prática de um ato de ofício, o Código Penal brasileiro, em face da redação conferida ao *caput* do art. 317, optou por não exigir “*que a contraprestação do funcionário à vantagem cogitada seja um ato de ofício predeterminado, mas, somente que haja uma relação genética, uma relação de causa e efeito entre a função do agente e o ato de corrupção visado, auferido ou prometido, ainda que não haja originalmente, no momento da oferta, do recebimento ou da solicitação, conexão com um ato específico, com um ato determinado a praticar*”³⁰⁸. Dessa forma, o tipo penal em apreço busca punir “*a venalidade em torno da função pública*”, na qual “*a dádiva ou a promessa da vantagem são feitas na expectativa de uma conduta própria do ocupante da função pública, que pode ser, e frequentemente será, um ato de ofício determinado; mas não necessariamente esse ato de ofício determinado, de modo a que incriminação alcance também a vantagem solicitada ou recebida com vistas a provocar uma conduta ativa ou omissiva do funcionário, desde que na esfera de um poder de fato derivado da sua função e, por isso, em razão dela*”³⁰⁹.

Destacou o Ministro que essa fórmula mais ampla do art. 317, *caput*, do Código Penal, ganha maior relevância na responsabilização de altos dignitários públicos, notadamente, na área de intervenção do Estado no domínio econômico, mais propícia à corrupção. Isso porque, em que pese tais autoridades não exercerem a tutela administrativa

³⁰⁷ Destaca-se trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso: “*O que a lei penal brasileira pune, caracterizando como corrupção passiva, é o fato de o servidor público solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, com abuso da função pública que exerce, vantagem indevida, assim, propina, o que propiciará ou poderá gerar a prática de ato em favor de quem deu ou prometeu a vantagem indevida ou a propina*” – Acórdão AP 307/DF, p. 2.814.

³⁰⁸ Acórdão AP 307/DF, p. 2.711/2.712.

direta, com competência específica para determinado ato de ofício, podem elas, perfeitamente, em razão de seu poder e influência, ditar as políticas públicas e, assim, por exemplo, “fechar as portas do Governo” para determinada empresa³¹⁰.

b) Ação Penal n.º 470/MG – Caso “Mensalão”³¹¹

Resumidamente, narra a denúncia oferecida pelo MPF no Inquérito n.º 2.245/MG, que deu início a Ação Penal n.º 470/MG, apelidada de caso “Mensalão”, a existência de uma organização criminosa, dividida em núcleos de atuação (político, publicitário e financeiro), que agiam de forma concertada para a prática de crimes contra a administração pública e o sistema financeiro, dentre outros, buscando arrecadar vultuosas quantias para o objetivo principal de garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores (PT), após a vitória eleitoral no ano de 2002, no plano nacional, mediante a compra de apoio político de outros partidos, por meio do suposto pagamento de dívidas de campanhas eleitorais e o financiamento dos futuros pleitos.

Durante as investigações realizadas no curso do citado inquérito, apurou-se que os recursos arrecadados por essa organização criminosa foram desviados da Câmara dos Deputados e do Banco do Brasil S/A, contando com a atuação do Presidente da referida casa legislativa, João Paulo Cunha, Deputado Federal pelo PT (SP), e do Diretor de Marketing da mencionada instituição financeira, Henrique Pizzolato, filiado ao PT, e através de contratos celebrados com agências de publicidade constituídas por Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, os quais, posteriormente, contraíram empréstimos bancários fictícios, para ocultar e dissimular a origem criminosa desses recursos, e os distribuíram a parlamentares, ao longo do período de dois anos, conforme orientações de José Dirceu, então Ministro da Casa Civil, e de Delúbio Soares, Sílvio Pereira e José Genoíno, ocupantes de cargos de direção do PT, visando, com isso, influenciar o apoio desses parlamentares na Câmara dos Deputados em favor do Governo

³⁰⁹ Acórdão AP 307/DF, p. 2.720.

³¹⁰ Acórdão AP 307/DF, p. 2.721/2.722.

³¹¹ Registra-se que não foi possível obter acesso aos autos do processo. Os acórdãos referentes ao recebimento da denúncia (INQ 2.245/MG) e ao julgamento da ação penal (AP 470/MG) estão disponíveis, respectivamente, em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=494478&tipo=AC&descricao>

Federal.

Diante dessa realidade, João Paulo Cunha, Henrique Pizzolato e os parlamentares Pedro Corrêa, Pedro Henry, João Cláudio Genu, Valdemar Costa Neto, Jacinto Lamas, Bispo Rodrigues, Roberto Jefferson, Emerson Palmieri, Romeu Queiroz e José Borba foram denunciados pelo crime de corrupção passiva (CP, art. 317, *caput*) e por outros delitos conexos³¹². Obviamente, até pelo contexto narrado, a denúncia envolveu outras pessoas e também outros crimes, os quais, todavia, fogem do objeto deste trabalho, razão pela não serão abordados.

Ponto comum às defesas de todos os acusados pelo crime de corrupção passiva foi o questionamento acerca da necessidade, para o preenchimento da conduta típica prevista no art. 317, *caput*, do Código Penal, da especificação do ato de ofício praticado ou omitido pelo agente público e da demonstração da relação causal entre o referido ato e a vantagem indevida solicitada ou recebida. Outras questões suscitadas especificamente pelas defesas dos parlamentares acusados diziam respeito a se os pagamentos por eles recebidos representariam vantagem indevida auferida em razão da função e se a simples referência ao apoio político prestado por eles ao Governo Federal, em contrapartida desses pagamentos, seria suficiente para a configuração do crime de corrupção passiva³¹³.

No que toca ao primeiro questionamento, o MPF sustentou a desnecessidade de comprovação da efetiva prática de um ato de ofício para a configuração do crime de corrupção passiva, alegando que o STF, no julgamento da Ação Penal n.º 307/DF (caso “Collor”), teria definido que bastaria, para tanto, que o agente público agisse com a mera perspectiva de sua realização. Já em relação às duas últimas questões, o MPF asseverou que os pagamentos realizados pelo PT, por meios sub-reptícios, representavam a “compra” de apoio político e influenciaram o exercício dos mandatos dos parlamentares beneficiados, especialmente, em votações de matérias de interesse do Governo Federal.

=[Inteiro%20Teor%20Inq%20/%202245](#) e ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. Acesso em 26.08.2016.

³¹² Necessário esclarecer que, em relação ao Deputado Federal José Janene, houve a extinção da punibilidade, em razão de seu falecimento no curso do INQ 2.245/MG.

³¹³ Nesse sentido, por todas, ver as defesas dos réus Pedro Henry e Valdemar Costa Neto, referenciadas às fls. 51.884 e 51.889/51.890, respectivamente.

Quanto a esse ponto, as defesas dos parlamentares acusados reconheceram a existência de tais pagamentos, esclarecendo que eles seriam decorrentes de acordos financeiros firmados com o PT, objetivando a quitação de dívidas de campanhas eleitorais passadas e o custeio de campanhas futuras. Reconheceram, também, que esses pagamentos e as despesas com eles custeadas não foram devidamente contabilizados, ou seja, foram operados via “Caixa 2”, porém, tal fato configuraria, em tese, apenas crime eleitoral³¹⁴, inclusive já prescrito, e não o crime de corrupção passiva.

Quando do julgamento³¹⁵, inicialmente, todos os Ministros do STF buscaram reavivar os marcos interpretativos do crime de corrupção passiva (CP, art. 317, *caput*), já estabelecidos pela própria Corte, quando do julgamento da Ação Penal n.º 307/DF (caso “Collor”).

Nesse sentido, o Ministro Joaquim Barbosa, Relator, iniciou seu voto com a transcrição de trecho do voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão na Ação Penal n.º 307/DF, *in verbis*: “Assim para configuração do crime do art. 317, do Código Penal, a atividade visada pelo suborno há de encontrar-se abrangida nas atribuições ou na competência do funcionário que a realizou ou se comprometeu a realizá-la, ou que, ao menos, se encontre numa relação funcional imediata com o desempenho do respectivo cargo, assim acontecendo sempre que a realização do ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente”³¹⁶.

Com base nessa premissa, o Relator destacou que a própria redação do tipo penal explicita a sua natureza formal, de modo que para a consumação do crime de corrupção

³¹⁴ Art. 350 do Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/1965, de 15.7): “Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais: Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737compilado.htm. Acesso em 20.09.2016.

³¹⁵ Vale esclarecer que o julgamento da AP 470/MG foi realizado de forma fragmentada, por capítulos, pelos que os crimes de corrupção passiva imputados a João Paulo Cunha, Henrique Pizzolato e aos parlamentares foram apreciados separadamente e em momentos distintos. Daí que, eventualmente, as menções aos votos proferidos pelos Ministros do STF, no que se referem aos pressupostos legais para a tipificação do crime de corrupção passiva, podem não observar uma sequência regular das folhas do processo.

³¹⁶ Acórdão INQ 2.245/MG, fls. 12.954, e Acórdão AP 470/MG, fls. 55.295.

passiva basta a mera solicitação ou recebimento de vantagem indevida em razão do cargo, vinculada à possibilidade de praticar os atos de ofício oferecidos em contrapartida. Portanto, para a configuração do crime mostra-se dispensável a efetiva prática do ato mercadejado, que, caso ocorra, ensejará a incidência da causa de aumento de pena³¹⁷. Ademais, por se tratar de elemento normativo, o ato de ofício deve ser representado no sentido comum, como compreendem os leigos, e não em sentido técnico-jurídico, sendo certo que os tipos penais de corrupção ativa e passiva não exigem para a sua configuração a descrição minuciosa e antecipada do ato de ofício transacionado pelo funcionário público corrompido³¹⁸.

Dessa forma, após manifestar o seu alinhamento aos votos proferidos pelos Ministros Ilmar Galvão e Celso de Mello no julgamento do caso “Collor”, já analisados neste trabalho, o Relator concluiu que, para o preenchimento do tipo penal do art. 317, *caput*, do Código Penal, é suficiente que se demonstre a existência de um vínculo que associe o fato atribuído ao agente estatal – solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida – com a perspectiva da prática ou abstenção de um ato de ofício, legal ou ilegal, que caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício de sua função³¹⁹.

Seguindo esse mesmo norte, a Ministra Rosa Weber enfatizou que “*a indicação do ato de ofício não integra o tipo legal da corrupção passiva. Basta que o agente público que recebe a vantagem indevida tenha o poder de praticar atos de ofício para que se possa consumir o crime do art. 317 do Código Penal*”³²⁰. Dessa forma, no seu entender, a configuração do crime exige apenas que a vantagem seja oferecida e aceita por conta do ato de ofício, à vista de sua simples perspectiva, e não que ele seja efetivamente praticado ou omitido³²¹.

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux destacou em seu voto que a configuração dos crimes de corrupção passiva e ativa não exige, para além da solicitação ou oferta de

³¹⁷ Acórdão AP 470/MG, fls. 55.290.

³¹⁸ Acórdão INQ 2.245/MG, fls. 12.957 e Acórdão AP 470/MG, fls. 55.295.

³¹⁹ Acórdão AP 470/MG, fls. 55.295/55.296.

³²⁰ Acórdão AP 470/MG, fls. 52.714.

³²¹ Acórdão AP 470/MG, fls. 52.740/52.741.

vantagem indevida, a prática de nenhum ato específico e posterior por qualquer dos sujeitos envolvidos. Isso porque, a ordem jurídica considera que tais comportamentos já revelam, por si mesmos, o nítido propósito de traficar a função pública, cujo valor é intrínseco, justificando a censura criminal. Por isso, o tipo básico da corrupção passiva (CP, art. 317, *caput*) independe da efetiva prática do ato de ofício, que representa, apenas, uma circunstância acidental na materialização do ilícito. Entretanto, a dispensa da efetiva prática de um ato de ofício não significa que este seja irrelevante para a configuração do crime, uma vez que “o ato de ofício representa, no tipo penal da corrupção, o móvel do criminoso, a finalidade que o anima”. Portanto, apesar do crime de corrupção prescindir da concretização de um ato de ofício, é necessário que a solicitação de vantagem indevida ou o seu oferecimento tenham como explicação a prática possível e eventual de um ato pelo funcionário³²².

Daí porque, de acordo com o Ministro, não é preciso que o ato de ofício visado pela corrupção seja “*desde logo, certo, preciso e determinado*”, uma vez que o comportamento que a norma penal busca reprimir “*é a pretensão de influência indevida no exercício de funções públicas, traduzida no direcionamento do seu desempenho, comprometendo a isenção e imparcialidade que devem presidir o regime republicano*”. Tal conclusão se extrai da própria construção linguística dos tipos penais incriminadores, que emprega a expressão “em razão dela”, no art. 317, e a preposição “para”, no art. 333, que estão ligadas às noções de explicação, causa ou finalidade, “*de modo a revelar que o ato de ofício, enquanto manifestação de potestade estatal, existe na corrupção em estado potencial, i.e., como razão bastante para justificar a vantagem indevida, mas sendo dispensável para a consumação do crime*”³²³.

Em resumo, na visão do Ministro Luiz Fux, o ato de ofício funciona como elemento atrativo ou justificador da solicitação ou do oferecimento da vantagem indevida, mas jamais como pressuposto para o aperfeiçoamento do crime de corrupção. A solicitação de vantagem indevida em razão da função decorre da simples possibilidade de o agente público poder praticar um ato de ofício influenciado por essa vantagem. Caso venha a

³²² Acórdão AP 470/MG, fls. 53.135/53.166.

³²³ Acórdão AP 470/MG, fls. 53.137.

praticá-lo, configurar-se-á mero exaurimento do ilícito³²⁴.

Da mesma forma, o Ministro Gilmar Mendes destacou que a censura penal no crime de corrupção passiva recai sobre a mercancia da função pública³²⁵. Didaticamente, esclareceu, *in verbis*: “*Debate-se, é certo, quanto à exigência de um determinado ato. Penso que a defesa labora em equívoco conceitual. A exigência de determinação do ato funcional está relacionada à imprescindível conexão entre o ato e a função pública e não, propriamente, ao ato materializado, pois é indiferente para a consumação do delito que o ato funcional venha a ser praticado ou não. Não estou a defender, por óbvio, que a imputação possa ser genérica, abstrata, despida de conteúdo descritivo mínimo, mas que a relevância penal é a mercancia da função pública e não o ato em si (inclusive porque pode ser lícito)*”³²⁶.

Por fim, registra-se que o Ministro Celso de Mello ratificou integralmente o voto que proferiu no julgamento da AP n.º 307/DF (caso “Collor”), frisando que basta, para efeito de integral realização do crime de corrupção passiva, que o agente execute qualquer das ações previstas no art. 317, *caput*, do Código Penal, motivado pela perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais. Em outras palavras, a configuração do crime de corrupção passiva reclama “*a existência de uma relação entre a conduta do agente – que solicita, ou que recebe, ou que aceita a promessa de vantagem indevida – e a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício*”³²⁷.

Importa registrar que os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso e Cármen Lúcia, acerca da tipificação do crime de corrupção passiva, não foram menos relevantes. Todavia, optou-se por deixar de fazer-lhes menção específica, a fim de evitar a mera repetição de argumentos, já que também se posicionaram pela prescindibilidade da efetiva prática de um ato de ofício para a configuração do delito, nos termos dos votos acima referidos.

³²⁴ Acórdão AP 470/MG, fls. 53.137/53.138. Em seu voto, mais adiante, às fls. 55.695, o Ministro Luiz Fux esclarece que a efetiva prática do ato de ofício integra apenas a forma qualificada do crime de corrupção passiva (CP, art. 317, §1º). Igual registro fez a Ministra Cármen Lúcia, às fls. 53.567, esclarecendo, todavia, que os parlamentares foram denunciados pela forma simples de corrupção passiva (CP, art. 317, *caput*).

³²⁵ Acórdão AP 470/MG, fls. 53.930.

³²⁶ Acórdão AP 470/MG, fls. 55.976.

Por outro lado, em que pese o Ministro Ricardo Lewandowski, quando da apreciação dos crimes de corrupção passiva imputados aos parlamentares, ter acatado as premissas definidas pela maioria dos integrantes da Corte, acima referidas, em momento anterior do julgamento, quando da análise da mesma acusação envolvendo os acusados João Paulo Cunha e Henrique Pizzolato, o Ministro sustentou a tese de que para a consumação do crime de corrupção passiva “*é preciso que o agente pratique, retarde ou omita um ato de ofício relacionado com a vantagem indevida*”, aduzindo, para tanto, que, no seu entender, o Plenário do STF, no julgamento da Ação Penal n.º 307/DF, teria consignado “*a imprescindibilidade de se apontar o ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo exercido para configurar-se o crime de corrupção passiva*”³²⁸. O mesmo se verifica em relação ao voto do Ministro Dias Toffoli³²⁹.

Estabelecida, assim, a moldura típica do art. 317, *caput*, do Código Penal, a maioria dos Ministros do STF³³⁰ decidiu que restaram demonstrados os crimes de corrupção passiva imputados a João Paulo Cunha e Henrique Pizzolato, diante das provas de que eles receberam indevidamente recursos de Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, para a prática de atos inseridos em suas atribuições funcionais, que acabaram por beneficiar as agências de publicidade dos quais os três corruptores eram sócios³³¹.

Quanto aos crimes de corrupção passiva imputados aos parlamentares, o Ministro Relator consignou que as provas que instruíram o processo autorizavam concluir que os acusados solicitaram e receberam recursos em razão da função pública e em troca de fidelidade e apoio político na Câmara dos Deputados³³². Nesse sentido, destacou que os próprios envolvidos, à exceção do réu José Borba, confirmaram os pagamentos, da ordem de 55 milhões de reais, distribuídos ao longo de dois anos, em momentos e valores distintos, e que tais recursos eram provenientes de acordos firmados entre o PT e os

³²⁷ Acórdão AP 470/MG, fls. 56.092.

³²⁸ Acórdão AP 470/MG, fls. 52.566, 52.568 e 55.348.

³²⁹ Acórdão AP 470/MG, fls. 53.253 e 55.900.

³³⁰ Nesse sentido, por todos, o voto da Ministra Cármen Lúcia, fls. 53.419 e 53.484.

³³¹ Conforme destacado no parágrafo anterior, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli absolveram João Paulo Cunha, entendendo pela ausência de provas suficientes da prática de um específico ato de ofício em contrapartida às vantagens por eles recebidas.

³³² Acórdão AP 470/MG, fls. 55.290/55291.

parlamentares acusados, cujos partidos políticos que comandavam, há época, apesar da notória incompatibilidade ideológica, passaram a compor a base aliada do Governo na Câmara dos Deputados³³³.

Segundo o Ministro: “*A Reforma da Previdência e a Reforma Tributária foram os principais exemplos de votações do interesse do Governo na Câmara dos Deputados que sofreram interferência desses pagamentos, embora não tenham sido os únicos atos de ofício cuja prática se pretendeu influenciar. De fato, essas reformas receberam o fundamental apoio dos parlamentares comprados pelo Partido dos Trabalhadores e das bancadas por eles orientadas ou dirigidas, exatamente no momento em que foram realizados os maiores repasses de dinheiro aos parlamentares acusados. Para exemplificar os atos de ofício cuja prática os corruptores pretendiam influenciar, através dos pagamentos, essas votações auxiliam na demonstração do vínculo com os pagamentos*”³³⁴.

Conforme externou o Relator, não se pode desconsiderar que os pagamentos se estenderam por um ano ou dois anos, conforme cada partido político, evidenciando o potencial da influência que exerceram sobre as votações na Câmara dos Deputados, de modo que eventual ausência de participação de um parlamentar em uma ou outra votação não assume relevância no contexto da prática criminosa³³⁵, até porque, em relação aos acusados, os atos de ofício mercadejados envolviam todas as atribuições que desempenhavam no exercício do mandato e não apenas o voto ou a orientação de voto em prol dos interesses dos corruptores ativos³³⁶.

Diante desse contexto, o Ministro Joaquim Barbosa concluiu pela configuração dos crimes de corrupção passiva imputados aos parlamentares (CP, art. 317, *caput*), reconhecendo que os acusados, valendo-se de suas funções como Deputados Federais e ainda líderes parlamentares, integrantes de comissões internas ou altos dirigentes de partidos com representação na Câmara dos Deputados, condicionaram seu apoio e o de

³³³ Acórdão AP 470/MG, fls. 55.098/55.099.

³³⁴ Acórdão AP 470/MG, fls. 55.101.

³³⁵ Acórdão AP 470/MG, fls. 55.122.

³³⁶ Acórdão AP 470/MG, fls. 55.295.

suas bancadas ao Governo Federal ao recebimento de recursos para si e para seus partidos, sendo que a destinação dada aos recursos recebidos, seja para cobrir gastos pessoais ou para custear despesas de campanhas políticas, não tem qualquer relevância, já que inserida na fase de exaurimento do crime³³⁷. Em arremate, esclareceu que os parlamentares foram acusados de corrupção por terem recebido dinheiro para votar e não pelo conteúdo dos seus votos em si, razão pela qual não se aplicaria a imunidade material conferida a deputados e senadores por suas opiniões, palavras e votos³³⁸.

Por sua vez, apesar de reconhecer que não havia prova cabal de que uma lei em particular teria sido aprovada especificamente em razão de um determinado pagamento recebido pelo parlamentar que a aprovou, o Ministro Luiz Fux destacou a existência de fortes indícios de que as votações no Congresso Nacional foram influenciadas pelos valores indevidamente recebidos por parlamentares que formavam a base aliada do Governo, posto que *“o numerário não foi transferido a qualquer partido. Foi transferido a partido com representação sólida na Câmara legislativa do governo federal. Da mesma forma, o pagamento não se destinou a qualquer parlamentar da legenda, senão aos respectivos líderes, capazes de orquestrar ações conjuntas com maior facilidade”*³³⁹.

Sobre a questão, a Ministra Cármen Lúcia salientou que o ofício dos parlamentares é a prática de ações político-legislativas, apoiando ou se contrapondo às diretrizes e ações governamentais, pelo qual já são devidamente remunerados pelos cofres públicos. Desse modo, qualquer outro recebimento para essa atuação, *“máxime em se cuidando de prática que conduza a ação como entrega contraprestada pela aceitação da promessa ou vantagem indevida que seja oferecida, constitui conduta penalmente ilícita”*³⁴⁰.

Para encerrar, o Ministro Celso de Mello consignou que o *“ato de votação parlamentar, realizado, ou não, segundo o programa partidário da agremiação política, desde que estimulado pela promessa, mera promessa ou efetiva percepção de indevida*

³³⁷ Acórdão AP 470/MG, fls. 55.122 e 55.130.

³³⁸ Acórdão AP 470/MG, fls. 55.301.

³³⁹ Acórdão AP 470/MG, fls. 55.670/55.671 e 55.696/55.697.

³⁴⁰ Acórdão AP 470/MG, fls. 53.568.

vantagem, qualifica-se como típico ato de ofício para efeito de caracterização do crime de corrupção passiva, sendo irrelevante a licitude, ou não, do ato a ser praticado pelo agente venal”³⁴¹.

Novamente, importa registrar que os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ayres Britto e Rosa Weber, acerca da comprovação dos crimes de corrupção passiva imputados aos parlamentares, não foram menos relevantes. Todavia, optou-se por deixar de fazer-lhes referência específica, a fim de evitar a mera repetição de argumentos, uma vez que também se posicionaram pela condenação dos réus, nos termos dos votos acima referidos.

Registra-se também que, apesar de aderirem ao voto proferido pelo Ministro Relator, em razão do acatamento da tese firmada pela maioria do plenário do STF, quanto aos pressupostos para a tipificação do crime de corrupção passiva, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli fizeram questão de consignar em seus respectivos votos que não vislumbraram nos autos a prova de que os parlamentares acusados teriam praticado algum específico ato de ofício vinculado ao recebimento dos recursos repassados pelo PT³⁴².

4.4- Análise comparativa dos casos “Collor” e “Mensalão”: o ato de ofício “potencial” para a caracterização da mercancia da função

Na prática, quem faz o injusto é o intérprete, com base na norma e na compreensão do seu sentido. Assim, em que pese inalterada, desde 1940, a redação do preceito primário do art. 317 do Código Penal, que tipifica o crime de corrupção passiva, é nítido que houve uma recente e significativa alteração na interpretação de seus contornos pelo STF.

Como visto, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, tradicionalmente, adotavam uma interpretação objetiva do crime de corrupção passiva, que se pode dizer “restritiva”, exigindo para caracterizar a venalidade da função pública a existência de nexo de

³⁴¹ Acórdão AP 470/MG, fls. 56.206.

causalidade entre a solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida pelo funcionário público e a prática ou a omissão, ainda que futura, de um determinado ato de ofício compreendido em suas atribuições funcionais³⁴³.

Conforme salienta COSTA³⁴⁴, tal exigência gerava repercussões importantes em dois momentos do processo penal: o primeiro, quando do oferecimento da denúncia, que deveria apontar o específico ato funcional motivador da corrupção; e o segundo, por ocasião do julgamento, incumbindo ao magistrado verificar a existência de prova do nexo de causalidade entre a vantagem indevida e o ato de ofício indicados pela acusação.

Por seu turno, o STF, quando do julgamento da Ação Penal n.º 307/DF (Caso “Collor”), ao ser confrontado quanto à tipificação do crime de corrupção passiva, por maioria, adotou a linha hermenêutica tradicional, constante do voto do Ministro Relator Ilmar Galvão, e decidiu que para a configuração do delito, na forma do art. 317, *caput*, do Código Penal, basta que o agente público, visando auferir uma vantagem indevida, realize alguma das condutas incriminadas com a perspectiva de praticar, omitir ou retardar um ato de ofício inserido em suas atribuições funcionais³⁴⁵, não se exigindo, portanto, a efetiva prática ou abstenção do referido ato.

Vale registrar que, no mencionado julgamento, o Ministro Sidney Sanches³⁴⁶ chegou a sustentar a imprescindibilidade da efetiva prática do ato de ofício visado pelo suborno, no que foi antagonizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence³⁴⁷, que defendeu a irrelevância da predeterminação de um ato de ofício para a configuração do crime, por não se tratar de elemento típico, sendo suficiente para o preenchimento do tipo penal o recebimento de vantagem indevida pelo funcionário no exercício da função pública.

Ainda em relação à Ação Penal n.º 307/DF, vale destacar que o STF não chegou a

³⁴² Acórdão AP 470/MG, fls. 55.409 e 55.845, respectivamente.

³⁴³ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *O Crime de Corrupção no Direito Penal Brasileiro*. In: Crônicas Franciscanas do Mensalão. São Paulo, Quartier Latin, 2014, p. 236.

³⁴⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *O Crime de Corrupção Passiva e a Jurisprudência do STF*. In: Crônicas Franciscanas do Mensalão. São Paulo, Quartier Latin, 2014, p. 36.

³⁴⁵ Vide nota 298.

³⁴⁶ Vide nota 306.

³⁴⁷ Vide nota 308.

aprofundar a discussão acerca da abrangência do conceito de ato de ofício, ou do seu grau de determinação, no âmbito do crime previsto no art. 317, *caput*, do Código Penal, até porque, em duas das três acusações de corrupção passiva imputadas ao ex-Presidente da República Fernando Collor a denúncia sequer mencionou qual teria sido o ato de ofício por ele mercadejado (efetivo ou eventual), e, na outra, em que foi apontado um ato de ofício concreto, a Corte não vislumbrou provas suficientes de que a sua prática teve vinculação com o recebimento de uma vantagem indevida. Por isso, o STF, ainda que por maioria, absolveu o ex-Presidente da República em todas as três acusações de corrupção passiva.

Decorridos cerca de vinte anos, por ocasião do julgamento da Ação Penal n.º 470/MG (caso “Mensalão”), o STF foi novamente instado a decidir acerca da tipificação do crime de corrupção passiva.

Todavia, se no caso “Collor” a denúncia apresentada pelo MPF não fez referência a qualquer conduta comissiva ou omissiva do ex-Presidente da República relacionada com o recebimento de uma vantagem indevida, a denúncia oferecida no caso “Mensalão” imputou a cada um dos parlamentares acusados o fato de ter solicitado e recebido vantagens indevidas em troca de apoio político, em especial, no que se refere a votações de interesse do Governo Federal na Câmara dos Deputados. É certo que, em relação a essa “compra e venda” de apoio político, a denúncia não identificou um específico ato de ofício que tivesse sido praticado ou omitido por cada parlamentar, em razão das vantagens auferidas, fazendo uma alusão genérica aos atos de ofício abrangidos pelas funções do cargo e uma referência às votações da Reforma da Previdência e da Reforma Tributária.

Daí que, no julgamento do “Mensalão”, os Ministros do STF tiveram que ir além do que havia sido decidido no caso “Collor”, onde ficou estabelecido que para a consumação do crime de corrupção passiva, na forma prevista no art. 317, *caput*, do Código Penal, é suficiente que o agente público tenha atuado com a simples perspectiva da prática ou omissão de um ato de ofício inserido em suas atribuições funcionais. Com efeito, a par da aplicação desta premissa ao caso concreto, os Ministros tiveram que se debruçar sobre a questão do conceito de ato de ofício e do grau de determinação que lhe deve ser exigido, ou seja, o quão certo e delimitado ele precisa ser, para que se possa

inferir o mercadejar com o cargo e afirmar a ocorrência do crime de corrupção passiva. De modo mais específico, o Tribunal teve que decidir se a acusação de “compra e venda” de apoio político permitia identificar atos de ofício de atribuição dos parlamentares passíveis de terem sido influenciados pelo recebimento da vantagem indevida, caracterizando o comércio da função pública.

Inicialmente, em relação à definição de “ato de ofício”, os Ministros ressaltaram que este representa todo ato compreendido na esfera das atribuições do agente público. Conforme frisou o Ministro Ayres Britto³⁴⁸, trata-se de “ato do ofício”, que, no caso dos parlamentares, se materializa nos atos de legislar, fiscalizar e julgar, que se dão por meio de opiniões, palavras e votos. A seu turno, o Ministro Joaquim Barbosa destacou que também se inserem na abrangência do termo os atos compreendidos no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício da função, que mantenham uma relação funcional imediata com o desempenho do cargo³⁴⁹.

Já na análise do caso concreto, o Plenário do STF considerou que os pagamentos realizados aos parlamentares acusados tinham como única motivação o exercício do mandato e que havia uma correlação de proximidade entre as datas de alguns desses pagamentos e as datas de votação de importantes matérias de interesse do Governo Federal, realidade que permitia concluir pela influência que tais pagamentos tiveram na atuação e no próprio voto desses parlamentares, não havendo necessidade de ser indicado, individualmente, cada ato ou omissão, já que a prova da “compra e venda” de apoio político demonstrava de maneira satisfatória e com um grau aceitável de determinação a mercancia da função pública, pois, em face de suas atribuições funcionais e regimentais, os parlamentares acusados podiam praticar diversos atos do interesse dos corruptores no Congresso Nacional, dentre os quais, o voto se traduziria no ato de ofício por excelência.

Como visto, para fundamentar essa conclusão, o Tribunal considerou que, em relação ao crime de corrupção passiva, o que importa é a pretensão de influenciar o exercício da função pública, a vontade de direcioná-la, utilizando-se de uma vantagem indevida. A efetiva prática ou omissão do ato são dispensáveis para a configuração do tipo

³⁴⁸ AP 470/MG, fls. 56120.

penal³⁵⁰, assim como a sua prévia individualização, bastando a potencialidade de se tratar de algum ato inerente à função (ato de ofício potencial)³⁵¹. Também não importa a licitude ou ilicitude do ato em si, posto que a corrupção contamina o processo de tomada de decisão, desviando-o do interesse público³⁵².

Nesse sentido, destacou o Ministro Luiz Fux: “*Um exame cuidadoso da legislação criminal brasileira revela que o ato de ofício representa, no tipo penal da corrupção, apenas o móvel daquele que oferece a peita, a finalidade que o anima. Em outros termos, é a prática possível e eventual de ato de ofício que explica a solicitação de vantagem indevida (por parte do agente estatal) ou o seu oferecimento (por parte de terceiro). (...) Daí que, em verdade, o ato de ofício não precisa se concretizar na realidade sensorial para que o crime de corrupção ocorra. É necessário, porém, que exista em potência, como futuro resultado prático pretendido, em comum, pelos sujeitos envolvidos (corruptor e corrupto)*”³⁵³.

Em jeito de síntese, percebe-se que o STF alterou, ao menos em parte, a jurisprudência construída no caso “Collor”, que exigia, ainda que em mera perspectiva, que a conduta do funcionário se vinculasse a um determinado ato inserido no âmbito de suas atribuições, passando assim a admitir, no julgamento do caso “Mensalão”, a indeterminação de tal ato, desde que demonstrada, de forma satisfatória, a relação entre a vantagem indevida e a função pública exercida pelo funcionário³⁵⁴.

Não obstante as razões apresentadas pelos Ministros do STF no julgamento do “Mensalão”, que identificam no crime de corrupção passiva o vínculo da vantagem

³⁴⁹ Acórdão INQ 2.245/MG, fls. 12.954, e Acórdão AP 470/MG, fls. 55.295/55.296.

³⁵⁰ Mas, caso venha a ocorrer, pode provocar um agravamento da pena, nos termos dos arts. 317, §º1, e 333, parágrafo único, do Código Penal.

³⁵¹ Nesse sentido: SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Análise da decisão da APn 470/MG pelo STF referente aos crimes contra a Administração Pública – Corrupção passiva e ativa – Elementos do tipo penal*. Revista dos Tribunais, Ano 102, Volume 933, julho/2013, p. 202.

³⁵² Nesse sentido: NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Reflexões pontuais ...*, p. 54/55.

³⁵³ Acórdão AP 470/MG, fls. 53136 e 53.139.

³⁵⁴ Em sentido contrário, destaca-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: “*Insisto nesta reafirmação, Sr. Presidente, mormente em face da observação do eminente Ministro Revisor de que a Corte reviu seu posicionamento e abandonou a exigência do ato de ofício. Não é esta minha compreensão. (...) A Jurisprudência firmada na AP 307 permanece, portanto, inalterada: é indispensável ato de ofício em potencial para configuração do crime de corrupção passiva, apesar de não ser necessária sua efetiva prática pelo corrupto*”. AP 470/MG, fls. 55.976.

indevida com a função pública e não com um concreto ato de ofício, entendemos que ainda existem outros argumentos que também amparam a mesma conclusão.

Aproveitando as análises históricas realizadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence no caso “Collor”³⁵⁵ e pelo Ministro Ricardo Lewandowski no caso “Mensalão”³⁵⁶, pode-se afirmar, sem a menor dúvida, que, quando da elaboração do Código Penal em vigor, não era possível ao legislador brasileiro desconhecer que as legislações pátrias antecedentes e a maioria das legislações estrangeiras contemporâneas faziam menção expressa ao “ato de ofício” como elemento típico do crime de corrupção passiva.

Nesse sentido, apenas como exemplo, citam-se o Código Penal brasileiro de 1890³⁵⁷ e o Código Penal suíço de 1937:

Código Penal brasileiro de 1890:

“Art. 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida; aceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dádiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei.”

Código Penal suíço de 1937:

“Art. 315. Les membres d’une autorité, les fonctionnaires, les personnes appelées à rendre la justice, les arbitres, les experts, traducteurs ou interprètes commis par l’autorité qui, pour faire un acte impliquant une violation des devoirs de leur charge, auront d’avance sollicité, accepté ou se seront fait promettre un don ou quelque autre avantage auquel ils n’avaient pas droit, seront punis de la réclusion pour trois ans au plus ou de l’emprisonnement.”

Conforme já mencionado neste trabalho³⁵⁸, Nelson Hungria teria afirmado que o Código Penal suíço de 1937 serviu de inspiração para que o Código Penal brasileiro de 1940 rompesse com a tradição da bilateralidade necessária entre os crimes de corrupção

³⁵⁵ Acórdão AP 307/DF, p. 2.707/2.714.

³⁵⁶ Acórdão AP 470/MG, fls. 52.565/52.568.

³⁵⁷ Decreto nº 847/1890, de 11.10. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em 11.08.2016.

³⁵⁸ Vide nota 280.

passiva e ativa e também os disciplinasse em capítulos distintos³⁵⁹. Todavia, curiosamente, essa mesma influência não se verifica em relação à identidade do requisito funcional, consubstanciado no “ato de ofício”.

Portanto, a partir da análise do direito positivo, a opção do legislador brasileiro de seguir caminho distinto e vincular a “vantagem indevida” à “função pública” e não ao “ato de ofício”, tem, necessariamente, que produzir algum efeito prático na configuração do crime de corrupção passiva previsto no art. 317, *caput*, do Código Penal, até porque o legislador não se valeu dessa mesma fórmula na construção do crime de corrupção ativa, descrito no art. 333, *caput*, do mesmo *codex*, no qual o “ato de ofício” figura expressamente como elemento típico.

Pode-se até questionar a falta de harmonia que deveria haver entre as figuras passiva e ativa da corrupção, porém, isto não autoriza insistir na equivalência de tipos penais distintos, para o fim de exigir a predeterminação de um ato de ofício na corrupção passiva, como se nada tivesse sido alterado no direito positivo e ignorando os princípios da reserva legal e da tipicidade estrita, ainda mais, porque a opção feita pelo legislador não gera uma proteção deficiente ao bem jurídico-penal, nem produz um resultado teratológico³⁶⁰.

É inegável que a distinção adotada pelo legislador foi proposital, tanto que, quando ele quis restringir a conduta do agente público ao “ato de ofício”, assim o fez em relação ao crime de prevaricação (CP, art. 319)³⁶¹, ao passo que, quando entendeu necessário ampliar o espectro punitivo, vinculou as ações incriminadas à função pública, como se verifica no crime de concussão (CP, art. 316)³⁶², cuja “*ação incriminada consiste em exigir vantagem indevida, direta ou indiretamente, em razão da função pública. Exigir*

³⁵⁹ “(...) todos os ordenamentos precedentes ao vigente, conectaram as punições do corruptor ativo ao passivo. Particular e Administração eram parte da mesma moeda e a descrição material dos crimes – os chamados tipos penais – compreendiam uma perfeita bilateralidade penal. Assim, a corrupção ativa sempre era parte da corrupção passiva, ao menos em sua construção típica”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Corrupção: uma análise criminológica ...*, p. 609.

³⁶⁰ Nesse sentido, porém, tratando da corrupção ativa subsequente: DELMANTO, Celso; *et. al. Código Penal Comentado ...* p. 915.

³⁶¹ “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

é reclamar, intimar, ordenar ou impor como obrigação. A ação deve obrigatoriamente relacionar-se com o exercício da função pública que o agente desempenha ou que virá a desempenhar (na hipótese de não a ter ainda assumido), pois na base na incriminação está o metus publicae potestatis, ou seja, o temor de represália por parte da autoridade. Como ensina Nelson Hungria (Comentários, v. IX/359), «cumpra que o agente proceda, franca ou tacitamente, em função da autoridade, invocando ou insinuando a sua qualidade»³⁶³.

Ademais, a nosso ver, não se pode alegar que o ato de ofício estaria contido implicitamente no art. 317, *caput*, do Código Penal, em razão de constar de forma expressa nos §§1º e 2º do mencionado dispositivo. Primeiro, porque, a par dos valiosos argumentos em contrário, a figura do §2º não encerra uma forma privilegiada do crime de corrupção passiva, pois ausente um elemento básico e nuclear da corrupção, que é a vantagem indevida. Na verdade, o §2º retrata o antigo crime de “suborno”, que era previsto nos Códigos Penais brasileiros de 1830³⁶⁴ e 1890³⁶⁵ e que se distinguiu do crime de “peita”, justamente por ser motivado por uma influência ou pedtório e não por dinheiro ou outro tipo de donativo. Todavia, nas legislações penais anteriores, a punição era a mesma para ambos os crimes³⁶⁶.

Assim, a localização topográfica escolhida pelo legislador não se mostra correta, uma vez que não é possível enquadrar as condutas descritas no §2º do art. 317 do Código Penal no conceito de corrupção em sentido estrito, por não refletirem o mercadejar com o cargo. Com efeito, o traço característico da corrupção é o comércio da função pública em face de uma vantagem indevida, o que não se vislumbra no tipo penal em apreço, que retrata infrações de deveres funcionais desprovidas de quaisquer contrapartidas, algo muito mais próximo do crime de prevaricação (CP, art. 319)³⁶⁷, do qual se distingue tão somente pela intervenção de um terceiro, de quem parte o pedido ou que exerce influência sobre o

³⁶² “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”.

³⁶³ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: volume 2, parte especial*. 7ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 3853/3854.

³⁶⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm#art60. Acesso em 11.08.2016.

³⁶⁵ Vide nota 357.

³⁶⁶ Vide nota 260.

funcionário, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar um ato de ofício. Ademais, nas hipóteses do §2º, aquele que pede ou influencia a atuação do funcionário público não responde por corrupção ativa (CP, art. 333), pois não oferece nem promete qualquer vantagem indevida.

Desse modo, a falta de semelhança com os elementos que compõem o tipo básico/simplex, constante do art. 317, *caput*, do Código Penal, impede que se trate a previsão contida no §2º desse dispositivo como hipótese de “corrupção passiva privilegiada”, pelo que melhor seria se constituísse um tipo penal autônomo ou integrasse uma modalidade do crime de prevaricação.

Por outro lado, no §1º do art. 317, que aí sim contempla uma forma qualificada de corrupção passiva, pois contém todos os elementos básicos inseridos no *caput* do artigo, a referência expressa ao ato de ofício tem por finalidade caracterizar uma conduta mais grave do agente público, retratada na hipótese em que ele pratica um ato de ofício com violação do dever funcional. Desse modo, versa o §1º sobre corrupção própria, onde o bem jurídico-penal é duplamente atingido pela conduta do *intraneus*, tanto pelo recebimento da vantagem indevida em razão da função, quanto pela efetiva prática de um ato estatal contrário ao que determina a lei. Portanto, não se pode considerar o ato de ofício como sendo um elemento básico da corrupção passiva, pois ele foi inserido pelo legislador justamente em uma circunstância especial – específica – que qualifica o tipo simples previsto no *caput* e que se contenta em punir o simples mercadejar com o cargo, ou seja, o recebimento de vantagem indevida em razão da função, independentemente da efetiva prática ou omissão de um ato de ofício. Ademais, a comparação entre as formas simples e qualificada deve ser feita daquela para esta, e não o contrário, como, a nosso ver, procedeu MIRABETE³⁶⁷ no parecer apresentado na Ação Penal n.º 307/DF, para justificar a indispensabilidade do ato de ofício na figura do art. 317, *caput*, do Código Penal.

Além disso, aprende-se nos bancos acadêmicos que a lei não contém palavras inúteis, devendo dela se extrair todo o conteúdo lógico que comporta a sua literalidade.

³⁶⁷ Vide nota 361.

³⁶⁸ Vide nota 279.

Ademais, como adverte FARIA COSTA³⁶⁹, “o significado da norma não se limita à explicitação dos elementos do tipo e à determinação da medida da pena, mas antes expressa uma valoração axiológica traduzível em um imperativo ou proibição legal”.

Nessa perspectiva, como o crime de corrupção passiva visa tutelar valores constitucionais de observância obrigatória na atividade estatal³⁷⁰, depreende-se que o emprego do termo “função pública” oferece maior proteção ao bem jurídico-penal do que a vinculação das condutas típicas a um determinado “ato de ofício”, pois alarga o âmbito de incriminação, permitindo punir todo recebimento de vantagem indevida com potencialidade para interferir na atuação do Estado e não apenas aquele relacionado com a venda de um específico ato de ofício. Ademais, a experiência demonstra que, em casos de corrupção envolvendo altos dignitários, há extrema dificuldade em se identificar o concreto ato mercadejado, face à ampla discricionariedade que tais pessoas detêm no exercício da função pública. Em tais casos, a prova de uma conduta omissiva chega a ser diabólica e, por certo, o legislador não fechou os olhos para essa realidade, adotando na construção do art. 317, *caput*, do Código Penal, um componente moral mais acentuado, com destaque para a dignidade da função e a importância do fim que ela persegue, comunicando a todos, em especial, a seus próprios integrantes, de modo claro, a relevância dos princípios norteadores da administração pública.

Por certo que o “ato de ofício” não é irrelevante na configuração do crime de corrupção passiva, pois ele mantém uma relação genética com o elemento típico: “função pública”. Dito de outro modo, todo cargo, emprego ou função pública possui uma órbita de competência definida, abrangendo um conjunto determinado ou determinável de atos, que é visado pela corrupção. Todavia, como bem destacou o Ministro Luiz Fux³⁷¹, “o ato de ofício funciona como elemento atrativo ou justificador da vantagem indevida, mas jamais como pressuposto para a configuração típica de corrupção”, uma vez que ele se liga à função pública e não à vantagem indevida, sendo, ademais, dispensável a sua efetiva

³⁶⁹ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 137.

³⁷⁰ Constituição Federal brasileira: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ...”.

³⁷¹ AP 470/MG, fls. 53137.

prática ou omissão para o aperfeiçoamento do tipo penal.

Dessa forma, é o poder ou a possibilidade de praticar, omitir ou retardar atos de ofício, que de alguma forma possam interferir nos interesses do particular, que leva o funcionário público a mercadejar com o cargo. Não fosse assim, o particular não teria razão para aderir à solicitação de vantagem indevida do agente público ou tomar a iniciativa de oferecê-la³⁷². E é por isso que se torna factível a configuração do crime mesmo quando o agente público se encontra “fora da função ou antes de assumi-la”, já que tal poder ou possibilidade subsiste, ainda que para serem exercidos no futuro. E é justamente nesse ambiente em que se inserem os “pagamentos de facilitação”, com os quais o particular busca criar um clima de aproximação, boas-vontades ou predisposição, para o dia em que um favor se fizer necessário.

Não se pode perder de vista que os crimes de corrupção demandam um juízo de funcionalidade, ou seja, não se trata de punir o simples recebimento de vantagem pelo funcionário no exercício do cargo, até porque tal conduta pode se justificar em uma relação de caráter pessoal. Assim, o que lei incrimina é o recebimento de vantagem indevida em razão da função – por causa dela –, sendo necessária, portanto, a demonstração deste vínculo funcional, que pode se dar por meio do ato de ofício.

Isso porque, embora não se verifique uma relação imediata entre o recebimento de uma vantagem indevida e a prática ou omissão de um específico ato de ofício, a identificação dos atos inseridos nas atribuições do funcionário público ou no âmbito dos seus poderes de fato, somada a outros elementos circunstanciais, como a área de atuação profissional do particular e a forma sub-reptícia do pagamento³⁷³, permitirão afirmar, no caso concreto, acima de qualquer dúvida razoável, que a vantagem teve como causa a função pública.

³⁷² Nesse sentido: COSTA, Helena Regina Lobo da. *O Crime de Corrupção Passiva ...*, p. 35/36, e BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O Ato de Ofício como Elemento para Caracterizar o Crime de Corrupção*. In: *Crônicas Franciscanas do Mensalão*. São Paulo, Quartier Latin, 2014, p. 226.

³⁷³ Na aferição do nexos de causalidade entre a vantagem indevida e a função pública, há também que se levar em consideração as regras da experiência comum e os usos sociais, analisando a posição do funcionário, o grau de relacionamento com o corruptor, o ramo de atividade deste, a ocasião em que a vantagem é solicitada ou oferecida etc. Nesse sentido: PAGLIARO, Antonio. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração ...*, p. 114.

Em resumo, quando não se verifique de imediato uma conduta comissiva ou omissiva do funcionário, é o ato de ofício “potencial”, qual seja, aquele inserido na competência ou nas possibilidades fáticas do cargo exercido pelo agente público e que pode afetar os interesses do particular, que servirá como elemento para demonstrar a natureza retributiva da vantagem e afirmar que a função pública é o que motiva a sua dação, satisfazendo o juízo de funcionalidade³⁷⁴.

E nem se fale que essa interpretação determinaria a inversão do ônus da prova, obrigando o acusado de corrupção passiva a comprovar a inexistência de relação entre a vantagem recebida e a função pública. Primeiro, porque a lei trata de vantagem indevida, ou seja, aquela que não tem um título legítimo e que o funcionário público não deve receber. Segundo, porque as particularidades do caso concreto, analisadas a partir das regras da experiência comum e dos usos e costumes sociais podem, perfeitamente, amparar a conclusão, acima de qualquer dúvida razoável, de que a vantagem indevida representa a paga por favores funcionais, ainda que eventuais.

Com efeito, no cotidiano comum, ninguém proporciona uma vantagem a um funcionário público de forma despretensiosa. O corruptor oferece ou promete a vantagem indevida em troca de um benefício, ainda que futuro, motivado pela existência de um interesse próprio ou de terceiro suscetível de ser atendido por uma conduta comissiva ou omissiva do funcionário. Isso, quando o próprio agente público não toma a iniciativa de solicitar a vantagem indevida pela mesma razão. Como afirma FAZZIO JÚNIOR: “*esta é a compra e venda da função pública, com retribuição presente ou mediata, conforme as circunstâncias e a espécie da vantagem. (...) Em síntese, se o terceiro que presenteia o oficial público tem interesse que pode ser atingido ou amparado por ato de seu ofício, dificilmente se poderá falar em mera cortesia*”³⁷⁵.

Por outro lado, em relação ao intitulado ato de ofício “potencial”, também não é caso de se exigir a sua perfeita delimitação para a consumação do crime de corrupção

³⁷⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público ...*, p. 169/180.

³⁷⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público ...*, p. 184.

passiva³⁷⁶. Como afirma COSTA JÚNIOR, a individualização poderá se limitar ao genérico dos atos, que, por sua vez, comporta a individualização de todos os atos de ofício que, como espécies, acham-se compreendidos nas atribuições funcionais do agente público³⁷⁷.

Nesse sentido foi a observação feita pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do caso “Mensalão”: *“A exigência de determinação do ato funcional está relacionada à imprescindível conexão entre o ato e a função pública e não, propriamente, ao ato materializado, pois é indiferente para a consumação do delito que o ato funcional venha a ser praticado ou não. (...) a relevância penal é a mercancia da função pública e não o ato em si (inclusive porque pode ser lícito)”*³⁷⁸.

Ainda sobre a identificação do ato de ofício “potencial”, também não se pode olvidar que, como no caso “Mensalão”, a depender das atribuições funcionais desempenhadas pelo agente público, o interesse do corruptor pode ser satisfeito por várias formas e por diversas condutas, dificultando, assim, a delimitação prévia e precisa do objeto da corrupção. Por outro lado, essa determinação é mais fácil de ser alcançada quando se trata de funcionários públicos com estreitas margens de atuação e atribuições taxativamente previstas em lei. Por certo que tais particularidades devem ser levadas em conta na análise do caso concreto, a fim de calibrar o grau de determinação do ato de ofício “potencial” indicativo do comércio da função pública.

Por fim, restam duas considerações a serem feitas. A primeira, de que a prática de corrupção passiva imprópria, qual seja, aquela em que o suborno visa um ato lícito, que não é contrário aos deveres funcionais, como não pode ser subsumida às previsões dos §§1º e 2º do art. 317 do Código Penal, que tratam, exclusiva e respectivamente, de corrupção própria e de “corrupção sem vantagem indevida”, deverá ser enquadrada na figura do *caput* desse dispositivo, cabendo ao juiz, em caso de condenação, relevar a maior gravidade e reprovação da conduta na dosimetria da pena, considerando que o tipo base

³⁷⁶ Nesse sentido: STJ, REsp 440.106/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 09/10/2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=521147&num_registro=200200694573&data=20061009&formato=PDF. Acesso em 02/03/2017.

³⁷⁷ PAGLIARO, Antonio. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração ...*, p. 114.

³⁷⁸ Acórdão AP 470/MG, fls. 55.976.

também abrange a “corrupção sem a demonstração do ato concreto pretendido”. E ao contrário do que afirmou MIRABETE³⁷⁹ em seu parecer, não há qualquer ilogicidade nessa conclusão, posto que a doutrina sempre admitiu que a previsão do art. 317, *caput*, do Código Penal também abrange a hipótese em que o ato ilícito não chega a ser praticado ou omitido pelo funcionário, já que tal realidade não se enquadra no âmbito de incriminação do §1º, que exige a efetiva prática ou omissão do ato.

A segunda é que a interpretação conferida pelo STF ao ato de ofício “potencial”, na moldura do art. 317, *caput*, do Código Penal, é perfeitamente compatível e em nada interfere na configuração de eventual crime de corrupção ativa correspondente. Isso porque, apesar do art. 333, *caput*, do Código Penal, projetar uma ação futura, em razão do emprego da expressão “para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”, o legislador também antecipou a sua consumação para o momento do oferecimento ou da promessa da vantagem indevida (crime de resultado cortado), figurando a efetiva prática, omissão ou retardamento do ato de ofício na fase de exaurimento do crime. Daí porque o grau de determinação do ato visado pelo corruptor ativo também pode ser relativizado.

5- A dupla incriminação da conduta questionada

Como já ventilado na introdução deste trabalho, a pergunta que se pretende responder, à luz dos Códigos Penais português e brasileiro, é quanto à possibilidade de se enquadrar como crime de corrupção a conduta do funcionário público que solicita ou aceita uma vantagem indevida de um particular, no exercício das suas funções ou por causa delas, sem que tal vantagem esteja vinculada à prática ou omissão, ainda que eventual, de um concreto ato de ofício, ou, em outras palavras, sem que se demonstre o efetivo “contributo” do funcionário em contrapartida do suborno, situação na qual se inserem, por exemplo, os “pagamentos de facilitação”.

Como demonstrado nos itens 3 e 4 acima, nas atuais realidades normativas, a conduta questionada é digna de reação penal em ambos os países, por configurar um “mercadejar com o cargo”.

³⁷⁹ Vide nota 281.

No caso de Portugal, verifica-se que o legislador, na busca de maior eficácia repressiva, promoveu sucessivas alterações no regime jurídico-penal da corrupção de funcionários públicos, para, ao fim e ao cabo, eliminar a exigência da verificação do nexo causal entre a vantagem indevida e um ato ou omissão do funcionário, ilícito ou lícito, antecedente ou subsequente, entendendo que a mera solicitação ou aceitação de vantagem pelo funcionário, sem que a mesma seja devida, no exercício das funções ou por causa delas, encerra um desvalor (uma perigosidade) diante do bem jurídico tutelado – autonomia intencional do Estado – configurando uma modalidade de “corrupção pelo exercício de funções”, mais fácil de ser provada em juízo.

Dessa forma, o atual art. 372º do Código Penal português, sob a rubrica “recebimento indevido de vantagem”, contempla no seu n.º 1 a punição do “*funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida*”. Não há no tipo penal, portanto, qualquer alusão ao ato de ofício.

Interessante notar que com a edição da Lei n.º 32/2010, de 2.7, o legislador português criou um ilícito-típico (CP, art. 372º) que se aproxima do âmbito de incriminação do crime suborno direto, que figurava no Código Penal de 1886.

Já no Brasil, em que pese o art. 317, *caput*, do Código Penal, que trata do crime de “corrupção passiva”, desde 1940, possuir uma redação próxima à do art. 372º, n.º 1, do Código Penal português: “*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*”, vimos que a doutrina e a jurisprudência nacionais, inspiradas em legislações e doutrinas estrangeiras, exigiam para o preenchimento do tipo penal a especificação do ato de ofício mercadejado e a demonstração do nexo de causalidade com a vantagem indevida, o que acabava por dificultar a produção da prova necessária à condenação.

Nesse contexto, coube ao STF recolocar as balizas típicas nos limites estabelecidos pelo legislador, decidindo no julgamento do caso “Mensalão” que para a configuração do crime de corrupção passiva basta a demonstração de que a vantagem indevida visa influenciar o exercício da função pública, sendo dispensável a efetiva prática ou omissão de um ato de ofício, assim como a sua prévia individualização, contentando-se o tipo penal com a simples potencialidade de se tratar de algum ato inerente às atribuições do funcionário ou incluído no âmbito dos seus poderes de fato.

A nosso ver, por ocasião desse julgamento, mesmo sem fazer uma referência expressa, o STF se aproximou da doutrina de ALMEIDA COSTA e, por consequência, da fundamentação legislativa do crime de “recebimento indevido de vantagem”, hoje presente no ordenamento penal português, ao pontuar que no crime de corrupção passiva: “*O comportamento reprimido pela norma penal é a pretensão de influência indevida no exercício das funções públicas, traduzida no direcionamento do seu desempenho, comprometendo a isenção e imparcialidade que devem presidir o regime republicano*”³⁸⁰.

Diante disso, se bem compreendido, o crime de corrupção passiva no ordenamento jurídico brasileiro também visa tutelar a autonomia intencional do Estado, daí que a simples solicitação ou aceitação de vantagem indevida pelo funcionário público em razão da função já acarreta um dano ao bem jurídico protegido, independentemente da prática ou omissão de um ato de ofício. Nesse contexto, os deveres de legalidade, objetividade e imparcialidade no exercício da função têm por escopo garantir que o funcionário, quando manifeste a vontade juridicamente imputável ao Estado, o faça com a observância dos fins a que este persegue, sem retirar da autoridade do cargo qualquer benefício para si ou para terceiro, até porque já é devidamente remunerado pelo erário.

Não obstante, como adverte CLÁUDIA SANTOS³⁸¹, a conexão entre a vantagem indevida e a função pública sempre terá que existir para que se possa falar em corrupção. Essa conexão pode resultar da prova de que a vantagem visa a compensação por um ato ou omissão de serviço (corrupção passiva ou ativa), ou, ao invés, decorrer da conclusão de que a dação ou promessa da vantagem não tem uma qualquer outra justificação razoável, a

³⁸⁰ Ministro Luiz Fux, AP 470/MG, fls. 53.137.

não ser a relação funcional (recebimento indevido de vantagem), o que, porém, deve ser avaliado em cada caso concreto.

Depreende-se que a citada autora faz referência ao juízo de funcionalidade, definido por DAMIÃO DA CUNHA³⁸² como elemento implícito na “*interpretação-integração*” das normas relacionadas ao exercício de funções públicas. Por conta desse elemento, tanto no ordenamento penal português, quanto brasileiro, não basta para a configuração do ilícito-típico o mero ato do funcionário de receber uma vantagem no exercício do cargo. Necessário que essa vantagem derive da qualidade de funcionário, da “*simples circunstância do funcionário ter essa qualidade em virtude de ocupar determinada função pública*”, posto que o ofertante tem interesse na atividade profissional do funcionário, que não se materializa em uma pretensão dependente das funções ou em um ato concreto do serviço, mas sim na “*intenção de criar um clima de «permeabilidade» ou «simpatia», de forma a «conquistar» a disponibilidade do funcionário para um favorecimento futuro, ainda que apenas potencial ou eventual ou a «preparar o terreno» para o contributo do funcionário na alteração do curso do processo de formação da «vontade», isto é, da decisão do Estado*”³⁸³. Ademais, não se pode perder de vista que a vantagem deve ser indevida, à luz das normas que regem as atribuições funcionais, e nem estar inserida em um contexto de adequação social.

Diante desse quadro, pode-se afirmar, por exemplo, que os “pagamentos de facilitação”, por contemplarem, pelo lado do particular, a ideia de utilidade ou de potencialidade de favorecimento, e pelo lado do funcionário, o propósito de retirar proveito do cargo, se enquadram no âmbito de incriminação do delito de “recebimento indevido de vantagem” em Portugal (CP, art. 372º) e do delito de “corrupção passiva” no Brasil (CP, art. 317, *caput*), que encerram a forma mais simples de corrupção, para a qual basta o “mercadejar com o cargo”, independentemente da demonstração da prática ou da intenção de um concreto ato de ofício.

Não obstante, o juízo de funcionalidade para a subsunção da conduta a essas duas

³⁸¹ SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime ...]*, p. 371.

³⁸² Vide nota 168.

³⁸³ NIZA, Rita M. Meira. *Contributo para a análise do novo crime de recebimento ...*, p. 39.

molduras legais, ou seja, a verificação da relação entre a vantagem indevida e a função pública, demandará, muitas vezes, sob pena de se recair em impunidade, o abandono da metodologia de investigação e valoração tradicionais, pautada na prova direta e pessoal, para se proceder à reconstrução do fato em julgamento por meio da prova indiciária ou indireta, que, apesar de possuir igual valor, exige maior argumentação e convencimento³⁸⁴.

Com efeito, na falta de um específico ato de ofício visado pelo suborno, serão as circunstâncias nas quais envolto o recebimento da vantagem, como aquelas mencionadas por ALMEIDA COSTA³⁸⁵, que indicarão o mercadejar com a função pública, não se olvidando que, face à comunhão de interesses, o funcionário corrompido e o seu corruptor terão atuado no sentido de encobrir suas ações ilícitas, dificultando a colheita de elementos probatórios.

Nesse ponto, vale consignar que a condenação com base em indícios – graves, precisos e concordantes – é admitida tanto em Portugal como no Brasil³⁸⁶, onde vigora o princípio da livre apreciação da prova, dentro de um processo acusatório e em que se busca alcançar a máxima verdade e certeza possíveis, sendo o juiz obrigado a motivar, honesta e lealmente, todas as suas decisões, afastando, assim, qualquer nota de arbitrariedade³⁸⁷.

6- Conclusão

Como já ressaltado, a corrupção tem sido um fenômeno onipresente na história da humanidade, variando apenas quanto ao nível e às formas específicas que toma em cada época e sociedade. Porém, no mundo complexo e globalizado em que vivemos, as novas modalidades de interação social parecem potencializar ainda mais a propagação de práticas corruptas, criando um cenário de corrupção sistêmica, amplamente disseminada nas

³⁸⁴ Nesse sentido: BRAVO, Jorge dos Reis. *Fraude e corrupção: repensar um modelo contemporâneo de prevenção e controlo*. In: Os Crimes de Fraude e a Corrupção no Espaço Europeu. José de Faria Costa (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 127/128.

³⁸⁵ Vide nota 142.

³⁸⁶ Portugal: STJ, Processo n.º 07P4588, Rel. Juiz Conselheiro Armindo Monteiro, 12.09.2007, disponível em: <http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia-42213/basedados>; Brasil: STF, AP n.º 481, Rel. Ministro Dias Toffoli, 08.09.2011, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acessos em 12.06.2017.

³⁸⁷ INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria. *Da necessidade de modificação da análise da prova nos delitos de corrupção*. Boletim IBCCRIM, N.º 50, 1997, p. 4.

diversas esferas da gestão pública³⁸⁸.

Nesse contexto, a corrupção ultrapassa a ideia de simples transgressão ética e moral, pois cria barreiras ao livre comércio e ao desenvolvimento econômico, coloca em risco a estabilidade das instituições e a governabilidade dos Estados, afeta a execução de políticas públicas e a prestação de serviços fundamentais à população e ainda mantém estreita relação com atividades do crime organizado.

Em que pese o esforço normativo das entidades regionais e internacionais para combater esse fenômeno, a verdade é que boa parte das medidas de prevenção e repressão constantes dos diversos documentos produzidos ainda não foram implementadas a contento pelos países signatários, minando a tentativa de uma ação global contra a corrupção³⁸⁹. Além disso, os métodos de realização dos desvios são constantemente aperfeiçoados e ainda encontram a facilidade de operar com instrumentos fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico, a exemplo de empresas *offshore*.

Não bastasse, existem outros inúmeros e complexos desafios a serem enfrentados por Brasil e Portugal, como a adoção da máxima publicidade dos atos de gestão pública, maior transparência e controle do financiamento de campanhas e partidos políticos e a alteração das leis processuais penais, notadamente, com o fim de promover o equilíbrio entre a garantia da ampla defesa e a efetivação da justiça, eliminando a cultura da impunidade.

³⁸⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O Financiamento Eleitoral e os Desvios da Administração Pública*. In: Crônicas Franciscanas do Mensalão. São Paulo, Quartier Latin, 2014, p. 127.

³⁸⁹ Após 16 anos de aplicação oficial das medidas anticorrupção acordadas, o Relatório de Progresso de 2015, elaborado pela TI sobre a aplicação da Convenção da OCDE, mostra que há execução ativa da convenção em apenas 4 países, execução moderada em outros 6, execução limitada em 9 e pouca ou nenhuma aplicação em 20 países, sendo que 2 países signatários não foram classificados. EUA, Alemanha, Reino Unido e Suíça, que são os 4 países que executam ativamente a convenção, representam 22,8% das exportações mundiais. Itália, Canadá, Austrália, Áustria, Noruega e Finlândia, onde há a sua execução moderada, respondem por 8,9% das exportações mundiais. Portugal está no grupo dos 9 países que aplicam a convenção de forma limitada e que concentram 12,6% das exportações mundiais. Por sua vez, o Brasil integra o grupo dos 20 países em que há pouca ou nenhuma aplicação da convenção e que responde por 20,5% das exportações mundiais. No total, os 41 países signatários da convenção da OCDE são responsáveis por cerca de 2/3 das exportações mundiais e quase 90% do total das saídas de investimento estrangeiro direto. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/exporting_corruption_progress_report_2015_assessing_enforcement_of_the_oecd. Acesso em 20.03.2017. Tradução livre.

Com efeito, em relação à corrupção na esfera pública, observa-se que a fonte de todo o descrédito da sociedade está na dificuldade em se ver punir efetivamente os corruptos. Embora exista uma legislação penal incriminando um leque variado de condutas, tanto a detecção quanto a persecução dos crimes têm sido ineficientes e, quando ocorrem, muitos casos deságuam em absolvições por insuficiência de provas ou prescrição.

Corroborando essa afirmação, levantamento realizado pelo projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio³⁹⁰, mostra que, no STF – um dos tribunais que julga parte das 22 mil pessoas que possuem foro privilegiado no Brasil³⁹¹ –, do total de 404 ações penais concluídas entre 2011 e março de 2016, cerca de 68% (276) prescreveram ou foram repassadas para instâncias inferiores, porque a autoridade deixou o cargo que ensejava a competência do tribunal, circunstância que adiciona ainda mais tempo de tramitação ao processo e potencializa a ocorrência de prescrição. Em apenas 0,74% (3) dos casos houve condenação. Em relação aos 987 inquéritos concluídos no mesmo período, o índice de prescrição ou repasse para instâncias inferiores foi de 38,4% (379) e somente em 5,8% (57) houve decisão desfavorável ao investigado com a abertura de processo penal. De acordo com esses números, na maioria absoluta dos casos, o STF não chega sequer a emitir juízo sobre o mérito da acusação, sendo obrigado a conviver com uma situação de escandalosa impunidade.

Outro exemplo da ineficiência da repressão da corrupção no Brasil pode ser extraído das Estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional³⁹², vinculado ao Ministério da Justiça, que, para o mês de junho de 2014, apontam que havia 70 pessoas cumprindo pena ou aguardando julgamento pela prática do crime de corrupção passiva e outras 262 pessoas, por corrupção ativa, isto, numa massa carcerária avaliada de 188.866 presos.

Em Portugal, a realidade não se mostra diferente. Conforme os dados sobre a

³⁹⁰ Disponível em: http://bon039.cloud.fgv.br/Foro_privilegiado_no_Supremo_Final.pdf. Acesso em 04.04.2017.

³⁹¹ Fonte: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/22-mil-pessoas-tem-foro-privilegiado-no-brasil-aponta-lava-jato>. Acesso em 13.05.2017.

³⁹² Disponível em: www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf. Acesso em 10.05.2017.

corrupção divulgados pela Direção-Geral da Política de Justiça³⁹³, extraídos do Sistema de Informação das Estatísticas da Justiça, no período de 2007 a 2015, houve um decréscimo de 40,2% no número de crimes registrados pelas autoridades policiais (de 122 para 73); uma diminuição de 2,1% no número de processos por corrupção entrados, findos e pendentes na Polícia Judiciária; um decréscimo de 50,8% no número de processos na fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de 1ª instância (de 59 para 29); também houve um decréscimo de 55,9% no número de arguidos em processos por corrupção findos nos tribunais judiciais de 1ª instância (de 102 para 45) e de 51,9% no número de condenados em processos findos (de 52 para 25); e ainda foi verificada uma diminuição de 21,9% no número de recursos em processos por crimes de corrupção findos nos tribunais judiciais superiores (de 32 para 25). Vale registrar que, no período compreendido pela pesquisa, em todos os anos, apurou-se a prevalência dos crimes de corrupção ativa, seguido do crime de corrupção passiva para ato ilícito.

Tais números da justiça criminal, tanto Brasil quanto em Portugal, que poderiam levar um desavisado a crer que a corrupção não é um fenômeno criminoso em exponencial aumento, contrastam com a alta percepção que os cidadãos de ambos os países têm da corrupção no setor público, autorizando a concluir pela incapacidade dos órgãos formais de controle em detectar a corrupção.

Com efeito, os índices de percepção da corrupção apurados em 2016 colocam Portugal em um desconfortável 29º lugar (62 pontos) e o Brasil em um preocupante 79º lugar (40 pontos), dentre os 176 países avaliados pela TI³⁹⁴.

³⁹³ Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/estatisticas-sobre1896/download/File/file/Corrupcao_1997-2015_20161206.pdf?nocache=1481037050.27. Acesso em 23.05.2017.

³⁹⁴ O Índice de Percepção de Corrupção, divulgado pela TI desde 1995, representa o nível relativo da corrupção em cada país avaliado e é elaborado a partir da percepção que empresários e analistas de diversos países têm sobre a corrupção no setor público. Fonte: <http://www.transparency.org/research/cpi/overview>. Com relação ao resultado global do ano de 2016, verifica-se que mais de 2/3 dos 176 países avaliados obtiveram pontuação abaixo da média geral de 43 pontos, indicando a presença de corrupção endêmica no setor público desses países. Além disso, mais países declinaram do que melhoraram em relação aos resultados anteriores, demonstrando a ausência de uma política comprometida com o enfrentamento da corrupção. Ainda com relação ao resultado do ano de 2016, é interessante notar que as pontuações alcançadas por países como Uruguai (71), Chile (66), Espanha (58), Itália (47) e Grécia (44) demonstram que a corrupção não é um problema recorrente apenas em países em desenvolvimento. Todavia, inegavelmente, os países com melhor pontuação, como Dinamarca (90) e Suécia (88), caracterizam-se por terem graus mais elevados de liberdade de imprensa, acesso às informações sobre as despesas públicas, padrões mais fortes de integridade para funcionários públicos e sistemas judiciais independentes. Por fim, tais resultados denunciam

Todavia, não se pode alegar que a ausência de normas penais tem contribuído para a formação desse quadro. Tanto no Brasil quanto em Portugal o regime jurídico da corrupção na esfera pública tem margens bastante amplas, não havendo lacunas de punibilidade que sejam consideradas insuportáveis³⁹⁵. Nesse sentido, observa-se que o legislador criminalizou a corrupção passiva e ativa, própria e imprópria, antecedente e subsequente e, como visto neste trabalho, também a corrupção sem demonstração de ato concreto pretendido, visando, por meio dessas diferentes modalidades, melhor proteger a atividade funcional dos órgãos públicos de ataques internos ou externos que subvertam a sua finalidade³⁹⁶.

Porém, uma coisa é ter no ordenamento leis punitivas, outra é dar-lhes efetividade, por meio da sua correta compreensão e aplicação.

A nosso ver, esse foi o propósito da maioria dos Ministros do STF, quando tiveram oportunidade de julgar um caso paradigmático de corrupção, que ficou conhecido como Mensalão, analisado neste trabalho. Ao ultrapassarem uma doutrina e jurisprudência tradicionalmente restritivas e adotarem uma interpretação do crime de corrupção passiva (CP, art. 317, *caput*), que vincula a vantagem indevida à função pública e assim dispensa a efetiva prática ou omissão e ainda consente com uma certa indeterminação do ato de ofício mercadejado – ato de ofício “potencial” –, os membros da Corte retornaram os limites da norma incriminadora aos marcos estabelecidos pelo legislador, em clara reverência à moralidade administrativa e com visível inspiração nos esforços dispendidos mundialmente no combate à corrupção.

Em apoio a esse argumento, vale transcrever as palavras do Ministro Luiz Fux: *“Ao tipificar a corrupção, em suas modalidades passiva (art. 317, CP) e ativa (art. 333, CP), a legislação infraconstitucional visa a combater condutas de inegável ultraje à moralidade e à probidade administrativas, valores encartados na Lei Magna como pedras*

a conexão entre corrupção e desigualdade social, que se alimentam mutuamente para criar um círculo vicioso entre corrupção e distribuição desigual de poder e de riqueza na sociedade. Fonte: http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016. Acessos em 20.03.2017. Tradução livre.

³⁹⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de agentes públicos em Portugal ...*, p. 151.

³⁹⁶ DIAS, Maria do Carmo S. de Menezes da Silva. *Comentário das Leis Penais Extravagantes ...*, p. 788.

*de toque do regime republicano brasileiro (art. 37, caput e § 4º, CRFB). A censura criminal da corrupção é manifestação eloquente da intolerância nutrida pelo ordenamento pátrio para com comportamentos subversivos da res publica nacional. Tal repúdio é tamanho que justifica a mobilização do arsenal sancionatório do direito penal, reconhecidamente encarado como ultima ratio, para a repressão dos ilícitos praticados contra a Administração Pública e os interesses gerais que ela representa*³⁹⁷.

Igualmente iluminado por esses valores, o legislador português tem buscado alcançar uma maior eficiência no combate à corrupção, o que se nota com a edição da Leis n.º 108/2001 e n.º 32/2010, com as quais pretendeu aclarar o sentido das normas incriminadoras e eliminar elementos típicos que traziam dificuldade à possibilidade de condenação.

Não obstante, a vitória sobre a corrupção não será alcançada com a mera produção normativa, até porque, muito embora a sua simbologia, a intervenção penal no combate à corrupção ocorre sempre de forma tardia e deficiente, quando já verificado o dano causado pela conduta criminosa. Daí que a prevenção tem sido eleita como o meio mais efetivo de enfrentamento da corrupção³⁹⁸. Ainda assim, somente com uma maior e contínua fiscalização das instituições públicas pela sociedade, incentivada pela aquisição de uma consciência democrática e participativa e viabilizada pela ampla publicidade e transparência dos atos de gestão³⁹⁹, é que, progressivamente, se conseguirá depurar a corrupção das atividades praticadas em nome do Estado.

Com efeito, a educação e o civismo da população podem ser considerados eficazes indicadores do índice de corrupção na esfera pública⁴⁰⁰. Acontece que, como já salientado, quanto maiores os índices de corrupção, menos efetivas são as políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais e sociais, pela ausência dos recursos

³⁹⁷ Acórdão AP 470/MG, fls. 53133.

³⁹⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Corrupção, crise política e direito penal* ..., p. 6.

³⁹⁹ Uma boa notícia é que o Brasil é o 8º país no ranking mundial de transparência sobre dados da administração pública. Não obstante, há muito a avançar quanto à facilitação do acesso e da compreensão das informações disponibilizadas, bem como no despertar da sociedade para a importância da sua participação no controle da gestão pública. Fonte: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/05/brasil-melhora-na-transparencia-de-dados-publicos-mas-encontrar-dado-ainda-e-dificil.html>. Acesso em 07.05.2017.

⁴⁰⁰ GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica* ..., p. 466.

desviados. Assim, no âmbito interno (do país), a corrupção opera em um ciclo vicioso, pois, ao tempo em que impede o acesso aos meios de formação da cidadania, também não encontra resistência suficiente em termos de prevenção e repressão.

Por isso, a nosso ver, considerando a gravidade desse fenômeno, além da plena execução das medidas de prevenção e repressão constantes dos instrumentos internacionais já elaborados, a luta contra a corrupção deve caminhar para a sua internacionalização penal⁴⁰¹, a exemplo do que já ocorreu com os crimes de genocídio, contra a humanidade e os crimes de guerra⁴⁰². Mas isto já é assunto para um outro trabalho!

⁴⁰¹ “É bastante significativo o que sucede na União Europeia, onde logo se acabará formando um verdadeiro espaço penal comum, com normas penais materiais e processuais comuns e um controle judicial europeu comum”. ZAPATERO, Luis Arroyo. *A harmonização internacional do direito penal. Ideias e processos*. In: OLIVEIRA, William Terra de, et al (org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. LibesArs, São Paulo, 2013, p.419.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.

ANDRADE, Manuel da Costa. *A Vítima e o Problema Criminal*. Coimbra, 1980.

ASSIS, Larissa Maria Melo Ambrozio de. *Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collor e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal*. Tese apresentada para a obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. *A política criminal brasileira no controle da corrupção pública*. In: Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña. Centro de Estudios Brasileños, Universidad D Salamanca, p. 303-319.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Corrupção, crise política e direito penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender*. Boletim IBCCRIM, N.º 290, Volume 25, 2017, p. 5-7.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O Ato de Ofício como Elemento para Caracterizar o Crime de Corrupção*. In: Crônicas Franciscanas do Mensalão. São Paulo, Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O Financiamento Eleitoral e os Desvios*

⁴⁰² Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

da Administração Pública. In: Crônicas Franciscanas do Mensalão. São Paulo, Quartier Latin, 2014.

BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção de agentes públicos no Brasil: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência. In: A Corrupção. Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Cláudio; e MELO, Débora Taís de. Coimbra Editora, Coimbra, 2009.*

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Especial 5. 6ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2012.*

BRAVO, Jorge dos Reis. *Fraude e corrupção: repensar um modelo contemporâneo de prevenção e controlo. In: Os Crimes de Fraude e a Corrupção no Espaço Europeu. José de Faria Costa (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 111-137.*

CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de corrupção e o fundamento acumulativo. In: Os Crimes de Fraude e a Corrupção no Espaço Europeu. José de Faria Costa (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 297-325.*

CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal – Parte Especial. 20ª Edição, Tirant lo Blanch, Valência, 2015.*

COSTA, António M. de Almeida. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2001, p. 654-801.*

COSTA, António M. de Almeida. *Sobre o crime de corrupção. Almedina, Coimbra, 1987.*

COSTA, Helena Regina Lobo da. *O Crime de Corrupção Passiva e a*

Jurisprudência do STF. In: Crônicas Franciscanas do Mensalão. São Paulo, Quartier Latin, 2014.

COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal.* 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Código Penal Comentado.* 10ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal.* 2ª Edição, Saraiva, São Paulo, 1990.

CUNHA, Ana Isabel Rodrigues da. *O crime de recebimento indevido de vantagem.* Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015.

CUNHA, José M. Damião da. *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção. Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro.* 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

CUNHA, José M. Damião da. *Da Corrupção (do seu enquadramento jurídico no âmbito da tutela penal dos interesses do Estado. Erros legislativos e lacunas de punibilidade).* In: *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, Manuel da Costa Andrade (org.) et al,* Editora Coimbra, Coimbra, 2013, p. 849-918.

CUNHA, José M. Damião da. *O Conceito de Funcionário, para Efeito da Lei Penal e a “Privatização da Administração Pública”.* Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

DELMANTO, Celso; *et. al.* *Código Penal Comentado: Acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar.* 8ª Edição, 2ª Tiragem, Saraiva, São Paulo, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª Edição, Atlas, São Paulo, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*. 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

DIAS, Maria do Carmo S. de Menezes da Silva. *Comentário das Leis Penais Extravagantes – Volume 1*. Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco (org.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

ELLIOTT, Kimberly Ann. *A Corrupção e a Economia Global*. Editora UnB, Brasília, 2002.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. Atlas, São Paulo, 2002.

FELIPPI FILHO, Mario Cesar. *A Corrupção e a sua Tipificação Legal: Breve Enfoque no Tratamento Jurídico Dispensado pelo Código Penal Brasileiro*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, N.º 78, fevereiro-março/2013, p. 91-112.

FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, cultura política e reformas no Brasil*. Revista de Ciências Humanas, Vol. 10, N.º 2, jul/dez 2010, p. 318-334.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. Parte Especial. Volume II*. 5ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1986.

GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica*. Revista dos Tribunais, N.º 820, fevereiro/2004, p. 440-473.

GARCIA, M. Míguez; RIO, J.M. Castela. *Código Penal Parte geral e especial, com notas e comentários*. 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Volume IX*. Forense, Rio de Janeiro, 1958.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria. *Da necessidade de modificação da análise da prova nos delitos de corrupção*. Boletim IBCCRIM, N.º 50, 1997.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *A corrupção em uma perspectiva internacional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, N.º 64, Volume 15, 2007, p. 29-56.

JESUS, Damásio E. *Crimes de corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais*. Saraiva, São Paulo, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal. Parte Especial. 4º Volume. 6ª Edição*, Saraiva, São Paulo, 1995.

LAMAS, Ricardo Rodrigues da C. Correia. *O recebimento indevido de vantagem. Análise substantiva e perspectiva processual*. Revista do Ministério Público, Ano 32, N.º 126, abr./jun., 2011, p. 65-154.

LAUFER, Daniel. *Breves apontamentos sobre a corrupção e seu tratamento no direito brasileiro: atualidades e perspectivas*. In: *Direito Penal Avançado: Homenagem ao Professor Dirceu de Mello*. Curitiba, Juruá, 2015, p. 103-126.

MARTINS, Maria Manuela M. de Castro. *O novo crime de recebimento indevido de vantagens*. Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado em Direito Criminal da Escola de Direito do Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2011.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado. 2ª Edição*, Método, Rio de Janeiro, 2014.

MELO, Débora Thaís de. *Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos*. In: A Corrupção. Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Cláudio; e MELO, Débora Taís de. Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

MENDES, Paulo de Sousa. *Os novos crimes de recebimento e oferta indevidos de vantagem*. In: As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Rui do Carmo (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 29-41 [1].

MENDES, Paulo de Sousa. *Os novos crimes de recebimento indevido de vantagem no Código Penal português*. Revista do Ministério Público do RS, N.º 68, jan/abr 2011, p. 229-240 [2].

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção*. Revista dos Tribunais, Ano 94, Volume 834, abril/2005, p. 741-751.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal. Volume 3*. 29ª Edição, Atlas, São Paulo, 2015.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Corrupção pública: uma pandemia nacional*. Revista Panóptica, N.º 9, agosto de 2007, p. 225-261.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Manual de Direito Penal Contemporâneo: Volume II, Parte Especial*. Chiado Editora, São Paulo, 2015.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *O Crime de Corrupção no Direito Penal Brasileiro*. In: Crônicas Franciscanas do Mensalão. São Paulo, Quartier Latin, 2014.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*. Revista dos Tribunais, Ano 102, Volume 933, julho/2013, p. 47-59.

NIZA, Rita M. Meira. *Contributo para a análise do novo crime de recebimento indevido de vantagem*. Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal, Volume 4*. 20ª Edição, Saraiva, São Paulo, 1995.

OLIVEIRA, André Ferreira de. *Da corrupção: recebimento e oferta indevidos de vantagem*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, abr/jun 2014, Lisboa, p. 487-512.

PAGLIARO, Antonio. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 2ª Edição, Malheiros, São Paulo, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Volume 2. Parte Especial*. 2ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *A intervenção penal na corrupção administrativa e política*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, N.º 2, Vol. 39, 1998, p. 519-527.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 9ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Especial, Volume 3*. 9ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro, Parte Especial, Volume 7*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

RAMINA, Larissa O. *Tratamento jurídico internacional da corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da O.E.A. e a Convenção sobre o*

Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da O.C.D.E. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Volume 9, 2003, p. 201-213.

ROCHA, Patrícia Barcelos N. de Mattos. *Corrupção na era da globalização*. Juruá, Curitiba, 2008.

ROSSETTO, Patrícia Carraro. *O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, N.º 10, Volume 6, 2009, p. 211-286.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção [Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 349-373.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência*. In: *A Corrupção. Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Cláudio; e MELO, Débora Taís de. Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

SANTOS, Cláudia Cruz. *Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção*. In: *A Corrupção. Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Cláudio; e MELO, Débora Taís de. Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

SANTOS, Cláudia Cruz. *Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos (considerações em torno do presente e do futuro do seu regime jurídico)*. Revista Julgar, N.º 11, maio/ago., 2010, p. 51-58.

SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. *Studia jurídica* 56, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

SANTOS, Cláudia Cruz. *Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro*. In: *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Rui do Carmo (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 9-28.

SCHILLING, Flávia. *A luta contra a corrupção e a construção da democracia: perspectivas de análise*. *Revista do ILANUD*, N.º 8, 1998, p. 29-52.

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

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Corrupção: uma análise criminológica*. In: *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Marcial Pons, São Paulo, 2012, p. 603-615.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. *Contra a Corrupção – As Leis de 2010*. In: *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Rui do Carmo (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 43-63.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Análise da decisão da APn 470/MG pelo STF referente aos crimes contra a Administração Pública – Corrupção passiva e ativa – Elementos do tipo penal*. *Revista dos Tribunais*, Ano 102, Volume 933, julho/2013, p. 195-206.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema*. In: *Livro em homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro, 2014, p. 341-360.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La corrupción: su perspectiva latino-americana*. In: OLIVEIRA, Edmundo (org.). *Criminologia crítica*. CEJUP, Belém, 1990.

ZAPATERO, Luis Arroyo. *A harmonização internacional do direito penal. Ideias e processos*. In: OLIVEIRA, William Terra de; et al (org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. LibesArs, São Paulo, 2013.

TORRES, Alcídio. *O combate contra a corrupção e pela promoção da ética em Portugal e no Brasil*. Chiado Editora, Lisboa.