



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Daniel Ribeiro da Silva Aguiar

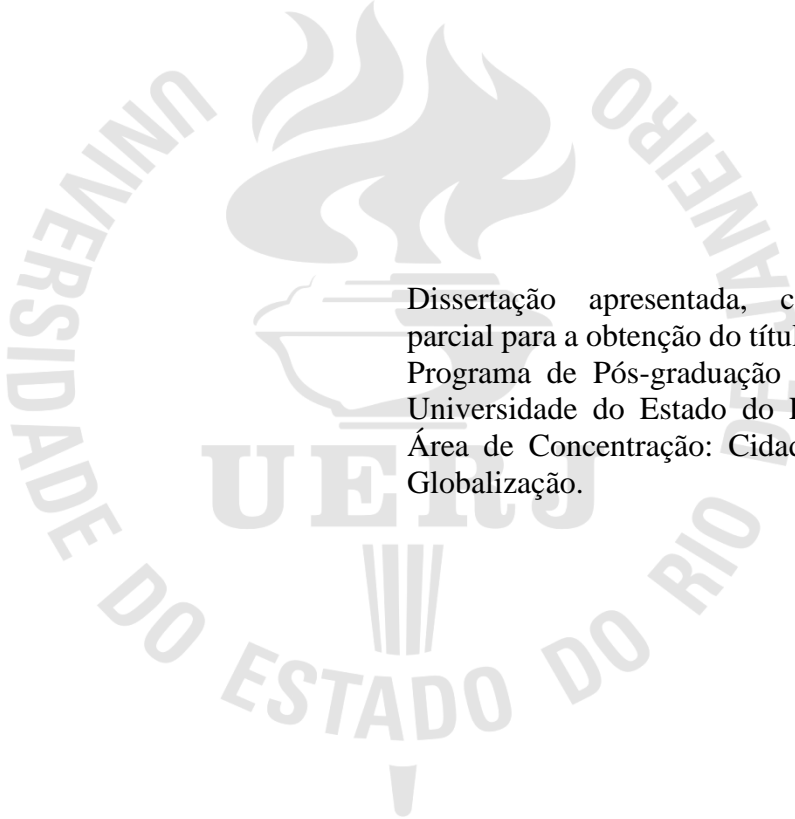
Tipicidade da Corrupção Ativa no Direito Brasileiro – análise crítica sobre os elementos típicos do artigo 333, do Código Penal.

Rio de Janeiro

2017

Daniel Ribeiro da Silva Aguiar

Tipicidade da Corrupção Ativa no Direito Brasileiro – análise crítica sobre os elementos típicos do artigo 333, do Código Penal.



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A282	<p>Aguiar, Daniel Ribeiro da Silva Tipicidade da corrupção ativa no direito brasileiro análise crítica sobre os elementos típicos do artigo 333, do Código Penal / Daniel Ribeiro da Silva Aguiar. - 2017. 100 f.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.</p> <p>1. Corrupção - Teses. 2 Direito penal - Teses. 3. Servidores públicos – Teses. I. Fragoso, Christiano Falk. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.</p> <p>CDU 343.2</p>
------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Daniel Ribeiro da Silva Aguiar

Tipicidade da Corrupção Ativa no Direito Brasileiro – análise crítica sobre os elementos típicos do artigo 333, do Código Penal.

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 15 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Nilo Batista
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2017

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua luz.

Aos meus pais, Abel e Márcia, responsáveis por quem eu sou. Tenho a certeza de que essa vitória significa tanto para eles quanto para mim.

Ao professor Christiano Falk Fragoso, por aceitar orientar esse trabalho e dedicar muito do seu tempo a me ensinar. Não teria chegado até o final sem sua ajuda e confiança.

Ao professor Nilo Batista, pelas inúmeras lições dentro e fora de sala de aula. Poucos têm a oportunidade de ver suas referências tão de perto. Fico honrado em receber suas críticas e crescer com elas.

Ao professor Antônio Sérgio de Altieri de Moraes Pitombo, por me ensinar a pensar o Direito e a Advocacia Penal. É um privilégio trabalhar ao seu lado. Obrigado por conduzir minha formação profissional.

À Julia Sandroni, por todo o apoio técnico e emocional. Jamais poderei retribuir o quanto fez (e faz) por mim.

Ao Felipe Jobim, por todos os debates. Ao Renan Salles, pela revisão de última hora. Aos demais colegas de escritório, pelo suporte.

Ao Orlandino Gleizer e ao Cláudio Bidino, por estarem presentes desde o começo.

A todos os amigos.

RESUMO

AGUIAR, Daniel. **Tipicidade da Corrupção Ativa no Direito Brasileiro – análise crítica sobre os elementos típicos do artigo 333, do Código Penal**. 2017. 98f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Por meio deste trabalho, pretende-se realizar o estudo do tipo penal da corrupção ativa no direito brasileiro - artigo 333, do Código Penal.

A partir da análise do desenvolvimento legislativo do tipo penal, da redação do dispositivo vigente e do bem jurídico afetado pela violação à norma penal, objetiva-se identificar o conteúdo dos elementos típicos, de modo a alcançar os pressupostos necessários ao juízo de tipicidade relacionado ao delito.

Palavras-chave: Corrupção. Corrupção ativa. Tipicidade.

ABSTRACT

AGUIAR, Daniel. **Typicity of Active Corruption in Brazilian Law - critical analysis of the typical elements of article 333 of the Penal Code**. 2017. 98f. Thesis (Master of Criminal Law) – Law School, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

This paper's purpose is to study the criminal type of active corruption in Brazilian law - article 333 of the Penal Code.

By the analysis of the criminal type's legislative development, the wording of the provision in force, and the legal interest affected by the violation of the penal clause, the objective is to identify the typical elements' content, in order to reach the necessary presuppositions for the typicity's judgment related to the crime.

Keywords: Corruption, Active Corruption, Typicity.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	AO REDOR DA CORRUPÇÃO ATIVA	11
1.1	Breve retrospectiva da legislação	13
1.1.1	<u>Antiguidade (do código de Hammurabi à legislação do Império Romano)</u>	13
1.1.2	<u>Idade Média (direito germânico, islâmico e canônico)</u>	15
1.1.3	<u>Baixa Idade Média à Idade Moderna (forais, Siete Partidas e Ordenações)</u> ...	17
1.2	Um pouco sobre dias atuais	19
2	CORRUPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	22
2.1	Traços gerais do desenvolvimento histórico-legislativo da <i>corrupção</i> no ordenamento jurídico brasileiro	22
2.1.1	<u>Corrupção na legislação vigente durante o período colonial</u>	23
2.1.2	<u>Corrupção no Código Criminal do Império de 1830</u>	31
2.1.3	<u>Corrupção no Código Penal da República de 1890</u>	33
2.1.4	<u>Corrupção no Código Penal de 1940</u>	37
2.2	Das principais propostas de reforma dos crimes de <i>corrupção</i>	41
2.2.1	<u>Do Código Penal de 2012</u>	41
2.2.2	<u>Das Dez medidas de combate à <i>corrupção</i></u>	45
3	NOÇÕES DE TIPICIDADE	49
3.1	Noções prévias de <i>tipicidade</i>	49
3.1.1	<u>Conceitos de <i>tipo</i> e <i>tipicidade</i></u>	51
3.1.2	<u>Noções sobre <i>tipicidade sistemática</i></u>	53
3.1.3	<u>Noções sobre <i>tipicidade conglobante</i></u>	54
3.1.4	<u>Noções sobre <i>tipicidade subjetiva</i></u>	55
4	TIPICIDADE DA CORRUPÇÃO ATIVA	57
4.1	O crime de corrupção ativa - artigo 333, do Código Penal	57
4.2	Bem jurídico	57
4.3	Sujeitos do delito	62
4.4	Verbos nucleares: “<i>oferecer</i>” e “<i>prometer</i>”	62
4.4.1	<u>Sobre a omissão dos verbos “<i>dar</i>” e “<i>entregar</i>”</u>	64
4.4.2	<u>Consumação e tentativa</u>	66
4.4.3	<u>Concurso de agentes</u>	67

4.5	“Vantagem indevida”	68
4.5.1	“Vantagem devida”	71
4.6	Noção penal de “funcionário público” – art. 327, do Código Penal	72
4.6.1	<u>Alteração introduzida pela Lei 6.799 de 1980 e a situação jurídica dos funcionários de <i>empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas</i></u>	77
4.6.2	<u>Alteração introduzida pela lei 6.799 de 1980 e a situação jurídica dos funcionários de empresas <i>contratadas</i> ou <i>conveniadas</i> para atividades típicas da Administração Pública</u>	80
4.6.3	<u>Síntese do conceito atual de “funcionário público” para fins de projeção do tipo da <i>corrupção ativa</i></u>	82
4.7	Tipo subjetivo: o especial fim de agir: “<i>praticar, omitir ou retardar ato de ofício</i>”	82
4.7.1	<u>Dolo: cognição e intencionalidade</u>	86
4.8	Breve crítica à escala penal	86
4.9	Breve crítica à causa de aumento de pena	88
	CONCLUSÃO	91
	REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é a *corrupção ativa* no direito brasileiro. Para ser mais preciso, diante desse assunto tão amplo, o que será abordado é a *tipicidade* desse delito, levando em conta a disciplina atual do artigo 333, do Código Penal, e seu desenvolvimento histórico-legislativo.

Surgem, nesse âmbito, inúmeras questões, a começar por: qual seria conteúdo do bem jurídico afetado pela violação à norma proibitiva contida no tipo penal? Além disso, quais podem ser os sujeitos ativos e passivos desse delito? É possível hipótese de concurso de agentes? Qual o seu objeto material? Qual o momento de consumação? É admissível a tentativa? Quais condutas são capazes de se adequar ao núcleo típico? Qual finalidade deve orientar o agir delitivo?

Tendo essas e outras perguntas em mente, o objetivo final do presente trabalho é identificar (e problematizar) os elementos necessários para que determinado fato seja subsumido ao tipo penal, partindo de uma análise dogmática sobre a projeção do dispositivo vigente.

Ao meu ver, a relevância desse tema se justifica pela simples presença do dispositivo no Código Penal, mas não se pode deixar de considerar as constantes referências ao delito em noticiários de jornal, no meio acadêmico e no próprio cotidiano popular, fruto da eclosão de operações policiais recentes, como a “Eletrolão” e a “Lava Jato”. Tais eventos, como amplamente veiculado pela mídia, culminaram em processos criminais envolvendo supostos “esquemas” de *propina*, capitaneados por grandes empresas nacionais.

Para que seja alcançado o objetivo desejado, proponho, por meio do presente trabalho, um pensar específico sobre a tipicidade da *corrupção ativa*, tratando-a de modo autônomo em relação às demais modalidades de *corrupção* previstas na lei brasileira. Essa construção será realizada em quatro capítulos, com escopos bem delimitados, a partir da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

Nesse mister, o primeiro capítulo servirá a cingir o objeto do estudo, trazendo o conceito de *corrupção ativa* que irá nortear todo o trabalho e contextualizando sua presença nos diversos ordenamentos, em especial, no direito brasileiro.

De antemão, alerta-se que se pretende lidar do assunto com objetividade. Será preconizada a análise do aspecto jurídico, em lugar de conceitos de cunho social, econômico e

de outros campos científicos. Não se desconsidera a importância das diferentes visões, mas a respectiva análise, se realizada, fugiria ao escopo proposto.

Muito embora se critiquem digressões *ad infinitum*, não se poderá, nesse tópico, esquivar da análise histórica, ainda que sucinta. Supõe-se que o estudo do desenvolvimento do delito, do direito passado ao atual, possa servir à compreensão das estruturas jurídicas de hoje.

Assim, será analisada a eventual presença de dispositivos atinentes à *corrupção*, desde as legislações da antiguidade, passando pelo direito romano, até alcançar o direito penal do intermédio, as legislações modernas e os diplomas atuais.

No segundo capítulo, deter-se-á à análise dos delitos de *corrupção* no ordenamento brasileiro, tratando, dessa vez, com detalhes, do desenvolvimento legislativo, desde as primeiras ordenações portuguesas, até o Código Penal vigente, sem deixar de abordar as principais propostas de reforma.

Nesse ponto, espera-se seja possível reconstruir a origem da *corrupção ativa* no direito interno do Brasil como delito específico em relação aos demais, para que eventuais *mudanças* e *permanências* no seu tratamento jurídico auxiliem na compreensão do conteúdo típico atual.

Desde já, pedem-se escusas por alguns *paralelismos* que serão utilizados no decorrer da análise legislativa, conectando dispositivos de ordenamentos passados a elementos presentes no tipo penal de hoje. Sabe-se que, muitas vezes, essa conexão não é precisa. No entanto, pretende-se manter referências do gênero, apenas para facilitar a identificação dessas *mudanças* e *permanências* a serem examinadas.

Finda a análise do desenvolvimento legal da *corrupção ativa*, no terceiro capítulo, então, serão estabelecidas as premissas necessárias para análise da respectiva *tipicidade*, elegendo-se um marco teórico para nortear o estudo da dogmática.

Note-se, por oportuno, que o intuito não é desenvolver, em detalhes, uma teoria da *tipicidade*. Pretende-se, tão somente, expor algumas noções mínimas sobre a perspectiva escolhida para o estudo do tipo penal, a fim de que seja possível compreender as ponderações a serem realizadas, ou, ainda, para que delas seja possível discordar.

Finalmente, no quarto capítulo, será analisada, propriamente, a *tipicidade* da *corrupção ativa*, quando se espera alcançar o objetivo final do presente trabalho. Nesse âmbito, toda a construção realizada levará em conta o texto do artigo 333, do Código Penal, que possui a seguinte redação:

“Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

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

De início, será estudado o *bem jurídico afetado* pela violação à norma. Serão examinadas, de forma crítica, as noções desenvolvidas pela doutrina em geral e, a partir disso, tentar-se-á alcançar um *bem jurídico* que melhor delimite a o escopo e a legitimidade da criminalização.

A partir daí, serão, então, tratadas as elementares típicas, iniciando-se pelo *tipo objetivo*. Espera-se problematizar o entendimento de cada um dos dados que integram o tipo penal, prefaciando com a delimitação dos *sujeitos do delito*, das *ações nucleares*, do *momento de consumação* e do eventual *concurso de agentes*.

Passado esse segundo ponto, serão trabalhados os conteúdos dos seus elementos normativos, enfrentando discussões doutrinárias e jurisprudenciais, para balizar o entendimento de expressões como “*vantagem indevida*” e “*funcionário público*”.

Além disso, ainda serão discutidos os elementos que integram o *tipo subjetivo*, abordando o *dolo* e o *especial fim de agir* trazido na lei, que exigirá o enfrentamento do conceito de “*ato de ofício*”, bem como os debates quanto à *sedução* do agente público e à necessidade de se realizar a *individualização* da conduta funcional desejada pelo *particular*.

Ao final, será realizada a leitura crítica da *escala penal* e da *causa de aumento de pena* previstas no dispositivo, levando em conta aspectos de *tipicidade* e o cotejo com outros tipos penais.

Em conclusão, pretende-se alcançar o objetivo proposto, identificando o conteúdo dos elementos típicos da *corrupção ativa*, de modo a delinear os pressupostos necessários ao juízo de *tipicidade*. Além disso, espera-se seja possível suscitar um debate sobre questões que eventualmente estejam sedimentadas, mas não tenham sido objeto da devida problematização.

1. AO REDOR DA CORRUPÇÃO ATIVA.

Ao pensar no estudo de um delito, parece natural iniciar-se com uma tentativa, breve que seja, de definir o seu conceito, algo que se assemelha a um ensaio estabelecido entre autor e leitor, no intuito de limitar e contextualizar o objeto a ser examinado. Sem dúvida, já nesse primeiro ponto, pela simples abordagem realizada, algumas impressões começam a ser plantadas e um olhar atento é capaz de perceber os rumos que serão seguidos no texto.

Embora o delito seja um *fato jurídico* e o seu reconhecimento obedeça à técnica que lhe é própria, o olhar sobre ele não se restringe à lente do direito. Enquanto alguns estudiosos lutam para recortá-lo nos limites dessa ciência, outros se deslocam do campo de trabalho que lhes é de competência, para buscar conceitos sob diferentes prismas. Surgem, então, inúmeros conceitos *substanciais* de delito¹.

No que concerne aos crimes de corrupção, isso não ocorre de forma distinta, sendo usual encontrarmos manuais e monografias específicas que iniciam as respectivas análises com definições de corrupção como *fenômeno social complexo*, a partir de múltiplos referenciais, para, somente depois, preconizar o exame da legislação, notadamente como instrumento de contenção desse fenômeno.

Livianu, por exemplo, citando Villoria Mendieta, conceitua a corrupção sobre três campos de visão, afirmando que haveria as concepções: “*sociológica, econômica e jurídica*”. Ao final, entende o autor que cada grupo teórico forneceria apenas elementos parciais para a construção de um conceito, mas que o estudo conjunto proporcionaria atingir “*um modelo capaz de construir um critério para a intervenção nos processos sociais, políticos, históricos e judiciais, a fim de combater a corrupção*”².

De fato, antes de existir corrupção enquanto delito, há corrupção enquanto fenômeno social, de múltiplas feições, rotineiramente abordado por diferentes áreas científicas, no contexto nacional e internacional³. Daí a miríade de perspectivas a serem analisadas, algumas delas abordadas pelo aludido autor.

Esse, todavia, não é o estudo que se pretende fazer no âmbito do presente trabalho. Muito embora o exame do delito possa ser enriquecido por noções de vitimologia, criminologia

¹ Sobre isso, importante o exame da crítica de Everardo da Cunha, em: LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime* e outros estudos. 3.ed. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1970, p. 17.

² LIVIANU, Roberto. *Corrupção: incluindo a nova lei anticorrupção*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 24/25.

³ Sobre movimentos internacionais anticorrupção, v. HAYASHI, Eduardo Hideo: *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Lumen Juris, 2015.

e política criminal, faltaria espaço para trabalhar todas as perspectivas nesse texto, que será limitado à análise dogmática.

Quanto às demais perspectivas no entorno do delito, como a análise econômica ou filosófica, deixo de fazer pois não acho que seriam de muita valia para o exame proposto. Entendo que essas se ligam muito mais ao *fato social da corrupção* do que ao *fato jurídico da corrupção*, os quais possuem conteúdos notadamente distintos⁴.

A *corrupção* a ser estudada no presente trabalho será, portanto, aquela que se restringe ao *fato jurídico*, tratada a partir da dogmática penal.

No direito brasileiro, por força da Constituição da República⁵, do Código Penal⁶ e de diplomas internacionais, como a Declaração de Direitos do Homem⁷ e o Pacto de São José da Costa Rica⁸, vige o princípio da legalidade, que limita à lei o papel de definir delitos e as respectivas reprimendas.

Como leciona Francisco de Assis Toledo, o princípio da legalidade é aquele “*segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva*”⁹.

Assim, o conceito jurídico de *corrupção ativa* a ser adotado, necessariamente, possui como ponto de partida o texto da lei, de forma específica, o artigo 333, do Código Penal, que criminaliza a conduta de “*oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício*”.

O delito de *corrupção*, que passa a ser examinado, conceitua-se como o fato humano, que, juridicamente, se adequa ao conteúdo desse *tipo penal*.

Como será tratado em capítulo próprio, esse juízo de adequação, hoje, observa determinadas categorias desenvolvidas pela dogmática (*tipicidade, antijuridicidade e*

⁴ Remeto, então, o leitor interessado às doutrinas: FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 23/60 e MILESKI, Helio Saul. *O Estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.341/394.

⁵ “Art. 5º - XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁶ “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

⁷ “Art. 11º, 2 - Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido”.

⁸ “Art. 9º - Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado”.

⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21.

culpabilidade), sendo mais do que a simples reprodução, no mundo fenomênico, do texto abstrato da lei. Sobre o primeiro desses juízos (*tipicidade*), recai a análise desse trabalho.

Antes de inicia-la, todavia, relevante traçar uma breve retrospectiva sobre as raízes desse delito, a fim de contextualizar o seu surgimento e sua manutenção, nos inúmeros ordenamentos, até os dias atuais, justificando a razão do seu estudo.

1.1 Breve retrospectiva da legislação.

1.1.1 Antiguidade (do código de Hammurabi à legislação do Império Romano).

Ao longo dos anos, o tema da *corrupção* interessou a inúmeros pensadores - como Platão, Aristóteles, Rousseau e Maquiavel - e não foi à toa, pois crimes dessa natureza ocupam lugar de destaque nas ordens jurídicas, desde os povos antigos¹⁰.

De acordo com Edmundo Oliveira, a *corrupção* estaria presente já no *código* do rei Hammurabi (sec. XXIII a.C.), apesar de não ser muito precisa. O autor extrai essa noção do artigo 5º, do compêndio, que alude à punição do “juiz que julgou uma causa, deu uma sentença, mandou retirar um documento selado e depois alterou seu julgamento”¹¹.

Particularmente, concordo em admitir que, nesse ordenamento, já se tratou da *corrupção*, ainda que de forma incipiente, mas não acho que essa ideia esteja contida no referido dispositivo. Digo isso, porque, nesse texto, se trata de uma conduta de abuso da autoridade, mas não há qualquer menção ao aliciamento do magistrado ou ao mercantilismo da função pública.

Ao meu ver, verdadeira hipótese de *corrupção* estaria prevista nos artigos 2º e 3º ali contidos, que punem a testemunha responsável por prestar informação falsa, em razão de ter recebido “grão ou prata”, situação em que esta seria punida com a “pena do processo”¹².

Essa parece ser uma primeira aparição do delito de *corrupção de testemunha*, que, posteriormente, viria a ser concebido em diversos ordenamentos, persistindo na legislação brasileira até os dias atuais (art. 342, §1º, do Código Penal).

¹⁰ COSTA, Antônio Manuel de Almeida. *Sobre o Crime de Corrupção*. Coimbra: Gráfica de Coimbra. 1987, p. 5.

¹¹ OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, p. 8.

¹² “Art. 3.º Se um homem, em processo, se apresenta como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa em perda de vida, ele deverá ser morto.

Art. 4.º Se apresentou-se com falso testemunho por causa de grão ou de prata, ele carregará a pena desse processo” – VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial). *Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e novo): Lei das XII Tábuas*. 3. ed. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 11.

Em outras leis antigas, como no *código* de Manu (sec. XV a.C.), também é possível identificar disposição, aparentemente, semelhante, no dístico 105, do Livro 8º. Ali, pune-se o falso testemunho realizado por *cobiça*, com pena de multa de mil *panas*.¹³

Além disso, no livro 9º, desse Código, há dispositivos que prescrevem uma vedação geral à *corrupção*, como os dísticos 673 e 675, por meio dos quais se recomenda que “o rei, empregando como *espões seus próprios olhos, distinga*” os diferentes tipos de ladrões, dentre eles “os homens que se deixam corromper por presentes”¹⁴.

Ainda que a redação desse diploma, de estrutura quase poética, dificulte o estabelecimento de um vínculo concreto entre a proibição e a punição correspondente, a leitura dos dísticos 678 e 679 sugere que tais pessoas, quando identificadas, deveriam ser subjugadas ao rei, para imposição de uma “*pena justamente proporcional a seus delitos e às suas faculdades*”¹⁵.

No direito grego, a partir da fase clássica (séc. VII a.C.), seriam tratados, de forma específica, os delitos de *corrupção ativa e passiva*, denominados *Dóron*. Em dado momento, surgiria, inclusive, uma modalidade especial de *corrupção*, relacionada aos *juízes*, chamada *Dekasmós*¹⁶. De acordo com Nelson Hungria, a punição para delitos dessa natureza, na Grécia, seria a morte¹⁷.

Indo a fundo na leitura dos ordenamentos antigos, seria possível destacar menções à *corrupção* em inúmeras outras legislações, como nas leis do Egito ou dos hebreus. De todo modo, a doutrina, em geral¹⁸, inicia o tratamento da matéria pela análise do direito romano, que, ao que se sabe, foi o primeiro a cuidar do assunto de forma pormenorizada.

De acordo com Antônio Manuel de Almeida Costa¹⁹, a profusão de legislações a respeito da *corrupção* teria sido impulsionada pelo período final da República romana, na sequência da anexação dos territórios conquistados no além-mar, quando o problema dos abusos nas funções públicas passou a ser sentido com maior acuidade.²⁰

¹³ Ibid. p. 56.

¹⁴ Ibid. p. 114.

¹⁵ Ibid. p. 115.

¹⁶ Edmundo Oliveira, explica que os nomes gregos derivam das ações populares que eram facultadas aos cidadãos como arma de defesa da *pólis* (*graphè dóron* e *graphè dekasmoi*) – Ibid. p. 19.

¹⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, Vol. IX, arts. 250 a 361*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 365.

¹⁸ Assim, CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal: parte especial – volumen V*. 7. ed. Bogotá: Temis, 1961 p. 91; Costa, Antônio Manuel de Almeida. Op. Cit. 5.; ADOLPHE, Chauveau; HÉLIE, Faustin. *Théorie du Code Penal*. 4. Ed. Paris: Cosse e Marchal, 1861, p. 560; entre outros.

¹⁹ COSTA, Antônio Manuel de Almeida. Op. Cit. p. 7.

²⁰ A doutrina em geral se ocupa da análise das legislações surgidas no final da República romana, mas vale observar que, já na Roma Arcaica, havia vedação expressa à *corrupção*, conforme a Lei das XII Tábuas (450 a.C.), por

Como possível ponto de partida para esse desenvolvimento, o autor suscita os processos que ficariam conhecidos como *repetundae*, organizados, por iniciativa do Senado, “*contra governadores das províncias da Hispania, com o objetivo de sancionar locupletamentos indevidos no desempenho dos seus cargos*”²¹.

Tais feitos, teriam, a princípio, natureza cível e se estabeleceriam perante tribunais de exceção, mas, com o aumento dos desmandos, dariam ensejo a procedimentos e tribunais permanentes, adquirindo feição penal na época imperial, com a atribuição da natureza pública ao que se chamou de *crimen repetundarum*.²²

De um modo geral, a lei romana punia, de forma severa, os atos de *corrupção passiva*, com penas de banimento, confisco e morte²³. A sanção do *corruptor*, por outro lado, era limitada à perda dos valores envolvidos na *corrupção*, sendo possível, até mesmo, afastar essa pena, caso este denunciasse o ato do *funcionário público*²⁴.

A *corrupção ativa*, apesar de constituir ilícito, não era tida como *crime*, tal qual a *corrupção passiva*. O foco da lei penal recaía, sem dúvida, na atuação dos agentes públicos, que eram punidos de modo amplo pelas *leges repetundarum*. A eles não era permitida, para além da aceitação de vantagens, a celebração de contratos de compra e venda ou a intervenção em quaisquer negócios jurídicos lucrativos.

Tais medidas refletem que as leis da época tratavam do assunto com tal severidade que antecipavam punição a casos que gerassem mera aparência de possível subversão da função pública, adquirindo caráter, claramente, preventivo.

Mesmo com a queda do Império Romano, ocorrida no séc. V, muito dessa lógica acabaria por ser reproduzida nas legislações posteriores”²⁵.

1.1.2 Idade Média (direito germânico, islâmico e canônico).

Ao longo da Idade Média, pela simples análise das instituições bárbaras, também é possível identificar uma grande ocupação jurídica no entorno da *corrupção*. A exemplo, como

meio da qual se estabelecida que punição de morte ao juiz, quando recebesse dinheiro para “*julgar a favor de uma das partes em prejuízo de outrem*” (IX tábuas) - VIEIRA, Jair Lot. Op. Cit. p. 130.

²¹ COSTA, Antônio Manuel de Almeida. Op. Cit. p. 7.

²² Ibid. p. 9.

²³ OLIVEIRA, Edmundo. Op. Cit. p. 26.

²⁴ COSTA, Antônio Manuel de Almeida. Op. Cit. p. 9.

²⁵ MELLO, Lydio machado bandeira de. *O direito penal hispano lusitano medieval*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, 1960, p. 47.

leciona Nilo Batista, eram frequentes episódios de *corrupção* na justiça visigótica, fator que ensejou inúmeros dispositivos correccionais a esse respeito²⁶.

Ao que consta, um juiz corrupto, ao condenar e matar um inocente, deveria sofrer idêntica morte, enquanto, se o mesmo juiz, impulsionado pela corrupção, absolvesse o criminoso, sua pena seria de multa.²⁷ À época, o controle sobre a atividade judicial era de tal feição²⁸, que mesmo uma simples negligência, se trouxesse atraso ao processo ou prejuízo a uma das partes, poderia trazer sanções pecuniárias ao magistrado²⁹.

E não apenas em meio aos germânicos se podem encontrar vedação jurídica à prática da corrupção. Também no direito islâmico medievo (Al-Andaluz), eram punidas práticas dessa natureza, consideradas infrações de natureza *ta'azir* - grupo formado por ilícitos sem penas definidas pela *Sharia*, cuja criminalização resultava da conveniência administrativa ou da discricionariedade da autoridade religiosa.³⁰

A delitos dessa natureza, em geral, eram impostas penas de açoites, exílio local, multa, prisão de cunho correccional (por dias ou meses) ou, mesmo, censura.³¹ Raramente, entretanto, havia a aplicação da pena capital, reservada a delitos mais graves.

Ainda no direito medieval, pode-se também encontrar importante referência sobre a *corrupção* no direito penal canônico, no qual a *simonia* e a *corrupção judicial* eram previstas como *delicta mere ecclesiastica*, consideradas atentatórias ao Estado pontifício e à administração eclesiástica. A teor do *Corpus Juris Canonici*, como ressalta a doutrina³², esses crimes estavam inseridos no feixe de competência exclusiva de julgamento do Tribunal Canônico.

Em relação à *simonia* (figura que se assemelha à *corrupção* envolvendo a mercancia de atos sacros), “a conduta punível contemplava o mercenário recebimento de ordens, sacramentos e ofícios religiosos, bem como qualquer motivação ou influência pecuniária nas funções eclesiásticas”. Já em relação à *corrupção judicial*, era punida a “*corrupção dos juízes eclesiásticos (consumada pelo recebimento do pretium, mesmo que o veredicto fosse*

²⁶ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002, p. 97.

²⁷ Loc. Cit.

²⁸ Afirma Nilo Batista, em relação aos magistrados visigóticos: “*Todos são considerados juízes, nos termos da lei, para benefício e responsabilidades (sive commodum, sive damna). A última advertência era oportuna, porquanto os visigodos desenvolveram a tradição germânica de drástica responsabilização dos juízes*” – Op. Cit. p.72.

²⁹ Também poderiam ser punidos os saíões, de cargo similar ao oficial de justiça, que eram responsáveis por executar as ordens judiciais (cfr. Ibid. p. 97).

³⁰ Ibid. p. 160

³¹ Ibid. p. 161.

³² Ibid. p. 214.

juridicamente correto)” e também a “*corrupção ativa do litigante*” que lhe fosse correspondente.³³

Ao tratar sobre tais delitos, Nilo Batista se abstém de mencionar as respectivas penas, mas, em relato geral sobre o direito canônico, o autor discorre haver uma miríade de sanções passíveis de serem aplicadas a ilícitos penais eclesiásticos, que variavam desde a excomunhão, a proibição de exercício de funções religiosas e a degradação, até penas seculares de natureza corporal, patrimonial e restritiva de liberdade.³⁴

1.1.3 Da Baixa Idade Média à Idade Moderna (*forais, Siete Partidas e Ordenações*).

Na Baixa Idade Média e com o início da Idade Moderna, como é de se imaginar pelo caminho traçado até aqui, também estariam presentes incriminações atinentes à *corrupção*. Como aduz Nelson Hungria, no período medievo eram *editadas “penas rigorosas não só contra a corrupção dos juízes, a que se dava o nome de barataria (...), como contra a venalidade dos funcionários públicos em geral”*³⁵.

Delitos dessa natureza, ao que se apurou, seriam reproduzidos, pelo menos, no direito que se estabeleceu nas regiões da Itália, da Inglaterra e da França, como menciona Edmundo Oliveira³⁶, difundindo-se, então, por toda Europa. Entre nós, interessam, principalmente, as construções da região ibérica, que viriam, tempos depois, repercutir no Brasil Colonial.

Como a história apresenta, nessa região, durante a Baixa Idade Média até o período Moderno, sobrevieram os regimes dos forais e das leis régias, aplicados, inicialmente, de forma desordenada, acumulando influência do direito germânico e de instituições de direito romano, além do coexistente direito canônico. Em todos os campos, como já suscitado, estavam presentes incriminações ligadas à *corrupção*.

Não por outra razão, apenas com um breve exame dos forais já é possível encontrar múltiplas noções nesse sentido, afinal, como ressaltou Bandeira de Mello, “*os forais eram severos para autoridades injustas e arbitrarias*”³⁷, refletindo, de forma clara, suas referências jurídicas.

³³ Ibid. p. 214/215.

³⁴ Ibid. p. 225/230.

³⁵ HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. 367/366.

³⁶ OLIVEIRA, Edmundo. Op. Cit. p. 31.

³⁷ Conforme complementa o autor, havia, em diferentes diplomas, previsões de pena de morte para casos de juízes que agissem de forma arbitrária (v. MELLO, Lydio machado bandeira de. Op. Cit. 226).

Como exemplo da proibição dessas práticas, pode-se citar o Foral de Miranda do Ebro (séc. XI), que continha previsão expressa de *pena corporal* para o saião *desonesto* que reivindicasse a alguém algo contrário ao direito, figura delitiva que se aproxima da *corrupção passiva* e da *concução*³⁸.

Outros exemplos, com abordagens distintas, podem ser encontrados nos Forais de Mathozinhos³⁹ e do Porto⁴⁰ (ambos do séc. XVI), que, à semelhança de diversos diplomas da época, traziam punições ao *Senhorio* que transgredisse suas atribuições, “*levando mais direitos*” ou “*mais quantias*” do que lhe era expressamente permitido.

Para além dos inúmeros forais, ainda na Baixa Idade Média, a *corrupção* acabaria por encontrar disciplina em diplomas de maior alcance territorial, como nas *Siete Partidas*, decretadas em 1260, durante o império de Afonso X, o Sábio⁴¹.

Na Sétima Partida, responsável por disciplinar as “*malfeitarias que los homes facen por que merescen haber pena*”, seria inserido o título XVI, denominado: “*de los engaños malos et buenos et de los baratadores*”, que traria, em si, alusão expressa à *barataria*, dissecada em doze leis.⁴² Todavia, em meio aos inúmeros dispositivos, muito pouco teve relação com a *corrupção de agentes públicos*, sendo figura mais próxima a *barataria* ligada ao ofício do *advogado*. Em geral, foram desenvolvidas, tão somente, hipóteses de relações privadas.⁴³

Diante disso, necessário reconhecer que a verdadeira disciplina sobre a *corrupção de agentes públicos*, de influência territorial expressiva, na matriz ibérica, seria desenvolvida somente algum tempo depois. Nesse marco, destacam-se as Ordenações Portuguesas, como as

³⁸ “& si ssayon ffuerit malus & pecierit aliquam rem contra jus, quod uerberent eum bene & non pectent nisi quinque sólidos: E, se o saião fôr mau (fôr desonesto) e reclamar de alguém cousa contra direito, podem açoítá-lo à vontade, pagando apenas cinco soldos” - Ibid. p. 182.

³⁹ Foral do Mathozinhos, texto disponível em: <http://purl.pt/6424/4/#/0>, consulta realizada em 29 de janeiro de 2017.

⁴⁰ Foral do Porto, texto disponível em: <http://purl.pt/6468/3/#/36>, consulta realizada em 29 de janeiro de 2017.

⁴¹ Ibid. p.47.

⁴² “*Ley I: Qué cosa es engano et cuántas maneras son dél; Ley II: Qué departamento ha entre los engaños; Ley III: Quién puede demandar emenda del engño, et ante quién et á cuáles; Ley IV: A qual és personas non puede ser demandada emenda por razon del engaño, maguer lo fagan; Ley V: Quáles homes son tenudos de emendar el engano que outro ficiese, viniéndoles pro dél; Ley VI: Fasta em quanto tiempo puede home demandas emenda del engano, et qué manera deve ser fecha; Ley VII: De las maneras em que los homes facen engaños los unos á los otros; Ley VIII: De los engaños que facen los revendedores mesclando com aquellas cosas que venden otras peores que les semejam; Ley IX: Del engano que facen los baratadores haciendo muestra que han algo; Ley X: De los engaños que facen los homes en los juegos metiendo hi dados falsos, ó que vuelven pelea á sabiendas em las ferias ó em los mercados por furtar algo; Ley XI: De los engaños que facen los homes entre sí, ó los personeros ó los abogados dellos; Ley XII: Qué pena merecen los que facen los engaños, et los que los ayudan et los que los encubren*”. *Siete Partidas*, texto disponível em: <http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T3.pdf>, consulta realizada em 29 de janeiro de 2017.

⁴³ Chama atenção, todavia, como apontado pela doutrina de Edmundo Oliveira (Op. Cit. p. 32), o fato de que, em meio às doze leis previstas nesse título, inexistia qualquer alusão à *corrupção de funcionário público*, sendo elencados tão somente casos privados. Ao meu ver, apesar de registrados sob a pecha de “*barataria*”, tais delitos se assemelhavam mais a crimes de fraude.

Ordenações Afonsinas, de 1446, as Ordenações Manuelinas, de 1521, e, finalmente, as Ordenações Filipinas, de 1603.

Esses diplomas, vigentes na metrópole durante o período colonial brasileiro, trariam longos textos a respeito da *corrupção*, reproduzidos nas leis do Império e da República, motivo que legitima a afirmação de que foram o verdadeiro embrião dos crimes previstos, hoje, no nosso direito. Por essa razão, deixar-se-á de aborda-las nesse tópico. Tais legislações merecerão estudo mais aprofundado a ser realizado adiante.

1.2 Um pouco sobre dias atuais.

É de conhecimento notório que, no direito produzido durante o *Ancien Regime*, em meio ao qual se chamou atenção para a existência das Ordenações Portuguesas – mas, no qual, se poderiam incluir também legislações da Inglaterra, França, etc. -, houve um incremento punitivo grande, marcado pelo espetáculo dos suplícios, pelo arbítrio do poder público e pelo fortalecimento da figura real.

Não chama atenção, desse modo, o fato de que os principais pensadores do Iluminismo, que romperia esse período totalitário, dedicaram parte dos seus trabalhos a questionar as instituições públicas e a externar a necessidade de controle sobre a atuação das autoridades, em especial do judiciário.

Dentre os inúmeros pleitos, ganhou voz a necessidade de se estabelecerem leis precisas e processos públicos, além de tribunais com julgamentos colegiados, de modo a limitar o poder dos magistrados e evitar a prática da *corrupção*, como ressaltou Beccaria⁴⁴.

Como é de se intuir, a própria criminalização da *corrupção*, antes já existente, passou a ganhar mais força, sendo defendida por pensadores, como Jean-Paul Marat, que tratou desse delito, em seu conhecido *Plano de Legislação Criminal*, com assumida revolta, sugerindo fosse apenado com prisão perpétua:

“Servir-se da autoridade para vexar os desgraçados é sempre um grande crime, mas usar da autoridade para oprimir os inocentes é ainda um crime maior. E o mais revoltante é ver os defensores dos costumes dar exemplo de corrupção, os magistrados venderem-se à iniquidade, e os guardiões das leis fazê-las um instrumento da tirania! Que os prevaricadores sejam condenados a reparar (tanto quanto possível) todo o mal feito, sejam qualificados de infames e percam para sempre a liberdade”⁴⁵.

⁴⁴ BECCARIA, Cesare. *Des délits et des peines*. Trad. Maurice Chevallier. Librairie Droz, Genève, 1965, p. 175.

⁴⁵ MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr., Quartier Latin: São Paulo, 2008, p. 107/108.

Com efeito, após as revoluções liberais, as principais legislações que se sucederem mantiveram previsões de delitos de *corrupção*, como o Código Penal Francês de 1791⁴⁶, os Códigos Penais Espanhóis de 1822 e 1848⁴⁷, o Código Penal Português de 1852⁴⁸, dentre outros⁴⁹.

Do mesmo modo, ocorreu com o Código Penal do Império do Brasil de 1830, que será objeto de análise detalhada no próximo capítulo.

Acompanhando esse fluxo, com o advento dos regimes democráticos, que se fortaleceriam desde o século XIX, alcançando os dias atuais, acabaria por ser mantida a atenção sobre o arbítrio e o mercantilismo da *administração pública*, de modo que tais delitos passariam a ser reconhecidos em todos os ordenamentos ocidentais de expressão vigentes na atualidade.

Para que se compreenda, a título de ilustração, hoje, a *corrupção* encontra disciplina nos Códigos Penais espanhol (arts. 419 a 427), português (arts. 372 a 374), francês (arts. 432-11), colombiano (arts. 405 e 406), suíço (arts. 322ter e 322quarter); peruano (arts. 393 e 394), argentino (arts. 256, 256 bis e 257), paraguaio (arts. 300 e 301), italiano (arts. 318 e 319), e em tantos mais⁵⁰.

Além disso, nos últimos anos, é fácil observar uma maior dedicação à regulação dos delitos de *corrupção*, não apenas no âmbito interno de cada um desses países, mas em escala mundial, por força do aumento dos fluxos de capital entre os Estados e do estabelecimento de uma verdadeira comunidade internacional, fruto da globalização.

⁴⁶ Nesse Código, foi prevista uma seção exclusiva para crimes cometidos por *funcionários públicos no exercício dos poderes que lhes são confiados*: Seção V. Dentre os artigos previstos nessa parte, dois tratam sobre corrupção, o 8º (*casos gerais*) e o 9º (*corrupção de jurados, juízes e policiais*). (Cfr. Código Penal Francês de 1791, texto disponível em <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30410/PDF>, consultado em 29 de janeiro de 2017.

⁴⁷ Nos dois Códigos, a *corrupção* foi prevista, sob diferentes modalidades. No Código Penal de 1822, os delitos foram trazidos nos artigos 430 (*corrupção entre acusador e réu*), 432 e 433 (*corrupção de testemunha*); 525 (*corrupção de superior hierárquico*); 454-462 (casos gerais). No Código Penal de 1848, têm-se os artigos 246 (*corrupção de testemunha*) e 314-317 (casos gerais). Cfr. Código Penal Espanhol de 1822, texto disponível em: https://books.google.com.br/books/about/C%C3%B3digo_penal_espa%C3%B1ol.html?id=DGdFIAY8Mx4C&redir_esc=y, consulta realizada em 29 de janeiro de 2017. Cfr. Código Penal Espanhol de 1848, texto disponível em: <http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf>, consulta também realizada em 29 de janeiro de 2017.

⁴⁸ Nesse código, foi prevista a *corrupção de testemunha* em dispositivo destacado (art. 240), sendo os demais casos de *peita* ou *suborno* previstos em uma única seção (Seção 7º, arts. 318- 323), incluindo dispositivos específicos tratando sobre a questão dos jurados e dos juízes, assim como no direito francês. Cfr. Código Penal Português de 1852, texto disponível em: <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf>, consulta também realizada em 29 de janeiro de 2017.

⁴⁹ Edmundo Oliveira chama atenção, por exemplo, para previsões no direito inglês, austríaco e prussiano (Op. Cit. pp. 34/35).

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal brasileiro: parte especial: volume 7, arts. 312 a 359-H. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 131/135.

Como leciona Vicente Greco Filho⁵¹, o primeiro fato que impulsionou esse movimento parece ter sido a aprovação pelos Estados Unidos da *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*, lei que proibia empresas norte-americanas a se envolverem com o suborno de funcionários públicos estrangeiros.

Anos depois, seria desencadeado um movimento global de ampliação de medidas *anticorrupção*, repercutindo também no Brasil, que viria a subscrever diversos acordos, como a *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação Econômica e o Desenvolvimento* (OCDE), a *Convenção Interamericana contra a Corrupção* (CICC) da *Organização dos Estados Americanos* (OEA), e a *Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção* (UNCAC).

Se, de início, os atos de *corrupção* tinham por foco os *agentes públicos*, atualmente, há uma grande mobilização em face também dos atos dos *particulares*, sendo pauta mundial a incorporação do crime de *corrupção privada*, além da responsabilização, penal ou administrativa, de pessoas jurídicas nos diversos países.

Essa lógica, hoje, já se reproduz em terras brasileiras, onde os escândalos de corrupção, expostos no Mensalão e na rumorosa Operação Lava Jato, promoveram uma eclosão de processos envolvendo as maiores empresas do país e os respectivos gestores, nas diferentes esferas jurisdicionais.

Diante dessa realidade, ainda que, nesse momento, se tenha um quadro definido de delitos na legislação pátria, deve-se estar atento às tendências de mudança, pois já existem projetos de lei, com amplo apoio popular, que indicam estarmos em fase de transição, como será analisado à frente.

Momentos como esse reforçam a necessidade de revisitar o estudo do tema da *corrupção*, para se evitar que haja influência indevida na projeção da legislação interna, em razão da pressão exercida pela onda punitiva exterior ou pelas próprias instituições penais brasileiras.

É nesse contexto que se insere o delito de *corrupção ativa* e o seu respectivo estudo, que se passa, de forma específica, a fazer.

⁵¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013) – atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 18.

2. CORRUPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

2.1 Traços gerais do desenvolvimento histórico-legislativo da *corrupção* no ordenamento jurídico brasileiro.

De forma específica, no direito brasileiro, é possível encontrar raízes dos atuais delitos de corrupção, inclusive da *corrupção ativa*, desde o período colonial, iniciado após o “descobrimento”, no ano de 1500⁵².

É bem verdade que a legislação vigente na colônia, nas diversas ordenações portuguesas, não era muito sistematizada, tampouco taxativa, impondo penas, de forma casuística, a hipóteses pontuais de aliciamento de agentes públicos, que poderiam ser estendidas ao talante do juiz⁵³.

Decerto, esse modelo de construção assistemático dificulta que se apreenda uma noção real das hipóteses vedadas e dos respectivos reproches, sendo impossível conceber um conceito fechado de *corrupção* pela lei da época, apesar de estar presente a criminalização em sua *ratio essendi*.

Essa realidade viria a se alterar após a fundação do Império, com a publicação do Código Criminal de 1830, quando, então, seriam disciplinados os crimes de *peita e suborno*, acompanhados de uma parte geral, que permitiria uma aplicação coordenada das normas, aproximando-se da realidade de hoje.

De todo modo, a construção jurídica da *corrupção* no direito brasileiro, necessariamente, passa pelo processo legislativo colonial, que já trazia o gérmen dos principais fatos que seriam objeto dos crimes previstos nas leis penais posteriores. A partir das ordenações portuguesas, será possível construir o desenvolvimento dos tipos penais vigentes, até alcançar as primeiras leis genuinamente brasileiras.

⁵² Não se pode ignorar a hipótese de que talvez fosse possível alcançar esforços contrários à *corrupção* até mesmo no direito penal dos povos originários. Isso, pois algumas tribos, como leciona Pierangelli, primavam por noções de urbanidade desde a infância, sendo crível intuir pela aversão a condutas de venalidade pessoal e perversão moral. (PIERANGELLI, José Henrique (coord.). *Códigos Penais do Brasil*. 1. ed. Bauru, São Paulo: Editora Jalovi, 1980, pp. 5/6).

Essas noções de direito anteriores à vinda dos “descobridores”, todavia, não serão abordadas, pois o direito penal dos povos originários não trouxe qualquer contribuição jurídica ao regramento que veio a se estabelecer no Brasil. Por esse aspecto, entende-se que tal estudo deve fugir à dogmática, cabendo melhor à história do direito ou à etnologia. (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p.169).

⁵³ LIVIANU, Roberto. Op. Cit. p. 29.

2.1.1 Corrupção na legislação vigente durante o período colonial.

2.1.1.1 Das Ordenações Afonsinas (1500-1521).

À época das primeiras expedições que aportaram neste solo, vigiam no direito português as Ordenações Afonsinas⁵⁴, produzidas em 1446, no reinado de D. Afonso, reunindo o trabalho sucessivo de grandes juristas, como o Mestre João Mendes e Rui Fernandes⁵⁵.

Como ensina Aníbal Bruno⁵⁶, esse sistema, que pode ser entendido como o primeiro Código da Europa após a Idade Média, sobreveio ao regime dos forais e das leis gerais, que, até então, vigoravam em Portugal de forma desordenada.

Com um arranjo inovador, as ordenações eram formadas por um compilado de regimentos, concordatas e leis régias, que sofriam forte influência dos costumes e disputavam autoridade com o direito romano e com as leis canônicas, que ainda repercutiam no velho continente.⁵⁷

Apesar da relevância histórica, as Ordenações Afonsinas jamais chegaram a ser aplicadas no Brasil, muito embora fossem a lei da metrópole no período do descobrimento. Sua vigência em Portugal acabaria se encerrando já no ano de 1521, antecedendo, desse modo, a expedição exploratória que traria o primeiro provimento legislativo ao país⁵⁸.

No entanto, é importante observar que partes do seu texto seriam reproduzidas em todas as legislações posteriores – estas, sim, aplicadas no Brasil –, inclusive no que guarda relação com as práticas proscritas, dentre elas, atos de *corrupção* envolvendo agentes públicos.

Em uma leitura mais específica, dentre os diversos textos que incorporaram o referido compêndio, devem-se segregar dois títulos, que trazem, de forma expressa, vedação ao pagamento de propina, sob a alcunha de “*peita*”. Note-se que noções contrárias a práticas de

⁵⁴ Ordenações Afonsinas, texto disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/l3ind.htm>, consulta realizada em 10 de abril de 2016.

⁵⁵ PIERANGELLI, José Henrique. Op. Cit. p. 6.

⁵⁶ BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p.170.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro* – I. 3.ed Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 413.

⁵⁸ Como leciona Zaffaroni (e outros), há um reiterado equívoco na doutrina ao se defender que a primeira legislação aplicada ao Brasil seriam as Ordenações Afonsinas. O primeiro provimento legislativo aplicável a conflitos criminalizados ocorridos na colônia teria sido a “*Carta de Grandes Poderes*” que D. João III outorgou a Martim Afonso de Souza, em 1530, por meio da qual lhe teria atribuído poder e alçada em matéria cível e penal. À época, já estavam em vigência as Ordenações Manuelinas (1521-1603), que acabariam, então, sendo os primeiros mandamentos jurídicos com influência nesse território. Antes disso, pode-se dizer que não havia leis no Brasil, onde era praticado, em geral, o poder punitivo doméstico pelos senhores contra seus escravos e contra os índios, ambos de forma desregulada. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit. p. 414/415).

perversão moral são encontradas em diversas passagens da aludida legislação, mas essas duas ostentam verdadeiros embriões do que viria a ser criminalizado nas legislações seguintes, sob o título de *corrupção*.⁵⁹

O primeiro texto, previsto no Livro III, Título CXXVIII, cuidava de modo geral da relação corrupta entre particulares e quaisquer autoridades públicas, apesar de, em seu nome, trazer apenas menção a juízes (“*dos Juizes que recebem peita por julgar e da parte que lhe dá ou promete*”).

Nessa norma, proibia-se qualquer pessoa “*de estado ou condição que fosse*” de prometer ou dar “*ouro, prata, dinheiro, pão, azeite ou qualquer outra coisa*” a juiz, desembargador ou oficial de governo, quando estivesse sob seu comando, ainda que não houvesse o intuito de obter eventuais benefícios (*corrupção ativa*).

Como pena, o responsável pelo ato de *corrupção* perderia, à Coroa, tudo quanto estivesse postulando, de modo que, se o direito pretendido estivesse em juízo, um representante do Rei passaria a litigar, em seu lugar, com a parte remanescente.

Ao lado da criminalização da conduta do particular, igualmente proibiam-se as autoridades públicas de “*receber*” ou “*aceitar promessa*” de “*peita*”, recaindo sobre elas penas bem mais severas (*corrupção passiva*).

Quando eventual ato de *corrupção* fosse praticado no curso de processos cíveis, ao julgador corrupto seria imposta a perda do cargo, cumulada com o pagamento do “*dobro*” ou do “*tresdobro*” do valor envolvido, a depender de ter sido recebida a propina ou apenas aceita a promessa.

Quando eventual ato de *corrupção* fosse praticado no curso de feitos de natureza criminal, seria imposta, além da perda do ofício, a entrega de todos os seus bens à Coroa, infligindo-se, ainda, a pena de degredo.

Apenas em casos em que o valor da “*peita*” fosse inferior a cem réis da moeda corrente, havia a possibilidade de abrandamento da sanção imposta às autoridades, que poderia ser reduzida à suspensão do ofício por dois ou quatro meses, a depender de serem ou não

⁵⁹ Nas Ordenações Afonsinas, há outros textos, além dos dois destacados, onde há menções a atos proibidos que trazem a essência da *corrupção* (a exemplo: Livro I, Título XIII: “*Dos Procuradores, e dos que nom podem fazer Procuradores.*”; e Livro “*Da pena, que averam as partes, que falam com as testemunhas depois que sam emcoutadas.*”). No entanto, apenas os dois títulos que serão abordados nesse tópico tratam da “*peita*” de forma expressa e a análise será adstrita a eles, pois mais se aproximam da noção que viria a ser incorporada ao crime de *corrupção* no modelo atual.

reincidentes⁶⁰. Vê-se, aqui, uma espécie similar a um *crime privilegiado*, diante do baixo valor envolvido e dos antecedentes do agente.

Curioso observar que, no curso do aludido título, cita-se hipótese especial de isenção de pena ao particular, quando este, *sponte propria*, revelasse o ato de *corrupção*. Nesse caso, se comprovado o ilícito praticado pela autoridade pública, somente esta seria apenada, poupando-se o delator (*delação premiada*).

Por outro lado, caso não fosse comprovada a alegação, o particular acabaria por sofrer penas pecuniárias, pagas em favor de quem houvesse “caluniado”, podendo chegar, inclusive, ao valor total do seu patrimônio.

O segundo texto das Ordenações Afonsinas, que também proibía a “*peita*” de forma expressa, tratava de situação específica, envolvendo práticas de *corrupção* de agentes prisionais. Essa norma constava do Livro V, Título CV: “*do Alcaide ou Carcereiro que leva peita do preso*”.

Muito mais conciso do que o título anterior, tal passagem trazia exclusivamente o mandamento de que agentes prisionais não poderiam receber “*peita*” ou “*serviços*” dos presos, sob o risco de perderem seus ofícios e de sofrerem “*penas corporais*”, não especificadas. Quanto ao preso envolvido nos atos de *corrupção*, não havia nenhuma disposição que tratasse sobre alteração na sua situação jurídica, apesar de não ser possível descartar, de plano, eventual aplicação de castigos.

É válido lembrar que as noções de legalidade ainda não estavam sedimentadas no direito penal da época, tampouco a ideia de *tipo penal*, que viria a ser desenvolvida séculos após. Desse modo, o poder de punir não estava limitado ao texto exato da lei, sendo plausível acreditar que, se havia punições severas em face do carcereiro, o preso teria sua condição mais agravada ainda.

2.1.1.2 Das Ordenações Manuelinas (1521-1603).

Produzidas em 1521, durante o reinado de D. Manuel, as chamadas Ordenações Manuelinas viriam a substituir as Afonsinas em Portugal, sem trazer, todavia, grandes

⁶⁰ Situação semelhante está prevista no Livro I, Título XIII (“*dos Procuradores e do que não podem fazer os procuradores*”), onde, sem mencionar a palavra “*peita*”, também se prescreve que Procuradores não devem receber “*nem pão, nem vinho, nem carnes, nem outras coisas*” no curso de feitos onde atuem, sob pena de sofrerem sanções, como o afastamento do cargo ou outras quaisquer, de acordo com o desejo da Coroa, atenuando-se a pena a depender do quanto envolvido.

alterações na maior parte dos textos, exceto pela inclusão de alguns dispositivos e pela mudança topológica dos títulos⁶¹.

Ainda que de forma tímida e burocrática, justificada pelo distanciamento entre as realidades da colônia e da metrópole⁶², essas parecem ter sido as primeiras leis, de fato, aplicadas ao Brasil⁶³, tendo alguma influência nos centros de vida que, ao longo do tempo, passariam se organizar política e administrativamente.

De forma similar à legislação anterior, o texto das Ordenações Manuelinas⁶⁴ previa vedações a práticas de *corrupção* (“*peita*”), mantendo sanções pecuniárias e corporais, que passariam a variar de acordo com a autoridade corrompida e com o valor pago ou prometido.

De uma simples leitura, é possível notar que, apesar de algumas permanências, houve uma diferença sensível no tratamento da matéria entre as duas legislações, marcada pela maior previsão de atos vedados e, principalmente, pelo agravamento das sanções previstas em abstrato.

Nesse novo compêndio, reuniram-se os títulos presentes na legislação anterior em um mesmo Livro, mantendo-se capítulos específicos tratando sobre carcereiros e alcaides (Livro V, Título CIV⁶⁵) e outro sobre casos gerais, citando-se juízes, desembargadores e demais autoridades públicas (Livro V, Título CVI⁶⁶). Ao lado deles, mantiveram-se textos esparsos, tratando de delitos diversos, no bojo dos quais, de forma incidental, havia menções a hipóteses especiais de *corrupção*, igualmente vedadas.⁶⁷

No primeiro Título, relacionado à *corrupção* no âmbito das prisões, manteve-se a conduta criminalizada pouco se alterando as palavras já previstas nas Ordenações Afonsinas.

⁶¹ Ibid. p. 413.

⁶² Como leciona Aníbal Bruno, “*nas condições primitivas da colônia, com sua gente mais cheia de ambições e apetites do que de preocupações jurídicas ou morais, não era fácil um ajustamento às leis da metrópole*”, “*na realidade, sobretudo no regime das capitânicas, o que de fato regia era o arbítrio do donatário, fonte viva de um Direito informal e personalista, com o qual se pretendia manter a ordem social e jurídica*”, “*ao tempo dos governos gerais, mais centralizada e mais bem disciplinada a administração da justiça, tornou-se um pouco mais efetivo o império da lei*”. (BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 172/173)

⁶³ Cfr. nota de rodapé 58.

⁶⁴ Ordenações Manuelinas, texto disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>, consulta realizada em 10 de abril de 2016.

⁶⁵ “*Do Alcaide, ou Carcereiro, que solta o preso sem mandado da Justiça, ou o traz solto, ou lhe foge por sua culpa, e má guarda, ou faz cadeia onde a nunca houve. E que não levem a roupa do preso que fugir*”.

⁶⁶ “*Dos Oficiais do Rei que recebem serviços, ou peitas, e das partes que lhes dão, ou prometem, e dos que deles difamam*”.

⁶⁷ Nesse sentido, o Título VIII, do Livro V (“*Do que disser testemunho falso, e do que lho fezer dizer, ou o cometer que o digua*”). O dispositivo correspondente nas Ordenações Afonsinas trazia apenas noções gerais de que testemunhas não deveriam se comunicar com particulares, de modo que estes não pudessem influencia-las. Com a nova redação, no entanto, passou a ser prevista, de forma específica, a proibição da conduta de “*corromper alguma testemunha fazendo-lhe testemunhar falso*” - hipótese especial de *corrupção* punida, a depender do caso, com pena de morte, açoites, degredo ou perda de bens.

Somente ampliou-se a parte final do dispositivo, que passou a registrar ser, aos agentes prisionais, proibida a percepção de “*peita*” ou de “*serviços*” não somente dos presos, mas também “*de outras pessoas que lhes deem em seus nomes*”.

No tocante às penas em abstrato, contudo, houve grande mudança, que resultou em uma nítida agravação da situação jurídica dos agentes públicos⁶⁸. Além de se manterem a perda do ofício e a previsão genérica de penas corporais, passaram a ser cominadas penas de morte, em hipóteses onde houvesse eventual fuga do preso, ou de açoites públicos, em casos de “*malefício menor*”.

Note-se que, apesar da inclusão textual trazendo às hipóteses a figura de pessoas interpostas nos atos de *corrupção* (coautores), nada foi trazido em relação à respectiva reprimenda, o que, conforme já foi explicitado, não exclui, *per se*, a eventual aplicação de penas, em quaisquer escalas.

Além disso, chama atenção o fato de se ter retirado a menção ao *nomen juris* “*peita*” do nome do referido título⁶⁹, alteração que denota provável relação com o fato de que, em seu conteúdo, se passou a tratar da *corrupção* de forma incidental, ao lado de outros delitos relacionados à conduta dos agentes prisionais (situação que já ocorria em outros casos, como na *corrupção de testemunhas*, tratada no texto destinado ao *falso testemunho*).

Essa mudança é relevante sob uma perspectiva histórica, pois, a partir daí, cada vez mais as situações serão afastadas, surgindo delitos próprios relacionados a questões prisionais (“*facilitação de fuga*”, “*arrebato de preso*”, “*evasão*” dentre outros), que passariam a ser dissociados de práticas de *corrupção*.

Se a alteração na redação desse primeiro título, a primeira vista, parece tênue, no que diz respeito ao segundo título, que detinha previsões sobre os casos gerais de vedação à *corrupção*, as inclusões textuais são facilmente perceptíveis, na medida em que já apareceram na parte introdutória. Ali, passou-se a estipular que nenhum “*oficial de qualquer sorte ou qualidade*” poderia receber “*para si*”, “*para filho seu*” ou para “*pessoa debaixo do seu poder ou governança*”, quaisquer “*dádivas*” ou “*presentes*”, “*ainda que não trouxessem consigo pedido de despacho algum*”⁷⁰.

A partir dessa máxima, o texto, nitidamente ampliado, passaria a dissecar diversas hipóteses que estariam proscritas, iniciando por ressaltar que, às autoridades públicas, nem

⁶⁸ Novamente, nada era dito quanto à situação dos presos.

⁶⁹ Cfr. nota de rodapé 65.

⁷⁰ Veja-se que, pelo texto legal, não havia necessidade de que fosse praticado, prometido ou solicitado, qualquer ato de ofício, para a ocorrência do crime.

mesmo seria permitido agraciar os seus respectivos superiores, “*nem para eles comprar, vender ou emprestar coisa alguma*”.

A pena para eventual oficial que violasse o dito mandamento, a depender da sua posição, seria a perda de seu ofício e o pagamento de vinte vezes o valor envolvido (dividido entre a Coroa e quem o acusasse), ou, em determinados casos, a perda de todos os bens, acompanhada do degredo pelo prazo de cinco anos.

De forma distinta dos demais, trata-se com especial rigor da situação envolvendo pagamentos a juízes e desembargadores. De acordo com o valor envolvido, além da perda de ofício e de todos os bens, previa-se a imposição de degredo definitivo ou, até mesmo, da pena de morte.

Nos termos do aludido texto, às autoridades públicas seria permitido apenas o recebimento de “*tudo o que lhes quisesse dar seus ascendentes, descendentes e outros parentes transversais até o segundo grau*”, além de “*pão, vinho, carnes, frutas e outras coisas de comer*” por parte de pessoas com quem “*tivessem relação de parentesco ou de cunhadio até o quarto grau, ou laço de estreita amizade*”, desde que se encaixassem no costume relacionado a tais relações sociais. À parte disso, haveria de lhes ser aplicadas as severas sanções trazidas em lei.

Aos desembargadores, sequer era facultado acolher hóspedes em suas casas, salvo quando “*ascendentes, descendentes, irmãos, criados ou amos, seus ou de sua mulher*”, pois, do contrário, havia previsão expressa de que lhes poderia ser cominada pena de natureza qualquer, a ser escolhida ao arbítrio da Coroa.

Quanto aos particulares, antes submetidos, *ex vi legis*, apenas a sanções pecuniárias, abriu-se uma porta para igual agravamento de punições, registrando-se que, além da perda do direito postulado, estariam submetidos às demais “*penas sobreditas*”, ou seja, às penas previstas para as autoridades públicas.

Demais disso, importante somente destacar a manutenção da isenção de pena antes prevista na legislação afonsina, referente ao caso do *delator* que, envolvido em práticas de *corrupção*, tivesse êxito em comprovar a responsabilidade do oficial público corrompido (*delação premiada*).

Além desses pontos, são inúmeros os casos apresentados no referido título, sensivelmente ampliado nas Ordenações Manuelinas, cuja reprodução completa se permite

deixar de trazer, apenas porque não mais serviria que a referendar o claro recrudescimento do tratamento legal⁷¹.

Mostra-se válido observar, tão somente, que, dentre as inúmeras linhas dedicadas à análise casuística dos delitos sobreditos, a maior parte se destina à enumeração de hipóteses relacionadas às práticas dos agentes públicos (*corrupção passiva*), tratando-se da situação dos particulares (*corrupção ativa*) com muito menos efusão. Esse modelo acabaria se repetindo nas legislações posteriores.

2.1.1.3 Das Ordenações Filipinas (1603-1830).

Em sucessão às Ordenações Manuelinas, durante a união ibérica, no ano de 1603, viriam a ser produzidas as Ordenações Filipinas⁷², por ordem do Rei Felipe III da Espanha (II de Portugal), que simbolizavam uma nova tentativa de atualizar e consolidar a legislação extravagante⁷³.

De forma distinta das Afonsinas, que não chegaram a ser aplicadas, e das Manuelinas, que parecem ter tido influência acanhada, as Ordenações Filipinas se tornaram a grande referência do período colonial brasileiro⁷⁴, favorecidas pelas estruturas fundadas nos séculos XVII e XVIII, em especial pela criação dos tribunais da Relação e das Juntas de Justiça⁷⁵.

Não se deve aceitar essa realidade senão com enorme pesar, afinal, como leciona Heleno Fragoso⁷⁶, essa nova legislação penal “*era realmente terrível*”, marcada pela forte presença da pena de morte, muitas vezes aplicada com “*requintes de crueldade*”.

Apesar da “*ferocidade*” do texto legal não ter sido aplicada de forma implacável pela Justiça da época, segundo reconhece a doutrina⁷⁷, a maior parte dos autores que tratam da

⁷¹ Convém deixar claro que o exame legislativo ora trazido denota um maior rigor no tratamento “legal” da *corrupção*, não sendo possível afirmar, com base apenas no exame da lei, se, em Portugal, teria havido uma real ampliação dos casos de *corrupção* levados a julgamento ou eventual aumento das penas aplicadas, tampouco sendo viável conceber quais as repercussões concretas desse tratamento no direito brasileiro da época.

⁷² Ordenações Filipinas, texto disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>, consulta realizada em 10 de abril de 2016.

⁷³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit. p. 417.

⁷⁴ Como ensina Zaffaroni (e outros), “*diversamente das Afonsinas, que não existiram para o Brasil, e das Manuelinas, que não passaram de referência burocrática, casual e distante em face das práticas penais concretas*”, “*as Ordenações Filipinas constituíram o eixo da programação criminalizante de nossa etapa colonial tardia, sem embargo da subsistência paralela do direito penal doméstico que o escravismo necessariamente implica*”. “*Quando, em 1609, concretizou-se a criação do tribunal da Relação do Estado do Brasil, com sede em Salvador, determinou-se que seu chanceler trouxesse três exemplares das Ordenações Filipinas*”. (Loc. Cit.).

⁷⁵ Ibid. p. 417/419.

⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit. p. 59.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit. p. 418.

matéria costuma reservar inúmeras passagens para destacar o “terror” representado pela dureza das punições, tanto em natureza, quanto em forma de execução⁷⁸.

De todo modo, no tocante às práticas de *corrupção* (“*peita*”), pouco se acrescentou ao texto das Ordenações Manuelinas, tanto no que se refere às condutas proscritas, quanto às penas que lhes eram destinadas e, até mesmo, à hipótese de isenção de punição nos casos de *delação* do agente corrupto.

De forma semelhante às demais ordenações, as principais práticas foram cingidas a um capítulo geral (Livro V, Título LXI), denominado “*Dos Oficiais do Rei, que recebem serviços, ou peitas, e das partes, que lhes dão, ou prometem*”. Junto a isso, mais uma vez, em dispositivos apartados, destinados a tratar de outros delitos, foram segregadas situações especiais, como práticas de *corrupção* envolvendo agentes prisionais⁷⁹ e testemunhas⁸⁰.

No texto que cuidava dos casos gerais, além de mudanças de estilo na redação, quase nada foi alterado, sendo visto, de relevante, apenas a inclusão do Brasil como um dos destinos para pessoas que sofressem pena de degredo, quando praticada *corrupção* envolvendo recebimento de “*peita*” com valor superior ao “*cruzado*”.

No mais, importante somente ressaltar o longo tempo de permanência do novo diploma no programa criminalizante local⁸¹, eis que seguiu vigente mesmo após a proclamação da independência, a despeito de fugir dos ideais liberais incorporados pela Constituição de 1824.

⁷⁸ A esse respeito, por exemplo, Aníbal Bruno (Op. Cit. p. 174), Heleno Fragoso (Op. Cit. p. 59), Pierangelli (Op. Cit. p. 7), Luiz Regis Prado (*Tratado de direito penal brasileiro: parte geral: volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 148), dentre outros.

⁷⁹ Assim como nas ordenações anteriores, manteve-se o “Livro V” com as principais questões de natureza penal. Dessa vez, o título destinado aos agentes carcerários, que já havia deixado de ter menção à “*peita*” em seu nome, foi tratado em livro distinto (Livro I XXVLL - “*Dos Carcereiros das Cidades e Vilas, e das Carceragens*”). Essa alteração, na linha da mudança do nome do título, já ocorrida nas Ordenações Manuelinas, corrobora o movimento de dissociação entre delitos específicos que surgiriam para questões prisionais e os crimes de *corrupção*. Já nos códigos seguintes, seriam criados delitos próprios relacionados à facilitação de fugas, sem qualquer relação com práticas de *corrupção* (art. 125, do Código Criminal do Império; art. 131, do Código Penal Republicano e art. 351, do Código Penal de 1940). Nesse momento, contudo, além da mudança topológica e inclusão de casos relacionados a outras práticas nesse título, pouco se alterou quanto à hipótese especial de *corrupção* de *carcereiros* e *alcaldes*, inclusive no tocante às penas.

⁸⁰ De forma equivalente à legislação anterior, houve proibição à *corrupção de testemunhas*, hipótese trazida, de forma incidental, no Livro V, Título LIV (“*Do que disser testemunho falso e do que o faz dizer ou comete que o diga, ou usa dele*”). Nesse dispositivo, mantiveram-se penas similares às que eram cominadas nas outras legislações, aplicando-se, a depender do caso, penas de morte, açoites, degredo ou perda de bens. De diferente, como viria a ocorrer no Título que tratou dos casos gerais de “*peita*”, o Brasil passaria a ser elencado com destino dos degredados.

⁸¹ Não se deve esquecer, como leciona Aníbal Bruno, que a dominação holandesa abiu um parêntese no curso da vigência das leis portuguesas na região norte do país, por quase um quarto de século. Todavia, como reconhece o autor, as leis aplicadas pelo comando holandês teriam alcançado uma curta vigência e, tão logo, acabariam por ser repelidas e esquecidas, sem deixar influências na legislação do país que, para o tema, justifiquem abordagem (Ibid. p. 176/177).

Essa legislação seria mantida até que fosse elaborado o primeiro Código Criminal do Império, em 1830, quando, então, se iniciou o genuíno processo legislativo brasileiro.

2.1.2 Corrupção no Código Criminal do Império de 1830.

O artigo 179, XVII, da Constituição do Império, já trazia, de forma expressa, a necessidade de organizar-se o “*quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade*”, para substituir a velha legislação portuguesa. Assim foi feito em 1830, com a publicação do primeiro Código Criminal essencialmente brasileiro.

Como leciona Pierangelli, o Código, em si, não era perfeito, mas suas originalidades, em geral, trouxeram louvores dos penalistas de seu tempo⁸². Para nós, a maior novidade que irá interessar é o abandono do modelo *casuístico* de enumeração dos delitos e a adoção do princípio da legalidade⁸³, dando lugar ao tratamento geral dos crimes, a partir de artigos delimitados.

Com isso, os crimes de *corrupção* passaram a ter uma previsão sistemática, tendo sido reunidos em duas seções, segregando-se em hipóteses de *peita* (arts. 130-132) e de *suborno* (arts. 133-134), que se diferenciavam, basicamente, pela natureza da vantagem⁸⁴ motivadora da violação do “*dever*” ou do “*ato de ofício*” pelo agente público, agora exigidos para ocorrência dos delitos (*fins específicos de agir*).

Outros crimes, também, passaram a ser disciplinados de forma autônoma, como a *concussão* (art. 135) e o *excesso* (art. 149), que, nas ordenações portuguesas, eram tratados como atos indissociados, apesar de cuidarem de situações claramente distintas da *corrupção*. Além disso, em sentido contrário, houve situações envolvendo tipos específicos de *corrupção*, antes trazidas incidentalmente em títulos destinados a outros delitos (ex. *facilitação de fuga*⁸⁵ e

⁸² PIERANGELLI, José Henrique. Op. Cit. p. 8.

⁸³ No texto do artigo 1º, do Código Criminal, é possível identificar a adoção do princípio: “*Não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique*”. Alguns anos antes, esse princípio já havia sido, igualmente, reconhecido em âmbito constitucional, conforme previsão do artigo 179, XI, da Constituição do Império (1824): “*Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta*”.

⁸⁴ “*Não somente de acordo entre si, mas tambem com os relativos à peita devem ser entendidos estes artigos. Delles se vê que, além de dinheiro, dadiwa ou promessa, elementos da peita, são a influencia ou peditorio elementos do suborno (...). Assim, em sua essencia o suborno não é mais que uma peita. Subornar alguém é seduzi-lo, é compromettel-o, é empenhal-o a praticar alguma cousa contra o seu dever.*” (Cfr. LUIZ, Francisco. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil theorica e praticamente anotado*. Maceió, 1885, p. 255)

⁸⁵ De forma distinta das ordenações portuguesas, os delitos envolvendo agentes prisionais foram, no Código Penal do Império, totalmente dissociados dos crimes de *corrupção*. Tratados no Capítulo VI (“*Tirada ou Fugida de Presos do Poder da Justiça, e Arrombamento de Cadêas*”), tais delitos foram cingidos em inúmeros dispositivos,

*falso testemunho*⁸⁶), que não deram ensejo a crimes especiais, mantendo-se apenas a previsão genérica dos delitos de “*peita*” e “*suborno*”.

Nos termos do artigo 130, *peita* passou a consistir em “*receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei*”, enquanto o crime de *suborno*, nos termos do artigo 133, seria “*deixar-se corromper por influencia, ou peditorio de alguém, para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever*”.

Para os dois casos, as penas cominadas eram as mesmas (quando cabíveis), sendo previstas a perda da função pública, multa no valor do “*tresdobro*” da *peita*, além de prisão por três a nove meses.

Seguindo a lógica das superadas ordenações, o caso dos magistrados foi tratado em dispositivo apartado, artigo 131, sendo a eles aplicadas penas mais severas do que às demais autoridades.

Nas hipóteses em que fosse aceita “*peita*”, para a concessão de sentença injusta, de acordo com a natureza do caso, poderiam ser impostas penas que variavam desde prisão de seis meses a dois anos, até o cárcere perpétuo⁸⁷.

Importante observar que também foi regulada a situação dos particulares em atos de *corrupção*, muito embora tenha sido tratada nos artigos 132 e 134⁸⁸, previstos em capítulo denominado “*prevaricações, abusos, e omissões dos empregados publicos*”, que, à primeira vista, poderia sugerir que haveria apenas a incriminação dos atos das autoridades. Aos corruptores, puniam-se condutas de “*dar*” ou “*prometer*” *peita* ou *suborno*, com penas iguais às que fossem cominadas aos funcionários públicos envolvidos.

que cuidavam da facilitação de fuga (art. 125), prisão forçada (art. 122), arrombamento de prisão (art. 123), dentre outros.

⁸⁶ Conforme trazido em notas anteriores, nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, em capítulo que tratava sobre falsas declarações prestadas por testemunhas, havia vedação ao recebimento de *peita*, hipótese que, se caracterizada, resultaria na punição da testemunha e do *peitante* (caso especial de *corrupção*). No crime de falso testemunho presente no Código do Império (art. 167), houve a supressão dessa hipótese, trazendo-se a descrição da conduta incriminada como: “*Concorrer para a falsidade, ou como testemunha, ou por outro qualquer modo*”. Essa figura, contudo, ressurgiria como hipótese especial de *corrupção* nas legislações posteriores.

⁸⁷ “Art. 131. Nas mesmas penas incorrerá o Juiz de Direito, de Facto, ou Arbitro, que por *peita* der sentença, posto que justa seja.

Se a sentença fôr injusta, a prisão será de seis mezes a dous annos; e se fôr criminal condemnatoria, soffrerá o peitado a mesma pena, que tiver imposto, ao que condemnára, menos a de morte, quando o condemnado a não tiver soffrido; caso, em que se imporá ao réo a de prisão perpetua.

Em todos estes casos a sentença, dada por peita, será nulla”.

⁸⁸ “Art. 132. O que der, ou prometter *peita*, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado na conformidade dos artigos antecedentes, menos a de perda do emprego, quando o tiver; e todo o acto, em que intervir a *peita*, será nullo.”

Veja-se, de modo peculiar, que o crime do agente público (*corrupção passiva*) era mister para a caracterização do delito do particular (*corrupção ativa*), já que suas penas eram medidas na exata porção dos reproches àqueles aplicados.

Sem a aceitação moral da *peita* pelo oficial, de acordo com a jurisprudência da época retratada por Tinôco, sequer haveria tentativa de crime, sendo o oferecimento realizado pelo particular um reles ato preparatório, que, como tal, não traria qualquer efeito jurídico.⁸⁹

Demais disso, válido notar que foi abandonada a causa de isenção de pena relacionada à *delação* do ato de *corrupção*, que deixou de estar prevista em lei⁹⁰. Igualmente, abandonaram-se as figuras privilegiadas, antes erigidas a partir dos valores envolvidos e dos antecedentes dos agentes.

Sob essa forma jurídica, permaneceriam vigendo os delitos de *corrupção* até o ano de 1890, quando, ao lado do sistema político, o Código Criminal do Império viria a ser substituído pelo Republicano.

2.1.3 Corrupção no Código Penal da República de 1890.

Ainda no período do Império, diante da promulgação de diversas leis esparsas e da mudança de relevantes questões sociais (como a abolição da escravidão), defendeu-se a necessidade de realizar uma reforma, para adequar as leis penais à nova situação. Nesse cenário, por desígnio do então Ministro da Justiça, Cândido de Oliveira, em 1889, o jurista João Batista Pereira ficou incumbido de fazer uma revisão do Código Criminal⁹¹.

Com o estabelecimento do regime Republicano, no ano de 1890, os trabalhos chegaram a ser interrompidos, mas foram retomados pouco depois, ainda no mesmo ano, quando, a pedido do Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, o aludido jurista aceitou reassumir a missão de criar o novo ordenamento penal, firmando o compromisso de apresentar urgentemente um projeto⁹². Assim foi feito.

Em meio ao cenário de transição (antes mesmo da Constituição Republicana) e à celeridade dedicada à construção do novo *códex*, concluído em pouco mais de três meses de

⁸⁹ TINÓCO, Antônio Luiz Ferreira. *Código criminal do Império do Brasil anotado*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 229/230.

⁹⁰ Essa figura somente viria a ser reincorporada no direito brasileiro anos depois, quando em vigência o código penal de 1940, por meio de legislação extravagante.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit. p. 445.

⁹² Loc. Cit.

seu início, não chama atenção o fato de lhes terem sido dirigidas severas críticas por parte da doutrina⁹³, alguns considerando-o “*o pior de todos os códigos conhecidos*”⁹⁴.

Manifestar-se a respeito do Código Penal Republicano, como um todo, não seria prudente no âmbito desse trabalho, mas, em consonância com o movimento crítico, é possível reconhecer alguns equívocos e retrocessos, de forma específica, no que diz respeito aos crimes de *corrupção*⁹⁵.

O primeiro ponto a ser destacado refere-se à distribuição topológica dos crimes. Ao contrário da legislação anterior, reúnem-se *peita* e *suborno* no mesmo espaço (Secção III), sugerindo serem sinônimos que se referem a um só delito, quando assim não os considera a própria lei, que lhes trata em dispositivos distintos (arts. 214⁹⁶-215⁹⁷).

Além disso, no texto destinado ao crime de *peita*, há clara confusão deste com o delito de *concussão*, como nas ordenações portuguesas, prevendo-se, igualmente, as condutas delitivas não apenas de “*receber*” e “*aceitar*” proveitos, por parte de funcionários públicos, para a violação de ato de ofício (*fim específico de agir*) ou como retribuição indevida, mas também de “*exigir*” “*recompensa ou gratificação*”, em razão do cargo ocupado.

Ainda de forma similar às legislações anteriores, foi novamente prevista figura especial de *corrupção*, inserida como *causa de aumento de pena* no delito de *falso testemunho* (art. 262⁹⁸), ampliando-se, com isso, a punição de “*perito, interprete, ou arbitrador*” que violasse o

⁹³ “O primeiro Código Penal da República foi menos feliz do que seu antecessor. A pressa com que foi concluído prejudicou-o em mais de um ponto, e nele a crítica pode assinalar, fundamentadamente, graves defeitos, embora muitas vezes com excesso de severidade. Não tardou a impor-se a idéia da sua reforma, e menos de três anos depois da sua entrada em vigor já aparecia o primeiro projeto de Código Para substituí-lo” - BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 180.

⁹⁴ Opinião de João Monteiro, cfr. PIERANGELLI, José Henrique. Op. Cit. p. 10.

⁹⁵ Como critica Galdino Siqueira, a legislação traz “vícios, como lacunas em partes essenciais, equiparação de hypotheses diversas na penalidade, má configuração de certas modalidades criminosas, além da insuficiência da penalidade” – SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 280.

⁹⁶ “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, dada ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei. Exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do officio ou comissão de que for encarregado: Penas - de prisão celllular por seis mezes a um anno e perda do emprego com inhabilitação para outro, além da multa igual ao triplo da somma, ou utilidade recebida.”

⁹⁷ “Art. 215. Deixar-se corromper por influencia, ou suggestão de alguém, para retardar, omittir, praticar, ou deixar de praticar um acto contra os deveres do officio ou cargo; para prover ou propor para emprego publico alguém, ainda que tenha os requisitos legais: Penas - de prisão celllular por seis mezes a um anno, e perda do emprego com inhabilitação para outro.”

⁹⁸ “Art. 262. Todo aquelle que, intervindo em causa civil ou criminal, no character de perito, interprete, ou arbitrador, fizer ou escrever, declarações ou informações falsas, será punido com as mesmas penas, guardadas as distincções do artigo anterior.

dever de dizer a verdade em juízo, quando motivado pelo recebimento de *peita* (pena que, na razão aplicada, seria estendida ao *peitante*)⁹⁹.

Afora os anacronismos na análise da *concessão* e o ressurgimento da figura especial ligada ao *falso testemunho*, houve poucas mudanças no conteúdo geral dos crimes de *corrupção*, que mantiveram elementares similares às previstas na lei do Império. Mais uma vez, o ato do particular corruptor (*corrupção ativa*), entendido como aquele “*que der ou prometer peita*”¹⁰⁰, foi trazido apenas como um apêndice do delito praticado pelo funcionário público (*corrupção passiva*)¹⁰¹.

Diga-se, por oportuno que, se não houve alterações expressivas na redação da lei a respeito dos particulares, houve importante mudança na interpretação doutrinária sobre o alcance geral da norma. Ao contrário do que se defendia anteriormente, os autores da época passaram a reconhecer a possível ocorrência de *tentativa* por parte do corruptor, quando recusada a oferta pelo agente público, situação em que a *corrupção ativa* seria punida de forma autônoma¹⁰².

Apesar de parecer contraditório, esse posicionamento era defendido tanto pelos autores que tratavam a *corrupção* como crime *bilateral*, quanto pelos que entendiam, a partir da exegese da legislação, que existiriam figuras independentes de *corrupção passiva e ativa*¹⁰³, posições que, levadas a cabo, deveriam resultar em interpretações distintas.

Paragrapho unico. A pena será augmentada da terça parte si o accusado deixar-se peitar, recebendo dinheiro, lucro, ou utilidade para prestar depoimento falso, ou fizer declarações falsas verbaes ou por escripto. Na mesma pena incorrerá o peitant.”

⁹⁹ Esse dispositivo, que, apesar de previsto nas ordenações portuguesas, foi excluído do Código do Império de 1830, possuía correspondentes em diversas legislações da época (p.e. códigos francês e toscano – SIQUEIRA, Galdino, Op. Cit. p. 383) e seria mantido na legislação penal brasileira até hoje, possuindo figura análoga no Código Penal de 1940 (arts. 342 e 343).

¹⁰⁰ “Art. 217. *O que der ou prometter peita, ou suborno, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado e subornado*”.

¹⁰¹ Galdino Siqueira não se posiciona, mas expõe a noção de que o dispositivo legal teria tornado o particular *co-autor* do agente público nos crimes de *peita* e *suborno*, tidos por delitos bilaterais compostos pela *corrupção ativa e passiva* (Op. Cit. 281). Em sentido contrário, Bento de Faria e Oscar de Macedo parecem entender que o texto legal criou, de forma autônoma, a figura da *corrupção ativa* contrapondo-a à *corrupção passiva*, apesar da relação estabelecida entre as penas do particular e do funcionário público (FARIA, Antonio Bento de. *Anotações theorico-praticas Codigo Penal do Brazil de acordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência, nacionais e estrangeiras*. V. II – parte especial, 2. ed., Rio de Janeiro, 1913, p. 245 / SOARES, Oscar Macedo. *Codigo Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 416).

¹⁰² Nesse sentido, Galdino Siqueira (Op. Cit. p. 288), Bento de Faria (Op. Cit. p. 240), Oscar de Macedo (Op. Cit. p. 416), dentre outros.

¹⁰³ V. nota de rodapé 101.

Demais disso, importante ressaltar que, de modo geral, houve um pequeno agravamento das penas cominadas em abstrato, que tiveram o período máximo de cárcere ampliado de nove meses para um ano de prisão celular, ainda considerado muito baixo pela doutrina¹⁰⁴.

Por outro lado, a situação envolvendo o caso específico de juízes teve um nítido abrandamento, diante da abolição da possível prisão perpétua antes trazida no texto revogado (art. 216)¹⁰⁵.

Ainda no tocante às penas, é interessante observar o descontentamento da doutrina em razão da aproximação entre as penas dos particulares (*corrupção ativa*) e de funcionários públicos (*corrupção passiva*), considerada injusta. De forma, aparentemente, uníssona, defendia-se que o agente de estado corrompido deveria ser punido de forma mais severa, pois “*infringiria maior número de deveres e deveres mais importantes do que o particular corruptor*”.¹⁰⁶

Apesar dos inúmeros movimentos de reforma, que se desenvolveram¹⁰⁷ já no período imediatamente seguinte à edição dessa primeira legislação penal republicana, sua influência permaneceria até o ano de 1942, quando entraria em vigor o novo Código Penal, até hoje entre nós.

¹⁰⁴ A exemplo, pensava João Vieira de Araújo, que considera as penas atribuídas à *corrupção “irrisórias”* (ARAÚJO, João Vieira. *O Código Penal Interpretado*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 151).

Decerto, falta coerência na pena abstrata, principalmente se analisada em comparação com a situação pertinente à hipótese especial de *corrupção* relacionada ao crime de *falso testemunho* (art. 262), que poderia ser apenado com mais de 6 anos de prisão.

¹⁰⁵ “Art. 216. *Nas mesmas penas incorrerá o juiz de direito, de facto, ou arbitro que, por peita ou suborno, der sentença, ainda que justa.*”

§ 1º *Si a sentença for criminal condemnatoria, mais injusta, soffrerá o peitado ou subordinado a mesma pena que tiver imposto ao que condemnara, além da perda do emprego e multa”.*

¹⁰⁶ Cfr. Oscar de Macedo, Op. Cit. p. 415. No mesmo sentido, Galdino Siqueira (Op. Cit. p. 285), para quem, além de injusta, a equiparação também seria anti-política, pois “*punindo-se igualmente, impede a lei o descobrimento dos criminosos, dando-lhes um interesse igual em fazer desaparecer as provas, da sua culpabilidade, e é talvez a esta causa, como diz Tielmans, que devemos atribuir em grande parte a desmoralização que vae minando certos ramos da administração publica*”.

¹⁰⁷ Dentre os movimentos de reforma, destacam-se os projetos de Código Penal elaborados por Galdino Siqueira (1913) e Virgílio de Sá Pereira (1929), grandes penalistas da época. Em meio a outras coisas, ambos propuseram mudanças relacionadas à redação dos delitos de *corrupção*. O texto sugerido por Galdino Siqueira não trazia grandes avanços, mantendo a conduta do particular (art. 260) como apêndice dos delitos do agente público (arts. 257-259).

Como novidade relevante, havia apenas segregação dos casos de *peita (passiva)* em três dispositivos com escalas penais de reclusão distintas, tratando-se, na primeira hipótese, do recebimento de valores como *retribuição* (art. 256 – pena de até 1 ano), na segunda, do recebimento para *violação de ato de ofício* (art. 257 – pena de 1 a 5 anos), e, na terceira, cuidando-se da hipótese especial de juízes (art. 258 – pena de 3 a 10 anos). Já no texto sugerido por Virgílio de Sá Pereira, há importantes novidades no sentido técnico-jurídico, como a própria presença do *nomen juris “corrupção” (ativa e passiva)* e, de principal, a segregação de delitos autônomos para particular (art. 409) e funcionário público (art. 417), o primeiro punido com detenção (mínimo de 6 meses) e o segundo, a depender do caso, podendo ser punido com pena de prisão (até 5 anos).

2.1.4 Corrupção no Código Penal de 1940.

Com a vinda do Estado Novo, na década de 1930, o então Ministro Francisco Campos confiou ao Professor Alcântara Machado o mister de elaborar um anteprojeto de Código Penal, publicado, em 1938, sob o título “*Projeto de Código Criminal Brasileiro*”. Para revisão do texto, instituiu-se uma comissão formada pelos juristas Vieira Braga, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Néelson Hungria, com a colaboração de Costa e Silva.¹⁰⁸

Após profundas modificações realizadas com a análise do grupo, que tinha como referência modernos projetos e Códigos da Europa, no ano de 1940, foi sancionado o novo diploma, que acabaria entrando em vigor dois anos depois, em uma versão praticamente “refeita”, sensivelmente distinta do texto original¹⁰⁹.

Muito embora sobrem críticas a respeito desse Código Penal, principalmente em razão do seu caráter supostamente autoritário¹¹⁰, tal legislação foi reconhecida como um avanço para o direito nacional¹¹¹.

Sem dúvida, a harmoniosa estrutura, bem redigida, clara e de boa técnica¹¹², contribuiu para a melhor disciplina dos crimes de *corrupção*, que, pela primeira vez, passaram a assumir esse próprio *nomen juris*, à época já utilizado na legislação internacional, a exemplo do Código Penal Suíço (que inspirou nossa legislação)¹¹³.

A esse respeito, importante esclarecer que a palavra *corrupção* passou a ser incorporada no Código Penal com duas acepções distintas, significando, por vezes, práticas de venalidade de agentes públicos (e particulares¹¹⁴) e, em outras, indução à libertinagem (caso, por exemplo, do crime de corrupção de menores).

¹⁰⁸ PIERANGELLI, José Henrique. Op. Cit. p. 11.

¹⁰⁹ BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 183.

¹¹⁰ Discorda-se do entendimento de que esse Código Penal, em relação ao seu tempo, teria viés autoritário. A exemplo, no tocante ao delito de *corrupção passiva*, as penas cominadas em abstrato foram altas, mas, ainda assim, se mostravam bem inferiores aos patamares propostos no Projeto original do Professor Alcântara Machado, que, a depender do caso, poderiam chegar à escala de 20 a 30 anos de prisão (art. 155, §3º, do Projeto).

¹¹¹ Como, novamente, leciona José Henrique Pierangeli: “*Código de 1940 possui defeitos, como não poderia deixar de ocorrer, os quais foram demonstrados durante os seus trinta e sete anos de aplicação. Verdade, porém, é que constitui obra que enaltece a cultura jurídica de nosso país e tem merecido elogiosas referências da crítica estrangeira*” (Op. Cit. p. 12).

¹¹² BRUNO, Aníbal. Op. Cit. p. 184.

¹¹³ Cfr. HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. p. 367.

¹¹⁴ No corpo do Código Penal, também foi trazida hipótese de corrupção envolvendo particulares, na redação original do artigo 196, que tratava do delito de “*corrupção de preposto*”, no âmbito da Concorrência Desleal. Após a criação do Código de Propriedade Industrial (Decreto-Lei 7903/45), esse artigo seria revogado, passando a compor essa nova legislação. Ainda hoje, após inúmeras alterações legislativas, tal delito permanece vigente no direito brasileiro, continuando previsto em legislação apartada do Código Penal, 195, IX, Lei 9.279/96.

Sendo o que interessa para o presente trabalho, cumpre tratar apenas da primeira hipótese, envolvendo o mercantilismo dos atos da administração pública, trazidos nos artigos 317 e 333, onde previam-se, separadamente, os tipos penais¹¹⁵ de *corrupção passiva* e *corrupção ativa*.

De forma objetiva, a *corrupção passiva* passou a ser caracterizada pelas condutas de “solicitar, receber ou aceitar promessa” de “vantagem indevida”, em razão de função pública ocupada, independentemente de ser motivada pela violação de “ato de ofício”, cuja eventual ocorrência passou a ser prevista apenas como *causa de aumento de pena*. Ao lado dessa modalidade, erigiu-se uma forma de *crime privilegiado*, assemelhado ao antigo *suborno*, caracterizado quando a violação funcional fosse motivada apenas por “pedido ou influência de outrem”¹¹⁶.

A *corrupção ativa*, por sua vez, passou a ser tipificada como a conduta de “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público”, nesse caso, tendo por necessário o objetivo de “determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício” (*fim específico de agir*), cuja posterior prática, se caracterizada, igualmente seria *causa de aumento de pena*¹¹⁷. Nesse delito, não foi disciplinada figura privilegiada.

Como acentuou Nelson Hungria, perante o referido Código Penal, tornou-se claro que o legislador deixou de pressupor o *pactum sceleris* para a ocorrência dos delitos de *corrupção*, acabando com a necessidade de vínculo entre os crimes praticados pelo particular e pelo agente público (*bilateralidade*), sendo possível a punição autônoma e independente das modalidades *ativa* e *passiva*, a depender dos casos concretos¹¹⁸.

¹¹⁵ Assume-se, a partir de agora, o vernáculo “tipo penal”, pelo contexto de desenvolvimento teórico dessa noção, que ocorreu ao longo do século XX. Não se ignora, contudo, que a doutrina e a jurisprudência brasileiras levaram um tempo para acolher o entendimento, o que ocorreu já após a existência desse código.

¹¹⁶ Redação Original: “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 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência 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”.

¹¹⁷ “Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 8 (oito) anos, e multa.

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

¹¹⁸ HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. p. 429.

De forma coerente, o autor ressaltou que, ao revés da legislação passada, tanto a hipótese de oferecimento de propina, quanto a hipótese de solicitação, sem a anuência dos destinatários, deveriam ensejar punições na forma consumada, ao invés de tentativa, defendida na exegese do primeiro Código Republicano¹¹⁹.

A título de permanência, verificou-se a manutenção da razão abstrata entre penas atribuídas aos particulares e aos agentes públicos, inicialmente previstas como prisão de um a oito anos. Apesar de ter sido excluída a necessidade de correspondência entre as sanções aplicadas aos casos concretos, a equiparação das penas claramente destoou das vozes da doutrina, que se manifestava no sentido de que a *corrupção passiva* seria delito mais grave que a *corrupção ativa*.

Além desses dois delitos, convém ressaltar que o Código Penal manteve a tipificação do *falso testemunho* (art. 342) e, como *causa de aumento de pena*, hipótese específica envolvendo *corrupção*¹²⁰. De novidade, acompanhando o aprimoramento técnico do novo diploma, o ato do *extraneus* de “*dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem*” para a prática do *falso testemunho*, passou a ser previsto em tipo penal autônomo (art. 343)¹²¹, análogo ao delito de *corrupção ativa* (art. 333), mas punido com penas inferiores.

Além desses tipos penais, por meio de alteração legislativa realizada anos após a entrada em vigor do Código Penal, a partir da Lei 10.467/2002¹²², seria incorporado ao seu texto figura especial de *corrupção*, relacionada a transações comerciais internacionais, em capítulo

¹¹⁹ Ibid, p. 367 – “No direito anterior, era indeclinável a correspondência entre a *corrupção passiva* e *ativa*, para que se considerassem consumadas: se uma delas deixasse de existir, a outra somente seria reconhecível como tentativa. Presentemente, para que se consumem, respectivamente, a *corrupção passiva* e a *ativa*, basta que o *intraneus* “solicite” ou o *extraneus* “ofereça” a vantagem indevida”, ainda que a solicitação, num caso, ou a oferta, noutra, seja recusada”.

¹²⁰ “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1o As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§ 2o O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”.

¹²¹ “Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação:

Pena - reclusão, de três a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta”.

¹²² Esse diploma visava dar efetividade ao teor da *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, internalizada no direito brasileiro, em 2000, por meio do decreto 3.678 (mencionada no capítulo “3.1” desse trabalho).

destinado aos “*crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira*”, que daria ensejo ao artigo 337-B¹²³, do diploma criminal.

Tal delito, mais ainda, se assemelha ao crime de *corrupção ativa*, tendo como únicas distinções, inicialmente, a nacionalidade da autoridade pública envolvida (*estrangeira*), a natureza específica das relações empreendidas (*transação comercial internacional*) e a presença do verbo “*dar*” no núcleo do tipo.

Posteriormente, esse último delito também passou a se distinguir em função da sua pena (um a oito anos), pois, fruto da publicação da Lei 10.763/2003, houve a ampliação das escalas penais dos delitos de *corrupção passiva* e *ativa*, que passaram a ser punidos com o cárcere de dois a doze anos¹²⁴.

Ao lado dessas legislações posteriores, outras tantas acabaram por influenciar a disciplina dos crimes de *corrupção* no Código Penal¹²⁵, como as Leis 6.799/1980 e 9.983/2000, que definiram novos parâmetros para a compreensão da figura do funcionário público, as Leis 9.807/99 e 12.850/2013, que reinseriram no nosso ordenamento a figura da *delação premiada* e a Lei 12.846/2013, que definiu punições (de natureza penal) a pessoas jurídicas, em âmbito administrativo.

¹²³ “Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

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

¹²⁴ Além de aumentar a escala penal, a aludida lei condicionou a progressão de regime de condenados por crimes contra a administração pública ao ressarcimento do prejuízo causado (art. 33, §4º, do Código Penal). Esse diploma nasceu da análise do PLS 116/2002, do Senado Federal, que tramitou na Câmara dos Deputados como PL 7.017/2002.

Ao lado de outros três projetos que tramitavam nessa última casa (5.112/2001; 3.961/2000 e 925/1999), propunha-se o agravamento da situação jurídica de pessoas envolvidas em casos de *corrupção*, tendo por provável influência casos de repercussão midiática da época, como o “*propinoduto dos Fiscais Rio de Janeiro*”, mencionado no parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação.

Os projetos, que tramitaram em conjunto, propunham alterações ainda mais severas, como a inclusão da *corrupção* no rol dos crimes hediondos, que não restou aprovada.

¹²⁵ Apesar de não ter influenciado a legislação atual, não se pode deixar de tratar do Código Penal de 1969, que foi derogado sem nunca ter entrado em vigor, elaborado com a colaboração de diversos juristas de renome, como Nelson Hungria (autor do anteprojeto), Heleno Cláudio Fragoso, Aníbal Bruno, Benjamin Moraes Filho e Ivo D’Aquino (cfr. PIERANGELLI, José Henrique. Op. Cit. p. 14).

Em relação aos crimes de *corrupção passiva* (art. 353) e *ativa* (art. 371) não foi proposta nenhuma alteração na redação da lei vigente, excluindo-se apenas a previsão de pena mínima para os delitos (mantendo-se a máxima em 8 anos).

Em relação aos crimes especiais relacionados à *corrupção* de testemunhas (arts. 379, §1º; e 380), houve alterações de estilo na redação dos dispositivos, mas, de substancial, somente foi proposta a mudança da *causa de aumento de pena* prevista na modalidade *ativa*, em caso de suborno da testemunha para produção de prova a ser utilizada em processo penal. No Código Penal de 1940, o aumento de pena é de um sexto a um terço e, no Código Penal de 1969, haveria a duplicação da pena (art. 380, §único). Nesse projeto, não havia correspondente ao crime de *corrupção em transação comercial internacional*, figura que teve sua origem na Convenção de Paris, realizada anos depois, em 1997.

Sob esses aspectos gerais trazidos acima, atualmente, se encontra o cenário legislativo atual, que conta com cinco hipóteses típicas de *corrupção* no Código Penal (arts. 317; 333; 337-B; 342, § 1º; e 343), além de inúmeras leis esparsas que influenciam no tratamento da matéria¹²⁶.

No entanto, ainda hoje, há diversas propostas de reforma que tratam sobre esses delitos, que devem ser objeto de análise definitiva em breve.

2.2 Das principais propostas de reforma dos crimes de *corrupção*.

2.2.1 Do Código Penal de 2012.

Pela simples análise do momento histórico em que surgiram os Códigos Penais brasileiros, é possível perceber que as principais mudanças na legislação criminal coincidem com a alteração de regimes políticos, ainda que, por vezes, os textos produzidos não exteriorizem, propriamente, as ideologias defendidas em cada contexto social.¹²⁷

Por essa noção, não surpreende o fato de que, após o advento da Constituição da República de 1988, em algum momento, acabaria por ser conclamada uma comissão de juristas com o intuito de rever a legislação, justificada por ser “*imprescindível uma releitura do sistema penal à luz da Constituição, tendo em vista as novas perspectivas normativas pós-88*”¹²⁸.

Assim, no ano de 2012, veio à luz o Projeto de Lei n.º 236/2012, do Senado Federal, fruto do trabalho elaborado por uma Comissão de Juristas presidida por Gilson Angaro Dipp, então ministro do Superior Tribunal de Justiça, com uma proposta de Código Penal inteiramente novo.

Muito embora, ainda hoje, o projeto permaneça em tramitação, o diploma elaborado vem sofrendo inúmeras críticas, em razão de supostos “*equivocos estruturais, dogmáticos e político-criminais*”, que levaram alguns membros da comunidade jurídica a taxa-lo como “*imprestável*”¹²⁹.

¹²⁶ A exemplo, há também modalidade de *corrupção* prevista na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária (art. 3º, da Lei 8.137 de 1990).

¹²⁷ Exemplo disso é próprio Código Penal de 1940, que, apesar de ter sido criado em meio a um governo antidemocrático, não pode ser considerado autoritário, se comparado com projetos e códigos anteriores.

¹²⁸ Cfr. Requerimento 765/2011, Senado Federal, Sen. Pedro Taques (Diário do Senado Federal nº 99, publicado em 17/06/2011, sessão de 16/06/2011).

¹²⁹ BECHARA, Ana Elisa Libertatore s., TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la. *As recentes iniciativas de reforma do código penal brasileiro: observações críticas sobre a parte geral*. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 31.

No âmbito do presente trabalho, decerto, não há espaço para análise do projeto de forma geral, razão pela qual não se pretende concordar ou discordar das censuras que lhe são dirigidas. Não obstante, de forma específica, no que diz respeito aos crimes de *corrupção*, há, sim, inúmeras mudanças que merecem críticas, porque, mesmo após revisões no curso do processo legislativo, continuam trazendo retrocessos e equívocos técnicos.

Um dos pontos a ser destacado é que, mais uma vez, unificaram-se as figuras da *corrupção passiva* com a *conculção*, em dispositivo que passou a tipificar, simultaneamente, as condutas de “*exigir, solicitar, receber ou aceitar promessa de receber*” “*vantagem indevida*”, “*valendo-se da condição de servidor público*” (art. 287¹³⁰). Com isso, sugere-se um tratamento equânime a situações jurídicas claramente distintas, como realizado no Código Penal de 1890 e nas ordenações portuguesas.

Ao lado desse retrocesso, a *corrupção ativa* também voltou a ser tipificada como um apêndice do crime de *corrupção passiva*, sendo prevista, de forma incidental, em um de seus parágrafos, que vincula suas penas à escala destinada ao crime do funcionário público, apesar de constituir delito autônomo (art. 287, §1¹³¹).

Junto a essa mudança, também houve alteração no núcleo do tipo da *corrupção ativa*, que, ao lado das condutas de “*prometer*” e “*oferecer*”, passou a prever os atos de “*dar*”, “*entregar*” e “*pagar*” “*vantagem indevida*” a agente público, situação que, da forma trazida, parece tipificar não apenas o ato do *corruptor*, mas, também, a ação do particular que for *vítima* da prática de *conculção*.

Essa confusão, que, a princípio, poderia ser potencial, parece provável nos moldes da lei, tendo em vista que, em paralelo à mudança do núcleo típico, houve a exclusão do *especial fim de agir* previsto na legislação anterior, sendo dispensável, para a ocorrência de crime, que o particular envolvido busque qualquer retorno ligado à violação de *ato de ofício*¹³².

Acompanhando a mesma linha de construção, a modalidade especial de *corrupção em transação comercial internacional* também passou a compor um dos parágrafos do tipo penal

¹³⁰ “Art. 287. *Exigir, solicitar, receber ou aceitar promessa de receber, para si ou para outrem, vantagem indevida, direta ou indiretamente, valendo-se da condição de servidor público:*
Pena – prisão, de quatro a doze anos”.

¹³¹ “§1º *Nas mesmas penas do caput incorre quem oferece, dá, promete, entrega ou paga a servidor público, direta ou indiretamente, vantagem indevida*”.

¹³² A figura do ato de ofício passou a estar prevista apenas no §3º, I, do aludido tipo penal, caracterizando possível causa de aumento de pena, quando efetivamente ocorrida a violação do dever funcional (§3º *A pena é aumentada em até um terço se: I – em consequência da vantagem ou promessa, o servidor retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional*).

da *corrupção passiva*, com a respectiva pena vinculada à escala da reprimenda do crime funcional (art. 287, §2º¹³³).

Não obstante, nesse delito, as mudanças de redação ocorreram apenas no núcleo do tipo, com a inclusão de condutas similares às da *corrupção ativa*, sem que houvesse, todavia, a exclusão do *elemento subjetivo especial*, caracterizado pelo interesse de “*determinar servidor público estrangeiro a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional*”.

Em meio às inúmeras alterações, não se pode deixar de tratar da mudança na escala penal atribuída, de forma unívoca, aos de *corrupção* reunidos nesse novo diploma, que teve sensível agravamento, passando a ser de quatro a doze anos de prisão, com duas possíveis *causas de aumento de pena*¹³⁴, o que exclui, em qualquer hipótese, a possível aplicação de sanções restritivas de direito¹³⁵.

Afora esses tipos penais, previram-se, ainda, outros delitos especiais de *corrupção*, que fugiram ao “agrupamento” realizado nos parágrafos do artigo 287: *corrupção no falso testemunho* (art. 309¹³⁶), *peita* (art. 310¹³⁷), e a *corrupção entre particulares* (art. 172¹³⁸).

¹³³ “§2º Nas mesmas penas do caput incorre quem oferece, dá, promete, entrega ou paga vantagem indevida para determinar servidor público estrangeiro a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional”.

¹³⁴ “§3º A pena é aumentada em até um terço se:

I – em consequência da vantagem ou promessa, o servidor retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional;

II – é expressivo o dano causado por agente político ou ocupante de cargo efetivo de carreira de Estado.”

¹³⁵ Assim como na legislação atual, no projeto, a substituição estaria limitada a condenações inferiores a 4 anos de prisão, cfr. art. 55, I.

¹³⁶ “Art. 309. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como vítima, testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito civil, comissão parlamentar de inquérito, ou em júízo arbitral:

Pena - prisão, de um a três anos.

§1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço se o crime é praticado mediante paga ou promessa de recompensa ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em inquérito policial ou processo penal.

§2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”.

§3º Não há crime se a pessoa faz afirmação falsa, nega ou cala a verdade para evitar auto-incriminação”.

¹³⁷ “Art. 310. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a vítima, testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação:

Pena - prisão, de dois a cinco anos”.

¹³⁸ “Corrupção entre particulares

Art. 172. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como empregado ou representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições:

Pena – prisão, de um a quatro anos.

§1º Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao empregado ou representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.

§2º As penas serão aumentadas de um sexto até a metade se, em razão da conduta do agente, a empresa ou instituição privada sofrer prejuízo patrimonial”.

No primeiro delito, que possui correspondente no Código Penal de 1940 (art. 342, § 1º), não houve grandes alterações, mantendo-se a *corrupção passiva* apenas como *causa de aumento de pena* do *falso testemunho*. As principais alterações no dispositivo, naturalmente, se destinaram ao próprio *falso*, sem mudanças atinentes à *corrupção* em si.

O segundo delito, por sua vez, que passou a ser chamado de *peita*, diz respeito à *corrupção ativa*, também no âmbito do *falso testemunho*, que, igualmente, já era prevista, em tipo penal autônomo, no Código Penal de 1940 (art. 343).

Nesse dispositivo, que foi nomeado de forma claramente atécnica¹³⁹, houve apenas a inclusão da “*vítima*” como possível destinatária do suborno¹⁴⁰, a supressão da *causa de aumento de pena* relacionada ao uso do *falso* como prova e a alteração da escala penal que passou a ser de três a quatro anos.

O terceiro delito, enfim, é constituído pela *corrupção entre particulares*, figura típica nova¹⁴¹, destinada à relação de venalidade estabelecida exclusivamente no contexto privado. Muito embora já exista tipificação de hipótese especial semelhante, no tipo penal de *concorrência desleal*¹⁴², seria equivocado tratar do dispositivo de forma comparativa, pois se trata de norma geral, ainda sem correspondentes na legislação penal vigente.

De todo modo, por se tratar de norma construída sob os exatos moldes dos tipos de *corrupção pública*, estendem-se a ela as mesmas observações realizadas em relação a estes delitos, em especial no tocante à reunião das condutas *passiva* e *ativa* no entorno do mesmo artigo e vinculadas à mesma escala penal.

Com essas considerações, encerram-se as perspectivas de mudança, que serão incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, caso seja aprovado o novo Código Penal. A despeito do esforço legislativo em cooptar o texto legal à normativa da Constituição da República de 1988, o que se vê, em geral, são retrocessos, marcados pela presença de estruturas jurídicas já superadas, sem evoluções que justifiquem a adoção das regras propostas.

¹³⁹ Mesmo nas ordenações portuguesas e nos Códigos Penais anteriores, que adotavam o *nomen juris* “*peita*”, este nunca foi designado para tratar de hipótese especial de *corrupção de testemunha*, tendo sido sempre atribuído à figura geral da *corrupção (ativa e passiva)*, enquanto crime bilateral.

¹⁴⁰ Essa mudança se alinhou com a alteração do próprio crime de falso testemunho (art. 309, *caput*), que passou a prever a *vítima* como um dos possíveis agentes delitivos.

¹⁴¹ A teor do parecer elaborado pelo Senador Pedro Taques, autor do requerimento que deu ensejo ao projeto de Lei, a criação do delito se justificaria porque “*A corrupção privada, hoje fato atípico, contribui para a geração de uma cultura de corrupção, que ajuda a alimentar a variação mais severa desse comportamento, aquela que envolve servidores públicos*” – cfr. parecer disponível no próprio sítio do Senado Federal, no endereço: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>, consultado em 25 de agosto de 2016.

¹⁴² Art. 195, IX, da Lei 9.279/96: “*Comete crime de concorrência desleal quem: IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem*”.

2.2.2 Das Dez medidas de combate à corrupção.

Em paralelo à tramitação do projeto de Novo Código Penal, atualmente, há um grande clamor público em torno do pacote de medidas sugeridas pelo Ministério Público Federal, às quais se convencionou chamar de “10 medidas de combate à corrupção”¹⁴³.

Após a obtenção de mais de dois milhões de votos, por iniciativa popular, recentemente, essas medidas deram ensejo ao Projeto de Lei 4850/2016, a partir de documento apresentado à Câmara dos Deputados, em 29 de março de 2016, subscrito pelos congressistas Antônio Carlos Mendes Thame, Fernando Francischini, Diego Garcia e João Campos.

No grupo de propostas apresentadas, foram incluídas sugestões em uma lógica claramente repressiva, que fica clara pela simples leitura da justificativa exposta em seu corpo:

*“Como o furto e o roubo, a corrupção suprime patrimônio. Diferentemente do furto e roubo, a corrupção endêmica brasileira vitimiza a nação. A corrupção rouba a comida, o remédio e a escola de milhões de pessoas, prejudicando o futuro de todos.
(...)*

*Se queremos um país livre de corrupção, esta deve ser transformada em um crime de alto risco. Como o homicídio, a corrupção mata. Contudo, diferentemente da maior parte dos homicídios, a corrupção é planejada e pensada, ou seja, é uma decisão racional que toma em conta custos e benefícios.
(...)*

O parâmetro de pena razoável nesses casos deve ser o crime de homicídio, cuja pena, quando simples, é de seis a vinte anos, e, quando qualificado, é de doze a trinta anos. Outro parâmetro razoável, para corrupção de grande magnitude, é o crime de latrocínio, que tem pena de vinte a trinta anos, e o delito de extorsão qualificada pela morte, cuja pena é de vinte a trinta anos.”¹⁴⁴

Sem dúvida alguma, o tratamento inflamado da matéria foi influenciado pela grande cobertura midiática ao redor de recentes processos instaurados em face de autoridades políticas, como o Mensalão e a Lava-Jato, além do quadro de instabilidade econômica e social, que se atribui à corrupção endêmica e ao sentimento de insatisfação popular quanto à eficácia do sistema jurídico, em geral, no enfrentamento dos chamados “crimes do colarinho branco”.

Desse raciocínio, não chama atenção o fato de que inúmeras das alterações propostas não se limitaram aos tipos penais, mas se estenderam para normas diversas, inclusive sobre

¹⁴³ <http://www.dezmedidas.mpf.br/apresentacao/conheca-as-medidas> (Teor consultado em 10/01/2017).

¹⁴⁴ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4FA9429F2650EF7BF048D571BEBC465D.proposicoesWebExterno1?codteor=1448689&filename=Tramitacao-PL+4850/2016 - pp. 36/37 (Teor consultado em 10/01/2017).

regramentos de natureza constitucional, processual, cível e administrativa, como se a análise da *corrupção* abrisse brecha para uma ampla reforma do ordenamento jurídico nacional.

A exemplo, sugeriu-se a criação do tipo penal do *enriquecimento ilícito*; ampliação das penas de delitos previstos não só no Código Penal, mas em leis extravagantes, como a Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária (Lei 8.137 de 1990); mudanças no processamento e no cabimento de habeas corpus, para restringir a aplicação desse remédio constitucional; supressão de recursos cíveis e penais, além de novas sanções para atos de suposta litigância de má-fé; redução das hipóteses de prescrição; restrição e preclusão na análise da ilicitude de provas e atos processuais; previsão de novas medidas cautelares e hipóteses de perdimento; fim da fase preliminar da ação de improbidade administrativa; dentre outras.

Em particular, entende-se que as propostas, na maioria, são desarrazoadas, algumas beirando o a-jurídico, como as questões relacionadas ao aproveitamento das provas ilícitas. Muito se poderia trazer a esse respeito, mas, novamente, fugiria do presente escopo.

No entanto, limitando a análise às alterações atinentes aos tipos de *corrupção*, passa-se a situação do extremo contrário, sem que haja mudanças passíveis de grandes observações. Em meio às inúmeras medidas, há apenas quatro questões essencialmente dirigidas aos tipos penais previstos no Código Penal, todas elas centradas no agravamento do reproche estatal.

A um, sugeriu-se a ampliação das penas mínimas dos crimes de *corrupção ativa* e *passiva* para o patamar de quatro anos, como forma de evitar a prescrição da pretensão punitiva estatal e eventual substituição por penas restritivas de direitos.¹⁴⁵

A dois, recomendou-se o agravamento das sanções para casos mais graves de *corrupção ativa* e *passiva*, com a criação de escalas penais diferenciadas a depender dos valores

¹⁴⁵ “Criminosos de colarinho-branco normalmente são primários, e as penas ficam próximas do mínimo legal. Quando há condenação e não prescrevem, as penas são substituídas, por força de lei, por penas restritivas de direitos, isto é, por penas bem brandas, as quais, em pouco tempo (em regra após cumprido apenas um quarto da pena substitutiva), serão atingidas por indultos ou comutações, reduzindo-se a nada ou quase nada. Considerando que a *corrupção* é um crime difícil de ser descoberto e provado, o criminoso só será punido em uma pequena parcela dos crimes que cometer, o que faz dela um crime altamente vantajoso. A elevação da pena mínima dos crimes mais graves contra a Administração Pública para quatro anos significa que mesmo réus primários – e os réus de colarinho-branco normalmente são primários mesmo quando praticaram crimes antes – não terão suas penas substituídas por penas restritivas de direitos e começarão a cumprir a pena, na melhor das hipóteses, em regime semiaberto. Ninguém que praticar *corrupção* poderá contar com um regime aberto, o qual, em muitos casos, na prática, por falta de casa de albergado e de fiscalização, significa pena nenhuma. Adicione-se que a pena mínima atual, de dois anos, bastante aplicada nos casos desses crimes em razão do método de fixação da pena do nosso sistema, acarreta a prescrição em apenas quatro anos, o que tende a acontecer como regra em processos de crimes do colarinho branco. Uma pena maior permite também um prazo mais dilatado para a sua investigação e processamento sem que o crime prescreva, o que é necessário, em decorrência de ser normalmente um crime de apuração complexa, praticado às escondidas”. - P. 36 do texto inicial do Projeto de Lei (V. nota de rodapé n.º 144).

correspondentes a vantagem ou ao prejuízo envolvidos nos delitos, não obstante, se cabível, a aplicação de causas de aumento previstas na parte geral do Código Penal.

De acordo com o texto, quando os valores mencionados alcançassem a marca de cem salários-mínimos, ou mais, seria atribuída a pena de reclusão de sete a quinze anos. Em caso de mil salários-mínimos, ou mais, seria aumentada a escala para dez a dezoito anos. Finalmente, chegando a dez mil salários-mínimos, ou mais, passar-se-ia à reclusão de doze a vinte e cinco anos. Em todas essas hipóteses, eventual progressão de regime, liberdade condicional ou conversão, haveria de ser condicionada à restituição da vantagem e ressarcimento integral do dano.¹⁴⁶

A três, com o intuito de aumentar o desestímulo à prática delitativa, propôs-se a atribuição da natureza de *crime hediondo* para os delitos de *corrupção ativa e passiva*, envolvendo vantagem ou prejuízo igual ou superior a cem salários-mínimos, com as necessárias alterações no artigo 1º, da Lei 8.072 de 1990.¹⁴⁷

A quatro, sugeriu-se incluir um segundo parágrafo no artigo 337-B, do Código Penal, que tipifica a *corrupção ativa em transação comercial internacional*, com previsão de cômputo dobrado da prescrição da pretensão punitiva estatal, sob a justificativa de adequar seu texto ao tratado internacional que incentivou sua inclusão no direito interno brasileiro.¹⁴⁸

Por ora, o Projeto de Lei permanece em andamento. Após a análise do colegiado, no final de 2016, foram realizadas inúmeras alterações no seu texto, retirando-se a maior parte das sugestões apresentadas, além de incluírem-se novos dispositivos, alguns, novamente, externos

¹⁴⁶ “Parece ser instintivo que as condutas que representam dano maior devem ser mais severamente apenadas, não só como retribuição, mas sobretudo pelo seu caráter dissuasório. Por essa razão é que se propõe que a proporcionalidade entre o resultado lesivo e a sanção criminal seja expressamente prevista em relação aos mais graves crimes do colarinho-branco praticado com abuso de função pública ou em prejuízo ao Erário, cujo potencial de danos é tão grande quanto o de crimes de violência. Corrupção mata e deve ser uma conduta de alto risco, risco esse que deve ser proporcional ao gravame que pesará sobre a população.

Por fim, tendo em vista a necessidade de adaptar os princípios da moderna Justiça Restaurativa também aos crimes praticados contra os interesses difusos, é que se propõe que a obtenção de benefícios e favores legais relacionados ao cumprimento da pena seja condicionada à reparação do dano e à devolução da riqueza indevidamente amealhada.” - p. 39/40 do texto inicial do Projeto de Lei (V. nota de rodapé n.º 144).

¹⁴⁷ “Esta proposta também está no contexto de fazer da corrupção um crime de alto risco patrimonial e moral, especialmente a corrupção de altos valores, porque esta produz consequências mais sérias. Se queremos um país livre de corrupção, ela deve ser transformada em um crime de alto risco, e esse risco deve corresponder à gravidade da conduta.” - p. 40 do texto inicial do Projeto de Lei (V. nota de rodapé n.º 144).

¹⁴⁸ “Por fim, o acréscimo do § 2º ao artigo 337-B do Código Penal vem a atender o disposto no artigo 6 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000, que reza: “Artigo 6 – Regime de Prescrição – Qualquer regime de prescrição aplicável ao delito de corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá permitir um período de tempo adequado para a investigação e abertura de processo sobre o delito”.” - p. 66 do texto inicial do Projeto de Lei (V. nota de rodapé n.º 144).

aos tipos penais de *corrupção*, como a mudança do local de assento dos advogados em audiências e a tipificação dos delitos de *abuso de autoridade*.¹⁴⁹

No tocante às quatro proposições iniciais, relacionadas diretamente aos delitos de *corrupção* previstos no Código Penal, estas foram acolhidas em parte, sendo os pontos que, de forma concreta, interessam ao estudo.

De um lado, acolheu-se o aumento da pena mínima da *corrupção ativa e passiva* para quatro anos e o escalonamento das escalas penais em função da vantagem e dos danos envolvidos, estendendo as mudanças também para o crime de *corrupção ativa em transação comercial internacional*.

Igualmente, acatou-se a atribuição da natureza de *crime hediondo*, açambarcando, mais uma vez, esses três delitos, alterando-se apenas o parâmetro dos valores relacionados, para que somente fossem assim concebidos os crimes que tivessem por objeto *dez mil salários mínimos*.

De outro lado, excluiu-se a exigência de restituição de quaisquer valores para a obtenção de progressão de regime, liberdade condicional e conversão de pena, além da prescrição dobrada sugerida em relação à *corrupção ativa em transação comercial internacional*.

Sob esse formato, atualmente, segue então tramitando o Projeto de Lei 4850/2016. Como se denota, muito embora o texto do projeto final da Câmara dos Deputados tenha, de certa forma, reduzido o agravamento sugerido pelo inicial (pela redução das hipóteses de atribuição de natureza de crime hediondo, por exemplo), de forma geral, denota-se que o legislador confia, mais uma vez, no agravamento do tratamento penal, como forma de dar consecução à política criminal de combate à *corrupção*.

Renova-se, desse modo, a mesma crença demonstrada pela doutrina do séc. XIX e início do séc. XX¹⁵⁰, que incentivou o sucessivo aumento de penas nas legislações seguintes, sem que houvesse grande mudança no quadro social em relação à prática.

¹⁴⁹ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4FA9429F2650EF7BF048D571BEBC465D.proposicoesWebExterno1?codteor=1512405&filename=Tramitacao-PL+4850/2016 (Teor consultado em 10/01/2017).

¹⁵⁰ V. nota de rodapé 95 e 107.

3. NOÇÕES DE TIPICIDADE.

No ordenamento atual, no campo do Direito Penal, mantêm-se diversos delitos relacionados a práticas de corrupção, como os crimes gerais de *corrupção passiva* e *ativa* e os delitos especiais de *corrupção em transação comercial internacional* e *corrupção de testemunha*, previstos nos artigos 317, 333, 337-B, 342, §1º e 343, do Código Penal.

Tais dispositivos, que ainda atravessam movimentos de reforma, já em suas raízes trazem noções jurídicas erigidas ao longo de diversos séculos, desenvolvidas desde as casuísticas incriminações das ordenações portuguesas, passando pelas leis do Império, até chegar às construções recentes, do período republicano.

A despeito da origem imbricada, tais ilícitos penais consideram-se, hoje, delitos independentes, que possuem previsões autônomas. No âmbito do presente trabalho, importa ao estudo a figura típica do crime de *corrupção ativa*, que, por ter sido sempre trazido de forma assessória, nas leis anteriores e nos projetos em andamento, deixou de atrair maiores olhares por parte da doutrina em geral.

Antes de se adentrar ao estudo da *tipicidade* da *corrupção ativa*, contudo, é fundamental trazer algumas noções preliminares sobre o próprio conceito de tipicidade.

3.1 Noções prévias de *tipicidade*.

Ainda que não se recorra aos contratualistas para traçar um momento primitivo, em que os homens tenham vivido em um estado de natureza¹⁵¹, sabe-se que o conflito é inerente ao convívio social e que a sua resolução, caso não seja conciliatória, será impositiva.

Nas sociedades organizadas, o papel de impor soluções aos conflitos acabou por ser realizado pelo Direito, entendido como principal forma de controle social, capaz de possibilitar a superação de antinomias, pela uniformização de culturas e de ideais coletivos¹⁵².

¹⁵¹ A exemplo, o estado de natureza descrito por Thomas Hobbes: “*O fim último, causa final do desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra, que é a consequência necessária (conforme de mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos...*” – MALMESBURY, Thomas Hobbes. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, 1651. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Texto disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf, cap. XVII, p. 59.

¹⁵² “*No atual estágio dos conhecimentos científicos sobre o direito, é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito: ubi societas ibi jus. (...) A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as*

Nesse ambiente, como um instrumento para dar vigência às normas estabelecidas, ganhou espaço o exercício legitimado da punição, que antes existia como desordem, mas passou a assumir papel na própria manutenção da ordem.

Por muito tempo, esse poder de punir, chancelado pelo direito, esteve compartilhado entre particulares e coletividade, como nos povos germânicos ou, até mesmo, em Roma¹⁵³. Todavia, com a centralização do Estado moderno, esse poder passou a ser confiscado pelos Reis, tornando-se público, como nos dias atuais¹⁵⁴.

Apesar de público, esse modelo, por muito tempo, deixou de servir aos interesses da sociedade, sendo utilizado como instrumento para fortalecimento de estruturas de autoridade, redundando no espetáculo punitivo empreendido durante o período absolutista.¹⁵⁵

Finalmente, com as revoluções liberais e com o advento do cientificismo do século XVIII, houve a necessária sistematização do Direito e, então, do Direito Penal, ramo que se ocupou da contenção do poder punitivo do Estado, habilitado apenas quando violados interesses relevantes da sociedade, materializados em *bens jurídicos*.

Como resposta à insegurança que se buscava afastar e como afirmação da nova ordem, construída pelos modelos de Estado burgueses, reconheceram-se princípios gerais, que deveriam orientar a construção de normas, como as noções de *legalidade* e *ofensividade*.

No entanto, com o passar do tempo, percebeu-se que não apenas na *criação* das leis deveria interferir o Direito Penal, se há o intuito de conter o poder punitivo. Como leciona Zaffaroni, “*é na interpretação das leis penais manifestas que o direito penal pode realizar sua*

relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. (...) Por isso, pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado de uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficiente dos tempos modernos – do chamado controle social, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição de modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.” – CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.25.

¹⁵³ Na Roma monárquica, por exemplo, o poder punitivo estava presente, de forma incontestada, no seio de cada unidade familiar, sendo exercido pelo *pater familias*. (Cfr. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral...* Op. Cit. p. 82.) Em verdade, mesmo depois da concentração do poder punitivo que ocorreu após a formação dos estados modernos, ainda foi possível ver o exercício do poder punitivo legitimado por particulares, como no caso dos senhores de engenho sobre os escravos. Ainda hoje, é possível identificar resquícios desse poder nos seios das famílias, escolas, igrejas e etc.

¹⁵⁴ É importante ressaltar que a análise em questão não possui o objetivo de expor a realidade da época, mas apenas de ilustrar um percurso. Para análise profunda, ler: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit. 383-392.

¹⁵⁵ Para ilustração das punições públicas do absolutismo e transição do regime das execuções para o modelo prisional, ler: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 40. Ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

mais importante função”, operando como um “*dique de proteção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia*”¹⁵⁶.

Coube assim, ao Direito Penal, opor barreiras ao exercício do poder punitivo, não apenas com a criação das leis, mas na sua correta interpretação, de modo a assegurar o alcance dos seus escopos, por meio da racionalidade. Na persecução penal, essa lógica se faz presente em dois momentos. Primeiro, na *teoria do delito*, para constatação dos pressupostos jurídicos necessários à habilitação da pena. Depois, na *teoria da pena*, própria da aplicação da reprimenda.

Nesse primeiro momento (*teoria do delito*), em que se constata a relevância penal de um fato, avaliam-se as categorias que compõem um *conceito analítico de crime*: a *tipicidade*, a *antijuridicidade* e a *culpabilidade*¹⁵⁷.

A *tipicidade*, como primeiro filtro de contenção ao poder punitivo, deve barrar intervenções irracionais, permitindo que se habilite o poder punitivo, apenas quando este obedecer às balizas da lei, tendo por fator limitador os *bens jurídicos* afetados.

3.1.1 Conceitos de *tipo* e *tipicidade*.

Hoje, a noção de *tipo* está enraizada no Direito (*tipo legal*), mas, em verdade, se trata de vocábulo multidisciplinar, que encontra definições em diferentes campos científicos, a exemplo da filosofia.

Partindo-se de uma leitura filosófica, que traz a ideia medular desse termo, *tipo* seria um “*conjunto interligado de características que pode ser repetido por um número indefinido de exemplares*”, sendo *típico* “*o que corresponde a um tipo, a um modelo ou a uma representação geral ou esquemática*” ou, simplesmente, “*o que exprime ou realiza os caracteres do tipo*”¹⁵⁸.

Essa noção, que reproduz a concepção de *padrão* ou *arquétipo*, é a de que se apropriam as ciências jurídicas e, de forma específica, o Direito Penal, nos conceitos de *tipo penal* e *tipicidade*.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – II*. 2. ed Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 20.

¹⁵⁷ Esse é o conceito analítico de delito tripartido, usualmente adotado pela nossa doutrina. Há autores, todavia, que conceituam crime de outras formas, como Luiz Flavio Gomes, que o conhece como *fato típico* e *antijurídico*, estabelecendo distinção entre crime e *fato culpável*, este, sim, composto pelas três categorias (Cfr. GOMES, Luís Flávio. *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 9).

¹⁵⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1141.

Não se pode, no entanto, deixar de considerar que essas duas expressões, apesar de relacionadas, trazem conceitos distintos. Como leciona Zaffaroni, “o tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal”¹⁵⁹.

O ingresso da *teoria do tipo* na dogmática criminal atual é atribuído, em geral, a Ernst von Beling, que, em 1906, inserido no contexto da dogmática *causalista*, introduziu, no âmbito do injusto, uma cisão entre a *tipicidade* e *antijuridicidade*, categorias (objetivas) que permaneceriam ao lado da *culpabilidade* (subjéctiva).¹⁶⁰

Nesse primeiro momento, conferiu-se ao *tipo penal* apenas a função de definir delitos, constituindo-o de elementos meramente *descritivos* e *avalorados*.¹⁶¹ Ao juízo de *tipicidade*, realizado sob essa lógica, incumbiria somente a análise da correspondência entre a exterioridade da conduta humana e o *tipo penal*.¹⁶²

Com o passar do tempo, todavia, a *teoria do tipo* passaria a ser aperfeiçoada, reconhecendo-se a existência de diferentes elementos e dimensões no âmbito do *tipo penal* a serem objetos do *juízo de tipicidade*, fruto da contribuição de inúmeros estudos que se sucederiam em um curto espaço de tempo¹⁶³.

Já nos anos que se seguiram, por exemplo, em torno de 1910, penalistas, como Fischer, Max Ernst Mayer e Hegler, reconheceram a possível existência de elementos subjéctivos no *tipo penal*¹⁶⁴. Em paralelo, a partir de debates em torno da carga valorativa, ínsita ao *tipo penal* enquanto indício ou essência da *antijuridicidade*, passou-se a admitir a presença de elementos *normativos* no seu texto¹⁶⁵.

Pouco depois, em torno da década de 1930, com o advento da *culpabilidade normativa*, outros penalistas repensaram a localização do *dolo* em relação às categorias do delito, retirando-o da *culpabilidade* e transferindo-o para o campo do *tipo penal* e do *juízo de tipicidade*.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 10. Ed. Rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 400.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 405.

¹⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral I*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 301.

¹⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 406.

¹⁶³ Para estudo aprofundado sobre o assunto v. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – II, I. 2...* Op. Cit. p. 142/147.

¹⁶⁴ Ibid. p. 304.

¹⁶⁵ Sobre o *tipo penal* como *ratio essendi* ou *cognoscendi*, e diálogo entre as posições de como Max Ernst Mayer e Edmund Mezger, v. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral...* Op. Cit. pp. 301/303.

Assim fizeram, sob construções distintas, Hellmuth von Weber, Alexander Graf zu Dohna e Hans Welzel, este último tendo aprimorado o conceito de *tipo penal* dentro do marco da teoria *finalista* adotada hoje, conferindo-lhe a forma que predomina na nossa doutrina.¹⁶⁶

Com essas inúmeras contribuições, então, o conceito de *tipo penal* se ampliou notadamente em relação à sua concepção inicial, passando a ser integrado por uma dimensão objetiva, composta de elementos *descritivos* e *normativos*, além de uma dimensão *subjetiva*, composta pelo *dolo* e por elementos *subjetivos distintos do dolo*, formando uma *unidade típica complexa*.

Importante conceber, todavia, que, ainda hoje, há debates em torno das dimensões e dos elementos constitutivos do *tipo penal*, que levam em conta, principalmente, os recentes estudos *teleológicos* do delito e de *bem jurídico*, a exemplo de Roxin, com a *imputação objetiva*¹⁶⁷, e de Zaffaroni, com a *tipicidade conglobante*¹⁶⁸.

Um ponto comum a essas teorias é a síntese de um terceiro plano de análise da *tipicidade*, a partir da ampliação da *tipicidade objetiva*. Por questões metodológicas, no âmbito do presente trabalho, a *tipicidade* será trabalhada adotando-se a perspectiva de Zaffaroni, que, em trabalho conjunto com outros autores, como Nilo Batista, realizou a leitura da *tipicidade objetiva*, a partir das funções *sistemática* e *conglobante*.¹⁶⁹

3.1.2 Noções sobre *tipicidade sistemática*.

Como leciona Zaffaroni, a “*investigação sobre a tipicidade de uma conduta exige uma análise que deve sempre principiar pelo aspecto objetivo*”¹⁷⁰, contexto em que se inserem os juízos da *tipicidade sistemática* e da *tipicidade conglobante*.

Na teoria desenvolvida pelos autores, esses dois juízos, que integram a *tipicidade objetiva*, devem ser realizados em conjunto, sendo responsáveis por atribuir relevância jurídico-penal ao *pragma* (conduta e seus efeitos¹⁷¹), sob diferentes perspectivas, que se complementam.

¹⁶⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. pp. 406/407.

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T.1. Madrid: Civitas, 1997, p.342 e ss.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. pp. 412/415.

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – II, I. 2...* Op. Cit. pp. 159/162.

¹⁷⁰ Ibid. p 159.

¹⁷¹ Ibid. p. 130.

De forma sintética, por meio da função *sistemática*, cumpre-se a demanda de identificar uma *ação* conectada por um *nexo causal* a um *resultado*, que se subsuma ao *tipo penal*, pela apreensão dos componentes objetivos que emergem da sua análise isolada.

A partir dessa função, realiza-se a fixação primária ou elementar da matéria de proibição, dela resultando a identificação de um *pragma típico*, ou seja, de evento que reproduza o modelo abstrato previsto no *tipo penal*.

Há que se ter em mente que, em nosso sistema, ainda que o legislador eleve os cuidados para aperfeiçoar a lei, jamais será possível dispor de precisão limitativa, já que os tipos penais se exprimem através da linguagem¹⁷². Daí, advém a importância de conceber a lógica redutora a ser observada para o exame das elementares típicas.

Não se pode partir da premissa de que o tipo penal serve para estabelecer a proibição, sob pena de se compreender por proibido tudo quanto for possível caber no seu texto literal. Deve-se, na realidade, vislumbrar que o *tipo penal*, ao invés de estabelecer a proibição, objetiva fixar o *máximo âmbito de proteção*, que não pode ultrapassar a resistência semântica dos seus termos.

Portanto, no curso dessa análise, é necessário excluir qualquer tipo de interpretação ampliativa, seja por extensão, seja por analogia. Surge, ainda, a necessidade de compreender-se, com a máxima técnica, cada elementar que compõe o *tipo penal*, conferindo-se, aos *elementos descritivos e normativos* o sentido capaz de cingir sua aplicação racionalmente.

3.1.3 Noções sobre *tipicidade conglobante*.

Quando o legislador constrói um *tipo penal*, eleva um interesse tutelado pelo ordenamento à qualidade de *bem jurídico penal*, sendo função da *norma* (extraída do tipo penal) proibir a respectiva lesão, pela vedação a determinados comportamentos.

Apesar de a *norma* ser extraída da *descrição* típica, ambas não podem ser confundidas. Enquanto a segunda se esgota no texto da lei, a primeira encontra limite na lei, mas se molda a partir da razão que subjaz à criação do *tipo penal*, interpretado em consonância com o *bem jurídico*.

Nesse cenário, enquanto a *tipicidade sistemática* repousa na adequação formal de determinado fato à descrição típica, a *tipicidade conglobante* se liga na sua adequação à *norma*

¹⁷² Ibid. p. 127.

e à violação do *bem jurídico*. Portanto, se, de um lado, a *tipicidade sistemática* se aproxima do princípio da *legalidade*, de outro, a *tipicidade conglobante* conecta-se à *ofensividade*.

Assim, a *tipicidade conglobante* nada mais é do que uma análise de *conflitividade*¹⁷³, destinada a excluir do âmbito típico condutas aparentemente contidas no texto descritivo da lei, mas que não devem ser alcançadas pela norma anteposta, seja porque fogem do seu alcance proibitivo, seja porque não são hábeis a afetar o *bem jurídico*, seja porque não são imputáveis ao agente.

A lógica é simples: existe uma unidade na legislação corrente, que precisa guardar coerência entre si, não sendo possível que determinado *tipo penal* proíba algo que outra lei ordena, permite ou fomenta. Além disso, não se pode conceber *tipicidade* de uma conduta que não afete um *bem jurídico*, pois constituem limite para a intervenção penal. Por fim, é necessário que seja viável imputar objetivamente essa lesão à conta de um agente como obra dele, pois um *pragma*, mesmo lesivo, que não seja imputável a ninguém, não é conflitivo, mas acidental.¹⁷⁴

Assim, a *tipicidade conglobante* compõe-se de uma tripla análise, que deve levar em conta se eventual conduta se encontra no âmbito de alcance da *norma*, se, de fato, promove ofensa ao *bem jurídico* e se é imputável ao agente.

3.1.4 Noções sobre *tipicidade subjetiva*.

A *tipicidade subjetiva* possui relação direta com a orientação da conduta a ser subsumida ao *tipo penal*, cuja relevância somente será reconhecida em caso de *dolo* ou, em situações específicas, à título de *culpa*. Para o presente estudo, diante da construção típica do delito de *corrupção ativa*, interessa apenas a análise do *dolo*.

Em regra, os *tipos dolosos* demandam uma congruência entre seus aspectos objetivos e subjetivos, devendo a conduta realizada ser orientada à consecução do *tipo penal*.

Nesse cenário, o *dolo* consiste justamente na orientação que conduz o agir materializado na conduta proibida pelo *tipo penal*, a qual pressupõe *conhecimento efetivo e atual* sobre seus elementos e a *vontade consciente* de realizá-los, seja de modo direto ou eventual.

Em alguns casos, no entanto, além da vontade de praticar a conduta descrita no *tipo penal (dolo)*, exigem-se *elementos subjetivos do tipo distintos do dolo*, às vezes, previstos, de

¹⁷³Ibid. p. 163.

¹⁷⁴Ibid. p. 212/213.

forma expressa, no texto da lei. Inserem-se, nesse âmbito, as *ultrafinalidades* (como o *especial fim de agir* existente na *corrupção ativa*), as *particulares disposições de ânimo*, entre outros¹⁷⁵.

Na medida em que compõem a previsão típica, tais elementos subjetivos também devem estar presentes no caso concreto, de modo a orientar a atuação do agente. O desconhecimento efetivo e atual sobre o conteúdo típico, que implica a falta de vontade consciente de praticar o *tipo penal*, redundará em hipótese de *erro*, que excluirá a *tipicidade dolosa*.

¹⁷⁵ Ibid. pp. 307

4. TIPLICIDADE DA CORRUPÇÃO ATIVA.

A partir das noções destacadas, será estudada a *tipicidade* da *corrupção ativa* no ordenamento brasileiro, com a análise crítica dos elementos que compõe o *tipo penal* previsto no artigo 333, do Código Penal, nos planos: *objetivo* (*tipicidade sistemática e conglobante*) e *subjetivo* (*tipicidade subjetiva*).

Para facilitar o estudo, opta-se por dissecar todos os elementos típicos e, a partir deles, fazer considerações sobre o *tipo objetivo*, para depois adentrar à necessária orientação de vontade, ínsita ao *tipo subjetivo*. Antes, porém, considerando o modelo de análise do *tipo objetivo*, indispensável prefaciar com a leitura do *tipo penal* e com o estudo do *bem jurídico*.

4.1 O crime de corrupção ativa - artigo 333, do Código Penal.

O artigo 333, do Código Penal, tipifica o delito de *corrupção ativa*, sendo definido pelo seguinte texto:

“Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”.

Como se denota da leitura do dispositivo, o *tipo penal* se constitui pela conduta nuclear: “*oferecer ou prometer*”; pelos elementos normativos: “*vantagem indevida*”, “*funcionário público*” e “*ato de ofício*”; e pelo especial fim de agir: “*para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar*”. Ao lado do *bem jurídico* tutelado, são esses, portanto, os paradigmas a serem utilizados como ponto de partida, para a análise da *tipicidade*.

4.2 Bem jurídico.

A importância do *bem jurídico* para o Direito Penal, hoje, é reconhecida por grande parte dos doutrinadores, apesar de não existir um consenso a respeito do conteúdo preciso da expressão¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Para Aníbal Bruno, por exemplo, *bens jurídicos* seriam “*interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à*

De um modo geral, qualificam-se *bens jurídicos* como *valores* ou *interesses* que sejam *objeto* de tutela penal, sendo comum destacar-se a relevância social desses elementos, justificando-se a própria tutela por esse caráter, tido como fundamental. Ao meu ver, melhor se faz ao entender o bem jurídico sob diferente perspectiva, não como objeto de tutela, mas como limitador da intervenção penal¹⁷⁷.

Em outras palavras, como lecionam Zaffaroni¹⁷⁸ e Nilo Batista¹⁷⁹, a ideia é conceber a violação ao bem jurídico como necessária à configuração de um delito, ao invés de visualizar sua proteção como um objetivo a ser perseguido pela aplicação da lei penal, objetivo este que a experiência já teria demonstrado não se pode alcançar.

Sob essa lógica, ainda que seja possível identificar tipificações que fujam à regra, é necessário assumir que, em consonância com os princípios da *fragmentariedade* e *subsidiariedade*, não se pode prescindir, ainda que em ideal, de parâmetros concretos à designação de *bens jurídicos*, sob pena de se legitimar qualquer tipo de intervenção.

O Direito Penal, por natureza, pressupõe *alteridade* e *exterioridade* e o seu objeto de proibição deve trazer, em si, uma potencial danosidade, que se materialize na ofensa ao *bem jurídico*, o qual, portanto, deve ser relevante, ao ponto de sua violação trazer um impacto que justifique a intervenção penal.

Decerto, os atos de *corrupção* praticados por particulares e autoridades são altamente prejudiciais a toda a comunidade, sendo inútil a tarefa de se buscar um contraponto que manifeste divergência. Não por outro motivo, tais atos são punidos desde o início dos tempos¹⁸⁰,

categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela” (BRUNO, Aníbal. Op. Cit. 29). Para Assis Toledo, seriam “*valores ético-sociais, que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas*” (TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit., p. 16). Para Muñoz Conde, “*pressupostos que a pessoa necessita para sua autorrealização na vida social*”, que são “*objeto de proteção do Direito*” (CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1975, p. 48). Para Roxin, seriam “*dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades*” (ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 243). Para Heleno Fragoso, *bem jurídico* seria “*um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica*” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte especial, 4º Vol. (arts. 293 a 361)*. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1959, p. 278).

¹⁷⁷ A esse respeito, ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – II, I. 2...* Op. Cit. pp. 218.

¹⁷⁸ Zaffaroni define bem jurídico como a “*a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que releva seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam*” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 416).

¹⁷⁹ Nas palavras do autor, “*O bem jurídico põe-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, “revelando” e demarcando a ofensa*” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 95).

¹⁸⁰ Como afirma Nelson Hungria, “*a corrupção não se apresenta como um traço peculiar da época contemporânea: ela é de todos os tempos*” (HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. p. 365).

tendo razão Edmundo Oliveira, ao afirmar que a corrupção é “*uma erva daninha que alastra nos indivíduos e nas sociedades*”¹⁸¹.

Muito embora haja consenso sobre a necessidade de se combater a *corrupção*, há divergência no que concerne ao *bem jurídico* afetado pela violação aos *tipos penais*, em especial no que tange à *corrupção ativa*.

De um lado, Fragoso e Damásio entendem que seriam “*o prestígio e a normalidade no funcionamento da administração pública*”¹⁸². De outro, Mirabete afirma ser apenas a “*probidade*”¹⁸³. Noronha, por sua vez, reconhece que seria a defesa da “*moralidade*”¹⁸⁴. Já Edmundo Oliveira afirma que seriam o “*decoro*” e a “*credibilidade*”¹⁸⁵.

Apesar de todas as posições, com acerto, orbitarem em torno de elementos ligados à administração pública, as sutis diferenças trazem grandes repercussões à análise de *tipicidade*. A título de exemplo, há uma evidente distinção na projeção do *tipo penal*, quando se transita entre os *bens jurídicos* “*moralidade*” e “*probidade*”, pois, apesar de semelhantes, traduzem valores diferentes.

A simples leitura da Constituição da República denota que o legislador originário, ao referir-se a “*probidade*” e “*moralidade*”, o fez em ocasiões específicas, tendo utilizado o primeiro termo nos artigos 15, V, e 37, §4º, e o segundo nos artigos 5º, LXXIII e 37, *caput*. Isso não ocorreu por acaso.

O próprio léxico das palavras expõe a diferença do conteúdo terminológico. Moral deriva do latim *morale*, que significa algo positivo relativo aos costumes, sendo, portanto, “*imorais*” os “*maus costumes*”. Improbidade, por sua vez, origina-se do latim *improbitate*, que significa “*desonestidade*”, “*perversidade*”. Nessa lógica, o conteúdo abarcado no termo *imoralidade* acaba sendo mais abrangente que o teor presente na *improbidade*, estabelecendo-se uma relação de gênero-espécie, onde a *improbidade* é a hipótese de *imoralidade* qualificada pela *desonestidade*.¹⁸⁶

¹⁸¹ OLIVEIRA, Edmundo. Op. Cit. p. 3.

¹⁸² (Cfr. FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal: parte especial...* p. 974 e cfr. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, 4º Volume: parte especial: Dos Crimes contra a Fé Pública a Dos Crimes contra a Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, p. 215) Entendimento semelhante possui Luiz Regis Prado, para que o *bem jurídico* seria “*o interesse de se preservar o normal e correto funcionamento da administração pública*” (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial...* p. 258).

¹⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte especial, volume 3: arts. 253 a 361 do CP*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1994, p. 365.

¹⁸⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal, volume 4 (dos crimes contra a saúde pública a disposições finais)*. 13. ed. Saraiva, 1981, p. 332.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Edmundo. Op. Cit. p. 69.

¹⁸⁶ Cfr. HARGER, Marcelo. *Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa*. In: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* – ano 3, n. 11, (jan/mar – 2003). Belo Horizonte: Forum, 2003, p. 192.

Partindo, então, dessa premissa, parece claro que, ao reconhecer o *bem jurídico* “*moralidade*”, em lugar de “*probidade*”, amplia-se a projeção do tipo penal, alterando a natureza das condutas a ele adequadas.

Sem dúvida, essa diferença ainda pode ser mais acentuada se comparadas quaisquer das expressões com a “*normalidade no funcionamento*” da administração pública, *bem jurídico* que não possui, em si, um valor próprio. Enquanto “*moralidade*” e “*probidade*” são noções que derivam de juízos éticos, a “*normalidade*” se extrai do conteúdo puro da lei administrativa, parâmetro totalmente pragmático.

Inúmeras consequências, com efeito, seriam possíveis de serem depreendidas a partir de cada um dos *bens jurídicos* elencados pela doutrina. Todavia, acredita-se que nenhuma dessas noções, em verdade, deve ser atribuída ao *objeto* de tutela do *tipo penal* de *corrupção ativa*.

Em primeiro lugar, discorda-se quanto à possibilidade de se atribuir a afetação da “*moralidade*” ou da “*probidade*” da administração pública a partir da violação ao *tipo penal* que cuida apenas da conduta do *particular*, hipótese da *corrupção ativa*.

Se, por um lado, a própria Constituição da República, em seu artigo 37, *caput*,¹⁸⁷ submete os *funcionários públicos* a atuarem de acordo com a *moralidade* em sentido estrito (que pressupõe a *probidade*), por outro lado, essa não é uma imposição que se possa estender ao *particular*¹⁸⁸.

Ademais, a *moralidade* e a *probidade* da administração pública só podem ser violadas por condutas praticadas pelos próprios órgãos que a integram, ou seja, pelos próprios funcionários públicos. Condutas *particulares* são externas à administração pública e, portanto, não repercutem na sua essência, que só pode ser fundada pelo seu próprio agir.

Em segundo lugar, discorda-se quanto à possibilidade de se considerar a “*normalidade do funcionamento da administração pública*” como *bem jurídico* violado, pois seria incompatível com o próprio conceito de *bem jurídico*.

Note-se que, considerando o princípio da *legalidade*, a noção de “*normalidade*” no exercício da atividade pública seria equivalente ao *agir conforme a lei administrativa*¹⁸⁹. Nessa lógica, entender que o *tipo penal* de *corrupção ativa* reforçaria tutela à “*normalidade do*

¹⁸⁷ “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 e, também, ao seguinte(...)”

¹⁸⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 418.

¹⁸⁹ “Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite” – DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 68.

funcionamento da administração pública”, em última análise, seria o mesmo que dizer que o seu papel seria preservar a *vigência da lei regulatória*.

Não obstante, a simples *vigência da lei* não pode ser considerada um *bem jurídico*, pois, como leciona Roxin, a lei, em si mesma, não possui qualquer valor¹⁹⁰.

Além disso, a lei que disciplina o funcionamento da administração pública rege a atuação dos seus próprios servidores, sendo uma contradição nos próprios termos proibir condutas do *particular*, para reforçar sua vigência.

Em terceiro lugar, até seria possível defender que a prática da *corrupção ativa* afetaria o “*prestígio*”, o “*decoro*” ou a “*credibilidade*” da *administração pública*, os quais, eventualmente, poderiam ser violados pelo agir do *particular*, quando este refletisse no *sentimento* que a *administração pública* tem de si ou que os outros têm em relação a ela, hipóteses que seriam semelhantes aos *crimes contra a honra*.¹⁹¹

No entanto, esse não parece ser o real *objeto* que, violado, dê lugar à incidência do tipo penal. Historicamente, a *corrupção ativa* sempre foi relacionada ao *mercantilismo* dos serviços públicos, carregando missão distinta e muito mais importante do que atuar em resposta a ofensas a sentimentos de estima e respeito da administração pública. Se fosse esse o caso, seria de se reconhecer a gritante desproporção da respectiva escala penal, tomando-se em conta os delitos correlatos.

Ao meu ver, parece claro que o *tipo penal* de *corrupção ativa* busca coibir a conduta do particular que influencie a atuação impessoal do funcionário público, ocasionando *desequilíbrio* na relação interna da *administração pública* (*público-público*) e nas relações estabelecidas com os demais *administrados* (*público-privado*).

Por esse motivo, entendo que o *bem jurídico* a ser afetado pela violação ao *tipo penal* deva ser o *equilíbrio das relações jurídicas da administração pública*.

¹⁹⁰ ROXIN, Claus. *Sobre o recente...* p. 269.

¹⁹¹ Esse, na hipótese passiva, parece ser o caso do crime de *aceitação de dádiva*, previsto na legislação argentina. Como leciona Bitencourt, “*O Código Penal argentino comina pena máxima de seis anos ao crime de “corrupção” (art. 256), ao passo que ao crime de “aceitação de dádiva”, de muito menor gravidade, a pena máxima cominada é de dois anos (art. 259). Nesse crime desaparece a ideia de “compra de ato” da corrupção clássica, tratando-se somente de uma liberalidade que não requer a direta referência à prática de um “ato” ou sua omissão. Por isso, a doutrina argentina, aprofundando a análise do tema, concluiu que o bem jurídico do crime de aceitação de dádiva não é o mesmo da corrupção. O tipo delituoso de “aceitação de dádiva” tutela a irreprochabilidade e a insospechabilidade dos funcionários públicos, que seriam atingidas pela simples aceitação de presentes oferecidos em razão da condição de funcionários públicos. Com efeito, esse tipo penal pretende tutelar a imagem pública da Administração, sua confiabilidade...*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239).

4.3 Sujeitos do delito.

Da leitura do tipo penal, verifica-se que não há qualquer tipo de alusão à eventual condição especial necessária ao agente responsável por realizar a *oferta* ou a *promessa de vantagem indevida* ao *funcionário público*. Não obstante, é importante ter em mente que o dispositivo se encontra situado no capítulo II, do Título XI, do Código Penal, denominado: “*dos crimes praticados por particular contra a administração em geral*”. Diante disso, infere-se que o *sujeito ativo* deve ser um *particular*.

Seria equivocado, todavia, argumentar que isso tornaria o crime de *corrupção ativa* um delito *especial*, pois a condição de *particular* é geral (todos podem agir enquanto particulares). Ao que parece, o objetivo do legislador, ao criar um capítulo segregando os crimes praticados pelos *particulares*, foi apenas sistematizar os *delitos comuns contra a administração pública*, já que os *delitos especiais, praticado pelos próprios funcionários públicos* (no âmbito de suas funções), haviam sido reunidos no capítulo anterior.

Não por outra razão, a doutrina admite que o *sujeito ativo* do crime de *corrupção ativa* pode ser qualquer pessoa, até mesmo o *funcionário público*¹⁹², situação passível de se afastar apenas na hipótese de eventual conduta, simultaneamente, estar adequada a um tipo penal especial, a exemplo do *crime de corrupção passiva*.¹⁹³

Tendo em conta o *bem jurídico* afetado pela violação ao *tipo penal*, qual seja o “*equilíbrio das relações jurídicas da administração pública*”, o *sujeito passivo* da *corrupção ativa* é o próprio Estado e, eventualmente, o *administrado* que tenha interesse prejudicado em razão do *desequilíbrio* causado pela conduta do autor¹⁹⁴.

4.4 Verbos nucleares: “*oferecer*” e “*prometer*”.

O núcleo do *tipo penal* de *corrupção ativa* é formado pelas condutas de “*oferecer*” e “*prometer*”, a cujos conteúdos limitam-se as ações potencialmente típicas.

¹⁹² Nesse sentido, OLIVEIRA, Edmundo. Op. Cit. p. 69 e PRADO, Luis Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial...* Op. Cit. p. 258.

¹⁹³ Sobre a possibilidade da prática de *corrupção ativa* por funcionários públicos, também está de acordo a jurisprudência. A exemplo, no recente caso do Mensalão (Ação Penal 470, do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa), viram-se diversos políticos serem condenados pela prática do artigo 333, do Código Penal, como José Dirceu, cuja situação jurídica foi amplamente noticiada pela imprensa da época.

¹⁹⁴ Apesar de discordar quanto ao *bem jurídico* afetado pela *norma*, Edmundo Oliveira também considera que tanto o Estado, quanto outro *administrado*, podem ser *sujeitos passivos* do delito (Op. Cit. 70).

O verbo “*oferecer*”, deriva do latim *offerre*, e, de uma análise etimológica¹⁹⁵, pode ter diferentes acepções, como “*dar*”, “*presentear*” e “*propor*”.

Todavia, não se pode atribuir ao verbo “*oferecer*” o sentido de “*dar*”, pois há dispositivos legais do Código Penal em que os dois termos foram utilizados simultaneamente, como no artigo 337-B, indicando o legislador atribuiu noções distintas para cada ação. Igualmente, não é viável atribuir ao verbo “*oferecer*” o sentido de “*presentear*”, pois essa palavra remete à noção de liberalidade e, nos limites do *tipo penal*, a oferta do *particular* está ligada a um interesse expresso de obter contraprestação do *funcionário público*.

Diante disso, dentre as diferentes acepções, a que melhor se aproxima do *tipo penal* é a ideia de “*propor*”, no sentido de *propor a alguém que aceite algo*. Ou, como sugere Edmundo Oliveira, “*instar para que alguém aceite alguma coisa*”¹⁹⁶.

O verbo “*prometer*”, por sua vez, se origina do latim *promittere* e corresponde às ações de “*comprometer-se*” ou “*obrigar-se*”¹⁹⁷, termos sinônimos que traduzem a ideia de *empenhar a palavra a respeito de dar ou fazer alguma coisa*. É essa a exata noção que se extrai do *tipo penal*.

Como se denota, os dois comandos que integram o núcleo típico, “*oferecer*” ou “*prometer*”, são verbos de *ação*, sem que haja qualquer exigência quanto à ocorrência de um resultado naturalístico, ainda que possível, para a caracterização do *tipo penal*, que, desse modo, se classifica como *comissivo* e *formal*.

Importante observar, ainda, que, apesar de distintas, as ações nucleares possuem uma particularidade relevante: ambas pressupõem a *iniciativa* do *particular*. Ao *oferecer* ou *prometer* algo a um *funcionário público*, o primeiro passo está sendo dado pelo *corruptor*, que, portanto, é o responsável por trazer *desequilíbrio* à relação *público-privada*, então sob harmonia.

Esses atos, ao que se depreende, são o real alvo de proibição do *tipo penal*, que busca preservar a administração pública de interferências externas, que sejam capazes de desestabilizar suas relações, prejudicando a *impressoalidade* e, eventualmente, contribuindo à perversão dos seus órgãos e das suas atividades.

¹⁹⁵ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 458.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Edmundo. Op. Cit. p. 71.

¹⁹⁷ CUNHA, Antônio Geraldo da. Op. Cit. p. 524.

Sob essa perspectiva, assume-se, então, que não faria sentido projetar a aplicação do *tipo penal*, para casos em que a *iniciativa* de obtenção de suborno ocorresse por parte do *funcionário público*, ao invés do *particular*.

Quando o próprio órgão da administração pública manifestar interesse em venalizar sua atividade, solicitando contribuições indevidas ao *administrado*, não há que se falar em *corrupção ativa*, ainda que o *particular* acabe por transigir diante do pedido, mas apenas em *corrupção passiva* ou, até mesmo, *concussão*, a depender do grau de “imposição” na solicitação.

Diz-se isso, pois, nesse caso, o *desequilíbrio* que se busca proibir pelo *tipo penal* já existe, antes mesmo da manifestação do *particular* e, portanto, sua ação posterior não pode ser entendida como *causa* da lesão ao *bem jurídico*, mas *efeito* de um dano preexistente. Ao invés de ser autor de um delito contra a administração pública, na realidade, o *particular* é vítima de crime funcional.¹⁹⁸

4.4.1 Sobre a omissão dos verbos “dar” e “entregar”.

Considerando a vigência do princípio da *legalidade*, que se reflete, principalmente, na análise da *tipicidade sistemática*, parece certo que as condutas de “dar” (já mencionada anteriormente) e “entregar” não poderiam ser subsumidas ao *tipo penal* da *corrupção ativa*, pois não estão previstas no texto do dispositivo, nem expressam conteúdo sinônimo das condutas nucleares de “oferecer ou prometer”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Em sentido similar, afirma Victor Gonçalves, que: “entendeu o legislador que deveria punir, tanto o funcionário público que toma a iniciativa de solicitar uma vantagem, como aquele que toma conhecimento de uma oferta ou promessa de vantagem e a recebe ou a aceita. Isto porque em todos os casos, o funcionário público demonstra deslealdade, descaso e despreocupação com a coisa pública e, por isto, há de ser responsabilizado por crime contra a administração. Já ao incriminar a corrupção ativa, a intenção do legislador era punir os particulares cujas condutas tivessem o condão prático de corromper ou, ao menos, potencial para fazer com que um funcionário público se tornasse corrupto. Por isto, a lei somente incriminou na corrupção ativa, condutas que tenham início no particular, posto que apenas estas podem corromper. Se, ao contrário, o próprio funcionário toma a iniciativa de solicitar a vantagem, significa que ele já está corrompido e, portanto, a conduta do particular que entrega a vantagem pedida não tem o potencial lesivo que a lei quis evitar e punir” (Cfr. *Corrupção ativa?*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.43, p. 06, jul. 1996).

¹⁹⁹ Maior símbolo de que os verbos “dar” e “entregar” não estão presentes no *tipo penal* é o fato de que, na proposta de mudança legislativa do projeto de Novo Código Penal de 2012, propõe-se que o dispositivo que trata da *corrupção ativa* passe a ter a seguinte redação: “§1º Nas mesmas penas do caput incorre quem oferece, dá, promete, entrega ou paga a servidor público, direta ou indiretamente, vantagem indevida”. Se tais condutas já estivessem contidas na incriminação, não faria sentido propor a inclusão.

Por outro lado, também de uma análise de *tipicidade conglobante*, não seria possível pensa-las no âmbito de projeção do tipo penal, pois são incapazes de atingir o *bem jurídico* a ser afetado para que haja relevância jurídico-penal.

Note-se, nesse aspecto, que os atos de “*dar*” ou “*entregar*” *vantagem ilícita* ao *funcionário público* somente estarão presentes em duas situações: na primeira, quando houver uma prévia solicitação da autoridade; na segunda, quando houver uma prévia *oferta* ou *promessa* do particular.

Nesses dois casos, as condutas supervenientes não causam qualquer assimetria às relações estabelecidas com a administração pública, pois o *desequilíbrio* já era preexistente. Isso não quer dizer, entretanto, que tais hipóteses não envolvem qualquer ilícito penal. No primeiro caso, haverá delito funcional, seja de *corrupção passiva*, seja de *concussão*, e, no segundo, além de tais crimes, haverá a *corrupção ativa* anterior, praticada no ato de *oferta* ou *promessa*, sendo a *doação* ou *entrega* meros atos de exaurimento.

Muito embora não haja um posicionamento pacífico sobre a matéria, temos importantes julgados que podem servir de paradigma para a correta aplicação do *tipo penal*²⁰⁰.

A respeito da primeira hipótese, em que há o prévio pedido da autoridade, merece destaque o acórdão proferido na Apelação Criminal n.º 2004.72.00.015990-6, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região²⁰¹, por meio do qual se entendeu que: “*o delito de corrupção ativa caracteriza-se com o oferecimento ou promessa de vantagem a funcionário público, sendo atípica a conduta de “dar” a benesse após solicitação deste*”²⁰².

²⁰⁰ Não apenas a jurisprudência, mas a doutrina também se divide a esse respeito. Noronha, por exemplo, entende que o ato de “*dar*” está subentendido no *tipo penal* de *corrupção ativa* (Op. Cit. p. 333). Damásio, por sua vez, afasta o delito apenas no caso de “*exigência*” por parte do funcionário público, em que o particular será vítima de *concussão* (Op. Cit. p. 216). Mirabete concorda com a atipicidade do ato de “*entregar*” e não se manifesta quanto à ação de “*dar*”, mas diverge quanto à necessidade da iniciativa do *particular*, defendendo que o ato deve ser voluntário, mas não precisa ser espontâneo (Op. Cit. p. 366). No mesmo sentido em relação à desnecessidade de iniciativa, entende Fragoso (*Lições de Direito Penal: parte especial...* Op. Cit. 974). Edmundo Oliveira manifesta-se somente em relação à conduta “*dar*”, concordando ser atípica (Op. Cit. p. 71). Luiz Regis Prado não se manifesta expressamente sobre as condutas, mas demonstra estar de acordo com a posição adotada nesse trabalho, ao ressaltar que “*o legislador deveria ter previsto também, entre as condutas que configuram a corrupção ativa, a simples aceitação da solicitação do funcionário público pelo autor*” (*Tratado de direito penal brasileiro: parte especial...* Op. Cit. p. 259). Adotando o mesmo posicionamento, de forma expressa, Victor Eduardo Rios Gonçalves (cfr. *Corrupção ativa?*..).

²⁰¹ ACR 15990 SC 2004.72.00.015990-6, Relator Des. Federal Luiz Fernando Wovk Pentead, 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, julgado em 20/05/2009, D.E. 28/05/2009. Nesse caso, dentre outros aspectos, julgou-se a situação de um condenado que, em cumprimento de pena restritiva de direitos, entregou um computador à instituição de caridade, para eximir-se de prestar os “*serviços à comunidade*”, após ter recebido pedido por parte do funcionário investido da responsabilidade fiscalizar o seu comparecimento.

²⁰² Em sentido similar, envolvendo delito de *concussão*, acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que: “*Não configura o tipo penal de corrupção ativa sujeitar-se a pagar propina exigida por Autoridade Policial...*” (HC 62.908/SE, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06/11/2007, DJ 03/12/2007, p. 339). Nesse caso, dentre outros aspectos, julgou-se situação em que o *particular*, após a exigência de policiais, aceitou sujeitar-se ao pagamento de quantia para liberar seu veículo que estava apreendido.

Sobre a segunda hipótese, há importante aresto do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Criminal n.º 0018192-24.2011.8.19.0023, em que se reconhece a conduta de simplesmente *entregar* a vantagem indevida ao funcionário público, quando preexistente uma promessa, como um “*post factum impunível*”²⁰³.

Deve-se estar atento, todavia, que, nos casos em que não houver contato prévio entre *administrado-administração*, e o *particular* transmitir vantagens indevidas ao agente público, esperando que este as aceite, como o envio espontâneo de uma mala de dinheiro ao seu gabinete, estar-se-á diante de hipótese típica de *corrupção ativa*.

Nessa situação e em casos análogos, a *entrega* ou a *doação*, na verdade, funcionam como um *oferecimento* da vantagem, que pode ou não ser aceito pelo *funcionário público*, conduta que, portanto, corresponde à prescrita pelo *tipo penal*.

É necessário ter em mente que todas essas palavras (“*dar*”, “*entregar*”, “*prometer*” e “*oferecer*”) possuem diferentes acepções a depender do contexto, e estas, por vezes, se aproximam. A análise de *tipicidade*, portanto, deve se nortear, primordialmente, pela verificação da iniciativa do *particular*, que é determinante para a projeção do *tipo penal*.

4.4.2 Consumação e tentativa.

Como exposto nos tópicos anteriores, o delito de *corrupção ativa* é formal. Além disso, entendo, pessoalmente, que o delito é plurissubsistente, pois pode se desdobrar a partir de múltiplos atos, sendo, usualmente, segregado em dois momentos. O primeiro é a formalização de uma *promessa* ou *oferta* de vantagem indevida, que pode ser escrita, oral ou por gestos. O segundo é a condução da proposta ao conhecimento do *funcionário público*, com o fim de determiná-lo a *praticar, omitir ou retardar ato de ofício*.

Por ser o último ato que leva a efeito as condutas nucleares do *tipo penal*, entendo que sua consumação ocorre com a ciência do *funcionário público* a respeito da *oferta* ou *promessa* de vantagem indevida²⁰⁴. Eventuais resultados que sucedam o agir delitivo, como a aceitação

²⁰³ ACR 0018192-24.2011.8.19.0023, Relator Des. Antonio Jayme Boente, Primeira Câmara Criminal, julgado em: 19/08/2014, D.O. 22/08/2014, pp. 134/141. Nesse caso, julgou-se situação em que a namorada de um indivíduo, flagrado por policiais realizando tráfico de drogas, a seu pedido, entregou quantia de dinheiro às autoridades, sem participar de negociação (oferta/promessa) relacionada à vantagem indevida.

²⁰⁴ De acordo com o momento consumativo, v. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial...* Op. Cit. p. 260.

do benefício, sua entrega ou o efetivo recebimento por parte da autoridade consistem em mero exaurimento do delito, ao menos em relação ao *particular*²⁰⁵.

Situação específica, todavia, concerne à hipótese em que, influenciado pela vantagem oferecida ou prometida, o *funcionário público*, efetivamente, praticar, omitir ou retardar ato de ofício, violando dever funcional. Nesse caso, a ocorrência do resultado dará ensejo à causa de aumento de pena, prevista no parágrafo único do dispositivo.

Particularmente, entendo que há um equívoco no agravamento da escala penal do delito em função do agir subsequente do *funcionário público*. Ao meu ver, esse resultado não pode ser imputado ao *particular*, por ausência de *dominabilidade* (o que exclui a possibilidade de imputação objetiva do resultado ao agente), conforme será abordado adiante, no tópico específico que trata da *causa de aumento de pena*.

Como a ação se consuma com a ciência da *oferta* ou de *promessa*, nada impede que seja reconhecida a possibilidade de tentativa, muito embora não seja usual. De acordo com Luiz Regis Prado, a única possibilidade ocorreria quando a proposta de vantagem fosse formalizada por escrito, sendo interceptada antes de chegar ao conhecimento do *funcionário público*.²⁰⁶

Acredito, no entanto, que há inúmeras outras possibilidades, que podem ser construídas sob a mesma lógica desse exemplo. À guisa de ilustração, pode o particular registrar um áudio na caixa postal telefônica do funcionário público ou enviar uma mensagem de voz, por um aplicativo de conversa. O importante é que, em concreto, seja formalizada a *oferta* ou *promessa* e que esta seja colhida antes de ser conhecida pelo destinatário.

4.4.3 Concurso de agentes.

O crime de *corrupção ativa* é *unissubjetivo* e, como tal, admite, eventualmente, o concurso de agentes²⁰⁷. Quem, de qualquer forma, concorrer para o delito poderá ser responsabilizado, de acordo com a norma geral do artigo 29, do Código Penal²⁰⁸, sendo tal

²⁰⁵ Pode haver crime conexo, em relação ao funcionário público, como a *corrupção passiva*. V. OLIVEIRA, Edmundo. Op. Cit. p. 74.

²⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial...* Op. Cit. p. 260. Exemplo similar é utilizado por Edmundo Oliveira (Op. Cit. p. 72).

²⁰⁷ OLIVEIRA, Edmundo. Op. Cit. 69.

²⁰⁸ Como lecionam Luís Greco e Alaor Leite, o artigo 29, do Código Penal, não trouxe um método de diferenciação entre autor e partícipe, inclinando-se a um modelo extensivo e unitário de autoria (GRECO Luís, LEITE, Alaor. *O que é e o que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal*. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20). Não obstante, essa diferenciação se mostra necessária para aplicação de outros dispositivos presentes no próprio código, como artigo 31, tendo sido amplamente abordada pela doutrina. Ao meu ver, essa diferença deve

responsabilidade passível de ser atribuída a título de autoria ou participação²⁰⁹. Se o crime, todavia, não chegar a ser sequer tentado, na forma do artigo 31, do Código Penal, não será punível a participação, seja por ajuste, determinação, instigação ou auxílio.

Quando, por outro lado, a atuação de um terceiro for posterior à consumação do delito, igualmente, não haverá repercussões jurídico-penais, ainda que tenha relação com eventual resultado que constitua exaurimento do delito. Essa, por exemplo, é a hipótese tratada na análise do núcleo do *tipo penal*, em que um indivíduo apenas *entrega* ao funcionário público vantagem indevida oferecida por outra pessoa, sem ter participado da negociação prévia.

Como reconhece a doutrina, não há qualquer óbice à ocorrência de autoria mediata, desde que a situação concreta se adeque à hipótese²¹⁰, como no caso de se utilizar um *menor de idade* para entregar uma proposta escrita de suborno a um *funcionário público*.

De forma específica, a conduta do *funcionário público* que concorre para a *corrupção ativa*, sendo destinatário da *oferta* ou *promessa* de *vantagem indevida*, em caso de aceitação ou efetivo recebimento, constituirá delito autônomo de *corrupção passiva* (art. 317, do Código Penal). Caso haja a rejeição, restará configurado apenas o delito do *particular*.

4.5 “Vantagem indevida”.

Quando o *tipo penal* prescreve as condutas de “*oferecer ou prometer*”, relaciona-as a uma “*vantagem indevida*”, elemento normativo, que constitui o *objeto material* do delito.

A palavras *vantagem* tem origem no francês *avantage*, que significa “*fator, benefício, primazia, proveito*”²¹¹. Já a palavra *dever* tem raiz no latim *debere*, que simboliza “*ter obrigação de*”²¹² (sendo indevido, portanto, aquilo que não se *tem obrigação de prestar*). Desse modo, de uma análise puramente etimológica, *vantagem indevida* consiste em qualquer *fator, benefício, primazia ou proveito que não se tem obrigação de prestar*.

ser apurada pela análise do domínio do fato, definindo-se como autor a figura central do acontecer típico, que possui o domínio da ação, o domínio da vontade ou o domínio funcional do fato. Partícipes, seriam aqueles que concorrem para o delito de forma acessória. Um exemplo de participação no crime de *corrupção ativa*, seria a hipótese de determinada pessoa instigar uma outra para que ofereça vantagem ao funcionário público, para prática de ato de ofício, prestando a informação de que este seria facilmente corrompido, mas sem auxiliar na *oferta*. Para aprofundamento no tema do concurso de agentes, além da doutrina citada acima, v. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²⁰⁹ “Não se exclui, porém, que o crime possa ser praticado através de outra pessoa, de quem o agente se aproveite para realizar o oferecimento ou fazer a promessa. Tal pessoa, agindo com o conhecimento de causa, será partícipe do crime” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte especial...* Op. Cit. p. 975).

²¹⁰ Ibid. p. 70.

²¹¹ CUNHA, Antônio Geraldo da. Op. Cit. p. 668.

²¹² Ibid. p. 214.

Note-se, portanto, que, à primeira vista, não há qualquer exigência a respeito da natureza da *vantagem oferecida* ou *prometida* ao *funcionário público* para a análise da *tipicidade legal*. Basta, a princípio, ser algo que, por obrigação (dever legal), não é de competência do *particular*.

Há que se consignar, não obstante, que diversos autores entendem de modo distinto, a exemplo de Nelson Hungria, para quem a indébita *vantagem indevida* deve, necessariamente, ter natureza patrimonial, muito embora o tipo penal não seja expresso nesse sentido²¹³.

Esse debate não se limita apenas à doutrina nacional, mas, como esclarece Fragoso, persiste também no direito suíço, alemão e no italiano, que utilizam terminologia semelhante, capaz de suscitar dúvidas quanto ao gênero das vantagens abarcadas²¹⁴.

De modo geral, a doutrina brasileira²¹⁵ entende no sentido de que a *vantagem indevida* não precisa, por necessário, ter natureza patrimonial, usualmente sob o argumento de que o *tipo penal*, sem trazer restrição, busca reprimir a *retribuição* pelo *ato de ofício*, podendo esta, então, ser de qualquer caráter.

Particularmente, entendo que esse posicionamento, além de corresponder ao conteúdo semântico da elementar típica, também se adequa à tutela do *bem jurídico* (*equilíbrio das relações jurídicas da administração pública*), que pode ser afetado pela *promessa ou oferta* de *vantagens indevidas*, ainda que não ostentem natureza patrimonial.

Nesse sentido, podem-se citar inúmeros exemplos, como a possível negociata de uma promoção profissional, de um título de um clube, de facilidades em ambiente acadêmico ou, até mesmo, de favores sexuais.

Além disso, essa noção se conforma com a própria leitura do desenvolvimento histórico do dispositivo penal no direito brasileiro.

²¹³ Diz o autor que a *vantagem* “há de ter caráter patrimonial (há de representar um pretium no mercado ou compra e venda do ato funcional): dinheiro ou qualquer utilidade material” HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. p. 370.

²¹⁴ “Empregando a palavra *vantagem*, como o código suíço (*avantage*) e o código alemão (*Vorteil*), o legislador brasileiro deu margem a que se renovasse entre nós o longo debate que naqueles países divide os autores na interpretação deste vocábulo. Na Itália, a expressão outras utilidades (*altre utilità*), empregada pelo código Rocco, tem igualmente suscitado acesa controvérsia. Entendem alguns autores que a *vantagem* deve representar somente um valor econômico ou material, dando-lhe assim um sentido objetivo. Esta é a velha lição de Binding (*Lehrbuch* vol. II, p. 720), seguida na Alemanha por Frank e Meyer-Allfred, e entre nós por Nelson Hungria (*Comentários*, vol. IX, p. 368). Outros autores, porém, dão à *vantagem* aqui um sentido subjetivo, nela reconhecendo qualquer espécie de benefício ou de satisfação de um desejo. Este conceito amplo remonta na Alemanha, a Feuerbach e é seguido em geral pela jurisprudência e pelos autores modernos” (FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal: parte especial...* Op. Cit. pp. 913/914.)

²¹⁵ Nesse sentido, Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal: parte especial...* Op. Cit. p. 914), Edmundo Oliveira (Op. Cit. p. 56), Damásio (Op. Cit. p. 217), Noronha (Op. Cit. p. 260), Luiz Regis Prado (*Tratado de direito penal brasileiro: parte especial ...* Op. Cit. p. 259), Bitencourt (Op. Cit. p. 243) e Guilherme de Souza Nucci (*Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 16).

Como visto anteriormente, os atuais crimes de *corrupção* encontram raízes nos delitos de *peita e suborno*, presentes nas ordenações portuguesas, no Código Penal do Império e no Código Penal de 1890. Ao reunir esses dois delitos, nas figuras da *corrupção* do Código Penal de 1940, o termo *vantagem indevida*, que possui um conteúdo amplo, nada mais fez que agregar as inúmeras expressões utilizadas nas legislações anteriores para esses dois delitos, as quais sempre abarcaram todos os gêneros de *retribuição*.²¹⁶

Deve-se ressaltar, entretanto, que reconhecer a ausência de limitação atinente à natureza da *vantagem indevida* não significa dizer que qualquer *objeto* de *oferta ou promessa* esteja, precisamente, no âmbito de aplicação do *tipo penal*. Decerto, não de ser desconsideradas proposições incapazes, em potencial, de atingir o *bem jurídico*, como donativos de valor irrisório.

Nesse sentido, não estará no âmbito de projeção do *tipo penal*, por exemplo, o motorista que *oferece* um *cafezinho* para convencer o guarda a não o multar, a parte que oferece *doces* ao serventuário de justiça. Essas são condutas que, além de irrelevantes para a sociedade, não são aptas a causar *desequilíbrio* às relações da administração pública²¹⁷.

Além disso, para conceber a ocorrência do delito, é necessário que a oferta ou promessa de vantagem indevida seja concreta e revestida de seriedade, afastando-se a incidência do *tipo penal* em casos inconsistentes, hipótese, por exemplo, do preso em flagrante que pergunta se não há *um jeitinho* para resolver sua situação.²¹⁸

No mesmo sentido, como alerta Edmundo Oliveira, devem ser observados os valores e os costumes de cada época, para a compreensão da *antinormatividade* da conduta, a partir da *vantagem* envolvida. “Assim é que não são ilícitas, ou podem não sê-lo, os mimos de cortesia (tais como flores ou bombons), as lembranças de pequeno valor em épocas festivas (por

²¹⁶ No Código Penal de 1890, utilizavam-se as expressões “*dinheiro ou outra utilidade*” e “*influência ou sugestão*”. No Código Penal do Império, “*dinheiro, ou outro algum donativo*” e “*influencia, ou peditório*”. Nas ordenações portuguesas, a exemplo das Filipinas, vedava-se a percepção de quaisquer coisas, excetuando-se presentes de familiares próximos ou de parentes, até o quarto grau, quando se encaixassem nos costumes sociais.

²¹⁷ A respeito do donativo de valor irrisório, há inúmeras jurisprudências contrárias ao posicionamento defendido, a exemplo do julgado: TJ-SC - APR: 20120791311 SC 2012.079131-1, Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 18/11/2013, Primeira Câmara Criminal Julgado (Nesse caso, julgou-se situação de um particular que ofereceu cinquenta reais a um policial rodoviário federal, após abordado em uma vistoria e receber a informação de que seria multado, em razão dos passageiros do seu carro estarem sem cinto de segurança. Os julgadores partiram do pressuposto de que o bem jurídico afetado pela *corrupção ativa* seria a moralidade da administração e sagraram sua condenação).

²¹⁸ A esse respeito, há posicionamento conforme da jurisprudência. A exemplo, v. TRF 4 - 0006328-27.2006.404.7003, Relator Desembargador Artur César de Souza, Quarta Seção, Data de Julgamento: 17/02/2011, Data de Publicação: D.E. 11/03/2011. Nesse caso, dentre outros aspectos, julgou-se situação em que um indivíduo, ao ser preso em flagrante, questionou aos policiais se não seria possível “dar um jeito de libera-lo”. Entendeu-se que a intenção do réu era saber se a vantagem, caso fosse oferecida, seria aceita, mas que, em concreto, não teria havido a efetiva oferta ou promessa.

*exemplo: um ovo de páscoa), as remunerações costumeiras a carteiros em fim de ano, os prêmios por atos meritórios, etc.”*²¹⁹.

Demais disso, para a caracterização do ilícito penal, ainda é necessário que a vantagem *oferecida ou prometida* seja factível, pois, somente nessa hipótese, há um efetivo risco ao *bem jurídico*. Não se amolda, portanto, a conduta do *particular* que oferecer ao *funcionário público* uma quantia de dinheiro que, de forma nítida, não possui ou tem quaisquer meios de obter²²⁰.

Em todos esses casos, ainda que eventual conduta seja *típica*, pelo aspecto *sistemático*, não o será pelo *conglobante*.

4.5.1 “Vantagem devida”.

Embora essa situação, por regra, não seja tratada pela doutrina, nada impede que, em determinado caso concreto, o *particular ofereça* ou *prometa*, ao funcionário público, *vantagem devida*.

Essa é a hipótese, por exemplo, do compromisso firmado em realizar o pagamento, *a posteriori*, das *custas judiciais* inerentes à realização de um ato cartorário urgente. Igualmente, é o caso do pagamento diferido de *honorários periciais*.

Sem dúvida alguma, tais situações não se encaixam no texto do *tipo penal*, tampouco afetam o seu *bem jurídico*.

Por outro lado, há de serem segregadas as situações em que a *vantagem devida* para com o *funcionário público* tenha relação *externa* à sua atividade perante a administração. Pode-se pensar, nesse caso, na situação em que o administrado tenha contraído empréstimo com seu vizinho, servidor público, e, ao encontra-lo na repartição em que trabalha, *oferece* o pagamento antecipado da dívida, para determina-lo a praticar ato de ofício.

Nessa situação, muito embora a *vantagem* oferecida seja *devida*, em razão de obrigação jurídica lícita, o crime de *corrupção ativa* estará caracterizado. Isso porque, nos limites do *tipo penal*, entende-se que o termo “*vantagem indevida*” deve corresponder ao benefício que *não se*

²¹⁹ OLIVEIRA, Edmundo. Op. Cit. 77.

²²⁰ Nesse sentido, há inúmeros julgados. A exemplo, v. TJ-SP - APL: 0001270-45.2005.8.26.0435, Relator Desembargador Willian Campos, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Julgamento: 18/10/2011, Data de Publicação: 20/10/2011 (Nesse caso, dentre outros aspectos, julgou-se situação em que determinado preso estava sendo conduzido por policial à penitenciária e, no trajeto, ofereceu-lhe cem mil reais para simular o acidente e deixa-lo fugir. Os julgadores entenderam que não havia elementos capazes de demonstrar que o preso poderia dispor desse dinheiro, em especial diante da sua condição de cárcere, de modo que a promessa não seria factível, afastando a ocorrência do delito).

tem obrigação de prestar ao funcionário público, tendo por parâmetro a *função pública desempenhada*, não aspectos especiais da sua vida privada.

Essa interpretação, ao que se concebe, permite, nos diferentes casos, dirigir a correta aplicação da lei penal, mantendo sua projeção para situações que afetem o *bem jurídico*, garantindo a tutela, sem desnaturar o texto do *tipo penal*.

4.6 Noção penal de “funcionário público” – art. 327, do Código Penal.

Como analisado nos tópicos anteriores, o *tipo penal* de *corrupção ativa*, previsto no artigo 333, do Código Penal, não trata de condutas praticadas em âmbito privado, reservando sua aplicação às relações com o poder público.

Não causa surpresa, portanto, que um dos elementos típicos, de natureza normativa, é a figura do “*funcionário público*”, destinatário necessário da *oferta* ou da *promessa* de *vantagem indevida* realizada pelo particular. Diante disso, resta saber o conteúdo da expressão, para fins de aplicação correta do tipo penal.

Sem dúvida alguma, o conceito de “*funcionário público*” perpassa pela noção de *serviço público*, que encontra a devida atenção na doutrina do Direito Administrativo. Como leciona Di Pietro, há dois entendimentos distintos a esse respeito, um de cariz restritivo e outro ampliativo, sendo que a compreensão de ambos exige uma pequena digressão histórica quanto ao desenvolvimento do tema²²¹.

Nessa análise, três critérios merecem ser abordados, pois foram observados pelos autores no decorrer do tempo: *subjetivo*, *material* e *formal*. Como a própria terminologia sugere, *subjetivo* seria o critério que leva em conta o *sujeito* para a atribuição de natureza pública ao serviço, *material* seria aquele que considera a natureza da *atividade* desempenhada e *formal* seria o que analisa o *regime jurídico* adotado.

Inicialmente, as primeiras noções de *serviço público* observavam os três critérios, a partir de um conceito que abrangia “*atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado, sob regime jurídico publicístico*”²²². Assim, o serviço público teria por *sujeito*: o Estado, por *atividade*: as de interesse público, e por *regime jurídico*: o de direito público. No entanto, com o decorrer do tempo, duas dissociações ocorreram, que impulsionaram a revisão dessa perspectiva.

²²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 95.

²²² Ibid. p. 97.

Primeiro, na medida em que o Estado foi se afastando do liberalismo, houve a ampliação do seu rol de atividades, que passou a incluir atuações comerciais e industriais, antes reservadas à iniciativa privada. Segundo, ampliou-se o fenômeno da descentralização, com a delegação da execução de atividades a particulares, antes por concessões, depois pela criação de empresas estatais de natureza jurídica *privada*.²²³

Com isso, houve uma ruptura com relação aos critérios *subjetivo e formal*, pois não mais se poderia dizer que apenas pessoas jurídicas públicas prestariam *serviço público*, tampouco que este serviço seria prestado apenas sob o regime jurídico público.

Nessa etapa, alguns autores passaram, até mesmo, a falar de uma “crise” na noção de *serviço público*²²⁴, por considerarem que atividades que deveriam ostentar essa natureza, por vezes, não iriam contemplar os três critérios originários. Outros, todavia, mantiveram a adoção dos mesmos parâmetros, mas adaptaram o conteúdo de cada premissa, para passar a abranger as novas atividades desempenhadas.

Di Pietro, por exemplo, passou a definir serviço público como “*toda a 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*”²²⁵.

Partindo dessa definição, como esclarece a própria autora²²⁶, o *sujeito*, além do Estado, passou a ser a administração *direta e indireta* e o *regime jurídico* passou a ser híbrido, podendo, a depender da situação, prevalecer o *público* ou o *privado*²²⁷. Quanto à *atividade*, no entanto, manteve-se a noção de que seria necessária a presença do *interesse público*, opinião compartilhada pela doutrina em geral.

Ocorre que, se, de um lado, foi possível agregar sob a mesma pecha de “*serviço público*” às atividades desempenhadas por diferentes *sujeitos* e *regimes*, desde que presente o

²²³ Ibid. p. 98.

²²⁴ Loc. Cit.

²²⁵ Ibid. p. 99. Carvalho Filho traz definição que se aproxima à da autora, conceituando *serviço público* como “*toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade*” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 329). Hely Lopes Meirelles, por sua vez, traz definição mais afastada dos autores, adotando conceito ainda mais abrangente de serviço público, qualificado como “*todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado*” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 350/351).

²²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. pp. 99/101.

²²⁷ Carvalho Filho chama atenção de que, a respeito dos serviços públicos, muito embora seja possível reconhecer regimes *híbridos*, em casos onde o direito privado entre em rota de colisão com o público, é este que sempre deve prevalecer (cfr. CARVALHO FILHO, José dos Santos, Op. Cit. p.330).

indispensável *interesse público*, de outro, foi necessário manter a distinção da relação jurídica dos agentes individuais em suas relações estabelecidas nos diferentes planos. Assim, segregam-se os *servidores estatutários*, os *empregados públicos*, os *servidores temporários* e os demais *agentes públicos*.

Importante observar que essa distinção não decorre apenas do olhar doutrinário, mas respeita a letra constitucional, que, de forma expressa, no artigo 37, I, diferenciou aqueles que exercem *cargos, empregos e funções públicas*²²⁸.

Em conformidade com essa indicação, denominam-se *servidores estatutários* os agentes que ocupam *cargos* públicos, podendo atuar junto à *administração direta* ou *indireta*, por regime jurídico público.

Por sua vez, denominam-se *empregados públicos* aqueles que ocupam *empregos públicos*, os quais atuam junto à *administração indireta*, por regime jurídico privado (contrato, legislação trabalhista), podendo atuar, excepcionalmente, junto à *administração direta*.

Em terceiro lugar, denominam-se *servidores temporários* aqueles que não ocupam *cargo* ou *emprego público*, sendo contratados pela *administração direta* ou *indireta*, de forma temporária, para exercer determinada *função*, a fim de atender a alguma necessidade transitória, obedecendo a regime jurídico especial disciplinado em lei.

Por fim, há, em paralelo, outras relações, ainda com *funções públicas*, com aspectos particulares, às quais melhor se faz referência pela terminologia geral de *agentes públicos* (que também se aplica aos demais já citados)²²⁹, como *servidores especiais*, *agentes políticos* e *agentes particulares colaboradores*, sendo esta última figura que mais se afasta dos outros vínculos, podendo ostentar caráter precário, obrigatório e despido de remuneração (hipótese de jurados, mesários, etc.).

A compreensão dessas relações jurídicas é aperfeiçoada por leis esparsas, destacando-se títulos como o Decreto-Lei 200 de 1967 (alterado pela lei 7.596 de 1987), que explicita a distinção entre Administração Direta, constituída “*dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios*”, e Administração Indireta, constituída de quatro espécies de “*entidades dotadas de personalidade jurídica própria*”, quais

²²⁸ “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 e, também, ao seguinte: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”.

²²⁹ Terminologia utilizada na Lei de Improbidade Administrativa e adotada pela doutrina, cfr. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op Cit. p. 539.

sejam, “*Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas*”.

Se, ainda hoje, há dissonância na concepção geral de *serviço público* e complexidade na distinção das diferentes relações jurídicas dos *servidores, empregados públicos* e demais *agentes públicos* perante a Administração Direta e Indireta, antes da Constituição da República de 1988 e do Decreto-Lei 200 de 1967, eram maiores as nuances interpretativas. Diante disso, não há dúvidas de que o silêncio da lei penal traria dificuldades ao aplicador de suas normas, caso tivesse que recorrer integralmente às noções de Direito Administrativo para alcançar um conceito de “*funcionário público*” e dali extrair os efeitos jurídicos adequados à exegese dos tipos funcionais (incluindo os delitos de *corrupção*).

Por essa razão, fez bem o legislador penal, ao trazer, em um dispositivo específico do Código Penal (artigo 327), um conceito de *funcionário público* autêntico, a ser utilizado para a análise de projeção das suas normas, o que não permite abandonar, por completo, as noções de direito externas, mas facilita a compreensão da elementar típica da *corrupção ativa*.

Na redação original do dispositivo²³⁰, cuidou-se, no *caput*, dos *agentes públicos* da *administração direta* e, no parágrafo único, dos que atuam junto à *administração indireta*. Previu-se que *funcionário público* seria “*quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública*” (*caput*), equiparando-se a estes “*quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal*”²³¹ (§ único).

Como se pode extrair, com esse texto, o legislador adotou um conceito abrangente de *funcionário público*, sem qualquer exigência tocante a presença concreta de poderes específicos, admitindo como tal, até mesmo, pessoas, no exercício da *função pública*, sem remuneração ou vínculo profissional, como os *agentes particulares colaboradores*²³².

²³⁰ “Art. 327 - Considera-se *funcionário público*, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Parágrafo único. Equipara-se a *funcionário público* quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.”

²³¹ Ainda hoje, a noção de “entidades paraestatais” não é precisa, mas, de um modo geral, à época, era associada a pessoas jurídicas pertencentes à administração indireta (Cfr. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. 412/413). Daí, porque se discorda da posição de Bitencourt, que, citando a visão atual de Hely Lopes Meirelles, aproxima a expressão ao terceiro setor (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 5 ... Op. Cit. 185/186). Diga-se, nesse aspecto, que a mudança de conceito, em âmbito administrativo, relacionado a “*entidades paraestatais*”, não resulta na mudança de inteligência do dispositivo, por um novo complemento. Em primeiro lugar, pois não há consenso na doutrina a respeito do conteúdo dessa expressão, tampouco qualquer definição legal. Além disso, ao desenvolver um conceito autônomo de *funcionário público*, o legislador penal optou, justamente, por trazer para si o encargo de dar o complemento às normas funcionais, sendo possível entender que, em âmbito criminal, a própria noção de “*entidades paraestatais*” possui conteúdo próprio. Não por outra razão, para incorporar noções jurídicas externas, desenvolvidas posteriormente, foram realizadas as concernentes alterações legais, analisadas adiante.

²³² Nas palavras de Nelson Hungria, “*pode-se dizer, como corolário do art. 327, que não é propriamente a qualidade de funcionário que caracteriza o crime funcional, mas o fato de que é praticado por quem se acha no*

No entanto, a análise cuidadosa do tipo penal conduz à necessária conclusão de que, apesar do texto geral, algumas figuras do direito hodierno deixaram de ser contempladas.

Não se pode, a exemplo, aceitar que, no texto originário, estariam abarcados os funcionários atuantes junto a todas as espécies de entidades da *administração indireta* conhecidas hoje, em especial no que tange às *empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas*, que ostentam natureza de direito *privado* e seguem regime jurídico *híbrido*.

Primeiro, pois a noção de “*serviço público*” existente no direito da época ainda era restrita (não admitia a presença de *sujeitos privados* e *regimes híbridos*) e não seria coerente rotular por *funcionários públicos* personagens imbuídos de atividades não reconhecidas como *públicas*. Segundo, pois essas figuras seriam reguladas apenas posteriormente à criação do dispositivo, passando a ter a devida disciplina jurídica em 1967²³³ e 1987²³⁴.

Não por outra razão, os próprios juristas desse período, como Nelson Hungria, que participou da revisão do Código Penal, lecionavam que, no âmbito de aplicação do parágrafo único, buscava-se taxar de *funcionário público* os agentes que atuavam junto a “*entidades autárquicas*”, figura específica da administração indireta, com natureza e regime de direito público, sem qualquer menção a *empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas*²³⁵.

Sob a mesma perspectiva, não se pode reconhecer que, no âmbito do texto, inseriam-se funcionários de empresas privadas alheias à *administração* em razão de relação jurídica de delegação de serviço, amplamente presente no modelo atual, mas sem a devida regulamentação à época da criação da norma.

É certo, por outro lado, que, com o decorrer dos anos, o referido dispositivo passou por alterações legislativas, que lhe conferiram nova projeção. De início, sobreveio a Lei 6.799 de 1980 e, posteriormente, a Lei 9.983 de 2000.

exercício da função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou per accidens (ex: o jurado, a cujo respeito achou de ser expresso o art. 438 do Cód. De Processo Penal; o depositário nomeado pelo juiz, etc.)” - (Op. Cit. 401).

²³³ Não se nega que, antes da regulação, já havia hipóteses de atividade interventiva do estado na economia, como o Banco Central do Brasil, mas a devida disciplina jurídica só foi organizada em 1967, por meio do Decreto-Lei 200, quando se reestruturou a Administração Indireta.

²³⁴ As *fundações públicas* foram inseridas como entidades da Administração Indireta, no texto do Decreto-Lei 200 de 1967, após a alteração realizada pela Lei 7.596 de 1987.

²³⁵ “O parág. Único do art. 327 dispõe: “Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”. Assim, em face do Código, funcionário público não é apenas o que serve à administração direta do Estado, senão também o empregado de entidades paraestatais (autarquias que gravitam na órbita da União, Estados-membros ou Municípios), não passando estas, em última análise, de desdobramentos ou de centralizações da administração pública ou estatal” – HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. 403.

Com a primeira mudança, foi inserido um segundo parágrafo no artigo (renumerando-se o parágrafo único, que passou a ser parágrafo primeiro), que introduziu uma causa de aumento de pena, para “*ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público*”²³⁶.

Com a segunda mudança, alterou-se a redação do parágrafo primeiro, equiparando-se, também, a *funcionários públicos* “*quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública*”²³⁷.

Com isso, ampliou-se o âmbito de aplicação do tipo penal. Tais mudanças, no entanto, deixaram brechas à interpretação e merecem ser compreendidas a partir de uma leitura contextualizada, à luz da exegese *conforme* a Constituição da República e das demais disposições do ordenamento jurídico.

4.6.1 Alteração introduzida pela Lei 6.799 de 1980 e a situação jurídica dos funcionários de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

No texto inserido pela Lei 6.799 de 1980, fez-se referência à funcionários de entidades da Administração Indireta de natureza jurídica de direito privado, ao tratar-se da majoração da pena do *funcionário público*. Nada mais natural do que contemplar entidades dessa natureza no conteúdo do dispositivo, considerando as rupturas que ocorreram em relação ao conceito de *serviço público e de administração* que se seguiram ao longo dos anos posteriores à redação original do Código Penal.

É bem verdade, entretanto, que o *parágrafo segundo* introduzido deixou algumas brechas à interpretação do operador jurídico, pois não houve mudança textual incorporando membros dessas entidades *privadas* da Administração Indireta no *caput* ou no *parágrafo primeiro* do artigo alterado (327, do Código Penal), responsáveis por definir *funcionário público*.

A despeito disso, a leitura do artigo, de forma una, passou a induzir à interpretação de que tais agentes passariam a estar açambarcados pela norma de equiparação, sugerindo,

²³⁶ “§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.

²³⁷ “§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

possivelmente, uma releitura do trecho “*quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal*”, de modo a contemplar na expressão “*entidade paraestatal*”, além dos membros de *autarquias*, aqueles pertencentes às *empresas públicas*, *sociedades de economia mista* e *fundações públicas*.

Não se pode, todavia, aceitar a mudança de interpretação do dispositivo, sem analisar a compatibilidade de tal entendimento com o ordenamento penal e com o sistema jurídico em geral, pois seria ignorar que, muito embora tenham passado a compor, em conjunto, a Administração Indireta, funcionários que atuam junto às *autarquias* possuem relação jurídica distinta dos que atuam junto às demais entidades, como as *empresas públicas* e *sociedades de economia mista*, os quais se submetem, necessariamente, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Igualmente, diferem-se da situação dos integrantes das *fundações públicas*.

A esse respeito, deve-se partir da leitura do artigo 173, da Constituição da República, e do artigo 4º, do Decreto-Lei 200 de 1967, que definem a situação das aludidas entidades paraestatais. Há que se questionar e compreender: por qual motivo o legislador optou por manter determinadas entidades da *Administração Indireta* - e apenas elas - com natureza de direito *privado* e sob regime *híbrido*, ao invés de reproduzir o modelo publicista?

Em relação às *empresas públicas* e *sociedades de economia mista*, como leciona Carvalho Filho, o intuito foi o de possibilitar que as entidades da *Administração Indireta* atuassem junto ao mercado como as demais empresas, exatamente sob a forma de funcionamento e organização das pessoas jurídicas privadas, com maior versatilidade e eficiência²³⁸.

Além disso, por meio do regime *híbrido*, buscou-se construir uma situação jurídica de paridade com o mercado, em que essas entidades não tivessem privilégios no curso da atividade econômica, submetendo-as ao direito *privado*, apesar de se manterem sob a vigência, em paralelo, de regras de direito público, destinadas exclusivamente ao controle, próprio da administração²³⁹.

²³⁸ “É preciso ter em conta, porém, o objetivo que inspirou o Estado a criar esse tipo de pessoas de natureza empresarial. Como os órgãos estatais se encontram presos a uma infinita quantidade de controles, o que provoca sensível lentidão nas atividades que desempenha, essas pessoas administrativas, tendo personalidade de direito privado, embora sob a direção do Estado, possibilitam maior versatilidade em sua atuação, quando voltadas para atividades econômicas. O Estado, através delas, se afasta um pouco de seu pedestal como Poder/bem-estar social para assemelhar-se, de certa maneira, a um empresário, que precisa de celeridade e eficiência para atingir seus objetivos” – CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit. p. 501. No mesmo sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 385.

²³⁹ “Em outras palavras, não devem ter privilégios que as beneficiem, sem serem estendidos às empresas privadas, pois que isso provocaria desequilíbrio no setor econômico em que ambas as categorias atuam. Veda-se ao Estado –empresário a obtenção de vantagens de que também não possam usufruir as empresas da iniciativa privada. Inexistem, pois, privilégio materiais ou processuais, como os atribuídos às entidades públicas, de que são exemplo

Tendo isso em mente, importante segregar dois momentos na análise do enquadramento jurídico dos funcionários pertencentes a essas entidades, pondo-se, em distinção, a respectiva qualificação, a depender de a atuação do agente estar situada no curso da atividade econômica (regramento privado) ou no controle ínsito à administração (regramento público).

Quando a atuação se limitar à atividade econômica, não lhe pode ser devido o rótulo de *funcionário público*, sob pena de colocar em desigualdade a situação da empresa em relação às demais pessoas jurídicas do mercado, que é um dos objetivos almejados pela Constituição da República.

Nesse ponto, vislumbra-se, por exemplo, a situação em que um funcionário de uma *empresa pública* oferece dinheiro ao funcionário da *empresa privada* para influenciar sua atuação. Veja-se, também, a mesma situação, com polos alternados. Em caso de equiparação, no segundo exemplo, o *particular* seria autor de *corrupção ativa* e, no primeiro, o *empregado público* não cometeria qualquer delito. Seria clara a violação à isonomia, que o poder constituinte buscou evitar.

Quando a atuação, por outro lado, estiver relacionada com a *atividade de controle* e não à simples *atividade econômica*, mostra-se devida a atribuição da qualidade de *funcionário público* ao agente da entidade paraestatal, pois, nesse caso, o agir do personagem não se adstringe à harmonia do mercado, mas se liga à hipótese *típica* de atuação da *administração*, preconizada pelo próprio texto constitucional, que concebeu a necessidade de se estabelecerem, por lei, “*formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade*” dessas pessoas jurídicas (art. 173, I).

Por essa premissa, a exemplo, enquanto o *empregado público* responsável por celebrar contratos deve ser considerado como *particular*, aquele responsável por *fiscalizar* uma licitação deve ser considerado *funcionário público* para fins penais.

Diga-se, por oportuno, que, especificamente, no que concerne às *fundações públicas*, não há entendimento pacífico, a respeito do ensejo de lhe ser conferida, por meio do Decreto-

as autarquias. (...) Ao contrário, incidem as normas de direito público naqueles aspectos ligados ao controle administrativo resultante de sua vinculação à pessoa federativa” - CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit. p. 506/507.

Lei 200 de 1967, natureza jurídica de direito privado e, mesmo, quanto ao seu regime jurídico²⁴⁰. Não obstante, parece possível estender a lógica acima a seus funcionários²⁴¹.

Ora, se o agente atua em *atividade privada*, em empresa de natureza jurídica de direito privado, sob regramento *privado*, pode este ser considerado *funcionário público*? Isso seria um equívoco, pois, como leciona Nelson Hungria²⁴², “*pode-se dizer, como corolário do art. 327, que não é propriamente a qualidade de funcionário que caracteriza o crime funcional, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício de função pública*”.

Ademais, tal compreensão, senão geral, se mostra, ao menos, coordenada com o delito de *corrupção ativa* e com o bem jurídico afetado pela violação ao *tipo penal*. Como reconhecido em reiteradas ocasiões, não foi tipificada a *corrupção privada* no Direito Brasileiro, sendo inviável estender a incidência típica para relação dessa natureza, ainda que praticada no âmbito da *administração pública*.

Ainda que assim se entendesse, seria, então, o caso de reconhecer que eventuais condutas praticadas por esse *funcionário público*, no âmbito da *atividade econômica privada*, não seriam dotadas de *tipicidade conglobante*, pois não ostentariam a *antinormatividade* ínsita à norma, que tem por bem jurídico o *equilíbrio das relações jurídicas da administração pública*, sem perder de vista a natureza pública dessas relações (*público-público / público-privado*, jamais *privado-privado*)²⁴³.

4.6.2 Alteração introduzida pela lei 6.799 de 1980 e a situação jurídica dos funcionários de empresas contratadas ou conveniadas para atividades típicas da Administração Pública.

Seguindo a lógica de estender a qualidade de *funcionários públicos* a empregados de empresas privadas, desde que incumbidos de *função pública*, no texto inserido pela Lei 6.799 de 1980, ampliou-se o conceito para açambarcar também os membros de entidades alheias à

²⁴⁰ Como leciona a doutrina: “*De todas as entidades da Administração Indireta, a fundação é, sem dúvida alguma, a que tem provocado maiores divergências doutrinárias no que diz respeito à sua natureza jurídica e às consequências que daí decorrem. Formaram-se, basicamente, duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo poder público e, de outro, a que entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia*” - (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 371).

²⁴¹ No mesmo sentido, mostra-se lógico conferir o entendimento às entidades do terceiro setor, pois, igualmente, não se inseriam no escopo da norma quando criada, além de fugir à estrutura integralmente pública vislumbrada no conceito de entidade paraestatal concebida na ocasião de elaboração do texto legal.

²⁴² HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. p. 401.

²⁴³ A esse respeito, retorne-se ao desenvolvimento da noção de bem jurídico, cfr. Capítulo 5.3.

administração indireta, quando vinculadas ao poder público, por negócio jurídico, para realização de atividade *típica da administração*²⁴⁴.

Assim, de forma expressa, o texto do artigo 327, do Código Penal, alterado em seu parágrafo primeiro, passou a equiparar aos *funcionários públicos* “*quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública*”.

Como se observa, na passagem inserida, não houve qualquer restrição quanto ao modelo de contrato ou convênio da empresa privada com o poder público, razão pela qual se discorda dos autores²⁴⁵ que cingem a projeção da norma, excluindo a aplicação no âmbito do negócio jurídico das *concessões*. Não se consegue vislumbrar motivo para essa limitação, já que *concessões* pressupõem *contratos* e, em regra, envolvem delegação de *atividade típica*, encaixando-se perfeitamente no dispositivo²⁴⁶.

Apesar disso, não há dúvidas de que, na ausência de um desses elementos, faltarão adequação à norma, como nas hipóteses em que se cuida de *autorização administrativa ou licença*, casos de que não se constituem sob as formas estabelecida na lei²⁴⁷.

Cumprido analisar, ainda, que, muito embora não tenha ficado claro na atualização do dispositivo, a execução de *atividade típica da administração* não deve se limitar ao objeto do *contrato* ou do *convênio* da entidade privada com o poder público, mas deve, empiricamente, ser aferida do âmbito de atuação do empregado privado, a fim de se analisar a viabilidade da sua equiparação a *funcionário público*.

Afinal, se, diante de funcionários pertencentes a entidades privadas da *administração indireta*, deve-se analisar a natureza das suas atividades, seria incoerente deixar essa lógica de lado, ao tratar de pessoas ligadas a empresas externas, que merecem maior reserva em matéria do gênero.

²⁴⁴ Apesar de menção, por algumas doutrinas, de jurisprudências pretéritas que estendiam o conceito de *funcionário público* nessas circunstâncias, antes da reforma da lei, é certo que a atualização legal, per se, demonstrou a impossibilidade anterior de se realizar um juízo nesse sentido (cfr. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 5... Op. Cit. p. 186).

²⁴⁵ Nesse sentido, Bitencourt (*Tratado de Direito Penal*, 5... Op. Cit. p. 185) e Regis Prado (*Tratado de direito penal brasileiro: parte especial...* Op. Cit. p. 208).

²⁴⁶ De todo modo, hoje, já há jurisprudência em sentido contrário, que faz referência a doutrina ora enfrentada, sem debater o assunto. v. TJRJ - Apelação Criminal n.º 0139568-72.2013.8.19.0001, Relator Desembargador Paulo Rangel, Terceira Câmara Criminal, julgado em 24/11/2016, publicado em 05/12/2016. Nesse caso, julgou-se delito de *corrupção passiva* praticado por funcionários da Light. O relator acolheu as razões defensivas e, ao fundamentar o voto condutor do acórdão, dentre os fundamentos utilizados, ressaltou que a doutrina entenderia não ser *funcionário público* o empregado de empresa concessionária, apenas permissionária. Além da referência às doutrinas citadas, não foi trazida qualquer justificativa para o posicionamento.

²⁴⁷ As autorizações e as licenças não são formalizadas sob a forma de *contrato* ou *convênio*, mas por *ato administrativo*. A esse respeito, ler DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 218/219.

A exemplo, qual seria o sentido de se atribuir qualidade de *funcionário público* ao empregado de uma concessionária de energia elétrica responsável por limpar as áreas comuns da empresa? Nenhum, pois este é contratado e regido pelas leis civis, além de ser despedido de qualquer atuação de *função pública*. Se, no caso das paraestatais privadas, que pertencem à *administração indireta*, não há motivo para equiparações desse gênero, menos razão ainda haveria nessa circunstância.

4.6.3 Síntese do conceito atual de “funcionário público” para fins de projeção do tipo da corrupção ativa.

Pela leitura do texto atual do artigo 327, do Código Penal, em conformidade com o desenvolvimento histórico do dispositivo, com a Constituição da República e com o bem jurídico afetado pelo crime de *corrupção ativa*, para fins de aplicação dessa norma, entende-se que *funcionário público* deve ser, de forma indiscriminada, os *agentes públicos* vinculados à *Administração Direta* e às *autarquias*, além dos *agentes públicos* vinculados às demais *entidades paraestatais* (contidas no artigo 4º, do Decreto Lei 200 de 1967) e a empresas privadas *contratadas* ou *conveniadas* para desempenho de atividade típica da administração pública, desde que exerçam, em concreto, *função pública*.

4.7 Tipo subjetivo: o especial fim de agir: “praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

Ao lado das condutas de *oferecer* ou *prometer* determinada *vantagem indevida* a *funcionário público*, no tipo penal da *corrupção ativa*, previu-se, ainda, um *especial fim de agir* (*elemento subjetivo distinto do dolo*), que consiste no objetivo de “*determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício*”.

Assim, para efeito no juízo de *tipicidade*, faz-se necessário não apenas que a conduta se amolde aos elementos *descritivos* e *normativos* descritos nos tópicos anteriores, mas que esta tenha vínculo *subjetivo* com essa finalidade específica do *tipo penal*, a qual deve, portanto, ser objeto de análise.

O primeiro ponto que merece ser abordado diz respeito aos *verbos* presentes na expressão: “*praticar, omitir ou retardar*”. De uma visão etimológica, todos possuem origem latina. O primeiro se relaciona com o termo *practica*, que supõe a noção de “*exercício*”²⁴⁸. O

²⁴⁸ CUNHA, Antônio Geraldo da. Op. Cit. 515.

segundo deriva de *omittere*, que condiz com “*inércia*”²⁴⁹. O terceiro, por fim, tem raiz no vocábulo *retardare* e significa “*atrasar, protelar, procrastinar*”²⁵⁰.

É válido observar que, na redação trazida no artigo que tratava de peita (art. 215), no Código Penal de 1890, ao lado desses verbos, havia também a expressão “*deixar de praticar um ato*”, retirada na redação do artigo 333, do Código Penal vigente.

Embora se deva tomar cuidado ao fazer esse tipo de alegação, por presumir-se a ausência de termos “*desnecessários*” nas leis, *in casu*, entende-se que a manutenção da expressão ao lado do verbo “*omitir*”, igualmente presente no dispositivo anterior, era despida de qualquer funcionalidade, pois os dois vocábulos possuem o mesmo sentido. Do ponto de vista da técnica, fez bem o legislador ao subtrair esse termo.

Ultrapassado o ponto, fundamental compreender a noção de “*ato de ofício*”, expressão *normativa* que limita as condutas-fim então definidas, tendo papel similar ao que exerce o *objeto material* diante do *delito* em si.

De modo geral, há uma divisão da doutrina a esse respeito. De um lado, reúnem-se autores que entendem por *ato de ofício* o feixe de condutas atribuídas ao *funcionário público* em razão da sua *função pública* (poder de direito)²⁵¹.

De outro, estão os que defendem ser possível considerar por *ato de ofício* qualquer ação que seja possível de ser praticada pelo *funcionário público* em razão da *função pública* exercida, ainda que não esteja contemplada no âmbito de sua competência (poder de fato)²⁵².

Em particular, entendo que a primeira posição é a mais adequada. Não fosse pelo só fato de que a literalidade do termo induz à noção de que o *ato* seja próprio do *ofício* do *funcionário público*, seria pela afetação ao bem jurídico: *equilíbrio das relações jurídicas da administração pública*. Um ato praticado por um *funcionário público*, em âmbito alheio à *função pública* de que é investido, não traz desequilíbrio à relação jurídica a ele vinculada, apesar de poder violar outras relações jurídicas externas ao seu mister, violando outros *bens jurídicos* e materializando outros delitos.

²⁴⁹ Ibid. p. 460.

²⁵⁰ Ibid. p. 561.

²⁵¹ Nesse sentido, Noronha (Op. Cit. p. 258), Mirabete (Op. Cit. 366), Nelson Hungria (Op. Cit. p. 371), Bitencourt (*Tratado de Direito Penal*, 5... Op. Cit. 244), Nucci (Op. Cit. p. 19), Regis Prado (*Tratado de direito penal brasileiro: parte especial...* Op. Cit. p. 259).

²⁵² Nesse sentido, Edmundo Oliveira (Op. Cit. p. 63). Apesar de não ficar claro, esse também parece ser o entendimento de Heleno Fragoso, que reconhece ato de ofício como “*da competência do agente*”, mas também como “*relacionado com o exercício de sua função*” (*Lições de Direito Penal: parte especial...* Op. Cit. p. 913).

Sobre isso, vale lembrar o exemplo de Carrara, reproduzido por Nelson Hungria²⁵³, em que um magistrado, que não vai julgar determinada causa, recebe oferta de dinheiro a pretexto de recomendá-la ao colega que deve decidir, para dele obter decisão favorável. Nesse caso, não se comete crime de corrupção, mas de *exploração de prestígio*, previsto no artigo 357, do Código Penal²⁵⁴.

Note-se, apesar disso, que a segunda corrente a respeito de *ato de ofício* traz à baila um ponto relevante, atinente ao *poder de fato* do agente. Se esse não deve ser o parâmetro correto para a ampliação do conceito de *ato de ofício*, em via contrária, deve ser um mais um filtro a limitar a aplicação da norma.

Afinal, se a “transação” sobre ato externo ao ofício do *funcionário público* não está abarcada pelo tipo penal, tampouco está contemplada aquela que, abstratamente prevista no feixe de atribuições do agente, não lhe é realizável em concreto.

Imagine-se exemplo parecido com o anterior, em que um magistrado recebe *oferta* de dinheiro de particular, que tem interesse em obter provimento favorável em determinada demanda. Dessa vez, no entanto, suponha-se que o processo está sob os cuidados do próprio juiz, mas este já proferiu sentença, tendo remetido os respectivos autos ao Tribunal.

Apesar de o *ato* pretendido consistir em *ato de ofício*, este foge manifestamente do *poder de fato* do juiz, que não mais dispõe do processo para decidir em seus autos, sendo impossível a consecução do fim, ainda que em hipótese. Em outras palavras, a *oferta* não traz qualquer abalo ao *equilíbrio das relações jurídicas da administração pública*, pois não tem aptidão para promover efeitos concretos.

Em sentido inverso, se presente o interesse relacionado a *ato*, sobre o qual o *funcionário público* detém poder de direito e de fato, restará devidamente caracterizado o elemento típico.

²⁵³ HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. p. 371.

²⁵⁴ Também a esse respeito, merecem ser lembradas as considerações de Chauveau e Hélie: “*La première question est celle-ci: Que faut-il entendre par un acte de la fonction ou de l’emploi? La définition se trouve renfermée dans ces termes eux-mêmes; c’est un acte commis dans l’exercice des fonctions, un acte qui fait partie des attributions légales du fonctionnaire, em un mot, un acte de sa compétence, ex officio suo, suivant l’expression de la loi romaine, En effect, un acte étranger à ses attributions et qu’il n’aurait pas eu le droit de commettre en vertu de son titre, peut bien être considéré encore comme un acte du fonctionnaire, mais n’est pas un acte de la fonction, et c’est l’acte de la fonction seul que la loi voulu protéger contre un trafic illicite ; car son incrimination s’est arrêtée à cet égard, et on en comprend facilement le motif: la prévarication du fonctionnaire n’apporte à l’État un véritable danger que lorsqu’elle est commise dans l’exercice des fonctions et à l’occasion d’un acte de ses fonctions, car l’État n’est strictement intéressé qu’au fidèle accomplissement des devoirs de chacun de ses agents. Ainsi, lorsque la prévarication est commise en dehors des limites du pouvoir de l’agent, lorsqu’elle a pour objet un acte qui n’est pas dans sa compétence, cette prévarication peut sans doute léser des tiers, mais elle ne menace l’État d’aucun péril, puisqu’elle ne peut prêter à la fraude aucune force légale. Elle doit donc être punie, non plus comme un délit spécial du fonctionnaire, mais comme un délit commun, si elle constitue en elle-même un délit de cette nature: ce n’est plus un fait de concussion ou de corruption, c’est un vol ou une escroquerie” (ADOLPHE, Chauveau; HÉLIE, Faustin. Op. Cit. p. 606).*

Na situação em que o intuito seja subverter a devida realização do *ato de ofício*, se está diante do que se trata por *corrupção própria*. Quando o interesse se reserva à simples consecução do *ato de ofício*, não ilícito, trata-se de *corrupção imprópria*.²⁵⁵

Diante do raciocínio, o conhecimento exato do *ato de ofício* pretendido pelo particular se mostra fundamental para a análise de *tipicidade*, sendo premente sua individualização, para a subsunção de determinada conduta à norma penal.

Nesse ínterim, contudo, surge o debate a respeito da *sedução* do funcionário público. Como explica Edmundo Oliveira, essa é a situação em que “*alguém procura atrair a simpatia do funcionário com ofertas ou mesmo doações, sem o objetivo imediato de leva-lo a praticar, omitir ou retardar determinado ato de ofício, mas com o propósito de lhe conquistar boa vontade para atos futuros*”²⁵⁶.

Na visão do autor, a questão, nesses casos, está em saber se a conduta do particular constitui “*ato preparatório*” ou se já constitui “*ato de execução*”, o que se traduziria, supostamente, em matéria de fato a ser examinada em cada hipótese. Ainda, complementa dizendo que eventuais ofertas, promessas e efetivos pagamentos “*são indícios de corrupção ativa, mas esta somente se consuma no momento em que o doador procura determinar o funcionário a praticar, omitir ou retardar determinado ato*”²⁵⁷.

Tende-se a concordar com a conclusão alcançada. Eventuais *ofertas* ou *promessas* do particular não ostentam relevância jurídica, para fins de projeção da norma de *corrupção ativa*, quando destituídos de liame com o *especial fim de agir*, elemento *subjetivo* do tipo.

Sem dúvida alguma, o aliciamento do *funcionário público* é reprovável do plano moral e pode caracterizar eventual ilícito penal por sua parte (*corrupção passiva*), mas não há subsunção do fato do *particular* ao tipo penal que lhe é dirigido, quando inexistente um vínculo direto e imediato do aliciamento com um *ato individualizado* (ou, ainda, com um *feixe de atos individualizados*), conforme exigência da norma penal.

Além disso, não se pode aferir possível *desequilíbrio de relação jurídica da administração pública* (afetação ao *bem jurídico*), sem que seja possível vislumbrar a própria relação, em tese, submetida a risco. Como já suscitado, em inúmeras passagens, a ofensividade ao *bem jurídico* também é ínsita à *tipicidade*.

²⁵⁵ OLIVEIRA, Edmundo. Op. Cit. p. 64

²⁵⁶ Ibid. p. 77/78.

²⁵⁷ Loc. Cit.

4.7.1 Dolo: cognição e intencionalidade.

Além do *especial fim de agir*, a *tipicidade subjetiva* pressupõe a presença de dolo, sendo exigido, portanto, o *conhecimento atualizável* sobre os elementos do tipo e a *vontade* de praticar a conduta proscrita.

Em outras palavras, para a caracterização do ilícito penal da *corrupção ativa*, não basta ao particular *oferecer ou prometer vantagem indevida ao funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício*, além dessa conduta, ele deve ter plena cognição sobre o conteúdo dos elementos que integram a norma.

A exemplo, deve o agente ter ciência de que a vantagem oferecida é indevida. Veja-se a hipótese em que um assistido oferece dinheiro ao defensor público para que este realize sua defesa, tendo convicção de que lhe são devidos honorários. Ou então, a da vítima que oferece dinheiro ao delegado, pela instauração de inquérito, tal qual seria feito ao juízo em uma ação penal privada, acreditando ser inerente ao início da investigação. Nos dois casos, estará excluída a tipicidade do fato.

Além disso, deve o agente ter conhecimento de que o destinatário da *oferta* ou da *promessa é funcionário público*. Suponha-se que um representante comercial estrangeiro oferece *kickback* a empregado de uma empresa privada de energia - ato lícito em relações privadas, embora considerado reprovável - sem saber que a empresa contratante atua sob regime de concessão, muito menos que o empregado pode ser considerado *funcionário público*. Novamente, não haverá tipicidade *subjetiva*.

Tal fórmula há de se repetir para todos os exames que reproduzam a ausência de *querer* e *conhecer* por parte do agente, sem os quais não se perfaz o aspecto *subjetivo* necessário à caracterização da *corrupção ativa*.

4.8 Breve crítica à escala penal.

O tipo penal de *corrupção ativa*, previsto no artigo 333, do Código Penal, após o incremento da Lei 10.763 de 2003, teve sua escala penal ampliada para pena de reclusão, de 02 (dois) a 12 (doze) anos, e multa, a ser cominada nos termos do artigo 49, do mesmo diploma. Antes da mudança, a escala penal variava de 01 a 08 anos, também de reclusão.

Seguindo a tradição dos ordenamentos penais anteriores, foi prevista, em abstrato, a mesma pena correspondente ao delito de *corrupção passiva*, tipificado no artigo 317, do Código

Penal. O modelo adotado seguiu a inspiração da redação original do código helvético (art. 288, hoje revogado²⁵⁸).

Atualmente, não apenas se encontram vozes a favor da equiparação das penas, mas, até mesmo, autores defendendo que a conduta do *particular* deveria ser punida em maior grau em relação à do funcionário público.

Assim, entende Nucci, alegando que “*por vezes, o funcionário probo termina influenciado pela força materialista do dinheiro (e outros valores), caindo nas redes da corrupção*”. Complementa que, na sua visão, “*funcionaria no mesmo grau da atitude do traficante que, pretendendo cativar um usuário, fornece droga gratuitamente, patrocina festas e eventos, para envolver o futuro cliente com o produto almejado*”²⁵⁹.

Discorda-se desse ponto de vista, pois, conforme argumenta Oscar de Macedo, acredita-se que o funcionário público “*infringiria maior número de deveres e deveres mais importantes do que o particular corruptor*”²⁶⁰. O agente de estado se reveste do poder especial conferido pelos cidadãos, submetendo-se, naturalmente, a normas de conduta mais severas, conforme disciplina a própria Constituição da República, no artigo 37.

De forma distinta do corruptor, o funcionário corrupto age com abuso de confiança em relação ao povo que, acreditando na sua probidade, aceita investir-lhe no papel de representar e cuidar dos interesses sociais, conferindo fé e autoridade às suas palavras, além de proteção no exercício de sua função, por meio de crimes específicos, como *desacato*, *resistência* e *desobediência*. A esse respeito, vale rememorar Chauveau e Hélie, sobre a *corrupção passiva*:

“*La loi pénale entend par corruption le crime du fonctionnaire qui trafique de son autorité pour faire ou pour ne pas faire un acte de ses fonctions. Cet abus des fonctions est l'une des plus graves prévarication que puisse commettre un officier public: em livrant à prix d'argent l'exercice de l'autorité qui lui est confiée, il ne trahit pas seulement les devoirs spéciaux de son emploi, il trahit la société que s'était fiée à sa probité, et la justice que n'admet pas d'autre cause impulsive d'un acte que la justice elle-même*”²⁶¹.

²⁵⁸ Atualmente, o crime de corrupção ativa é trazido no artigo 322, do Código Penal suíço, com redação distinta do texto original, mas, ainda, com correlação entre as penas desse delito com a *corrupção passiva* (atual art. 333). Houve uma reforma substancial na legislação suíça, após a *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, com a inclusão de um capítulo específico para tratar de corrupção, reordenando e alterando o texto dos dispositivos previstos anteriormente.

²⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. pp. 16/17.

²⁶⁰ MACEDO, Oscar de. Op. Cit. p. 415.

²⁶¹ ADOLPHE, Chauveau; HÉLIE, Faustin. Op. Cit. p. 594

Apesar das críticas, não parece que, em movimento de reforma próximo, haja potencial alteração do quadro de equiparação das penas. Para fins de aplicação atual do artigo, após habilitado o exercício do *poder punitivo*, deve-se observar a escala penal atualizada pela Lei 10.763 de 2003.

4.9 Breve crítica à causa de aumento de pena.

No parágrafo único do artigo 333, do Código Penal, consta, ainda, *causa de aumento de pena*, majorando-se a reprimenda em *um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional*.

Como se denota, o legislador optou por ampliar a punição do *particular* nas hipóteses de *corrupção própria*, em que, posteriormente à consumação do delito, concretiza-se o *especial fim de agir*, responsável por dirigir, subjetivamente, a conduta por ele praticada. Sendo assim, a incidência da *causa de aumento de pena* deve ocorrer somente quando o *funcionário público*, determinado pelo aliciamento do *particular*, subverter *ato de ofício*.

Em contrário senso, nos casos de *corrupção imprópria*, em que o interesse do *particular* se volta à prática de *ato de ofício* não contrário a dever funcional, a conduta será apenada na forma prevista pelo *caput* do dispositivo.

Ao tratar do assunto, Regis Prado considera que a *marojante* se justifica, diante do maior desvalor do resultado, pois “*o agente, ao atingir o seu objetivo, viola dever funcional, afetando ainda mais gravemente o funcionamento da Administração Pública*”²⁶².

Embora se discorde do bem jurídico utilizado na análise do autor, parece lógico admitir o raciocínio estabelecido. Decerto, a concretização do *especial fim de agir* denota não apenas a materialização do *desequilíbrio das relações da administração pública*, mas o efetivo mercantilismo da *função pública*.

Não obstante tal raciocínio pareça sedutor, pontualmente, mostra-se válido chamar atenção à questão suscitada por Edmundo Oliveira²⁶³: se o crime do corruptor se consuma com a oferta ou promessa da vantagem indevida, como aceitar que este tenha a pena agravada em razão de conduta externa, praticada não por ele, mas pelo funcionário público?

Ao trabalhar a questão, o autor entende que, apesar de ser questionável, em certa medida, o *particular* é culpado do que fez o *funcionário público*. Nesse ponto, atribui razão à legislação

²⁶² PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial...* Op. Cit. p. 261.

²⁶³ OLIVEIRA, Edmundo. Op. Cit. p. 75.

italiana, na qual o delito de *corrupção ativa* é definido como crime de *instigação à corrupção* (passiva).

Sem dúvida alguma, é grande o mérito do autor, ao perceber a questão suscitada. Todavia, ao meu ver, sua conclusão está equivocada. Se, no direito italiano, faria sentido estabelecer esse tipo de raciocínio, em função da construção típica da legislação interna desse país, o mesmo não seria possível no direito brasileiro.

Aqui, o *tipo penal de corrupção ativa* não pode ser tratado conforme se trataria a *participação em corrupção passiva*. Do contrário, haveria de se conceber que, na hipótese de não ocorrer o delito do funcionário público, também não estaria caracterizado o crime do particular, nos termos do artigo 31, do Código Penal²⁶⁴. Esse não é o caso.

Em verdade, a *corrupção ativa*, no direito brasileiro, como já ressaltado inúmeras vezes, constitui *delito autônomo*, independente do delito funcional. O *particular* não responde como *partícipe*, tampouco obedece ao seu modelo de imputação. O *corruptor* responde como *autor* e, desse modo, tão somente possui responsabilidade sobre eventual *resultado* na medida em que tenha a *dominabilidade do curso causal*, inerente ao *domínio do fato*. Sem essa constatação concreta, inviável imputar um resultado como pertencente ao agente, afastando-se a *tipicidade conglobante*.²⁶⁵

Por esse motivo, entende-se que a conduta do *funcionário público*, posterior à *corrupção ativa*, relacionada à subversão do *ato de ofício*, não pode agravar a situação do *particular*. Ainda que se tente atribuir um vínculo entre o agir do *particular corruptor* e a conduta do *funcionário público corrupto*, não se pode deixar de conceber que este último é um ser *autorresponsável* e suas ações não são, em regra²⁶⁶, dominadas ou conduzidas pelo primeiro.

Não fosse isso, a reprovabilidade pela subversão ao *ato de ofício*, enquanto reside na violação ao *dever funcional*, deve ser exclusiva do *funcionário público corrupto*, detentor de

²⁶⁴ “Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

²⁶⁵ Como leciona Zaffaroni: “É inconcebível possa alguém dirigir (ou governar, ou conduzir, ou controlar) um curso causal quando não lhe for concretamente possível orientá-lo até a mutação mais ou menos determinada do mundo físico. Só podemos atribuir a título doloso um fato a alguém (podendo considerar-se o fato como próprio dele, como sua obra) quando o autor arquiteta um plano racional, segundo o qual calculou que se desenvolveria a causalidade, e interpõe uma causa necessária para seu êxito, sem a qual o plano não se realizaria. Essa constatação é indispensável para que a tipicidade conglobante cumpra a função imputativa, permitindo considerar o agente como autor doloso, pois foi “senhor” (dominus) daquele acontecimento, teve o domínio do fato”. - ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – II, I. 2...* Op. Cit. 251.

²⁶⁶ É possível que haja casos de coação, em que se tenha um “domínio” sobre o agir do outro, mas tais casos não estariam abarcados pelo tipo penal de *corrupção ativa*, que pressupõe o aliciamento do *funcionário público*, não o seu constrangimento. Eventualmente, ocorreriam outros ilícitos, como constrangimento ilegal ou coação no curso do processo (arts. 146 e 344, do Código Penal).

um dever especial de *moralidade* perante a administração pública, que não se estende ao *corruptor*.

Diante disso, não se pode deixar de registrar a impropriedade do dispositivo, de cujo teor se deve fazer letra morta, diante da impossibilidade de atender, em casos concretos, à *tipicidade conglobante*.

CONCLUSÃO

As condutas de *corrupção*, que envolvem a mercancia da função pública, podem, em geral, ser analisadas sob diferentes perspectivas, cingindo-se, de um lado, o agir do particular *corruptor* (*corrupção ativa*) e, de outro, o do agente público *corrupto* (*corrupção passiva*).

Não faz muito tempo, tais delitos, no direito brasileiro, eram tidos por *bilaterais*, exigindo a ocorrência recíproca dos eventos das duas partes, ou seja, da oferta de suborno e da respectiva aceitação, para que os dois ilícitos penais restassem caracterizados.

Apesar de tal construção denotar uma igual importância dogmática na análise da conduta do *particular* e do *funcionário público*, para fins de se atribuir relevância penal a determinado fato, em verdade, o que se observou foi a conduta *ativa*, no decorrer do tempo, ser tratada como mero apêndice da *passiva*.

Talvez, a própria lei tenha impulsionado esse tipo de tratamento. Desde a raiz, nas diferentes ordenações portuguesas (ou, pode-se dizer, até mesmo, no Direito Romano), o agir do *funcionário público corrupto* foi tratado com minúcia e vigor, enquanto a conduta do *particular corruptor* era punida em hipóteses específicas e abrandadas, normalmente retratadas apenas como o envolvimento no delito funcional.

Nas primeiras construções dos dois delitos propriamente brasileiras, previstas no Código Penal do Império, até mesmo a pena do particular foi estabelecida na razão da que fosse atribuída ao funcionário público.

Se isso não fosse capaz de demonstrar que o foco da incriminação se voltava à conduta *funcional*, bastaria analisar o capítulo em que os dois delitos estavam topograficamente inseridos, denominado: “*Prevaricações, Abusos, e Omissões dos Empregados Públicos*”. Essa lógica, como visto, ainda seria reproduzida em legislações posteriores.

Não causa espécie, nessas circunstâncias, que a própria doutrina, na medida em que enfrentou a matéria, debruçou-se muito mais sobre a análise do *agir passivo*, em relação ao *ativo*. Até mesmo para tratar do bem jurídico afetado pelos delitos, usualmente, importou-se o da *corrupção passiva* para a *corrupção ativa*, como se o potencial lesivo das diferentes ações recaísse sobre o mesmo objeto.

Ora, o *particular* e o *funcionário público* possuem direitos e deveres distintos e estão sob circunstâncias distintas diante da *administração pública*. Um atua *em nome* dela e o outro *perante* ela. Um ato de um *funcionário público* representa um ato da administração, já o ato do *particular* é externo à administração. Isso não traz implicações ao *bem jurídico*?

Na introdução desse trabalho, ao lado da pergunta sobre o *bem jurídico* afetado pelo crime da *corrupção ativa*, outros tantos questionamentos foram suscitados. Quais poderiam ser os sujeitos ativos e passivos desse delito? Seria possível hipótese de concurso de agentes? Qual seria o seu objeto material? Qual seria o momento de consumação? Seria admissível a tentativa? Quais condutas seriam capazes de se adequar ao núcleo típico? Qual finalidade deve orientar o agir delitivo?

Pois bem. No curso adotado, buscou-se solucionar essas e outras questões que acabaram surgindo.

De início, delimitou-se o conteúdo da *corrupção ativa* para fins da pesquisa empreendida, amoldando-a ao quanto disposto no artigo 333, do Código Penal vigente. Para situa-la no contexto atual, analisaram-se as diferentes ordens jurídicas, buscando representações desde o direito antigo, até os diplomas hodiernos.

Restou claro que a presença da *corrupção* nos distintos ordenamentos jurídicos não é fato novo e que muito do quanto se traz nas leis de hoje foi “herdado” da Antiguidade e do Intermédio, principalmente do Direito Romano, do Direito Germânico e do Direito Português.

Recentemente, apontou-se, também, a influência do Direito Penal Suíço sobre a lei brasileira, que resultou na tipificação da *corrupção ativa* com o seguinte teor:

“Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”.

Como analisado, trata-se de crime autônomo, considerado *comum*, *comissivo* e *formal*, tendo por *sujeitos ativos* quaisquer pessoas e por *sujeitos passivos* o Estado e outros administrados. O *bem jurídico* que lhe corresponde é o “*equilíbrio das relações jurídicas da administração pública*”, passível de ser afetado pelas condutas, de iniciativa do particular, que aliciam o *funcionário público* (“*oferecer ou prometer*” algum benefício).

Por força da construção típica, tal delito é *plurissubsistente* e *unissubjetivo*, admitindo tentativa e concurso de agentes. O momento de consumação ocorre com a ciência do *agente público* a respeito da *oferta ou promessa* que lhe foi dirigida. Depois disso, eventuais condutas passam a ser mero exaurimento do delito, em regra, sem quaisquer repercussões penais.

O objeto material desse crime é a *vantagem indevida*, que pode ser de qualquer natureza, exigindo-se apenas que não seja *de direito* do funcionário público destinatário, em razão da

função pública ocupada. Algumas vantagens, todavia, estarão alheias ao âmbito de projeção do tipo penal, como aquelas de baixíssimo valor ou imprecisas.

Por fim, a orientação da vontade do agente, para se amoldar à *corrupção ativa*, deve obedecer ao dolo, que pressupõe conhecimento atualizável e vontade de praticar os elementos do tipo penal, e ao fim específico de determinar o funcionário público aliciado a *praticar, omitir ou retardar ato de ofício*.

Ao longo do trabalho, outros pontos acabaram sendo abordados, como o conteúdo dos elementos normativos, que, em sua maioria, enfrentam divergências doutrinárias, que se acredita tenham sido problematizadas e, devidamente, superadas.

Ademais, conclui-se que mereceriam reforma a *escala penal*, porquanto excessiva e desproporcional, e a *causa de aumento de pena*, porquanto inaplicável, levando em conta a necessidade de *imputação objetiva* para a responsabilização penal.

REFERÊNCIAS.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADOLPHE, Chauveau; HÉLIE, Faustin. *Théorie du Code Penal*. 4. ed. Paris: Cosse e Marchal, 1861.

ARAÚJO, João Vieira. *O Código Penal Interpretado*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Concurso de agentes: uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Des délits et des peines*. Tradução de Maurice Chevallier. Librairie Droz, Genève, 1965.

BECHARA, Ana Elisa Libertatore s., TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la. As recentes iniciativas de reforma do código penal brasileiro: observações críticas sobre a parte geral. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*. 3, ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal: parte especial – volumen V*. 7. ed. Bogotá: Temis, 1961.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introduccion al derecho penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1975.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FARIA, Antonio Bento de. *Anotações theorico-praticas Codigo Penal do Brazil de acordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência, nacionais e estrangeiras*. V. II – parte especial, 2. ed., Rio de Janeiro, 1913.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 10. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Lições de Direito Penal: parte especial, 4º Vol. (arts. 293 a 361)*. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1959.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 40. Ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GOMES, Luís Flávio. *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Corrupção ativa?* Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.43, p. 06, jul. 1996.

GRECO, Luís, LEITE, Alaor. O que é e o que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013) – atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Lumen Juris, 2015.

HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* – ano 3, n. 11, (jan/mar – 2003). Belo Horizonte: Forum, 2003.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, Vol. IX, arts. 250 a 361*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, 4º Volume: parte especial: Dos Crimes contra a Fé Pública a Dos Crimes contra a Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção: incluindo a nova lei anticorrupção*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial). *Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e novo): Lei das XII Tábuas*. 3. ed. São Paulo: EDIPRO, 2011.

LUIZ, Francisco. *Código Criminal do Império do Brasil theorica e praticamente anotado*. Maceió, 1885.

MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Tradução de Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr., Quartier Latin: São Paulo, 2008.

MALMESBURY, Thomas Hobbes. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, 1651. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz N. da Silva. Disponível:
http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Lydio machado bandeira de. *O direito penal hispano lusitano medieval*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, 1960.

MILESKI, Helio Saul. *O Estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte especial, volume 3: arts. 253 a 361 do CP*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1994.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal, volume 4 (dos crimes contra a saúde pública a disposições finais)*. 13. ed. Saraiva, 1981.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PIERANGELLI, José Henrique (coord.). *Códigos Penais do Brasil*. 1. ed. Bauru, São Paulo: Editora Jalovi, 1980.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial: volume 7, arts. 312 a 359-H*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral: volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. T.1. Madrid: Civitas, 1997.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba/PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SOARES, Oscar Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

TINÔCO, Antônio Luiz Ferreira. *Código criminal do Império do Brasil anotado*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____; Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. 3.ed Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro II, I*. 2. ed Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 10. Ed. Rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.