

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

PÂMELA GABRIELI VALÓRIO MENDES

**O PAPEL DO ATO DE OFÍCIO NA CONFIGURAÇÃO DA CORRUPÇÃO PASSIVA
INSERIDA NO CONTEXTO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR, À LUZ DOS
JULGADOS PROFERIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

SÃO PAULO

2020

PÂMELA GABRIELI VALÓCIO MENDES

**O PAPEL DO ATO DE OFÍCIO NA CONFIGURAÇÃO DA CORRUPÇÃO PASSIVA
INSERIDA NO CONTEXTO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR, À LUZ DOS
JULGADOS PROFERIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel no
Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Alexis Couto de Brito.

São Paulo

2020

PÂMELA GABRIELI VALÓSIO MENDES

O papel do ato de ofício na configuração da corrupção passiva inserida no contexto da atividade parlamentar, à luz dos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexis Couto de Brito (Orientador)

Examinador(a):

Examinador(a):

DEDICATÓRIA

À minha irmã Rafaela Maria Valósio Mendes (*in memoriam*), com todo amor e carinho.

Este Trabalho de Conclusão de Curso também é dedicado ao tempo. Vilão em muitos momentos, proporcionador de vivências e dono de grandes lições em outros. É às suas muitas formas e possibilidades, à sua natureza - que não se limita a um conceito fixo, bem como, de impossível atribuição de um único adjetivo -, e à sua aptidão de mutabilidade e de proporcionar a capacidade criativa, que também dedico esse trabalho.

Que mesmos fixos posicionamentos possam ser analisados e estudados sempre, pois o tempo possibilita a constante reflexão. Que a capacidade temporal de eternizar momentos, tal qual de fazê-los transitórios, como se corre água em rio, seja capaz que guiar os estudos, as opiniões e as reflexões sempre.

Que a trajetória não seja apenas o tramite do tempo e sim, a boa utilização e o desfrute dele.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao caminho que venho percorrendo e às lições aprendidas. Que o aprendizado constante possa guiar minha jornada.

É nesta oportunidade que agradeço também à minha família. À minha irmã, com quem partilho a caminhada e aos meus pais, que muito me ensinam e proporcionam. Obrigada.

Às minhas amigas e aos meus amigos, que em muitos momentos se fizeram família. Aos meus amigos da faculdade, com quem dividi as emoções da graduação; os cafés da manhã; os almoços e os debates que tanto nos agregaram pessoal e profissionalmente. Aos companheiros de trabalho, com quem dividi e divido o dia a dia no escritório e as experiências vivenciadas junto aos Fóruns, delegacias e Tribunais de nosso ofício.

Ao meu orientador, por ter sido meu primeiro professor de Direito Penal, matéria à qual, desde o início, atribuo minha paixão acadêmica e profissional. Obrigada por ter ministrado a minha primeira aula sobre o tema, que instigou ainda mais em mim o apreço pela dogmática e pelas questões que - apesar de aflitas e de muitas vezes tangerem de forma grandiosa o emocional coletivo - tanto requerem reflexões racionais e pormenorizadas.

Agradeço, também, às mulheres que tanto batalharam para ocupar espaços antes inocuados por nós, bem como, nele se perpetuarem, tornando menos árdua a estrada para as próximas. Obrigada por terem aberto caminhos através de seus passos.

Aos que me incentivaram, acreditaram e estavam ao meu lado nos momentos felizes e nos momentos difíceis. Também agradeço à todas as pessoas que fizeram parte da minha trajetória porque toda passagem de alguém no caminho do outro, de alguma maneira, deixa algo.

À quem eu ouvi e à quem me escutou. Obrigada.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso busca analisar como o Supremo Tribunal Federal se posicionou, e vem posicionando, no que tange ao ato de ofício para a configuração do delito estabelecido no artigo 317 do Código Penal Brasileiro, a corrupção passiva. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, inicialmente, o trabalho aborda as origens do tipo penal, bem como, pormenorizadamente, debruça-se sobre as classificações dogmáticas que se sobressaem doutrinaria e jurisprudencialmente. Após, mediante a análise de ações penais e inquéritos que chegaram a Suprema Corte pátria, expõe como foi e como é feita a reflexão acerca da relevância do “ato de ofício” para a configuração da corrupção passiva, com enfoque no tipo imputado à parlamentares. Por fim, uma vez equacionado o panorama jurisprudencial incerto acerca do tema, reflete acerca das argumentações utilizadas pela Corte Constitucional Brasileira que sustentam os oscilantes posicionamentos.

Palavras-chave: Corrupção Passiva – Ato de ofício – Entendimentos do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This thesis aims to examine how the Supreme Federal Court has been positioned itself about the “act of office”, for the configuration of the offense established in article 317 of the Brazilian Penal Code, the passive corruption. Therefore, using doctrinaire and legal research, initially the work addresses the origins of the criminal type, as well as in detail looking at the dogmatic classifications that stand out doctrinally and jurisprudentially. Afterwards, through the analysis of criminal actions and inquiries that reached the Supreme Court, explains how the reflection on the relevance of the “act of office” for the configuration of passive corruption was made, focusing on the type attributed to parliamentarians. Finally, once the unsure jurisprudential scenario on the topic has been solved, it reflects on the arguments used by the Brazilian Supreme Court that support the oscillating positions.

Keywords: Passive Corruption - Official act - Understandings of the Supreme Federal Court.

ABREVIATURAS E SIGLAS

STF Supremo Tribunal Federal

CP Código Penal

CPP Código de Processo Penal

CF Constituição Federal

INQ Inquérito

AP Ação Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
ORIGEM E CONCEITO DO TIPO PENAL DISPOSTO NO ARTIGO 317 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, A CORRUPÇÃO PASSIVA.....	10
1. ELEMENTOS DO TIPO E CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS.....	15
1.1. NÚCLEO DO TIPO.....	15
1.2. BEM JURÍDICO QUE SE PRETENDE TUTELAR.....	15
1.3. AUTONOMIA DO TIPO.....	17
1.4. SUJEITOS DO TIPO.....	23
1.4.1. O Funcionário Público.....	24
1.4.1.1. A elementar “em razão dela” (da função pública exercida pelo agente).....	28
1.4.1.2. Concurso de agentes.....	29
1.5. OBJETO DO TIPO: DA VANTAGEM INDEVIDA.....	30
1.5.1. Corrupção antecedente e a subsequente.....	32
1.5.2. Insignificância quanto ao objeto material.....	33
1.6. ELEMENTO SUBJETIVO DOLO.....	36
1.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	37
2. FORMA MAJORADA.....	39
2.1. DEVER FUNCIONAL.....	40
3. O ATO DE OFÍCIO: DEFINIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL (SOB A ÀNALISE DE AÇÕES TRAMITADAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL) ...	42
4. POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO ATO DE OFÍCIO.....	67
4.1. VIOLAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS CONSTITUCIONAIS NA AMPLIAÇÃO DO QUE SE COMPREENDE COMO ATO DE OFÍCIO.....	67
4.1.1. Natureza principiológica de <i>ultima ratio</i> do Direito Penal.....	67
4.1.2. Princípio da legalidade e taxatividade penal.....	69

4.1.3. Extensão interpretativa da norma penal.....	72
4.2. PRESUNÇÃO DE ATRIBUIÇÃO DADA À ATIVIDADE PARLAMENTAR E POSSÍVEL CRIMINALIZAÇÃO DA ATIVIDADE POLÍTICA – RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	74
CONCLUSÃO.....	77
DEFINIÇÕES DOUTRINÁRIAS DA CORRUPÇÃO	77
ATO DE OFÍCIO.....	78
AÇÕES NO STF E VIOLAÇÕES DECORRENTES DO ATUAL POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83

INTRODUÇÃO

Origem e conceito do tipo penal disposto no artigo 317 do Código Penal Brasileiro, a Corrupção Passiva

Apesar de desejar-se a total restrição da presente monografia à análise estrita da “corrupção passiva” em estudo de períodos históricos, percebe-se que ao longo do tempo as condutas “solicitar”, “receber” e “aceitar” – tipificadas atualmente pela legislação brasileira como corrupção passiva – eram semelhantes à ação de “exigir”, atualmente, tipificada como “concussão” pelo Código Penal Brasileiro. É o caso da Idade Média, por exemplo, período no qual a diversidade de condutas, que hoje configuram corrupção passiva e concussão, eram criminalizadas conjuntamente.

A corrupção, conduta conceituada por Nelson Hungria como “a venalidade em torno da função pública”¹ através da qual o agente utiliza-se da sua função para atender finalidade distinta da do interesse público, objetivando o alcance de vantagem pessoal², é prática que está presente a muito tempo na sociedade, de modo que não delimita-se à típico grupo social, a um preciso período histórico, nem tão pouco indica novidade comportamental sem precedentes ou de específicas políticas governamentais, como as monarquistas ou republicanas.

Considerando períodos históricos com divergentes modelos políticos e organizacionais, verifica-se a assiduidade de condutas que atribuem certa venalidade à atos decorrentes da função pública, característica basilar do que entendemos hoje como corrupção, se diferencia pelos agentes, punições e moralização dada à referida conduta, sendo “contida e limitada, em alguns períodos, crescente e fortalecida em outros, incomensurável e avassaladora em outros tantos”³.

Nos registros mais antigos, aqui podemos citar as punições apresentadas na Lei das XII Tábuas, que assim como a lei mosaica, grega e romana, determinava a pena capital à tal comportamento, através do enforcamento e flagelo, respectivamente.

¹ REALE JUNIOR, Miguel (coord.). **Direito penal: jurisprudência em debate**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 697.

² PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361), volume 3**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 341.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 111.

Inserindo-nos no contexto histórico legal brasileiro, as Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil como colônia portuguesa e em seu início como Brasil Imperial – que perduraram de 1603 até 1830 –, não tipificavam a conduta de receber proveitos como pães, vinhos e frutas, o que demonstra a determinada tolerância comportamental em tal período histórico brasileiro.

Nesse esteio, já em ares imperiais e assim, sancionada por Dom Pedro I, sobrevém, em 1830, o Código Criminal do Império, que até 1890, constitui os tipos penais: “peita”, “suborno” e “concussão”, estabelecidos, respectivamente, nos artigos 130, 133 e 135 do referido diploma legal.⁴

⁴ “Art. 130. Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei.

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

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

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

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

Penas - as mesmas estabelecidas para os casos da peita.

Art. 135. Julgar-se-ha commettido este crime:

1º Pelo empregado publico, encarregado da arrecadação, cobrança, ou administração de quaesquer rendas, ou dinheiros publicos, ou da distribuição de algum imposto, que directa, ou indirectamente exigir, ou fizer pagar a os contribuintes, o que souber não deverem.

Penas - de suspensão do emprego por seis mezes a dous annos.

No caso, em que o empregado publico se aproprie o que assim tiver exigido, ou o exija para esse fim.

Penas - de perda do emprego; prisão por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do que tiver exigido, ou feito pagar.

2º Pelo que, para cobrar impostos, ou direitos legitimos, empregar voluntariamente contra os contribuintes meios mais gravosos, do que os prescriptos nas leis; ou lhes fizer soffrer injustas vexações.

Penas - de suspensão do emprego por seis a dezoito mezes; e as mais, em que incorrer pela vexação que tiver praticado.

O que para commetter algum destes delictos, usar de força armada, além das penas estabelecidas, soffrerá mais a de prisão por tres mezes a dous annos.

3º Pelo que, tendo de fazer algum pagamento em razão do seu officio, exigir por si, ou por outrem, ou consentir que outrem exija de quem o deve receber algum premio, gratificação, desconto, ou emolumento não determinado por lei.

Penas - de perda do emprego; prisão por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor exigido, que restituirá se o tiver recebido.

4º Pelo que deixar de fazer pagamento, como, e quando dever por desempenho do seu officio, a não ser por motivo justo.

Penas - de suspensão do emprego por um a tres mezes, e de multa de cinco a vinte por cento do que individamente deixar de pagar.

5º Pelo que, para cumprir o seu dever, exigir directa, ou indirectamente gratificação, emolumento, ou premio não determinado por lei.

Penas - perda do emprego; prisão por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor exigido, que restituirá, se o tiver recebido.

O que em qualquer dos casos mencionados nos números primeiro e segundo se figurar munido de ordem superior, que não tenha.

Penas - de prisão por seis mezes a um anno, além das mais estabelecidas, em que incorrer”.

Em análise dos artigos, percebe-se que, em respeito à Constituição de 1924 – resultante da então recente Independência do país –, o primeiro Código Penal Brasileiro inicia a tipificação das condutas que exprimem o mercantismo da função pública através dos verbos “receber”, “aceitar”, “praticar”, “deixar de praticar”, “deixar-se corromper”, “exigir”, “cobrar” e “consentir que outrem exija”. Tais verbos, se assemelham aos verbos atuais que utilizamos nas tipificações da corrupção passiva e na concussão, o que indicam que os antigos tipos penais de “suborno” e “peita” eram os primórdios do que hoje chamamos de corrupção passiva e concussão. Porém, há que se frisar a existente diferenciação das condutas tipificadas no artigo 130 e 133 do Código Penal do Império.

A configuração da peita era condicionada à vantagem ou ao proveito, uma vez que, “se pratica” ou “deixa de praticar” em razão do recebimento do benefício monetário, ou de outra natureza, ou aceite de promessa. Já o suborno, obra-se o que não se deve ou é deixado de obrar o que deve, por aquele que se deixa corromper por influência ou petitório de alguém, dessa forma neste caso, não haveria a necessidade do efetivo recebimento de proveito.

Em seguimento à análise da tipificação penal brasileira, apresenta-se o Código Penal de 1890, editado no ano seguinte, em razão da Constituição de 1891. Resultante da Proclamação da República, foi indicador da atmosfera republicana que sobrevinha à sociedade brasileira, vez que tal diploma foi o primeiro Código Penal do país que não instituía a morte como pena. Apesar de notórias modificações, como a supracitada, mantiveram-se os tipos penais “peita”, “suborno” e “concussão”, inclusive, na mesma seção, com exceção do último tipo penal.

Após oito anos de vigência do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, a denominada Consolidação das Leis Penais de Piragibe – que instituía alterações no Código Penal de 1890 – imperioso abordar o Código Penal Brasileiro de 1940. Neste diploma legal, não há que se falar nos crimes de “peita” e “suborno”, mas sim – pela primeira vez na história legislativa brasileira –, na diferenciação entre os tipos penais de corrupção passiva e corrupção ativa. Tal pormenorização das condutas é de tocante importância, principalmente, no que diz respeito à configuração dos arrazoados injustos penais.

A separação das condutas, de maneira à individualizá-las entre ativa e passiva, possibilita melhor reflexão no tocante à consumação e conseqüentemente, na capacidade autônoma de cada uma delas, uma vez que a independência e a autonomia das condutas resultam, no tocante à configuração, na irrelevância da anuência do ente público ou do ente privado. Assim, autônomas as condutas, o comportamento do outro indivíduo não condiciona

a ocorrência do tipo, bastando então o comportamento de um dos sujeitos, o corruptor ou o corrompido.

Dessa maneira, é possível falar, pela primeira vez na história brasileira, na independência e autonomia entre as condutas trazidas nos tipos penais de corrupção ativa e passiva (ponto aprofundado em tópico posterior) e é nesse escopo que, apesar das alterações legislativas – como a que em 1984 alterou a parte geral do Código Penal Brasileiro –, os tipos penais “concussão” (artigo 316), “corrupção passiva” (artigo 317) e “corrupção ativa” (artigo 333) seguem o definido do diploma legal de 1940⁵.

Nesse sentido, a corrupção pode ser eximida pelo ímpeto de venalizar – e mais especificamente, caracterizada pela compra de um ato ou omissão⁶ – a função pública, através de atos de ofícios. Em visão mais ampla a Corrupção é entendida como a concretização da desmoralização na esfera da Administração Pública, por meio de favores e vantagens ilícitas⁷. Assim, o crime de corrupção passiva, exprime a mercantilização e negociação de atos e resultados em troca de benefícios que sejam do interesse do agente público, que solicita, recebe

⁵ “Concussão:

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

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

Excesso de exação

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2º - Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

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

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

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

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

Corrupção ativa

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

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

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.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 256.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 512.

e/ou aceita vantagem ou então, retarda ou deixa de praticar ato de ofício em razão deste proveito.

1. ELEMENTOS DO TIPO E CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS

1.1. Núcleo do tipo

A corrupção passiva possui como núcleo os verbos “solicitar”, “receber” e “aceitar”. Doutrinariamente, entende-se como crime de ação múltipla⁸, também chamado de delito de conteúdo variado⁹ ou tipo de ação misto alternativo¹⁰, isto é, apesar de o tipo descrever mais de uma conduta (ter mais de um verbo), basta a prática de um dos comportamentos para a consumação. Na hipótese da prática, restará configurado o delito, prescindindo de resultado para consumir-se, portanto, o crime também é classificado como formal. Tendo o sujeito passivo praticado uma das três condutas, este elemento do tipo restará preenchido para eventual configuração da corrupção passiva.

Ressalta-se que, tais ações não requerem extravagância ou expansividade, pois, entende-se que o núcleo do tipo restará configurado, mesmo que praticado discreta ou implicitamente, ou até mesmo através de terceiro. Assim como, poderá ser realizado visando a obtenção de vantagem para o próprio sujeito ativo, ou para outrem, conforme lição de Luiz Regis Prado¹¹ e Paulo César Busato¹².

Neste ponto, o que se destaca é que a prática do núcleo do tipo não é elemento suficiente para a configuração do tipo penal, uma vez que, para tanto, é necessário a existência de outros elementos, como o subjetivo, isto é, o dolo na conduta.

1.2. Bem jurídico que se pretende tutelar

A tipificação de hipóteses de atos e a consequente criação de crimes, revela um dos poderes mais importantes do Estado: o de estabelecer as condutas que serão consideradas

⁸ MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H) – vol. 3**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 620.

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361), volume 3**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 354.

¹⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2, v.3**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 508.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361), volume 3**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 351.

¹² “A vantagem não precisa ser destinada ao próprio agente público, podendo ser a um terceiro, parente, amigo ou não daquele que realiza a solicitação”. (BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2, v.3**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 510).

injustas e, assim, legitimam a aplicação de sanções ao indivíduo que incidir na prática de tais comportamentos.

Quando legitimado o Poder Legislativo, reforça-se a credibilidade de que a conduta criminalizada exprime o descontentamento estatal, e quando democrático, também de seu povo, com o determinado comportamento. Dessa maneira, de fato o indivíduo faria jus à aplicação da punição estatal determinada, criando-se aqui um dos indicativos sociais de justiça.

Esta grande restrição à liberdade individual, frente ao Estado detentor do poder instruidor da conduta recriminada (legislativo) e sentenciador e aplicador da norma (judiciário), quando não limitada e determinada oportuniza espaço para crueldades e injustiças, dado que se torna ferramenta para o cometimento de abusos contra o indivíduo.

Assim, a lei penal, deve determinar qual seja a conduta recriminada de forma objetiva, indicando-se exatamente o que será considerado injusto, de forma a evitar excessiva subjetividade e amplitude no que tange ao núcleo do tipo penal, isto é, a ação tipificada, o verbo tido como injusto pelo Poder Legislativo, bem como em respeito ao princípio da legalidade¹³.

Para tal determinação legal, estabelece-se a premissa de que a norma penal, como instituto abarcado pelo Direito Penal, buscará a tutela de bens jurídicos específicos, de modo que não restará configurado o injusto, caso eventual agressão não atinja o bem jurídico que a norma penal visa assegurar. Nessa acepção, também está o princípio da Tipicidade estrita, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na AP 921¹⁴.

Tal restrição, a fim de bem delimitar o que se tutela, garante a aplicação de um Direito Penal sem excessos punitivos, evitando assim, uma prerrogativa para a busca de exacerbadas punições criminais para fatos abstratos. Nesse sentido, a partir da denominação e elucubração de Luigi Ferrajoli acerca do Direito Penal mínimo - perspectiva na qual não se busca a maior prevenção possível, mas o “mínimo de prevenção imprescindível, o que levaria à minimização da violência no conjunto da sociedade”¹⁵ –, Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz,

¹³ “Para que esses reenvios normativos estejam de acordo com o princípio da legalidade, a lei penal deve descrever claramente o núcleo central da matéria proibida, ou seja, somente podem ser delegados normativamente aspectos pontuais e secundários da descrição típica.” (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 86).

¹⁴ “(...) (b) É lição consabida do direito penal que “nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes (...) (...) (d) A tipicidade exige a estrita adequação formal da conduta ao texto legal, a lesão do bem jurídico penalmente protegido, (...) mesmo ofendidos esses princípios em concreto, a lesividade não se deu em grau suficiente para atrair a intervenção do direito penal, *ultima ratio*”. (AP 921, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma. Julgado em 20/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017).

¹⁵ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 80.

William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito se posicionam e entendem que deve urgentemente haver controle sobre a demasiada extensão do Direito Penal.

Dessa maneira, é necessário abordar o bem jurídico tutelado pelo tipo penal trazido no artigo 317 do Código Penal Brasileiro, a corrupção passiva. No tipo penal em referência, o que se tutela é Administração Pública¹⁶, especialmente no que tange ao seu correto, irregular e imparcial funcionamento¹⁷, a fim de que se garanta a probidade e a moralidade – dos atos públicos e seus funcionários –, princípios basilares da boa administração pública.

Doutrinadores como Cezar Bitencourt ainda acrescentam que com a tipificação da corrupção passiva, tutela-se também, a função pública¹⁸. Há que se concordar com tal posicionamento, uma vez que, ao reprimir condutas que dariam venalidades à incumbência pública, também busca-se repelir possíveis questionamentos acerca da integridade e da credibilidade dos funcionários públicos, bem como as atribuições que exercem e as competências que o cargo compreende.

Nesse sentido, a criminalização de condutas praticadas por quem detém determinada função pública visa repreender o desvio do poder, a fim de que se possa garantir o regular funcionamento estatal de maneira proba, inclusive de acordo com os princípios constitucionais da administração pública, trazidos no artigo 37 da Carta Magna.

Portanto, é possível afirmar que a tipificação trazida pelo sistema penal brasileiro tutela a função pública, repreendendo a hipótese em que a mesma seria “traficada”, ou ainda, negociada, de modo à resultar em vantagem que não necessariamente, retorne ao bem comum à que se propõe a Administração Pública.

1.3. Autonomia do tipo

A classificação acerca da autonomia de um crime, está diretamente conectada com o núcleo do tipo, isto é, com o verbo que caracteriza a conduta. Em outras palavras, são tipos

¹⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2**, v.3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 506.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361)**, volume 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 348.

¹⁸ “Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, constituindo a corrupção passiva a venalidade de atos de ofício, num verdadeiro tráfico da função pública”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 112).

penais conexos a outro, inclusive proveniente deste, mas que engendram um novo delito, dessa forma, tornando as condutas independentes¹⁹. Em outras palavras:

“Trata-se de tipos que devem ser diferenciados dos qualificados e privilegiados (*delictum sui generis*). Esses tipos possuiriam os elementos de outro delito, mas não seriam casos qualificados ou privilegiados, senão delitos autônomos com um tipo de injusto exclusivo (...)”²⁰

Como já exposto, o artigo 317 estabelece três verbos, e consecutivamente três condutas diversas: “solicitar”, “receber” e “aceitar”. A partir da análise dos verbos, pode-se dizer que nem todos os três comportamentos são independentes, mais especificamente, em duas modalidades (receber e aceitar) demanda-se conduta de outrem para ocorrer.

O verbo “receber” no tipo penal, corresponde à situação em que o Funcionário Público assente ao oferecimento pelo agente corruptor, aqui, sujeito passivo. É importante ressaltar que tal conduta pode ser realizada de maneira direta ou indireta, bem como para o próprio agente ou para outra pessoa.

Através do verbo “aceitar”, também se anui à proposta do particular que age a dar caráter venal ao ato público. Nessa hipótese, ressalva-se que o efetivo recebimento da vantagem não é necessário, sendo suficiente a demonstração de que se está de acordo e/ou ainda, ser passível de recebimento tão somente futuro.

Os verbos “aceitar” e “receber” para serem realizados, dependem da realização de conduta de terceiros, como um oferecimento, por exemplo. Isto porque, só se aceita e só se recebe algo que lhe foi ofertado. Assim, pode-se falar que nessas modalidades do tipo penal, é imprescindível a prática de uma ação anterior de outro indivíduo²¹, que permita o recebimento ou aceitação pelo funcionário público.

Ao contrário das condutas supracitadas, o verbo “solicitar” exprime atuação independente e suficiente em si mesma, isto é, não depende da realização de uma ação de um terceiro para que se concretize no plano fático.

¹⁹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 258.

²⁰ Idem.

²¹ “(...) portanto, que, embora a corrupção seja denominada “passiva” pelo legislador, ela abrange também uma conduta ativa por parte do funcionário corrompido – qual seja, a de solicitar a vantagem indevida”. (PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361)**, volume 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 351).

Com ressalvas, é possível comparar a hipótese em que se aceita ou recebe à um concurso necessário de agentes, em que ambos os sujeitos incorrerão em injusto, porém, nas condutas em questão, cada um responderá por um tipo penal distinto. Aquele que corrompe, incorrerá na corrupção ativa e o corrompido, na corrupção passiva²². Aqui se fala em “autoria colateral”, isto é, hipótese em dois ou mais indivíduos ignoram a contribuição alheia e para Cezar Roberto Bitencourt, realizam “[...] condutas convergentes para a realização da mesma infração penal”²³, em outras palavras, “[...] ambos agem juntos e geram resultado que não advém de consenso recíproco, assim, não são coautores de um mesmo crime e sim, cada um responderá pelo crime individualmente cometido”.

Percebe-se então, que apesar de o tipo possuir apenas um núcleo, este núcleo é substanciado por três verbos, que se subdividem entre: os verbos autônomos, que não dependem de conduta de terceiro, e os verbos bilaterais, que dependem de ação de um terceiro para que possam se concretizar.

Dessa forma, a corrupção passiva não pode ser definida como crime unicamente bilateral ou autônomo, visto que seus verbos se diferenciam entre si quando a autossuficiência para serem praticados. Assim, percebe-se que para analisar a autonomia da corrupção passiva, há que se dividi-la em duas categorias: a modalidade em que se solicita e a modalidade em que se recebe ou se aceita.

Nesse sentido, o artigo 317 do Código Penal Brasileiro, na sua modalidade “solicitar” não estabelece crime de concurso necessário. Em outras palavras, a conduta de solicitação, na tipificação da corrupção passiva, não depende da configuração de outro delito. Dessa forma, a consumação da forma “solicitar” do crime em questão, não se sujeita nem decorre da ocorrência da corrupção ativa, prevista no artigo 333 do Código Penal.

Isto posto, visto que tal conduta se consuma de maneira autônoma, não dependendo de ações diversas ou atos de terceiros – sendo eles tipos penais ou não –, depreende-se que, na

²² “Essa opção do legislador, tratando as espécies de corrupção, ativa e passiva, como crimes autônomos, facilita sua punibilidade, os quais, nas modalidades de solicitar (passiva) e oferecer (ativa), por exemplo, independem da anuência do particular ou do funcionário público, respectivamente, para consumarem-se, não significando, contudo, que tenha abandonado a teoria monística da ação, ou que tenha afastado, de forma absoluta, a bilateralidade ou o caráter plurissubjetivo do crime de corrupção que, em tese, continua possível (receber ou aceitar)”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 112).

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 127.

modalidade “solicitar”, é prescindível conduta diversa, assim, classificando tal modalidade como crime autônomo²⁴, também chamado de “forma livre”²⁵.

Por sua vez, a corrupção passiva em sua modalidade “receber” e/ou “aceitar”, é bilateral, em razão da necessária conduta de terceiro, que age de modo há “oferecer” ou “prometer” a vantagem ao funcionário público, condutas tipificadas pelo artigo 333 do Código Penal, a corrupção ativa.

Portanto, onde houver a modalidade “recebimento” e “aceitação”, haverá a ocorrência de outro crime. Resta, então, assim configurada a hipótese de classificação do tipo, na modalidade “receber e “aceitar”, como delito bilateral. Nesse sentido, também o é a conduta descrita no parágrafo §1º do artigo 317 do Código Penal Brasileiro, a chamada “corrupção passiva qualificada”, onde o sujeito “pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício”.

Dessa forma, nas modalidades supracitadas, não há que se falar em independência das condutas, pois, para que se consumem, exige-se a ocorrência de conduta prévia – no caso legislativo brasileiro tipificada como corrupção ativa – de modo que assim, as modalidades pressupõem a configuração de outro tipo penal.

Logo, sendo classificada como bilateral a modalidade da corrupção passiva “receber” e “aceitar” e autônoma a modalidade “solicitar”, afasta-se a possibilidade de classificar de maneira única e uniforme, a corrupção passiva, como crime autônomo ou como crime bilateral.

Na modalidade “solicitar”, o distanciamento da bilateralidade, indica ruptura com a teoria monista, isso porque, exprime que a solicitação “[...] se consuma com a simples atividade, independentemente de qualquer vínculo subjetivo entre os “atores da infração delitiva”²⁶. Em outras palavras, não há a existência de vínculo subjetivo entre corruptor e corrompido, o que constitui ausência de elemento fundamental do posicionamento da teoria monista, que estabelece que “[...] autor é todo aquele que contribui de modo causal para a realização do fato

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 128.

²⁵ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361), volume 3**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 354.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial, volume 7: injustos contra a administração pública**. 6.ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 201, p. 94.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 521.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 125.

punível. Não há distinção entre autor e partícipe”²⁷. Assim, nessa hipótese, o fato típico, e consecutivamente o tipo penal, seria apenas um, o que não é o caso legislativo brasileiro.

Por sua vez, a corrupção passiva também não é explicada pelas teorias pluralística²⁸ e dualística²⁹, pois, o vínculo entre os sujeitos não importa para a incidência nos respectivos tipos penais. Tal vínculo entre corruptor e corrompido não substancia nem condiciona a conduta dos sujeitos à imputação criminal do outro, pois, o Código Penal estabelece tipos penais distintos, consecutivamente, núcleos penais divergentes para cada sujeito da relação que visa a mercantilização do ato público. Assim, pode-se ocorrer a corrupção passiva sem a corrupção ativa, como anteriormente visto.

Portanto, também não podemos aplicar tais teorias no crime do artigo 317 do Código Penal. Nesse sentido, também entende Cezar Bitencourt:

É fácil concluir, portanto, que o tratamento dado à corrupção, ativa ou passiva, como crimes autônomos, não tem seu fundamento na denominada teoria dualística ou pluralística, pois, basicamente, lhe é irrelevante o vínculo subjetivo entre corruptor e corrompido.³⁰

Diante disso, conclui-se que a corrupção passiva é tipo penal *sui generis* no quadro legislativo criminal brasileiro, pois, constitui exceção à teoria monista, pluralística e dualista.

A respeito, Cezar Roberto Bitencourt arguiu que a corrupção é tipificada como crime autônomo, não em razão do afastamento da teoria monista e sim da “[...] inexistência das causalidades física e psicológica que impedem a imputação penal concorrente, por não caracterizar concurso de pessoas, seja eventual, seja necessário”³¹. Assim, o autor entende que

²⁷ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 681.

²⁸ “(...) a) pluralística (diferenciadora ou restritiva) – para esta teoria, de caráter subjetivo, a participação é tratada como autoria ou crime autônomo. Cada qual realiza uma ação, a que corresponde um evento, e há um vínculo psicológico igualmente próprio. Considera-se cada partícipe, de forma autônoma, como autor; ou a participação é tratada como delito *sui generis*. Aos diversos delitos, seus diversos autores”. (PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 677).

²⁹ “(...) b) dualística – conforme esta orientação há dois delitos, opera-se uma distinção entre participação primária e uma participação secundária, punida com menor rigor. Há dois delitos, um para os autores, que realizam a atividade principal, o tipo legal do delito, e outro para os partícipes, aqueles que desenvolvem uma atividade secundária, que não realizam a conduta nuclear descrita no tipo penal”. (PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 678).

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 126.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 128.

a responsabilização se dará a partir da análise de três aspectos: (i) objetivo, (ii) respectivo à natureza da infração e (iii) no que tange às espécies de crimes.

O aspecto objetivo diz respeito a análise acerca do fato ocorrido que indica a venalização do(s) ato(s) público(s), isto é, um sujeito quer dar e outro receber.

Passando à análise da natureza da infração, reflete-se acerca do agente ativo quando da prática da corrupção. Isto é, no caso em que o bem jurídico do tipo – o funcionamento da administração pública – sofre a agressão pelo funcionário público, o crime, será classificado como próprio, isto é, o tipo penal demanda especialidade qualitativa do sujeito ativo, o caso em que a corrupção passiva se amolda.

Por sua vez, no caso em que a administração é agredida por ato de particular, o crime será classificado como comum, hipótese em que se encaixa a corrupção ativa, prevista no artigo 333 do Código Penal Brasileiro.

Ainda no tocante à análise da corrupção, por fim, cumpre-se considerar a espécie do crime, isto é, como classifica-se a conduta de acordo com o momento de sua consumação, em outras palavras, no que tange à formalidade do crime. Na modalidade da corrupção passiva em que se solicita, o crime será classificado como formal, ou seja, consuma-se com a mera prática do ato, sem que este seja fracionado, assim, podemos classificá-lo como crime unissubsistente³². Já no tocante a modalidade em que se aceita ou recebe, a corrupção passiva será definida como material, isto é, a consumação ocorrerá no momento que o corrompido recebe a vantagem ou aceita a promessa. Devido a sua bilateralidade, há prescindibilidade de conduta de terceiro³³, assim, a consumação estará conexa a outro tipo penal, vez que há adesão entre as vontades do corrompido e corruptor e estas se veem voltadas ao ímpeto negocial do ato público. Assim, também é possível caracterizar esta modalidade como plurissubsistente³⁴, pois, sua execução pode ser fracionada, praticada através de mais de um ato.

³² COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial, volume 7: injustos contra a administração pública**. 6.ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94.

³³ “(...) são condutas física e subjetivamente vinculadas umas às outras. Embora o *pactum sceleris* não seja requisito obrigatório, repetindo, em todas as hipóteses do crime de corrupção, nas modalidades de receber (vantagem indevida) ou aceitar (promessa) a bilateralidade é inerente a referidas condutas, pois somente se recebe ou se aceita se houver em contrapartida quem ofereça ou prometa. Em outros termos, para a configuração da corrupção passiva, segundo esses verbos nucleares, é indispensável a presença da figura ativa, e vice-versa”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 128).

³⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial, volume 7: injustos contra a administração pública**. 6.ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94.

A partir dessa análise, concorda-se com o doutrinador, visto que alicerçado em sua minuciosa posição, é possível perceber que o tipo penal disposto no artigo 317 do Código Penal compreende um núcleo composto – substanciado de três verbos –, que entre si se diferencia quanto às possíveis classificações doutrinárias e desse modo, abarcá-las todas em uma mesma teoria não parece preferível. Reconhecer a corrupção passiva como um dispositivo legal *sui generis* no ordenamento jurídico penal brasileiro, é a melhor maneira de estudá-la.

1.4. Sujeitos do tipo

Ao analisar-se uma conduta, requer-se o entendimento acerca de seus agentes, isto é, quem comporta-se de acordo com a hipótese que o tipo penal prevê. Dessa forma, falemos acerca dos sujeitos do tipo.

Ao se classificar os sujeitos do tipo penal, os subdividimos em sujeito passivo e sujeito ativo. Na corrupção passiva, delito abrangido pelo artigo 317 do Código Penal, o sujeito passivo, é o Estado-Administração³⁵, abarcando, o Estado, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e as demais pessoas descritas no artigo 327, § 1.º, do Código Penal³⁶. Ademais, pode ser também, sujeito passivo deste delito, o particular à quem o sujeito ativo solicita a vantagem³⁷, desde que este particular não tenha oferecido ou prometido a solicitação, vez que ambas condutas incidem na hipótese prevista no artigo 333 do Código Penal, a corrupção ativa, na qual este particular, constituirá o sujeito ativo.

Por sua vez, o sujeito ativo, aquele que pratica os verbos do núcleo, é o funcionário público, necessariamente. Essa qualidade especial do sujeito passivo exprime a classificação da corrupção passiva como crime próprio³⁸. Doutrinariamente, ao qualificar um crime como tal, teoriza-se a hipótese em que a norma faz requisição obrigatória de determinada qualidade especial do sujeito, que, no caso, trata-se da qualidade de funcionário público, do sujeito ativo.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 113.

³⁶ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 350.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 113-114.

³⁸ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial, volume 7: injustos contra a administração pública**. 6.ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94.

É importante salientar que a corrupção passiva diz respeito a crime praticado de forma livre³⁹, o qual a norma não requer do agente vinculação da conduta com determinada forma ou método para praticá-la. Dessa forma, o funcionário público incide no tipo penal da maneira que lhe convier, através de qualquer meio ou forma.

Ainda no que diz respeito aos sujeitos, é possível classificar a corrupção passiva em relação a quantidade de agentes necessários para sua execução. Ocorre que, também nesse caso, classificaremos o crime de maneira distinta, de acordo com a modalidade em que se debruça.

Nesse sentido, a corrupção passiva na modalidade “solicitar” será categorizada como crime unissubjetivo⁴⁰, visto que basta a ação de um sujeito para sua consumação (a solicitação pelo funcionário público, sendo independente a anuência do particular ou não).

Em sentido oposto, na modalidade “receber” ou “aceitar”, é imprescindível a realização de conduta antecedente por um terceiro. Ou seja, para sua consumação, é inescusável a participação de um terceiro, dessa forma, poderemos, nessa hipótese, entender a corrupção passiva como crime plurissubjetivo⁴¹.

1.4.1. O Funcionário Público

Como visto, a corrupção passiva é classificada como crime próprio, em razão da imprescindibilidade da qualificação do sujeito ativo como funcionário público. Consecutivamente, requer-se que os verbos “solicitar”, “aceitar” e “receber” tenham sido praticados em virtude da função pública do agente. Nesse sentido, sustenta Cezar Bitencourt, que caso não haja relação de causalidade ou função determinada, não há que se falar em corrupção passiva⁴². Portanto, é indispensável que, entre a prática dos verbos e a condição de funcionário público do agente, verifique-se relação causal para a configuração do delito disposto no artigo 317 do Código Penal.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 354.

⁴⁰ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial, volume 7: injustos contra a administração pública**. 6.ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94.

⁴¹ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial, volume 7: injustos contra a administração pública**. 6.ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 114.

Ainda no que tange a indispensabilidade da característica do sujeito ativo, a ausência da condição do agente de funcionário público, importará na atipicidade absoluta do fato⁴³, vez que, a obrigatoriedade da elementar torna a corrupção passiva crime funcional próprio. Assim, a ausência de tal elementar acarretará a inexistência da transgressão específica estabelecida no artigo 317 do Código Penal.

Diferentemente do Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Código Rocco), o Caderno Legislativo de 1940 não distinguiu “funcionário público” e “encarregado de serviço público”, e conceituou a corrupção passiva como crime funcional, unificando a qualidade do sujeito ativo, evitando assim eventuais imbróglis na prática jurídica.

A classificação da corrupção passiva como *delicta in officio* tem a razão de ser evidenciada quando se analisa o posicionamento do tipo no diploma legal. Isso porque, o artigo 317 encontra-se disposto no título XI – “Dos Crimes contra a Administração Pública” –, especificamente inserido no capítulo I – “Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral” –, notabilizando-o assim, como crime funcional.

Ao deprender a corrupção passiva nesse sentido, Nelson Hungria entende ser o crime funcional caracterizado pelo injusto praticado por quem se encontra no exercício da função pública⁴⁴. Isto é, por aquele que efetivamente exerce uma atividade com fim público e em virtude de um interesse público.

Além disto, para os autores Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa os crimes funcionais possuem característica especial em relação aos crimes próprios, pois, a qualidade do sujeito apenas será constatada após a análise do fato. Assim, atribui-se aos crimes funcionais a característica de delitos próprios com estrutura inversa⁴⁵, pois, a qualidade do sujeito decorre

⁴³ “Crimes funcionais próprios são aqueles em que a condição de funcionário público no tocante ao sujeito ativo é indispensável à tipicidade do fato. A ausência desta condição conduz à atipicidade absoluta, tal como se dá na corrupção passiva e na prevaricação (CP, arts. 317 e 319, respectivamente)”. (MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H) – vol. 3**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 548).

⁴⁴ “Adotou, portanto, o Código Penal um conceito bastante extensivo de funcionário público, assinando Nelson Hungria 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, 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.)” (CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: arts. 213 a 359-H**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 463 apud HUNGRIA, Nelson. *Comentários*, cit., v. 9, p. 401).

⁴⁵ “Os crimes funcionais, no tocante ao sujeito ativo, ingressam no rol dos crimes próprios ou especiais, pois o tipo penal reclama uma situação diferenciada do seu responsável, que deve ostentar a condição de funcionário público. Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Junior classificam os crimes funcionais como ‘delitos próprios com estrutura inversa’:

da atividade que ele exerce quando da prática do fato, não apenas antecede o fato, como nos crimes próprios.

A necessária qualidade do sujeito ativo na corrupção passiva – consecutivamente, a classificação do delito como próprio –, causa a reflexão acerca da estrita definição de “funcionário público”.

No âmbito administrativo, o conceito de “funcionário público”, compreende o indivíduo concursado, detentor de cargo ou função criada por lei e remunerado pelos cofres públicos. Ocorre que, ao se tratar da responsabilização de condutas no âmbito penal, o conceito passa a ter particularidades que ampliam a concepção administrativa.

A priori, deve-se destacar que, de acordo com o caput do artigo 327 do Código Penal, considera-se funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função pública, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, sendo equiparado a esse conceito 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”, nos termos do §1º do mesmo dispositivo.

Ainda, no §2º do mesmo artigo, determina-se que a pena será aumentada em um terço quando os autores dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral (Capítulo I do Título XI - Dos Crimes contra a Administração Pública), 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”.

Assim, percebe-se que para fins penais, a caracterização do sujeito como Funcionário Público vai além da mera aprovação em concurso público ou detenção de um cargo. No âmbito

‘Os delitos funcionais dispõem, entretanto, entre os crimes próprios, de uma característica de todo particular. Neles, a qualificação subjetiva não precede o fato, mas deriva do sujeito por uma atividade que ele exercita no momento do fato. (...) Em outras palavras: o prius lógico dos crimes funcionais é que o sujeito, na situação concreta, esteja exercitando uma função pública. Desse dado de fato deriva a qualificação de funcionário público, necessária à configuração dos crimes. Logo, os delitos funcionais podem ser classificados como “delitos próprios com estrutura inversa”, no sentido de que é necessário indagar sobre o fato antes de concluir que a qualificação subjetiva de funcionário público subsista realmente’. (PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24).

Os crimes funcionais dividem-se em próprios e impróprios (ou mistos).

Crimes funcionais próprios são aqueles em que a condição de funcionário público no tocante ao sujeito ativo é indispensável à tipicidade do fato. A ausência desta condição conduz à atipicidade absoluta, tal como se dá na corrupção passiva e na prevaricação (CP, arts. 317 e 319, respectivamente)”. (MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)**. vol. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 548).

criminal, considera-se funcionário público aquele que exerce cargo (criado por lei, com denominação própria e pagamento realizado pelos cofres públicos, segundo o parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 8.112), emprego (contratações sob relação trabalhista), ou função pública (atribuição para as tarefas a serem realizadas), mesmo que por tempo determinado ou período transitório, podendo ser obrigatório ou voluntário, eventual ou permanente, remunerado ou gratuito. Dessa forma, inclui-se, por exemplo, os agentes políticos, integrantes do poder executivo, legislativo e judiciário, bem como um defensor dativo, que, mesmo que ocasionalmente ou sazonalmente, exerce função pública⁴⁶.

Na esfera penal, a classificação como funcionário público também se estende aos cargos, empregos ou funções públicas empreendidas em entidades paraestatais ou empresas contratadas ou conveniadas prestadoras de serviços que constituem atividade típica da Administração Pública. Por conseguinte, pode-se falar em funcionários de empresas públicas, de sociedades de economia mista ou então de entidades sujeitas ao controle direto ou indireto do Poder Público⁴⁷.

Portanto, é relevante a identificação do critério “atividade típica da Administração Pública”, porque, por mais que possam ser identificadas como decorrentes de entidades paraestatais, de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, as atividades que não se prestarem à cumprir função própria e intrínseca à Administração Pública, não serão classificadas como típicas à ela.

Pode-se parecer que a definição do artigo 327 seja suficiente para compreensão das hipóteses de eventos fáticos, porém, como aborda Raquel Lima Scalcon no ensaio “A insuficiente definição do conceito penal de Funcionário Público no direito brasileiro”, é possível se deparar com dúvidas no tocante à extensão, quando da aplicação do artigo 327 à casos práticos, como é o caso de um estagiário que saca indevidamente valores de conta bancária de correntista ou de um funcionário de uma terceirizada que realiza limpeza em um prédio público.

Nessas situações, os Tribunais variam quanto ao seu entendimento e aqui se faz existir as divergências jurisprudenciais e doutrinárias. Porém, o que se debate é a incapacidade do

⁴⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2**, v.3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 517.

⁴⁷ Art. 84, § 1º da Lei 9.666/93: “(...) § 1º. Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público”.

dispositivo legal de racionalizar hipóteses de exceção ao nexa causal entre a conduta realizada e a hipótese entendida como “típica da administração pública”.

A autora sugere que a interpretação legislativa seja racionalizada, de modo que identifique-se que o caput do artigo 327 trata de vínculos diretos entre uma pessoa física (estatutários ou celetista) e o Estado e que o § 1º do mesmo dispositivo trata de vínculos indiretos entre uma pessoa física e o Poder Público, que são intermediados por uma pessoa jurídica não integrante do poder público. Além disso, propõe a abdicação de analogias que buscam preencher lacunas de punibilidade que existem no conceito penal de funcionário público, existentes em razão dos limites à sua interpretação.

Portanto, depreende-se ao debruçar o tema a indispensabilidade de que o sujeito ativo seja classificado como funcionário público, em seu sentido amplo, porém, não apenas. Ainda para a configuração do tipo, importa que a prática do fato tenha se dado em razão da qualidade do sujeito ativo, isto é, que o recebimento, aceite ou a solicitação tenha se dado em razão desta característica, sob pena de não configuração do artigo 317 do Código Penal.

1.4.1.1. A elementar “em razão dela” (da função pública exercida pelo agente)

Como visto, ao tratar-se do estudo do sujeito da corrupção passiva, a elementar “em razão dela” (da função pública exercida pelo agente) é igualmente de indispensável mérito. Isso porque, mesmo nas hipóteses em que o sujeito ativo ainda não tenha tomado posse ou ainda não tenha efetivamente assumido a função, desde que essa atribuição seja a motivação do ato, se entenderá existente a elementar “em razão dela”⁴⁸.

Então por isso, em eventual situação na qual meramente nomeou-se o sujeito, ou ainda na hipótese em que o indivíduo esteja fora da função – quando da prática da solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem indevida – presente estará a elementar “em razão dela”, desde que esta tenha sido empregada para a prática do núcleo do tipo penal.

Por fim, mais uma vez, ressalta-se a imprescindibilidade da relação causal entre a função pública e a conduta praticada, isto é, a execução da ação se dá em razão da atribuição

⁴⁸ “(...) Não é indispensável que seja no exercício da função, podendo ocorrer nas férias, no período de licença ou mesmo antes de assumi-la, desde que o faça em razão dela”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos** – Coleção Tratado de direito penal volume 5. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 98).

publica que detém o sujeito ativo, sem a qual não seria possível realizar os verbos do tipo, sob pena de atipicidade da conduta.

1.4.1.2. Concurso de agentes

Ainda no tocante às questões envolvendo o sujeito ativo da corrupção passiva, o autor Guilherme Nucci⁴⁹ é um dos que versa sobre a eventual ocorrência de concurso de agentes. Através do disposto no artigo 30 do Código Penal Brasileiro⁵⁰, as circunstâncias e as condições pessoais não se comunicam, porém, quando estas comporem o tipo penal, isto é, constituírem elementares do delito, se comunicarão. É o caso da corrupção passiva que, em razão da qualidade do sujeito ativo constituir elementar do crime, haverá extensão ao partícipe da circunstância pessoal “funcionário público”, pertencente originalmente ao sujeito ativo (*intraneus*).

Em outras palavras, aquele que atua conjuntamente com o agente que “solicita”, “aceita” ou “recebe” vantagem indevida (*intraneus*), mesmo que por si só não possua a qualidade de funcionário público, responderá por corrupção passiva como coautor ou partícipe em relação ao sujeito ativo, que diretamente praticou a(s) conduta(s).

Isto posto, mesmo que a prática de forma direta das condutas do tipo seja restritamente praticada por aquele que detém função pública, aquele que indiretamente praticá-la, será abrangido pela responsabilização criminal.

Nos termos do artigo 29 do Código Penal, esta responsabilização se dará independentemente da modalidade de concurso de agentes, isto é, tanto o coautor, aquele que domina juntamente com o autor a execução do núcleo do tipo, quanto o partícipe, hipótese em que o indivíduo auxilia, instiga ou induz o autor, concorrerão para a corrupção passiva e consecutivamente, incidirão nas penas cominada ao delito, desde que não incorram em outro tipo penal, como a corrupção ativa – caso que, conforme já exposto, constitui exceção à teoria unitária adotada pelo referido dispositivo legal.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 522.

⁵⁰ “Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

1.5. Objeto do tipo: da Vantagem Indevida

A vantagem indevida constitui uma das elementares da corrupção passiva, bem como é chamada de “elemento normativo especial da ilicitude”⁵¹, e seu conceito requer atenção e estudo para aprofundamento. Sintomática da recriminação da mercantilização da função pública, a vantagem, é motivo de divergência entre as vertentes da doutrina brasileira, no que tange à sua natureza.

Certo seguimento doutrinário entende que a vantagem seja de ordem patrimonial, tão somente. Nesse sentido estão doutrinadores como Damásio de Jesus⁵², Celso Delmanto⁵³ e Hungria⁵⁴. Este, entende que o caráter patrimonial é exprimido através da “utilidade material”, isto é, a vantagem, que dá valor venal ao ato público, seria transparecida através do dinheiro. Em outras palavras, a vantagem seria a “compra e venda do ato funcional”.

Porém, o entendimento doutrinário prevalecente não atribui natureza restritamente patrimonial à vantagem⁵⁵. Há que entender-se assertivo tal posicionamento. Inicialmente, o tipo não se encontra no capítulo dos Crimes contra o Patrimônio no Código Penal Brasileiro e sim, no capítulo dos Crimes Praticados contra a Administração Pública, não tendo o diploma legal restringindo a vantagem à natureza de importância monetária.

Não suficiente, a vantagem é o objeto pelo qual o funcionário público se corrompe ou é corrompido, de modo que este pode solicitar – ou o sujeito passivo oferecer – retribuição que não tenha natureza econômica e isto não obstará a prática do núcleo do tipo, ao contrário, é

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 117.

⁵² “Objeto material é a vantagem, que pode ser patrimonial ou moral. A lei não distingue.” (JESUS, Damásio de. **Direito penal, 4º volume: parte especial: Crimes contra a fé pública e crimes contra a Administração**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 199.)

⁵³ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361). Volume 3**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 400 apud HUNGRIA, Nelson, p. 368.

⁵⁴ “Para Hungria, por exemplo, “a indébita vantagem solicitada, recebida ou prometida há de ter caráter patrimonial (há de representar um pretium no mercado ou compra e venda do ato funcional): dinheiro ou qualquer utilidade material (*utila reperiebantur ea quibuscunquesciret aliquis uto*)”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 121.

⁵⁵ “A vantagem solicitada ou recebida pode ser de qualquer natureza, não necessariamente econômica. O tipo de ação não restringe a vantagem à pecúnia, podendo ser um favor, uma benesse ou até mesmo uma preferência em determinada estrutura ou atividade. (...) Assim pensa a doutrina majoritária, como PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a Administração Pública...* cit., p. 110; DRUMMOND, J. de Magalhães. *Comentários ao Código Penal...* cit., p. 295; STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Código Penal e sua interpretação...* cit., p. 1.468 e BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais...* cit., p. 331-332”. (BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2, v.3**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 511 e 586).

justamente esta recompensa que satisfaz a aspiração particular individual do funcionário público, à que este condicionará a prática – ou omissão – do ato público.

De outra maneira, a vantagem, que na corrupção passiva é o objeto de interesse do sujeito ativo, explicitará a recompensa pelo qual o funcionário público se corrompe ou é corrompido, ou seja, ao que o sujeito ativo condiciona a prática do ato traficado.

Assim, a vantagem não se restringe ao seu espectro financeiro, podendo ter natureza moral, material, patrimonial ou não patrimonial, desde que transpareça o necessário para o efetivo corrompimento do sujeito ativo. Nesse sentido estão Fernando Capez⁵⁶, Guilherme Nucci⁵⁷, Paulo César Busato⁵⁸, André Stefan⁵⁹, Cezar Bitencourt⁶⁰ e Luiz Regis Prado⁶¹. Este, cita a prática de favores sexuais, como exemplo de vantagem e ainda se posiciona no sentido de que ela deve ser entendida em sentido amplo, sem que a retribuição almejada exprima valor econômico.

⁵⁶ “(...) se cuida aqui não de crime patrimonial, mas de delito contra a Administração Pública. Dessa forma, qualquer vantagem exigida pelo agente, desde que indevida, atenta contra os interesses da Administração Pública, a qual busca o regular funcionamento de suas atividades e a moralidade administrativa. Esse é o interesse primordialmente protegido no crime em tela”. (CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: arts. 213 a 359-H**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 506-507).

⁵⁷ “Ampliamos o nosso pensamento, pois há casos concretos em que o funcionário deseja obter somente um elogio, uma vingança ou mesmo um favor sexual, enfim, algo imponderável no campo econômico e, ainda assim, corrompe-se para prejudicar ato de ofício”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 517).

⁵⁸ “Assim pensa a doutrina majoritária, como PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. Dos crimes contra a Administração Pública ... cit., p. 110; DRUMMOND, J. de Magalhães. Comentários ao Código Penal... cit., p. 295; STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. Código Penal e sua interpretação ... cit., p. 1.468 e BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais. Op. cit., p. 331-332, quem aponta vários precedentes demonstrando que a posição o já encontra-se consagrada na jurisprudência. Em sentido contrário, entendendo que a vantagem em questão é somente a de caráter econômico, HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal... cit., p. 370. Esta última posição é insustentável diante do que refere expressamente o tipo, não obstante seja o mais usual. Frágoso, em detalhado comentário, dá conta de que a discussão dividiu inclusive, a doutrina alemã a respeito do tema, a partir de previsão similar presente no Código Penal alemão e no Código Penal suíço. Veja-se em FRÁGOSO, Heleno. Lições de direito penal... cit., vol. II, p. 438-439, mas decanta-se por subscrever a posição aqui mantida”. (BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2, v.3**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 511).

⁵⁹ “Do mesmo modo que na concussão, a vantagem não precisa ser patrimonial (embora normalmente o seja). Não estamos diante de crime contra o patrimônio, mas de ato atentatório dos deveres de probidade e moralidade administrativas. Esse o pensamento predominante na doutrina”. (ESTEFAM, André. **Parte especial: arts. 235 a 359-h - Coleção Direito penal, volume 3**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 599 e 600).

⁶⁰ “(...) a vantagem indevida pode ser de qualquer natureza: patrimonial, quando a vantagem exigida referir-se a bens ou valores materiais; não patrimonial, de valor imaterial, simplesmente para satisfazer sentimento pessoal, buscar uma forma de reconhecimento, por pura vaidade, como, por exemplo, a concessão de um título honorífico, a conferência de um título de graduação, enfim, a vantagem indevida pode não ter necessariamente valor econômico”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 122).

⁶¹ “Embora para alguns a vantagem deva ser de natureza patrimonial, acolhe-se aqui o entendimento de que sua aceção deve ser entendida em sentido amplo, visto que o funcionário pode se corromper traficando com a função, sem que a retribuição almejada tenha necessariamente valor econômico. Assim, o agente pode agir por amizade, para obter os favores sexuais de uma mulher, visando alcançar um posto funcional de desta que ou mesmo para satisfazer um desejo de vingança”. (PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361), volume 3**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 351).

Mesmo que elucidada a questão no que tange a natureza do objeto do tipo, à vantagem ainda se atribui determinadas características. O artigo 317 delimita o objeto do tipo “vantagem” como sendo indevido. Nesse esteio, a fim de que reste configurada a elementar “vantagem indevida”, impreterivelmente, o proveito há de ser ilícito e inadequado, assim como, será recebido, aceito ou solicitado em razão da função pública pertencente ao sujeito ativo.

A benesse deve exprimir a venalização da função pública, independentemente do momento de sua concretização. Em outras palavras, será prescindível que a vantagem, desde que indevida, se corporifique no momento em que ela é solicitada, aceita ou recebida. Dessa forma, mesmo que se materialize apenas no futuro – por exemplo, após a prática ou omissão do ato de ofício – indevida será a vantagem e configurada estará a propina.

Outra questão no que tange ao objeto da corrupção passiva diz respeito à que se intenciona a vantagem oferecida, recebida ou aceita. Questão tratada no ponto a seguir.

1.5.1. Corrupção antecedente e a subsequente

O objeto da corrupção passiva possibilita o estudo de duas modalidades: a corrupção antecedente e a subsequente. Segundo Cezar Bitencourt, no âmbito do Direito Penal Brasileiro, a vantagem indevida objetiva a prática de ato futuro e certo, e deve ser demonstrada precisamente “[...] destacando tempo, local e condições, natureza e espécie do ato de ofício visado.”⁶². Neste íterim, está a chamada “Corrupção Antecedente”, na qual o objeto do tipo apenas restará configurado no caso em que o proveito recebido, solicitado ou aceito é pretérito à prática ou omissão do ato de ofício.

Nessa hipótese, a vantagem precede a conduta que exprime a mercantilização da função pública, pois, ela é recebida, solicitada ou aceita, justamente para que se pratique um ato que ainda não foi efetivamente realizado.

Já a corrupção, em sua modalidade subsequente, abarca casos em que a vantagem congratula a prática de ato já executado ou de omissão funcional já empreendida. Isto é, o agente público, ao praticar a conduta, não havia recebido a proposta nem a solicitado, consecutivamente, também não a havia recebido nem aceito, havendo aqui a avocada “concessão de dádivas”, pois, se gratifica prática (ação ou omissão) já acontecida. Esse é o caso

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 117.

do entendimento doutrinário Italiano acerca do tipo penal da corrupção que, ao contrário do adotado entendimento legal brasileiro, abrange tanto a modalidade antecedente quanto a modalidade subsequente, pois, as equipara.

Por sua vez, o ordenamento jurídico pátrio não possibilita a criminalização da corrupção passiva subsequente, pois, sendo a corrupção antecedente e a subsequente conceitos diferenciados, com peculiaridades no tocante ao momento da prática do núcleo do tipo, não podem ser tratadas de maneira similar, equivalendo-as, a fim de que se evite completamente analogia de normas incriminadoras, vedada em nosso sistema penal constitucional.

Não obstante, no âmbito penal brasileiro a existência do crime depende da configuração de todas as elementares do tipo, incluindo seu objeto (vantagem indevida). Este é justamente o que motiva – portanto, precede - o sujeito ativo da corrupção passiva a cometer a ação ou omissão de sua competência.

Dessa maneira, não há que se falar em corrupção passiva nos casos em que não se verifiquem as características do objeto da corrupção passiva. Isso é, hipóteses em que a vantagem não seja inadequada ou ilegal, decorrente da função exercida pelo sujeito ativo no âmbito público e antecedente à prática do núcleo do tipo.

1.5.2. Insignificância quanto ao objeto material

Outro aspecto de relevância na temática referente ao objeto da corrupção passiva, é a aplicação do princípio da insignificância, também conhecido como “bagatela”. Apesar de não estar fixado legalmente no ordenamento jurídico brasileiro, o fundamento permeia a maciça doutrina pátria e se consubstancializou em variados temas no judiciário brasileiro.

A premissa prevê a ponderação entre a gravidade da conduta tipificada e a magnitude da punição criminal. Isto é, que tão grave seja a conduta que justifique a intervenção punitiva do estado, em consonância com o princípio de intervenção mínima (*ultima ratio*), que norteia o Direito Penal e o considera último recurso dentro de um Estado Democrático de Direito. De modo contrário, quando a ação ou omissão praticada não causar efetiva e relevante ofensa ao bem jurídico, não se considera necessária a tutela da situação pelo Direito Criminal⁶³.

⁶³ “O princípio da insignificância, também chamado de criminalidade de bagatela, deriva do princípio da ofensividade (lesividade) e também da intervenção mínima do Direito Penal, que não deve se ocupar de condutas

Esta análise de proporcionalidade segue a coerência do ordenamento jurídico, que prevê a absolvição, caso o fato não constitua infração penal (caso de atipicidade) – nos termos do artigo 386, III do Código de Processo Penal – e da jurisprudência no que tange a tipicidade de determinada conduta.

A tipicidade de uma conduta proibida se subdivide na tipicidade formal e material, conforme explica Cezar Bitencourt:

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado, lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material, donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém substancialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.⁶⁴

Isso é, além da subsunção do fato à norma (aspecto formal)⁶⁵, para que determinada conduta constitua crime, requer-se a existência da relevância material, isto é, que a lesão ao bem jurídico sobressaia o socialmente tolerado, sendo substancialmente relevante⁶⁶. Proíbe-se um comportamento e tal proibição aperfeiçoa-se pelo desvalor social da ação.

O princípio da insignificância atua justamente na seara da atipicidade material, pois, aplica-se nas hipóteses em que o bem jurídico não é lesado materialmente pela conduta, apesar de a ação ou omissão amoldar-se à restrição formal. Assim, ausente o requisito material da tipicidade – a efetiva lesão ao bem jurídico –, considerar-se atípica a conduta, nos termos do artigo 386, III do CPP em razão da desnecessária a tutela do ato pelo Direito Penal.

Todavia, através de um julgado de 2017, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a Súmula 599, através da qual dispôs-se que o princípio da insignificância não se aplica aos crimes contra a Administração Pública, consecutivamente, à corrupção ativa ou passiva. Isso porque, a instância maior do judiciário fixou o entendimento de que os crimes que lesam a

irrelevantes, cuja lesão ao bem jurídico protegido não demonstre a necessidade da intervenção estatal punitiva”. (SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 137).

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 119 e 120.

⁶⁵ “O crime possui uma descrição na lei penal, chamada tipo penal. Esse tipo possui um aspecto formal, que é essa narrativa estabelecida na norma jurídica, como, por exemplo, os artigos da parte especial do Código Penal”. (SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 137).

⁶⁶ “(...) há também um aspecto material do crime, também contido no tipo penal, que legitima a sua conceituação: a conduta deve afetar um bem jurídico protegido pela norma penal de forma relevante. Essa tipicidade material é que está excluída pelo reconhecimento da insignificância da conduta”. (SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 137).

Administração Pública, resguardam a moral administrativa por si só, não submetendo-se ao aspecto patrimonial. Dessa forma, a penalização do agente, nos termos da Súmula, aplica-se, mesmo que pequeno o valor decorrente da suposta conduta ilícita.

Em contraponto, a doutrina, de maneira uníssona, se posiciona no sentido de que as gratificações de pequena monta, como “agrados de Natal”, não constituem crime de corrupção passiva. Porém, tal parecer não é harmônico no que tange a motivação, à que decorre, a atipicidade.

Isto porque, apesar de a doutrina majoritariamente entender aplicável o princípio da insignificância à corrupção passiva – em discordância com o posicionamento dos Tribunais Superiores –, alguns doutrinadores⁶⁷ sustentam que o recebimento de pequenos presentes, como recebidos em datas festivas, sejam fatos atípicos em razão da ausência de dolo e não pela carência de materialidade.

A ausência do elemento subjetivo ocorre na hipótese em que o Funcionário Público não se reveste da intenção de realizar conduta ativa ou omissiva ao receber ou aceitar a suposta “vantagem”. Assim, o item recebido ou aceitado pelo Funcionário Público não se vincula à sua atuação funcional, e dessa forma, o dolo na conduta é excluído, pois, o agente limita-se a recebê-lo⁶⁸.

Ao entender-se dessa maneira, estará sustentado que mesmo que de pequeno valor o objeto, caso o Funcionário Público o aceite ou o receba com pretensões ou por razões invernáculos, restará configurado o crime de corrupção passiva – em concordância com a Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, a atipicidade decorre da ausência de dolo, não em razão da superveniência da atipicidade material.

Não obstante, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça já afastou a incidência da Súmula 599⁶⁹, entendendo que no caso não haveria interesse social na “onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada”. Ainda, o ministro Nefi Cordeiro

⁶⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial, volume 7: injustos contra a administração pública**. 6.ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 97.

⁶⁸ “Em nossa opinião, a questão deve ser analisada por um ângulo diverso, qual seja, ausência de dolo. Com efeito, nas gratificações de pequena monta e nas oferendas em datas festivas inexistente, da parte do funcionário público, a intenção de aceitar alguma vantagem como retribuição de alguma ação ou omissão envolvendo ato de ofício já praticado ou a praticar em momento futuro. Em síntese, não há dolo, pois o agente público limita-se a receber um presente, desvinculado da sua atuação funcional”. (MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H) – vol. 3**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 628).

⁶⁹ Recurso em Habeas Corpus nº 85.272 - RS (2017/0131630-4), de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro. IDOSO COM 83 ANOS NA ÉPOCA DOS FATOS “atropelou” um cone. O recurso trancou a ação penal n. 2.14.0003057-8, que tramitava junto à 2ª Vara Criminal de Gravataí/RS.

proferiu que, em respeito a subsidiariedade do Direito Penal, o princípio da insignificância conjectura-se a partir da (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Apesar de estabelecidos, os critérios acima expostos – para entender-se aplicável o princípio da insignificância aos Crimes contra a Administração Pública – não se verificam na prática. O que se constata em pesquisa junto aos Tribunais Superiores é que, mesmo quando arguidos, os Tribunais majoritariamente de pronto aduzem a Súmula 599, entendendo comprovadas a autoria e materialidade.

1.6. Elemento subjetivo dolo

Ainda no que tange às elementares do tipo penal da corrupção passiva, passemos ao tratamento do elemento subjetivo: o dolo existente quando da prática do núcleo do tipo penal, pois, assim como na maioria das tipificações, para a configuração da corrupção passiva, a vontade consciente deve ser verificada.

O dolo consiste na intenção de causar o resultado⁷⁰. Em outras palavras, A ação considerada dolosa é aquela, que movida pelo resultado, é conscientemente praticada e, em uma análise de tipicidade, engendrará fato que se justapõe à norma vigente, isto é, que ocasiona a subsunção do fato à norma⁷¹. Na específica hipótese legal, o sujeito, consciente e voltado a obter vantagem indevida para si ou para outrem, assume o risco de praticar o núcleo do tipo, solicitando, recebendo e/ou aceitando em razão de sua função pública, mesmo que antes de assumi-la ou fora dela.

Percebe-se então, que há de se verificar não apenas a consciência e vontade para a prática do núcleo do tipo (solicitar, receber ou aceitar), mas também, e principalmente, a finalidade orientadora da conduta do sujeito ativo de mercantilizar a função pública. O dolo verifica-se na hipótese em que a solicitação, recebimento ou aceite vislumbre e intencione

⁷⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 143.

⁷¹ “(...) para definir-se se uma determinada conduta é ou não típica, se faz necessário uma operação intelectual de adequação/subsunção entre o fato concreto (praticado por alguém) e o fato abstrato previsto na lei penal. Se esse juízo for positivo, ou seja, se houver uma previsão em abstrato na lei penal na qual o fato praticado em concreto se encaixe, pode-se dizer que a conduta é típica”. (SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 233).

vantagem indevida mediante a realização de conduta possibilitada pela qualidade do *intraneus*. Isto posto, a prática do sujeito ativo exprime a ambicionada indevida vantagem, mesmo que não concreta.

Assim, além do dolo ao praticar os três verbos do tipo, exige-se o dolo de obter para si ou para outrem vantagem indevida, bem como, que todos os elementos do tipo penal sejam conhecidos pelo agente do delito, sob pena de incidência do erro do tipo através do qual exclui-se a tipicidade, dada a ausência do dolo em alguma elementar do tipo.

Nesse escopo, caso não se verifique o dolo na conduta, restará ausente o elemento subjetivo que integra o tipo penal, afastando assim a tipicidade. De imediato, na hipótese em que a conduta não foi intencionada pela vantagem indevida – considerada então, atípica - não estará configurado o delito trazido pelo artigo 317 do Código Penal.

1.7. **Consumação e tentativa**

No aprofundamento do estudo acerca da consumação da corrupção passiva, é imprescindível a separação do tipo pelos verbos que compõem seu núcleo. Isso porque, doutrinariamente, a consumação varia de acordo com o verbo do núcleo praticado.

Jurisprudencialmente, entende-se o delito como formal e instantâneo (hipótese em que não há lastro temporal entre ato e resultado, consuma-se sem prolongamento) –, porém, parte da doutrina diverge e entende que há cenários em que seria possível a tentativa na corrupção passiva, desde que factível a separação do *iter criminis*.

Na hipótese em que o funcionário público solicita a vantagem indevida, classifica-se como formal⁷² a conduta delitiva – de consumação imediata, assim que realizado o pedido. Dessa forma, o delito configura-se independentemente da reação do sujeito passivo, bastando que o requerimento ou o aceite pelo sujeito ativo chegue ao conhecimento do terceiro.

Já nas modalidades do tipo em que se recebe e aceita, exige-se o efetivo recebimento da vantagem indevida, dando ao delito natureza material. Nesta visão da doutrina, a corrupção passiva, não se consuma simplesmente com a prática do núcleo, mas sim, com o resultado⁷³.

⁷² BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2**, v.3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 515.

⁷³ “Nas hipóteses de recebimento ou de aceitação da vantagem indevida, em que a iniciativa é do corruptor, consuma-se a corrupção passiva com o recebimento ou com a manifestação do aceite da promessa. Nessas duas

Nesta forma, exige-se efetivamente o recebimento ou a aceitação da vantagem indevida. Exemplifica a doutrina situação na qual a interrupção do *iter criminis* delitivo seria viável: ocasião em que a vantagem indevida é solicitada por escrito e tal mensagem, por motivos alheios a vontade do funcionário público, não é recebida pelo destinatário, configurando, então, a tentativa, mas, ressalva a excepcionalidade de tal hipótese.

Tendo sido demonstrado o posicionamento doutrinário, ressalta-se o não reconhecimento pelos tribunais da explicitada tese. Estes, entendem majoritariamente a corrupção passiva como crime formal, em todas as modalidades abrangidas pelo núcleo do tipo delitivo: receber, aceitar ou solicitar.

Assim como o posicionamento jurisprudencial fixado neste sentido, a doutrina majoritariamente reconhece a instantaneidade, em regra, do delito. O que faz-se necessário é o registro neste tópico, de que a hipótese não comporta a figura jurídica do arrependimento eficaz, pois, mesmo que o sujeito ativo se arrependa depois de ter solicitado – e não retarde, ou deixe de praticar qualquer ato de ofício, ou o pratique infringindo dever funcional – incorrerá no caput do artigo 317 e caso o resultado lesivo à administração pública se consume, incorrerá na figura da corrupção passiva qualificada, ponto a ser tratado a seguir.

hipóteses — recebimento e aceitação — também se aperfeiçoa o correspondente crime de corrupção ativa (crime bilateral)”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 129).

2. FORMA MAJORADA

O caderno legislativo prevê através do parágrafo 1º do dispositivo em estudo, o aumento da pena de um terço na hipótese em que o sujeito ativo infrinja dever funcional quando da prática de ato de ofício, de seu retardamento ou ainda, quando não o pratica.

De pronto, necessário o apontamento de que o dispositivo, apesar de doutrinariamente chamado de “corrupção passiva qualificada”⁷⁴, tecnicamente constitui uma causa especial de aumento do tipo penal, portanto, mais cuidadosamente classificado pela técnica como corrupção majorada⁷⁵. O delito nesta modalidade configura-se na hipótese em que, motivado pela vantagem indevida ou promessa dela, o sujeito ativo efetivamente omite-se, retarda ou pratica o ato de ofício.

A previsão majorada busca estabelecer maior penalização do agente que, além de praticar um dos três verbos do núcleo do tipo, age efetivamente de modo a infringir dever funcional praticando, retardando ou deixando de praticar ato de ofício e assim, somada à mercantilização da função pública (recebimento, aceite ou solicitação de vantagem indevida), causa maior dano à administração pública, vez que efetiva a omissão ou a ação, e com efeito, extenua a lesão à probidade – que se espera do funcionário público – e consecutivamente, o delito.

Desejou o legislador que esta extensão da lesão ao bem jurídico tutelado pelo dispositivo motivasse o aumento da pena, de forma a abranger a hipótese de exaurimento da infração estabelecida no caput. Por essa razão, a disposição do §1º também é chamada de corrupção passiva exaurida⁷⁶.

O aumento de pena em razão do exaurimento do delito é exceção no sistema legislativo penal brasileiro, vez que, em regra, o tipo exaurido não gera a criação de causa de aumento, mesmo que cause maior prejuízo e danos ao bem jurídico tutelado, regra aplicada aos crimes patrimoniais, por exemplo. Assim, é possível reforçar a natureza formal do delito, bem como compreender que o aumento exprime o desejo do legislador de atribuir maior reprovabilidade

⁷⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2**, v.3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 512.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 129.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 522.

da conduta, recriminando de maneira mais grave (com o aumento de pena) a superveniência do resultado naturalístico.

2.1. Dever funcional

O dever funcional constitui uma das elementares da corrupção passiva em sua forma majorada. Diz o dispositivo que a pena será aumentada de um terço na hipótese em que o funcionário público, em razão da vantagem indevida ou da promessa desta, retarde, deixe de praticar ou pratique ato de ofício infringindo dever funcional.

Antes de apresentar-se a definição de dever funcional, reflete-se acerca da redação do dispositivo. Isso porque, apesar de o dispositivo preceituar “infringindo dever funcional”, decorre a questão: “que dever funcional?”. Seguindo as regras que norteiam o Direito Penal, entender-se-ia – inclusive com base na regra da interpretação restritiva da norma penal – que o referido dever funcional deva ser entendido como aquele que decorre especificamente da função pública que faz jus o funcionário público, dos “deveres previstos em lei”⁷⁷, do que está sob sua competência, sob pena de violação de premissas decorrentes da taxatividade da norma penal.

Apesar de a reflexão ser explorada mais à frente, no presente momento faz-se necessária a apresentação do conceito terminológico. A fim de não permitir-se extensão interpretativa violadora de princípios fundamentais e basilares da esfera penal, deve-se entender o dever funcional como as obrigações e responsabilidades que são impostas por lei ao agente público⁷⁸, as quais o funcionário público está vinculado no exercício de sua função ou em razão dela, estritamente no âmbito de sua competência.

Essa vinculação das atribuições deveria decorrer tão somente de leis, normas e regulamentos que - estabelecidas dos deveres, responsabilidades e atribuições – são seguidas pelo funcionário público no exercício de sua atividade laboral. Porém, como se verá a seguir, o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de que o vínculo atributivo à função se estende para além das atribuições *strictu sensu*.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 524.

⁷⁸ “(...) e esse dever lhe é imposto por lei, isto é, decorre do seu dever funcional, em razão do cargo que exerce” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 83).

Assim, além de exigir-se o nexo de causalidade decorrente da função exercida, ou em vias de, o dever funcional também compreenderia o dever de cumprir e seguir a Constituição Federal, as leis e normas vigentes, no âmbito de sua competência, bem como, os poderes “de fato” decorrentes do cargo.

Importa o conceito, pois, na corrupção passiva caput, não se exige a infringência de dever funcional, pelo contrário, a infringência não tem relevância para a configuração. Nesse sentido, caso o funcionário público aja seguindo suas atribuições, de forma legal, incidirá no caput e não na forma majorada.

3. O ATO DE OFÍCIO: DEFINIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL (SOB A ANÁLISE DE AÇÕES TRAMITADAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

A não inserção da figura do ato de ofício no caput do artigo 317 alavanca variações jurisprudenciais entre os Tribunais brasileiros, inclusive na mais alta corte judiciária do país. Isso porque, apesar de incluso expressamente apenas no parágrafo 1º do dispositivo, é impossível não tanger as peculiaridades do ato de ofício mesmo ao debater-se a modalidade caput da corrupção passiva.

Justifica-se a controvérsia acerca do ato de ofício, ainda que na modalidade caput, vez que o conceito deve ser refletido no cenário fático, assim, porquanto não seja uma elementar do tipo, é figura a ser analisada para a configuração da corrupção passiva, tendo em vista ser inerente à conduta⁷⁹. De tal importância que o ato de ofício destaca, tanto para a condenação quanto para a absolvição, a venalização da função pública pelo *intraneus*⁸⁰.

Assim, para o minucioso estudo do tema, necessário o estabelecimento de premissas conceituais. A figura do ato de ofício na esfera administrativa exprime atos ou atividades estabelecidas e/ou compreendidas nas atribuições do funcionário público. Nesse sentido, Mauro Roberto Gomes de Mattos⁸¹, define o ato de ofício como aquele que se relaciona à atividade funcional do agente, na medida em que se encontra dentro da competência das atribuições da função exercida pelo funcionário público, administrativa ou judicialmente. Ato de ofício também é definido como “aquele que se encontra na esfera de atribuição do agente”⁸² nas lições de, Rogério Greco.

Assim, analisando o delito com base restritivamente nas premissas doutrinárias administrativas, a conduta de oferecer vantagem indevida ao funcionário público que não possui competência para tal ação, classificar-se-ia como crime impossível - assim como entende o

⁷⁹ “Muito embora não se cuide de elementar do tipo, é inerente à conduta”. (ESTEFAM, André. **Parte especial: arts. 235 a 359-h - Coleção Direito penal, volume 3**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 601).

⁸⁰ “Além, portanto, da relação objetiva que deva aflorar entre a vantagem que gravita na corrupção e o ato praticado pelo agente, impõe-se a necessária análise de uma relação subjetiva, visto que há um interesse pessoal do funcionário em alcançar uma retribuição e a vontade de retribuir por parte do *extraneus*”. (PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361), volume 3**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 351).

⁸¹ “Ato de ofício é aquele relacionado à atividade funcional do agente. Encontra-se dentro da competência das atribuições da função exercida pelo funcionário. Pode ser um ato judicial ou um ato administrativo”. (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 327).

⁸² GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 739.

autor Cleber Masson no tocante à corrupção ativa⁸³ –, uma vez que verificar-se-ia a atipicidade à conduta, porquanto o ato não poderia consumir-se.

Em outras palavras, a mercantilização entre a vantagem indevida e a omissão ou a prática de ato de ofício inserido no rol de atribuições do funcionário público reflete a elementar “em razão dela” (função pública)⁸⁴ e por essa maneira é imprescindível de análise para a configuração do delito.

Por sua vez, ao debruçarmo-nos sobre as ações penais e inquéritos nos quais a suprema corte pátria tangeu a discussão acerca do ato de ofício, temos cerca de 59 julgados⁸⁵, entre inquéritos, ações penais e recursos. Neste escopo, estão os fatos trazidos na AP 307 (caso Collor), AP 470 (Mensalão), AP 694 e AP 695 (Operação Sanguessuga), INQ 4259, AP 996 e AP 1003, refletindo-se como os casos mais paradigmáticos.

Nesse caminho jurisprudencial traçado pelo STF, o ato de ofício, assim como na esfera administrativa, é trazido em muitos momentos como aquele que o funcionário público tem

⁸³ “Como o legislador referiu-se ao “ato de ofício”, isto é, o ato de específica atribuição do funcionário público, não há corrupção ativa, mas crime impossível (CP, art. 17), no oferecimento ou promessa de vantagem indevida a funcionário público que não tenha poderes legítimos para a prática do ato visado. É o que se dá, exemplificativamente, quando uma pessoa indiciada pela prática de um delito entrega dinheiro ao oficial de promotoria, servidor administrativo do Ministério Público, em troca de ulterior pedido de arquivamento de inquérito policial”. (MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)** – vol. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 716).

⁸⁴ “O art. 317, caput, do Código Penal é taxativo ao determinar que na corrupção passiva a conduta de solicitar ou receber vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, deve necessariamente ocorrer “em razão da função pública”, ou seja, opera-se uma negociação entre a vantagem indevida solicitada, recebida ou prometida e a prática ou a omissão de algum ato de ofício inserido no rol de atribuições do funcionário público. Este raciocínio nos leva às seguintes conclusões:

a) não há corrupção passiva se o ato não é da atribuição do funcionário público que solicitou, recebeu ou aceitou a promessa de vantagem indevida, embora tenha ele assim agido a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função. Nesse caso, estará caracterizado o crime de tráfico de influência (CP, art. 332). Exemplo: O professor de uma escola estadual recebe dinheiro do pai de um aluno envolvido em diversas confusões para influir na decisão do diretor do estabelecimento de ensino, sendo este último o responsável pela condução de procedimento instaurado para apurar as faltas do discente, o qual pode acarretar sua expulsão;

b) não há corrupção passiva, mas exploração de prestígio (CP, art. 357), quando uma pessoa qualquer, inclusive um funcionário público (exemplo: um escrevente judicial), solicita ou recebe dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha;

c) estará configurado o crime de estelionato (CP, art. 171, caput), na hipótese em que o agente (funcionário público ou não) solicita ou recebe vantagem ilícita para influir ou obter de um funcionário público o benefício prometido a alguém, sem ter meios para fazê-lo. Exemplo: Golpista que recebe de um empresário determinada quantia em dinheiro para supostamente interceder junto ao Presidente da República e liberar em favor da vítima um empréstimo do BNDES”.

(MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)** – vol. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 624).

⁸⁵ Busca por “317 + ato de ofício” junto ao sistema de acesso virtual de jurisprudência do STF em 30.09.2020 (https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=317%20ato%20de%20of%20C3%ADcio&sort=_score&sortBy=desc).

atribuição para realizar, em decorrência de sua função. Isto é, há casos em que o ato de ofício é definido como um ato inerente às típicas atividades do servidor público. Nesse sentido, na Ação Penal nº 996, de relatoria do Ministro Edson Fachin, por exemplo, reportou-se ao entendimento de Rui Stoco no sentido de que o ato de ofício deve ser de competência do agente ou estar relacionado com o exercício de sua função⁸⁶.

Ocorre que o debate que se impõe ao definir e delimitar o conceito é o que se busca refletir: apesar de administrativamente o ato de ofício ser a atribuição que o funcionário público tem em decorrência de sua função, o conceito dessas atribuições, para fins legais, se atem aos documentos nos quais estão dispostas as atribuições da função do funcionário público ou o conceito seria expandido então abarcando todas as ações que um funcionário público possa realizar, mesmo fora de sua competência e irregularmente?

Essa reflexão não foi e segue não sendo uníssona, muito menos sedimentada. Ao contrário, sobre o tema, teceu-se debates e críticas tanto junto a doutrina, quanto nos plenários da Suprema Corte quando de seus julgamentos, como é possível certificar-se cronologicamente. Nesse sentido, a discussão acerca do nexo de causalidade entre o ato de ofício e a função pública exercida pelo funcionário público não só permeou o judiciário brasileiro, como há que se dizer que permeia até o presente momento. Isso porque, não obstante ter sido sedimentada a concepção de que a vantagem indevida obtida no contexto do delito de corrupção passiva deva estar relacionada com as atribuições funcionais do agente público, a discussão se o ato de ofício é elementar da corrupção, ou não, foi deixada para um “futuro próximo”, nos termos das palavras do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do INQ 4011⁸⁷.

No caso do INQ 4011, a Segunda Turma atribuiu a responsabilidade penal ao Senador, então investigado, como autor do delito tendo em vista que o ato de ofício foi, nos termos do acórdão, “bem determinado”⁸⁸. Ocorre que a então vantagem indevida estava relacionada à manutenção de contrato com a administração pública, ato que não é abarcado na competência do Senador da República e sim da administração estadual. Portanto restou julgado que, mesmo não sendo o ato de sua competência, poderia haver responsabilização do Senador, caso o inquérito se tornasse ação penal.

⁸⁶ “Rui Stoco leciona que o ato de ofício deve ‘ser de competência do agente ou estar relacionado com o exercício de sua função’. (STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, RT, 4ª edição, p. 1647)”. AP 996, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 07-02-2019 PUBLIC 08-02-2019.

⁸⁷ (Inq 4011, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-272 DIVULG 18-12-2018 PUBLIC 19-12-2018).

⁸⁸ p. 66 do referido acórdão.

Ainda *in casu*, teria o senador recebido tal vantagem indevida em razão de ato da competência do Governo do Estado do Rio Grande do Norte, supostamente por doações não declaradas para a campanha da candidata ao Governo, a qual restou eleita.

Nesse sentido, no Inquérito 4506, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio (integrante da Primeira Turma), assentou-se o entendimento que para uma imputação de corrupção passiva apta, não se requer a descrição de ato de ofício específico, basta para tanto uma vinculação causal entre a vantagens indevida e as atribuições do funcionário público.

Quando do julgamento deste Inquérito, o Ministro Luís Roberto Barroso constou em seu voto que, partindo da mera leitura do dispositivo, não seria exigido nem mesmo a indicação do ato de ofício para a configuração da corrupção passiva caput. O delito restaria configurado com o mero recebimento, solicitação e/ou aceitação da promessa de vantagem, em razão da função pública. Rebatendo então, em seu voto, o definido pelo plenário da corte Suprema Brasileira quando do julgamento da AP 307/DF (“caso Collor”), oportunidade na qual havia sido consolidada a necessidade de interpretação conjunta do artigo 317 e seu § 1º (tanto para a corrupção passiva caput, quando para sua forma majorada, a indicação do ato de ofício como contrapartida à vantagem indevida seria essencial para que houvesse a configuração dos delitos em tela).

Há que se frisar que no caso a se fez referência, a Ação Penal 307, absolveu-se o ex-Presidente da República uma vez que, na oportunidade, não foi apontado o ato de ofício que configuraria a transação ou o comércio com o cargo que ele exercia. Assim, quando do julgamento da AP 307, entendeu-se que o ato de ofício deveria estar não apenas descrito, mas expressamente inserido na esfera de competência do agente estatal, *in casu*, na competência presidencial.

Em outras palavras, mesmo que prescindível a efetiva prática do ato do ofício, para a configuração do crime de corrupção passiva – questão já sedimentada doutrinária e jurisprudencialmente –, consagrou-se ser necessário que o ato de ofício estivesse dentro das competências do funcionário público, para que houvesse a real possibilidade de ser realizado pelo funcionário público, portanto, deveria estar abarcado em suas atribuições.

Na AP 307 entendeu-se também que o órgão acusatório deveria, na narrativa acusatória inicial, descrever especificamente qual seria o ato de ofício, e se durante a instrução processual fosse verificado que o ato não fosse de possível execução, o denunciado deveria ser absolvido por atipicidade da conduta, uma vez inexistente a elementar “em razão da função”.

Ressalta-se que durante o julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que o dispositivo impõe que a vantagem indevida seja solicitada, recebida ou prometida, em razão da função, não apenas que objetive a prática de ato de ofício⁸⁹.

Este ponto é essencial para a não confusão acerca dos conceitos, isso porque, não basta que a vantagem objetive a prática de ato de ofício, mas sim, que a vantagem decorra da função que o funcionário público possui e consecutivamente, das ações que pode efetivamente executar dentro de sua competência.

Passados alguns anos, julgou-se a Ação Penal 470. Dentre as acusações aos 38 réus, encontrava-se a suposta prática do crime de corrupção passiva. Após o mais longo julgamento da história do STF, tendo sido realizadas 53 sessões plenárias, entendeu-se, em continuidade ao entendimento fixado na AP 307, a necessidade de caracterizar o nexo de causalidade entre o ato funcional imputado e conjunto de atribuições de competência do agente político em questão, porém, no caso em tela, a compreensão do que compõe o conjunto de atribuições de competência do funcionário público foi ampliada, principalmente no que tange aos atos de ofício decorrentes da atividade parlamentar.

In casu, ao contrário do que ora feito na AP 307, o órgão acusatório descreveu a existência de um vínculo/liame entre a prática de ato de ofício e a percepção de indevida vantagem quando da formulação da acusação enquadrando-se assim os atos imputados como decorrentes da competência dos agentes estatais, então acusados, e possibilitando a efetiva imputação do delito.

No acordão, fixou-se o entendimento que para a configuração do delito, o que devia ser exigido era a mera relação, uma potencialidade ou a perspectiva/possibilidade, da realização/ prática do ato de ofício pelo funcionário público. Este ato subornado deveria guardar relação com a função, estar ao alcance do funcionário público ou então caber no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente. Por conseguinte, foi dispensada a precisa identificação do ato de ofício, bem como, a necessidade de indicação da relação entre o recebimento da vantagem por parte do servidor e a prática de determinado ato funcional.

Neste esteio, para a configuração do delito disposto do artigo 317 do Código Penal, bastaria a demonstração do recebimento pelo agente público de vantagem indevida e que este tivesse o poder/possibilidade/perspectiva/conexão de praticar atos de ofício (comissivo ou

⁸⁹ Página 612 do PDF do acórdão.

omissivo, não identificado, presente ou futuro, atual ou potencial, desde que este esteja na esfera de atribuições do funcionário público).

A fim de embasar tal entendimento, o emprego da expressão “ato funcional” na corrupção passiva, foi compreendida como qualquer conduta posta em prática pelo funcionário público no exercício de suas funções, compreendendo todas as providências, os atos devidos, propostas, requerimentos, pareceres e demais operações, de natureza material ou omissiva, não somente em seu sentido técnico de ato administrativo. Dessa forma, abrangeu-se também, mas, não só, atos de ofício que estivessem em sua esfera de atribuições.

Ainda na AP 470, entendeu o Ministro Luiz Fux, que tal posição alinhava-se com o desejo do legislador, pois o aceite/recebimento/solicitação de vantagem indevida revelaria nitidamente o propósito de traficar a coisa pública – bem jurídico tutelado pelo tipo –, o que justificaria a recriminação do agente. Em outras palavras, a norma pretenderia reprimir a pretensão de influência indevida no exercício das funções públicas, uma vez que a solicitação da vantagem, na espécie, estaria motivada pela função pública por eles exercida, o que bastaria para configurar a relação de causalidade entre ela e o fato imputado. Dessa forma, buscou dar-se relevância criminal à mercancia da função pública e não ao ato em si, que – inclusive, pode ser lícito – compromete a isenção e imparcialidade que deveria nortear o funcionário público.

Também citou-se no julgamento a posição apresentada pelo Professor Guilherme de Souza Nucci de que mesmo que o sujeito passivo do dispositivo 317 do Código Penal oferecesse a vantagem indevida visando uma contrapartida tão somente futura, apenas para eventual necessidade e interesse vindouro, restaria configurado o delito uma vez que para a configuração, bastaria a vinculação entre a prática de um ato de ofício de competência dos réus e o recebimento da eventual vantagem indevida.

Sob esse panorama, ao final, entendeu-se que o ato de ofício representaria apenas o móvel daquele que oferece a peita, a finalidade que o anima. Seria a prática possível e eventual do ato de ofício que motivaria a solicitação de vantagem indevida pelo funcionário público ou o oferecimento por terceiro, assim, ter-se-ia o preenchimento dos pressupostos necessários à configuração do crime de corrupção passiva quando a motivação da vantagem indevida é a potencialidade de influir no exercício da função pública, não havendo a necessidade de precisa indicação do ato de ofício. Em outros termos, bastaria que a causa da vantagem fosse a titularidade de função pública.

Porém, antes do supracitado posicionamento final, ocorreu grande debate acerca do ato de ofício no caso em tela. Isso porque, o Ministro Celso de Mello, expôs que seria necessário a existência de um vínculo que associasse o fato atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) com a mera perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público. Alinhando-se então com o entendimento de que bastaria que a vantagem indevida tivesse sido solicitada, oferecida ou prometida motivada pela perspectiva da efetivação ulterior de um determinado ato funcional, mas, destacando que o comportamento do agente que recebe ou que aceita promessa de vantagem indevida para praticar ato que não se inclui na sua esfera de atribuições funcionais seria atípico, em seguimento ao quanto reiteradamente assinalado pela jurisprudência dos Tribunais até então.

Assim também se posicionou em seu voto o Ministro Ricardo Lewandowski, que destacou que, para a configuração, apesar da conduta poder ser motivada pela perspectiva de um ato de ofício, este deve estar inscrito em sua esfera de atribuições funcionais, pois, a dicotomia do ato de ofício está na conduta subjetiva criminosa do funcionário que, para praticar esse ato inserido em sua esfera de atribuições funcionais, solicita vantagem indevida e não no conteúdo do ato ou em sua validade.

Ocorre que, na ocasião trouxe-se a aplicação da teoria do presidencialismo de coalizão, que debruça-se sob o panorama político brasileiro, para estabelecer suposto nexos causal entre o ato de ofício e a vantagem recebida, mais especificamente, como as fronteiras das atribuições em certas atividades estatais poderiam ser estendidas a fim de compreender “poderes de fato”, refletindo assim, no que tange à atividade parlamentar, a capacidade de influência dos congressistas em decisões do executivo, alargando então a esfera de atribuições *strictu sensu*.

Nesse escopo, a atribuição do funcionário público deixou de ser tão somente a previsão legal e sim, de maneira amplificada, entendida a partir do contexto brasileiro do presidencialismo de coalizão, que será abordada posteriormente.

Ocorre que, mesmo após dos debates do Plenário, aqui mais uma vez deixou-se o aprofundamento da questão do ato de ofício porvir, tendo sido sedimentado apenas que seria indispensável a potencialidade da prática do ato de ofício e que haveria a necessidade de nexos de causalidade entre o ato funcional imputado e o conjunto de atribuições de competência do agente político.

Importante ressaltar que em decisões de recebimento de denúncias – em procedimentos de inquéritos –, consignou a Suprema Corte brasileira, que a discussão em torno do ato de ofício poderia restringir-se a necessidade de descrever na narrativa acusatória o vínculo imprescindível que associasse o comportamento atribuído ao funcionário público à mera perspectiva da prática ou da abstenção de um ato de ofício no âmbito das funções inerentes ao cargo deste servidor público⁹⁰.

Nesse sentido, tanto na AP 307 quanto na AP 470, seria imprescindível a descrição do ato de ofício, bem como o nexo de causalidade entre o ato funcional imputado e conjunto de atribuições de competência do agente, porém, a partir do julgamento do Mensalão, a compreensão da composição do conjunto de atribuições de competência do funcionário público foi ampliada, principalmente no que tange aos atos de ofício decorrentes da atividade parlamentar. Nesse sentido foi julgado o INQ 3705⁹¹, que entendeu improvável haver nexo de causalidade entre a prática do ato de ofício e a vantagem e assim, a denúncia foi rejeitada por inexistência de requerimento de produção de provas que tivesse real possibilidade de demonstrar a existência do delito.

Seguindo então o posicionamento da AP 470, a corrupção passiva configurar-se-ia com a solicitação ou o recebimento de vantagem indevida (ou de sua promessa), por agente público tão somente em razão das suas funções, ou seja, pela simples possibilidade de que o recebimento da propina venha a influir na prática de ato de ofício. Nesse sentido, julgou-se variados casos de corrupção passiva dentro o judiciário brasileiro, até o julgamento da AP 695, em 2016, um dos casos da Operação Sanguessuga, em destaque aqui as ações penais 695 e 694.

Na AP 695⁹², a Primeira Turma, sob relatoria da Ministra Rosa Weber, entendeu necessário apenas o nexo causal entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida e a função pública exercida, sem que fosse necessário a demonstração do mesmo nexo entre a oferta (ou promessa) e o ato de ofício esperado. Ou seja, era prescindível que fosse precisamente demonstrado subsunção entre um específico ato de ofício e as vantagens indevidas, bastaria uma subsunção causal entre as atribuições do agente estatal e as vantagens indevidas, que indicariam que o sujeito ativo tinha passado a agir em favor de interesses pessoais e não pelo interesse público.

⁹⁰ AP 470, Pleno, trecho retirado do voto proferido pelo Min. Celso de Mello.

⁹¹ INQ 3705, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2015 PUBLIC 15-09-2015.

⁹² AP 695, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/09/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 09-12-2016 PUBLIC 12-12-2016.

Em sentido similar entendeu-se, na AP 694⁹³ – julgada no ano seguinte –, que apesar de desimportar, para a corrupção passiva caput, a prática de ato de ofício, por não constituir elementar do tipo (artigo 317 do CP), não deveria ser afastado o nexos causal entre a oferta (ou a promessa) de vantagem indevida e a função pública do agente, dispensando por sua vez, a demonstração de nexos entre a oferta ou promessa e o ato. Assim, entendeu-se novamente pela prescindibilidade da prática de ato de ofício para a configuração do tipo penal do artigo 317, caput, pois não constituiria elementar do tipo, apenas na hipótese majorada.

Apenar de ter-se entendido pela não importância da prática do ato de ofício, restou consignado que não seria afastada a necessária demonstração do nexos causal entre a oferta ou a promessa de vantagem indevida e a função pública do então sujeito ativo. *In casu*, apenas após a constatação, com base nas evidências materiais, da existência de liame entre o recebimento e o exercício do mandato parlamentar, por meio da prática de atos funcionais - que estavam contidos na competência da sua função, dirigidos ao responsável pelo pagamento da vantagem indevida -, é que efetivou-se a condenação.

Em outros termos, baseada nas provas constantes dos autos, a Primeira Turma da Suprema Corte Brasileira depreendeu que havia liame entre o recebimento da vantagem e o exercício do parlamentar, por meio da prática de atos funcionais que eram de sua competência. Após esta apreciação e constatado o nexos causal entre a oferta de vantagem indevida e a função pública do agente é que se condenou por corrupção passiva.

Entre o julgamento da AP 695 e a 694, restou julgado pela Segunda Turma, o INQ 3982⁹⁴, na qual um Senador foi acusado da prática de ato de ofício que não era de sua competência, especificamente, a manutenção de terceiro em cargo de diretoria em empresa estatal de capital aberto. Justamente por ter sido o investigado acusado da prática de ato de ofício que não era de sua competência (o cargo de Senador não tem atribuição para a manutenção de cargo na diretoria de empresa pública), o debate acerca do tema foi iniciado, porém, na ocasião limitou-se a reservar a questão sobre o nexos causal entre o ato de ofício e a competência do agente apreciação futura, em razão da fase processual, mas, destacou-se que a ausência de referência de ato de ofício determinado e inserido no conjunto das atribuições legais do agente estatal impossibilitaria a imputação da corrupção passiva, vez que entre a vantagem

⁹³ AP 694, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195, DIVULG 30-08-2017 PUBLIC 31-08-2017.

⁹⁴ INQ 3982, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 02-06-2017 PUBLIC 05-06-2017.

indevida e a prática de ato de ofício de competência do funcionário público há imprescindibilidade vinculativa.

Nesse sentido, para a configuração do delito, o órgão acusatório deveria ao longo da instrução processual demonstrar com prova robusta, indicando “além da dúvida razoável”, que o investigado atuou (ou se comprometeu à) em favor da manutenção do esquema ilícito. Ademais, caso quisesse a imputação do §1º do disposto, o delito majorado, deveria apresentar prova de que o então denunciado agiu de fato à manter, o então diretor, no cargo junto à empresa através de influência, ou pelo menos que houvesse a possibilidade de ter influenciado o chefe do poder executivo, sob pena de ser a ação penal improcedente.

Um dos pontos mais relevantes que tange a presente reflexão é que durante seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, apesar de acompanhar o Relator acerca do recebimento da denúncia, deixou consignado que exigiria futuramente que o órgão acusatório demonstrasse nexo contundente entre as doações e o “compromisso de atuação do denunciado, de forma ilícita, em favor do interesse dos corruptores”⁹⁵.

Ainda em 2017, a Primeira Turma - sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso -, julgou o INQ 4141⁹⁶, através do qual considerou-se que a configuração do delito independe da prática de ato de ofício, sendo para tanto suficiente a descrição do recebimento de vantagem em razão da atuação em benefício do quem lhe pagou a vantagem – *in casu*, uma construtora –, valendo-se da função pública. Em outras palavras, o recebimento de vantagem indevida em razão da função evidenciar-se-ia com a paga sem explicação pela realização de condutas que favoreçam quem realizou o pagamento. Porém, se constatado o ato de ofício, é prescindível a demonstração de que a vantagem indevida foi oferecida ou entregue em razão da função.

Importa tal decisão, pois, aqui verificou-se uma questão a ser abordada a seguir. Em análise do caso em tela, entendeu-se irrelevante a prática de ato de ofício pelo agente estatal, isso porque, descreveu-se o recebimento de vantagem motivado pela atuação do funcionário público – no caso um parlamentar –, em troca de atuação em benefício de quem lhe havia pago a vantagem indevida – no caso uma construtora –, e teria sido isto suficiente, pois, exprimiria o recebimento de vantagem indevida, valendo-se de sua função, mas, excluindo-se a indicação de ato de ofício. Em outros termos, recebeu-se a denúncia, pois, nos termos do voto do Ministro Relator (Roberto Barroso), estava lastreada em elementos indicatórios (i) da atuação da

⁹⁵ Página 82 do acórdão.

⁹⁶ INQ 4141, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 12/12/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 22-02-2018 PUBLIC 23-02-2018.

parlamentar em favor da empreiteira e (ii) do recebimento e da solicitação de vantagem indevida e isto foi considerado descrição suficiente. Não obstante, o órgão acusatório teria indicado qual teria sido o ato de ofício praticado⁹⁷ e ainda, juntado provas de sua realização⁹⁸.

Não obstante, em 18 de dezembro de 2017, a Segunda Turma julgou o INQ 4259⁹⁹, de relatoria do Ministro Edson Fachin. Na oportunidade, entendeu-se a atipicidade do fato, que ora se imputava, pois foi reconhecida a inexistência de ato de ofício relacionado à função parlamentar, ou ainda de um ato que expressaria mercancia da função que exercia, a parlamentar. O caso tratava-se de imputação de corrupção passiva ao um Deputado que recebeu R\$ 97.761,00 – tendo sido utilizados R\$ 30.000,00 para o pagamento de honorários advocatícios e os remanescentes R\$ 67.761,00 para a quitação de dívida pessoal contraída com uma gráfica –, supostamente em troca da liberação de financiamento e de empréstimo-ponte. Ressaltou o Ministro Dias Toffoli em seu voto, que como não havia a realização de ato de mercancia da função parlamentar, os fatos imputados eram atípicos. Assim, fez-se constar na ementa de julgamento que não se vislumbrava conduta atribuível ao deputado federal que seria capaz de se revestir da qualidade de ato de ofício relacionado à função parlamentar de forma concreta.

No presente caso, arguiu-se novamente tese que será ainda alvitrada em ações posteriores. O voto do Ministro Edson Fachin sustentou o alargamento da abrangência da elementar “em razão da função” ao funcionário público com função parlamentar. Neste âmbito, a função pública, segundo o Ministro, teria o condão de influenciar atos diversos, inclusive aqueles que não estavam abrangidos pela sua competência *strictu sensu*. Nesse sentido, da função parlamentar decorreria influência política a qual todos que possuíssem esse cargo, poderiam interferir em atos políticos, por exemplo o do caso em tela (de nomeação/exoneração de presidente de banco público, ato competente ao poder executivo).

Tendo sido vencido o referido voto do Relator, o Ministro Dias Toffoli alinhou tese sob a perspectiva defensiva no sentido de que não tendo o ato revestimento relacionado à função do agente público está ausente a prática de um ato de mercancia da função parlamentar,

⁹⁷ Realização de reunião na residência do Parlamentar, com o suposto objetivo de beneficiar a empreiteira, então sujeito passivo do delito, no ano de 2013.

⁹⁸ Mensagens de celular trocadas no mesmo dia da realização de reunião que beneficiaria o sujeito passivo da corrupção passiva que mencionariam a relevância da atuação do agente estatal para beneficiar a empresa e que o próprio Senador denunciado teria informado que realizou a reunião e que iria acompanhar de perto os seus desdobramentos, bem como depoimentos prestados por dois participantes da reunião que confirmaram a sua ocorrência.

⁹⁹ INQ 4259, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ acórdão: Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 18/12/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

consecutivamente, os fatos seriam atípicos e assim foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes. No caso, especificamente, mesmo tendo intermediado reunião entre empresários e presidente de um Banco, o parlamentar não teria praticado ato que mercenciou sua função parlamentar. Assim, essa perspectiva foi seguida por maioria da Segunda Turma e baseou a rejeição da denúncia com relação ao delito do artigo 317.

Outro caso que importa para a demonstração do debate acerca do nexo causal envolvendo o ato de ofício e as atribuições do funcionário público é o acórdão do INQ 3994¹⁰⁰. Isso porque, deixa-se para o julgamento do mérito o aprofundamento do debate e consequente verticalização acerca das minúcias do ato de ofício, mas, retifica-se o posicionamento de que a mera perspectiva da prática de ato de ofício é suficiente para a configuração da modalidade delituosa estabelecida no caput.

Ainda no INQ 3994, quando da decisão de recebimento da denúncia, reafirmou-se o entendimento de que a discussão no tocante ao ato de ofício deve conter-se ao juízo de subsunção hipotética. Deve ser possível, com base nas descrições, que a conduta – se comprovada – possa subsumir ao tipo penal. Para tanto, nesse momento processual, pode-se ater à descrição do vínculo imprescindível associativo do comportamento atribuído ao funcionário público (núcleo do tipo) e a mera perspectiva da prática (ou abstenção) do ato de ofício e nesse esteio, a ressalva feita no sentido que este deve ser pertinente ao âmbito das funções inerentes ao cargo deste funcionário público, fica para momento processual posterior.

In casu, requereu a defesa a rejeição da denúncia com base na arguição de que os então acusados teriam sido pagos a fim da prática de ato de ofício não específico de sua atribuição. Ocorre que, na oportunidade, a tese arguida não foi acolhida, pois, havia plausibilidade de que os valores se originassem de caixa custeado por terceiros (empreiteiras, no caso) em troca de realização de contratos no âmbito de empresa pública de capital social aberto, especificamente de competência da direção da empresa – que, na época seguia controle político de agremiação partidária.

O acórdão ainda destacou que o que diferencia a forma caput para a forma majorada é que no caput do dispositivo não é necessária a indicação de eventual ilegalidade da prática/retardamento, a perspectiva de efetivação posterior de determinado ato funcional, como motivação da conduta, é suficiente para a configuração do delito. Por sua vez, na figura

¹⁰⁰ INQ 3994, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a)p/ acórdão: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 05-04-2018 PUBLIC 06-04-2018.

majorada, entendeu-se a imprescindibilidade da desvalorização do ato de ofício, isto é, haveria que se indicar a ilegalidade do ato praticado ou retardado.

Importante ressaltar que no que tange à ilegalidade do ato, a doutrina é uníssona em sustentar o mesmo entendimento, de forma que o assunto é alinhado entre a doutrina e os Tribunais. Sobre o item, entende-se que para a consumação da corrupção passiva, é irrelevante a legalidade do ato de ofício praticado, omitido ou retardado pelo sujeito ativo. Isto é, se o ato funcional é legal (que não viola o dever funcional) ou ilegal (que não segue, ou extrapola dever funcional). Nesse sentido, cumpre ressaltar que a legalidade do ato se vincula com a existência de competência para o ato e se a função exercida pelo agente comporta tal atribuição e conseqüentemente, ao dever de realizá-la.

Acontece que a diferença acerca da legalidade das duas distintas figuras importa para o delito em que se incorre. Se o ato funcional é legal, é possível a configuração da chamada corrupção impropria (que não viola o dever funcional), correspondente ao delito previsto no caput do dispositivo. Porém, se o ato for ilegal, a conduta é passiva de imputação da chamada corrupção própria, que corresponde à forma majorada da corrupção passiva, trazida no §1º do artigo 317 do Código Penal.

Em seguimento à análise da progressão histórica dos entendimento da suprema corte brasileira acerca do ato de ofício, em 27 de fevereiro de 2018, a Ação Penal 644 foi julgada sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Além de mais uma vez ter-se sedimentado a irrelevância da ilicitude do ato de ofício, a Segunda Turma entendeu que os atos de ofício no caso em tela (atos políticos de apresentação de emendas parlamentares individuais) tinham sido efetivamente praticados em troca da vantagem indevida, restando configurada então a corrupção passiva, vez que entendeu-se pela infringência dos deveres funcionais do parlamentar, que inclusive estavam seguramente sob sua competência, uma vez que o objeto das emendas individuais ao orçamento é de decisão exclusiva do parlamentar¹⁰¹.

Ainda no mesmo ano, julgou-se o INQ 3980¹⁰², de então relatoria do Ministro Edson Fachin. Em razão da profunda descrição ato de ofício, as condutas narradas foram consideradas

¹⁰¹ “Logo, tenho por sobejamente demonstrado que o réu recebeu, em razão da função de Deputado Federal, vantagem indevida e, em consequência, apresentou projetos de emenda ao orçamento da União para os anos de 2000 e 2001, que financiaram a contratação de empresas da associação criminosa com prefeituras de Rondônia. Assim, incorreu nas sanções do art. 317, § 1º, do CP”. (AP 644, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 15-03-2018 PUBLIC 16-03-2018 – fl. 19 do Acórdão.)

¹⁰² INQ 3980, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 07-06-2018 PUBLIC 08-06-2018.

aptas a configurarem a corrupção passiva majorada. Não obstante, a Segunda Turma consolidou necessário o vínculo entre as atividades do funcionário público (tendo o acórdão ressaltado que este conceito compreende parlamentares) e a solicitação, aceitação ou recebimento de vantagem indevida.

Por sua vez, quando da análise realizada sobre a denúncia apresentada nos autos do Inquérito 4506¹⁰³, o posicionamento da Primeira Turma do STF, já havia passado por alterações desde o julgamento da AP 307. Como visto, no desenrolar temporal, julgou-se a ação penal 470, também conhecida como “Mensalão”, que na oportunidade, a partir da compreensão estabelecida através do julgamento da AP 307, flexibilizou o grau da determinação que se requeria do ato de ofício para a configuração do delito. Com essa alteração substancial, consolidou-se que bastaria a indicação do ato (passível de realização) que se trocou pela vantagem indevida, não requerendo-se sua precisa determinação.

In casu, a Ministra Rosa Weber, também integrante da Primeira Turma, consignou que em sua concepção, quanto maior o grau de “discricionariedade das competências administrativas atribuídas ao cargo ocupado pelo agente público”¹⁰⁴ mais fluído seria o nexo causal entre as atribuições do agente estatal e as vantagens indevidas, tendo para tanto arguido que a valoração da mercancia da *res publica*, bem como as ações exequíveis, aumentariam proporcionalmente à abrangência de ações que estão sujeitas ao juízo de conveniência e oportunidade atribuído ao funcionário público.

Nesse sentido, a magistrada, reiterou o entendimento de que para a configuração da corrupção passiva *caput*, não exige-se prática ou a omissão de ato de ofício, isso porque, pela redação dos dispositivos, estaria revelada uma opção do legislador de política criminal, na qual quer-se exigir a indicação do ato de ofício apenas na forma majorada, a fim de que tutele de maneira mais intensa os bens jurídicos que o delito estabelecido no artigo 317 do Código Penal *caput* visa proteger.

Seguindo esta interpretação, na ocasião, entendeu-se que a conduta penalmente reprovável *caput* estaria configurada caso a vantagem indevida seja solicitada ou recebida em razão da função, tão somente. Então, excluiu-se a demanda de demonstrar-se relação de causalidade entre a solicitação ou o recebimento da vantagem e um específico ato de

¹⁰³ INQ 4506, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a)p/ acórdão: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 17/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 03-09-2018 PUBLIC 04-09-2018.

¹⁰⁴ Página 71 do acórdão.

competência funcional do agente de maneira direta e imediata entre elas, bastando tão somente o nexo causal entre a oferta da vantagem indevida e a função pública exercida.

Ainda neste Acórdão, entendeu, sobre o tema, o Ministro Roberto Barroso que esse maior grau de indeterminação do ato de ofício refletido na jurisprudência da Suprema Corte, seria mais adequado pois melhor tutelaria a probidade administrativa e melhor reprimiria o ilícito. Dessa forma, não seriam afastadas punições às condutas violadoras da função pública que o Ministro entende serem mais graves, como a venda de favores no exercício do um mandato parlamentar, o que, na visão do magistrado, a exigência de indicação de um ato concreto afastaria.

Por fim, reiteraram o *quantum* decisório proferido na Ação penal 695, também julgada pela Primeira Turma, no sentido de que, para a configuração da corrupção passiva, bastaria a subsunção causal entre as atribuições do agente estatal e as vantagens indevidas (quando o funcionário público passa a agir em prol de seus interesses pessoais e não em favor do interesse público) e não uma precisa subsunção entre um específico ato de ofício e as vantagens indevidas. Nessas razões, rejeitou-se a preliminar de inépcia da denúncia.

Em sentido contrário ao recebimento da denúncia decorrente do INQ 4506, em 17 de abril de 2018, a Segunda Turma, entendeu carente de justa causa a denúncia apresentada no INQ 3991¹⁰⁵, pois, esta não teria estabelecido probatoriamente nexo de causalidade entre o suposto ato de ofício e a percepção da vantagem indevida e assim, decidiu pela rejeição da denúncia.

Em seguimento temporal, julgou-se, em 29 de maio de 2018, a Ação Penal 996, em Trâmite junto à Segunda Turma, de relatoria do Ministro Edson Fachin, através da qual imputava-se a um deputado e seus filhos, os crimes decorrentes de suposta prática de atos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, em razão de envolvimento em contratos de empresa estatal de capital aberto.

Apesar de ter estendido a competência do agente estatal, baseada no presidencialismo de coalizão, não foi apenas no julgamento da AP 996 que logrou de tal teoria política. Antes, aludiu-se tal entendimento acerca da política brasileira, além das ações penais, também quando do recebimento das denúncias dos Inquéritos 4259 e 4506 e não obstante, a teoria voltou a ser

¹⁰⁵ INQ 3991, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 16-10-2019 PUBLIC 17-10-2019.

apresentada um mês depois (em junho do mesmo ano), no recebimento da denúncia do Inquérito 4011 e no julgamento da ação penal 1003.

Em seu voto, o Relator inicialmente entendeu e reconheceu que até tal momento, a jurisprudência majoritária do Tribunal considerava que para a subsunção da conduta ao tipo penal exigia-se demonstração de que a regalia negociada pelo funcionário público assistia o rol das atribuições previstas para a função então exercida – em concordância com o *quantum* exposto por parte da doutrina de que o delito exigiria ação inequívoca que demonstrasse o propósito do agente de traficar a função que exerce e que tal ação deveria estar entre suas competências.

Nesse cenário, estabeleceu como premissa para a configuração do delito, a imprescindibilidade de que a contraprestação à vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita, fosse a possibilidade de atuar no espectro das atribuições competentes à sua função, tão somente. Não podendo então, a vantagem visar que o agente atue fora do âmbito das atribuições decorrentes da sua função, mesmo que na esfera da possibilidade, também em respeito e em alinhamento à legalidade estrita.

Conquanto não se impediu que a mesma conduta incorra e se subsunte a outro tipo penal. A legalidade tange o assunto na medida em que, sendo caso o ato negociado de adimplemento impossível, este seria de irrealizável execução. Nesse sentido, a estrita legalidade, basilar do Direito Penal brasileiro, não autorizaria a extensão da norma penal a tal ponto que possibilitaria a configuração de um crime impossível, vez que não haveria a efetiva lesão ao bom funcionamento da administração pública, bem jurídico tutelado pelo artigo 317 do Código Penal pátrio.

In casu, a atribuição do funcionário público deixou de ser tão somente a previsão legal e sim, de maneira amplificada, entendida a partir do contexto brasileiro do presidencialismo de coalizão.

A teoria é reflexo interpretativo do regime constitucional vigente, que não limita o poder legislativo à apresentação e apreciação de propostas legislativas, ao contrário, atribui ao parlamentar também a ativa participação em decisões do poder executivo. Salientada por Sérgio Henrique Hudson de Abranches, a fim de aprofundar o estudo acerca das peculiaridades do sistema presidencialista brasileiro, a teoria dispõe que o poder executivo brasileiro é organizado com bases em grandes coalizões, além de comportar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’.

Essas coalizões, que proporcionam a governabilidade do poder executivo, se distribuem em três momentos. Primeiramente, constitui-se aliança eleitoral através de negociações que buscam alinhar, ainda que amplamente, diretivas programáticas mínimas e princípios que regerão o governo, caso eleito. Após a eventual vitória eleitoral, sobrevém disputa pelos cargos que constituem e integram o governo e em seguida, a “aliança em coalizão” que efetivamente governará, momento no qual a formulação da agenda é problemática latente.

Essas coalizões decorrentes de negociações envolvendo os partidos políticos, refletem disputas entre que visam a conquista de influência decisória e a obtenção de cargos e isso por si só não é crime. Apesar da possível geração de conflitos, esse sistema combina “reflexão e cálculo, deliberação e improviso, ensaio e erro da qual resulta a fisionomia do governo”¹⁰⁶.

Ainda sobre o tema, o autor Paulo Ricardo Schier definiu o presidencialismo de coalizão como um eficiente mecanismo que garante a governabilidade e a estabilidade em um cenário de tensões e frustrações inseridas em um arranjo institucional no qual há muitos poderes sob a competência do chefe do poder executivo e um poder legislativo multipartidário a quem compete gerenciar interesses sociais e políticos, fragmentados e plurais.

Nesse panorama, importa expor que o Ministro Gilmar Mendes se posicionou no sentido que o presidencialismo de coalizão não é a governança da maioria do parlamento, mas, essa maioria é o que o governo eleito busca conquistar, justamente para que consiga governar.

É a partir dessa ambientalização - de que o sistema presidencialista brasileiro depende da dinâmica da realização de coalisões pra que o executivo possa efetivamente governar - , que vota o relator – na AP 996 – no sentido de que não é conferido à atividade parlamentar apenas uma atuação acerca de atos legislativos, mas sim, participação nas decisões de governo. Nesse sentido, caso o funcionário público, *in casu*, o ente parlamentar, aja em razão de vantagem indevida, será passível a configuração da corrupção passiva, vez que a conduta indicaria a venalização da função pública, especificamente, a função parlamentar.

Ainda para fundamentar esse entendimento, foi exposto que constitucionalmente são atribuídos aos parlamentares atos para além dos legislativos, como a fiscalização da lisura dos atos do executivo e a possibilidade de instituir comissões parlamentares de inquéritos, por exemplo. É neste gancho que o Relator posicionou o ato de o parlamentar perceber vantagens

¹⁰⁶ Página 111 do acórdão da AP 996.

indevidas – vindas de entidades da administração indireta – como ato omissivo por não ter o agente exercido “funções parlamentares”, que na oportunidade não são apontadas¹⁰⁷.

Nesse sentido, o Ministro Relator do caso, Edson Fachin, entendeu que o apoio político empregado na indicação a cargos públicos ou na manutenção de determinado agente em cargo que já estivesse sob sua posse, dependendo das circunstâncias fáticas existentes em cada situação concreta está inserido no âmbito da atuação funcional da atividade parlamentar. Foi de contramão ao então alegado pela defesa no sentido de que a exoneração e a nomeação para cargos não se inseria na esfera de atribuições da atividade parlamentar e assim, entendeu pela configuração do delito previsto no caput do artigo 317 e parágrafos do Código Penal, quando o objeto do tipo é recebido, aceitado ou solicitado pelo ente estatal em face da manutenção ou da condução de pessoa à cargo público que demanda apoio político.

Dessa maneira também se posicionou o Ministro Celso de Mello, que entendeu apto, a configurar o ato de ofício, o exercício da atividade parlamentar motivado pela solicitação, aceitação ou recebimento de vantagem indevida, incluindo hipótese de negociações políticas decorrentes do arranjo funcional do governo brasileiro de coalisão.

O referido Ministro também consignou em seu voto a imprescindibilidade da indicação de um ato que pertença ao conjunto das atribuições do funcionário público, ao menos em perspectiva, para a configuração da corrupção passiva. Em outras palavras, que deve haver relação entre a imputação e a concretude da execução daquele ato de ofício, que impreterivelmente deve pertencer à esfera das atribuições funcionais do cargo que ocupa, seja de direito ou de fato. Para tanto, o magistrado cita o doutrinador Heleno Claudio Fragoso ao descrever que a realização típica da corrupção passiva está na perspectiva, ao menos, da prática desse ato de ofício incluso em suas atribuições.

Ademais, sustentou a exigência de que a conduta estivesse vinculada aos atos de ofício do servidor público, ou seja, que este tenha agido na perspectiva de um ato de ofício inscrito na esfera das atribuições funcionais do cargo que ocupa, bem como que a votação de atos legislativos “não exaure os demais encargos de ordem fática, de caráter institucional ou de índole regimental que se incluem no complexo de poderes, funções e atribuições de qualquer membro do Congresso Nacional”¹⁰⁸, pois, o termo abarca além dos poderes de direito, os

¹⁰⁷ “Dessa feita, a percepção de vantagens indevidas, oriundas de desvios perpetrados no âmbito de entidades da administração indireta, a partir de sustentação política a detentores de poder de gestão nessas entidades, implica evidente ato omissivo no que diz respeito ao exercício dessas funções parlamentares”. (Página 266 do acórdão).

¹⁰⁸ Página 384 do acórdão.

poderes de fato, isto é, o exercício da influência política aplicada às negociações envolvendo o poder executivo.

Assim como esta influência, o referido Ministro apontou como resultado do governo presidencialista de coalizão brasileiro a partilha de cargos e a coparticipação político-parlamentar no preenchimento deste governo, isso porque seria tão somente dessa maneira que o chefe do Poder Executivo poderia obter o apoio da maioria do parlamento e assim, conseguiria conduzir sua agenda governamental e consecutivamente, governar do modo que desejasse. Para aludir esse cenário, o magistrado também citou a constatação realizada pelo cientista político Paulo Ricardo Schier de que seria por esse motivo (o funcionamento do presidencialismo de coalizão brasileiro) que o sistema também é visto como um arranjo de distribuição de chaves de acesso à patronagem.

É nesse panorama que o Ministro Celso de Mello entendeu que o acusado teria emprestado capital político para dar sustentação política a manutenção do então diretor da empresa estatal de economia mista, em troca do recebimento de vantagens ilícitas. Essa sustentação, que em troca de vantagens indevidas, violaria os artigos 49 e 70 da Constituição Federal que estabelecem que o Congresso Nacional tem competência para fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, bem como fiscalizar contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonialmente a União e as entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Em continuidade, o Ministro Ricardo Lewandowski apesar de ter reforçado o entendimento do STF até aquele momento – pela necessidade de demonstração do nexo de causalidade entre o favorecimento negociado pelo agente estatal e as atribuições inerentes a função então exercida por ele, ou seja, que para a configuração da corrupção passiva seria imprescindível que a vantagem indevida seja aceita, recebida ou solicitada em troca da possível prática ou omissão de ato de ofício inserido na esfera de atribuições do *intraeius*, que deve ser determinado – aumentou, juntamente com o Relator e Revisor do caso, o contexto de compreensão da atribuição competente à atividade parlamentar exercida pelos membros do Congresso Nacional, fixando a tese de que o parlamentar participa ativamente na formação do governo através de indicação para cargos e de influência nas decisões governamentais.

Nessa toada, o voto do parlamentar – bem como a análise e proposição de atos legislativos – na casa legislativa que integra, não seria a única competência da função, uma vez que, consoante a Constituição Federal, o Poder Legislativo inserido no sistema de freios e

contrapesos, também tem o dever de fiscalizar atos do poder executivo, nos termos do artigo 49 da Carta Magna brasileira. Assim, o Ministro Lewandowski também concluiu que o exercício de influência política decorrente do cargo, à luz das particularidades do caso concreto, poderia consubstanciar ato de ofício.

Há ainda que se falar na questão relevante levantada pelo Ministro: a necessidade de que o apoio político fornecido pelo denunciado tenha assumido caráter direto, relevante e decisivo a efetivar o ato de ofício – *in casu*, manter o então diretor de abastecimento da empresa estatal de capital aberto. Isso porque, não basta que o agente ocupe posição relevante no âmbito do partido político, vez que são à esses cargos que compete a articulação política, unificação do discurso e a posição partidária do partido nas votações, mas também, que independentemente de terceiros, o parlamentar tenha, em razão da sua função, competência bastante para efetivar essa influência política, que entendeu-se como ato de ofício.

Conquanto, um dos momentos mais importantes para o tema, no julgamento da AP 996, ocorreu a partir do debate entre o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Ricardo Lewandowski, feito em “à parte”, logo após o voto deste. Gilmar Mendes, apontou que o ponto levantado por Lewandowski é de extrema importância, vez que o presidencialismo de coalizão é incapaz por si só de explicar completamente a questão do ato de ofício na configuração do delito, em decorrência, Lewandowski concordou apontando que é possível, caso a argumentação nesse sentido se intensifique, responsabilizarem objetivamente um Deputado unicamente por este ocupar a bancada, bem como, que no que tange à atividade parlamentar, a identificação do ato de ofício é ainda mais genérica que a usual, vez que bastaria uma “participação minimamente consequente”¹⁰⁹. E destacou, corretamente, que esse cenário é passível de críticas, pois, integrar a bancada de uma casa legislativa, por si só, não significa que o agente tenha esse poder de influência que apontam como ato de ofício ao parlamentar, ainda que tenha recebido a vantagem.

Tal ponto não apenas é relevante, como reflete a crítica decorrente da lógica da dogmática principiológica brasileira. A atribuição quase objetiva, até aquele presente momento do julgamento, estava conduzindo o ato decisório a um caminho genérico e abrangente a ponto de poder ser atribuída, no que tange ao tema, objetivamente a responsabilidade à um acusado. O que gerou a efetiva condenação no presente caso foi o fato de o denunciado ter posição de liderança no Partido, o que, segundo os ministros, lhe possibilitava falar em nome do todo, e

¹⁰⁹ Página 423 do acórdão.

gozar de poder político para ter praticado o ato de ofício, *in casu*, manter, enfraquecer ou até mesmo tirar do cargo o diretor da empresa estatal de capital aberto.

Dessarte, é durante essa conversa do “a parte” que o Ministro Gilmar Mendes indicou – com assistida razão - que a questão é muito séria no contexto geral e que a objetivação de Ricardo Lewandowski de fixar um qualitativo, para fins do ato de ofício, seria um caminho, mas, que ainda não supera a perplexidade de se condenar funcionário público por corrupção passiva relacionada a ato de ofício de competência de outro funcionário público. Assim, apesar de Lewandowski ter qualificado quem, institucionalmente, teria esse poder de influência política (o presidente do partido, o líder), Gilmar Mendes destacou a questão indicando, por exemplo, a existência de figuras importantes no parlamento que não necessariamente exercem formalmente a função de líder, mas, mesmo assim, têm vozes extremamente relevantes, por exemplo, quando da relatoria de projetos, o que não daria 100% de assertividade ao critério objetivo proposto.

Para auxiliar sua indagação, citou Rogerio Greco ao lembrar a natureza de crime próprio da corrupção passiva, uma vez que é imprescindível a qualidade ou condição especial do sujeito ativo de funcionário público, bem como, Rui Stoco ao afirmar que o ato de ofício deve ser de competência do sujeito ativo ou relacionar-se com o exercício da função do agente. E frente a argumentação acerca do presidencialismo de coalização, indica que apesar de no sistema existir espaço para que haja indicação informal, pelos partidos, de nomes para cargos do Poder Executivo, essa indicação não é vinculante. Continua sendo de atribuição do presidente do chefe do executivo, ou ainda de seus ministros de estado.

Também em “à parte”, no mesmo caso, Gilmar Mendes registrou a continuidade de sua reflexão acerca do ato de ofício decorrente da atividade parlamentar, que o levou a abordar o tema de três diferentes ângulos possíveis: a criminalização – decorrente das provas existentes e da estranhas movimentações financeiras –, a identificação de certa atipicidade – uma vez que o ato de ofício não é vislumbrado – e a abordagem feita por Lewandowski no sentido de atribuir a capacidade à funções de liderança de influenciar ato fora de suas competências.

Não obstante ter acompanhado a maioria dos Ministros pela configuração da corrupção passiva e deixado as interrogações em aberto – segundo ele, pelo receio de tomar os parlamentares federais “em uma espécie de intermediários gerais de interesses”¹¹⁰ –, o Ministro expôs que as linhas existentes sobre o tema não são muito claras e nesse sentido, absolveu o

¹¹⁰ Página 433 do acórdão.

acusado da outra imputação de corrupção – decorrente de doação realizada por empresa privada para a campanha do funcionário público em questão – pois entendeu que as doações recebidas por candidatos para que sigam determinado programa político lícito, caso sejam eleitos, não farão com que este candidato pratique crime algum. Assim, mesmo que existente contribuição oculta, ela por si só não indica corrupção se não ocorrer em razão da função pública. Assim também se posicionou Lewandowski sobre essa imputação.

Mais uma vez, o debate de questões decorrentes do ato de ofício foi colocado como um tema para um futuro próximo – uma vez que, na ação penal 996 entendeu-se que o principal ato de ofício ao qual o líder partidário havia se comprometido foi emprestar apoio, juntamente com sua bancada, ao Governo, de modo que, o ato de ofício não se resumia ao manter terceiro em cargo público e sim seria a negociação pelo parlamentar de sua função para integrar a base aliada do Governo apoiando projetos de interesse do Palácio do Planalto – e como se esperava, a questão retornou ao debate pelo poder judiciário, no recebimento da Denúncia do Inquérito 4011¹¹¹, em 12 de junho de 2018, pela Segunda Turma.

Apesar de ter sido alinhado que o momento processual de recebimento da denúncia não comporta discussão vertical e pormenorizada sobre o suposto ato de ofício – reservando-se o tema para o mérito – reconheceu-se que até aquele momento, apesar de existirem precedentes do Pleno do Tribunal afirmando a indispensabilidade do ato de ofício, a Primeira Turma, também da Suprema Corte, vinha afirmando que o ato de ofício não consistia em elementar do tipo, importando apenas para a modalidade da forma majorada, bem como, que o STF vinha decidindo que a atividade parlamentar compreende atos de ofícios para além das atribuições *stricto sensu*, englobando o poder de sustentação política de determinadas indicações para cargos em estatais e paraestatais.

Na oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes ainda argumentou que o tipo penal *caput* exige que a vantagem indevida esteja ligada à função (“em razão dela”), e não menciona nexo teleológico com ato de ofício, o que permite a dúvida se o pagamento de vantagem em razão da função, mas sem ligação com a omissão ou prática de ato de ofício, configurar-se-ia corrupção passiva *caput*, ou não.

Nesse escopo, mais uma vez, deixou-se a discussão aceca da elementaridade ou não do ato de ofício para “futuro próximo”¹¹², pois, no caso houve precisa determinação do ato

¹¹¹ INQ 4011, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-272 DIVULG 18-12-2018 PUBLIC 19-12-2018.

¹¹² Página 66 do acórdão.

ofício – manutenção de contrato com a administração pública – porém, ressaltou-se que o ato de ofício indicado não seria de competência do Senador da República, à que se imputava o delito, e sim da administração estadual, portanto, ao logo da instrução processual, deveria construir-se conjunto probatório apto a atribuir a responsabilidade penal ao agora denunciado.

Retornando ao julgamento de ações penais que tangeram o tema, deu-se o julgamento da AP 1003¹¹³, em 19 de junho de 2018, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Apenas de uma semana após o recebimento da denúncia nos autos do Inquérito 4011, o Ministro Edson Fachin, então relator, iniciou seu voto reafirmando que a jurisprudência da Suprema Corte exprimia que para a subsunção perfeita da conduta ao tipo penal, o favorecimento negociado pelo agente público deveria encontrar-se no rol das atribuições previstas para a função que exerce. Assim, a vantagem indevida é a contraprestação à possibilidade de atuação viciada do sujeito ativo dentro das atribuições compreendidas na função do funcionário público.

Não obstante, seguiu o voto no sentido de que a troca de apoio político para manutenção de um terceiro em cargo público traduz o ato de ofício de fato, pois, mesmo que a nomeação e a exoneração da titularidade dos cargos não se insira nas atribuições parlamentares, no sistema presidencialista brasileiro as atribuições dos congressistas não se resumem a análise e proposta de atos legislativos, abarcando poderes de direito e de fato, incluindo a ativa participação em decisões governamentais, justamente porque o presidencialismo de coalizão teria o condão de conferir à atividade parlamentar um espectro de poder na esfera executiva, vez que esta depende do congresso para o cumprimento de sua agenda política.

Além da teoria, citou-se os artigos 49 e 58 da Constituição Brasileira que conferem ao Congresso Nacional competência para fiscalização do Poder Executivo, incluído a administração indireta, bem como, para instituir Comissões Parlamentares de Inquérito para apurar fatos que possibilitariam responsabilização civil e criminal, respectivamente. Assim, ao mercantilizar a influência política sobre atos do executivo, entendeu o Ministro que estaria o parlamentar se omitindo dessas funções parlamentares.

Dessa forma, assim como na decisão anterior, entendeu configurada a corrupção passiva quando a vantagem indevida é a contraprestação por força política a ser aplicada na “condução ou sustentação de determinado agente em cargo que demanda tal apoio”¹¹⁴, em sentido amplo, caso o parlamentar aja ao menos em perspectiva com ato enquadrável em suas

¹¹³ AP 1003, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ acórdão: Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 19/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 05-12-2018 PUBLIC 06-12-2018.

¹¹⁴ Página 69 do Acórdão.

atribuições legais, ou relacionado ao exercício de sua função, é possível a configuração da corrupção passiva. Nesse sentido, também se posicionou o Ministro Celso de Mello.

Porém, quando do voto de Gilmar Mendes, chamou-se atenção de que - apesar de estabelecido pela corte o precedente de que a corrupção depende de que a vantagem indevida possa ser ligada a ato de ofício - a que se refletir as hipóteses em que o acusado não possui competência para o ato almejado que a vantagem indevida busca retribuir. Isso porque, condenar parlamentar por corrupção relacionada a atos de ofício que não são atribuídos a sua função, violaria o aspecto de crime próprio do delito, que condiciona a imputação à característica específica do agente. Mas, novamente, a elucubração foi deixada para caso futuro, pois, no caso que se julgava, a corrupção passiva havia sido desclassificada.

É nesse cenário que o caso mais recente sobre o tema foi julgado pela Segunda Turma, em 22 de outubro de 2019, a Ação Penal 1030¹¹⁵. Constando como Relator o Ministro Edson Fachin, foi reiterando os pontos explicitados no recebimento do Inquérito 4011 – tendo o Ministro Celso de Mello expressamente indicado a exigência de vinculação entre a conduta, ou perspectiva dela e os atos de ofício do funcionário público -, que se deu procedência a denúncia, entendendo-se que a acusação conseguira demonstrar a existência dos crimes de corrupção passiva, que *in casu*, eram a fonte dos valores espúrios ocultados e dissimulados pelos então acusados.

Paralelamente, quando se analisa o caso mais recente sobre o tema, julgado pela Primeira Turma, é possível verificar o entendimento diverso. No julgamento dos Embargos Declaratórios em face da decisão que recebeu a denúncia nos autos do Inquérito 4506¹¹⁶, a Segunda Turma consignou expressamente a desnecessidade de indicação de um concreto ato de ofício a ser praticado ou omitido pelo funcionário público para a aptidão de imputação de corrupção passiva, entre as razões, estava o entendimento de que o cargo de parlamentar compreende outros poderes além dos *strictu sensu*, como indicações para cargos de empresas estatais e paraestatais.

A partir dessa extensa análise de julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, percebe-se que, inicialmente, o ato de ofício foi concebido a partir do conceito

¹¹⁵ AP 1030, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 22/10/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 12-02-2020 PUBLIC 13-02-2020.

¹¹⁶ INQ 4506 ED, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/11/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 16-11-2018 PUBLIC 19-11-2018.

administrativo, isto é, aquele inerente às típicas atividades do servidor público, porém o entendimento acerca do que são essas atividades típicas, amplificou-se.

Mesmo encontrando-nos na esfera penal – na qual a interpretação deve ser restritiva, tendo em vista ser matéria de *ultima ratio* e em respeito a premissa da estrita legalidade –, que capaz de suprimir o direito fundamental da liberdade, merece aplicação cautelosa e precisa, a Suprema Corte Brasileira nos casos mais atuais e paradigmáticos de corrupção passiva, que envolveram funcionários públicos com função política, entendeu como ato de ofício aquele que mesmo não sendo legalmente de sua competência, era de possível prática pelo sujeito, como uma atribuição fática que o funcionário público poderia ter, mesmo que estritamente não fosse de sua competência, ou ainda que praticado irregularmente.

A fim de justificar a desnecessidade de subordinação da solicitação e/ou recebimento de vantagem, ou da promessa, à existência da competência na função possuída pelo sujeito passivo, utilizou-se do contexto fático político brasileiro, principalmente na teoria do presidencialismo de coalisão, como doutrinariamente o Brasil é conceituado.

Nesse sentido, a Suprema Corte Brasileira, em seus últimos julgados sobre o tema, tem atribuído a competência do funcionário público que exerce funções políticas, para além do conceito administrativo de ato de ofício. A fim de que se entenda o Cargo como detentor da competência de determinado ato de ofício, utiliza-se da realidade político brasileira, com base na teoria do presidencialismo de coalisão, e supõe-se que há no ambiente político há um contexto em que se possibilita ao parlamentar poder de influência e constante negociação entre entes políticos, (com destaque entre ocupantes do poder legislativo e executivo), justificando-se assim a possibilidade de o sujeito ativo poderia ter exercido tal função.

4. POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO ATO DE OFÍCIO

A partir da leitura do desenrolar histórico dos julgados do Supremo Tribunal Federal e as consequentes mudanças nas questões envolvendo o ato de ofício na corrupção passiva, é necessário refletir acerca das consequências geradas e que possivelmente podem vir a ocorrer em decorrência do atual entendimento sobre o tema.

4.1. Violações principiológicas constitucionais na ampliação do que se compreende como ato de ofício

Como foi possível verificar a partir dos julgados que tangem o tema, a extensão da compreensão do que pode ser enquadrado como ato de ofício, principalmente no âmbito da atividade parlamentar, decorrente do mais atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, pode, como consequência, acarretar violações principiológicas constitucionais que reverberam substancialmente na esfera penal. Passemos a entendê-las.

4.1.1. Natureza principiológica de *ultima ratio* do Direito Penal

O Direito Penal é a esfera do direito entendida como a última a ser chamada a resolver conflitos¹¹⁷. Isso significa que o Estado deve utilizá-lo como instrumento de última instância e assim considerar a sua aplicação apenas quando suprimidas outras opções, a fim de punir apenas quando entender insuficiente as outras áreas do direito. Nesse sentido, consagra-se o Princípio de Intervenção Mínima, que aponta à maior redução possível da atuação do Direito Penal a fim de tutelar estritamente os ataques mais graves aos bens jurídicos mais relevantes.

¹¹⁷ “O Direito Penal é a última entre todas as medidas protetoras que deve ser considerada, devendo intervir apenas quando falhem outros meios de solução social do problema. Por isso se denomina a pena como a *última ratio* da política social e a missão da lei penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, à medida que somente protege uma parte dos bens jurídicos, e não de modo geral, mas somente diante de formas de ataque concretas, assinalando o caráter fragmentário do Direito Penal”. (SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 97).

Decorrente do Princípio de Intervenção Mínima, estão o Princípio de Fragmentariedade e o Princípio de *ultima ratio*¹¹⁸. O Princípio de Fragmentariedade estabelece que após ter sido o bem jurídico determinado, há que serem realizadas valorações em torno da agressão sofrida a fim de se decidir “em que medida requer dita tutela”¹¹⁹, bem como será necessário a antecipação da barreira de proteção penal a fim de também abarcar na sanção criminal situações meramente perigosas além da, em regra, exigência da lesão ou destruição do bem jurídico.

Por sua vez, o princípio de *ultima ratio*, também chamado de subsidiariedade, caracteriza o Direito Penal como a última instancia a aludir-se e tão somente quando jazerem frustradas os demais âmbitos de controle social com condão de elucidar o conflito, de modo a atribuir à pena o caráter de último recurso estatal para a resolução dos conflitos sociais¹²⁰.

Essa aplicação subsidiária se dá em razão do Direito Penal ser o braço estatal de maior força, contendo maior poder de repressão, a pena. Isso porque, aludida esfera leva à repressão da liberdade – direito fundamental, bem como de primeira geração para os Direitos Humanos, assim, de extrema importância, merecedor de cuidado e de imprescindível precisão ao ser restringido – e é através dos princípios supracitados que se busca racionalizar e consequentemente limitar a pressão punitiva estatal.

Ao longo da história e com a instituição do Estado Democrático de Direito, entender o Direito Penal como *ultima ratio* é essencial e primordial para o estabelecimento de um estado que efetivamente entende que a restrição da liberdade deve ser realizada da maneira mais precisa possível.

É nesse esteio que a definição precisa do ato de ofício faz-se necessária. É crucial debater e muito bem determinar o caráter e a importância do ato de ofício para a configuração da corrupção passiva, em respeito à natureza de *ultima ratio* do Direito Penal, a fim de que essa potência estatal de extrema força não seja capaz de atingir e recriminar a atividade política, que justamente reflète a capacidade democrática de um Estado de Direito.

Expandir-se a imputação à ponto de a configuração do delito compreender a possibilidade, bem como, ato de ofício que não esteja sob a competência da função ocupada pelo investigado/réu, e sim de outro funcionário público, é atribuir abertura ao tipo que violaria

¹¹⁸ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

¹¹⁹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

¹²⁰ Idem.

a natureza do Direito Penal, que pelo contrário, indica a crucialidade e necessidade da adequada delimitação do ato de ofício.

4.1.2. Princípio da legalidade e taxatividade penal

Um dos princípios basilares do Direito Penal brasileiro, que também é mitigado pela extensão da abrangência do conceito de ato de ofício é a legalidade¹²¹ e a taxatividade da norma penal¹²².

Disposto constitucionalmente, no inciso II do artigo quinto, bem como no inciso XXXIX, a legalidade concebe-se como uma garantia constitucional. A importância do tema é clara vez que a norma penal é forte poder detido pelo Estado, capaz de restringir o direito fundamental da liberdade, conforme exposto anteriormente. Decorrente do Estado Democrático de Direito, o princípio dispõe que a norma é capaz de imputar uma conduta como criminosa, e assim restringir a liberdade desta pessoa, desde que esta seja prevista antes da ocorrência do fato, isto é, que haja lei que criminalize a conduta, antes de ela ser executada no plano fático.

Exposta também no artigo primeiro do Código Penal Brasileiro, a legalidade reflete a impossibilidade de se falar em conduta criminosa caso não haja lei anterior que a defina como tal¹²³. Isso significa que, em regra, o Estado deve criar norma prevendo condutas, mas, não tão somente. É necessário que estas previsões que visam criminalizar uma conduta sejam realizadas de maneira clara e precisa, em outras palavras, a lei penal deve descrever o núcleo central da

¹²¹ “O princípio da legalidade representa, ao mesmo tempo, uma limitação formal e uma limitação material ao Estado. Do ponto de vista formal, significa que somente a lei em sentido estrito, ou seja, aquela derivada do Poder Legislativo, respeitado todo o trâmite legal, poderá definir crimes e contravenções, bem como majorar as penas ou de qualquer forma aumentar o rigor punitivo do Estado limitando a liberdade do cidadão. O contrário, porém, não é verdadeiro, pois pode o Estado, por meio de outros atos que não a lei em sentido estrito, diminuir o rigor punitivo e aumentar a esfera de liberdades do cidadão.”. (SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 118).

¹²² “Surge aqui, portanto, um novo – no sentido de moderno – aspecto e subprincípio do princípio da legalidade, chamado pela doutrina ora de princípio da taxatividade, ora da determinação, ora da taxatividade-determinação, ora da certeza ou, ainda, do mandato da certeza. Assim, por determinação do referido subprincípio, não pode a lei penal ser ambígua, genérica, vazia, indeterminada ou abusar de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, mas sim buscar, com simplicidade, a maior determinação possível”. (SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 126).

¹²³ “O princípio da legalidade abriga-se na famosa máxima latina: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (não há delito nem pena sem lei) (...)”. (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 84).

matéria proibida claramente de forma que “apenas aspectos pontuais e secundários da descrição típica”¹²⁴ possam ser delegados normativamente.

Dessa premissa, decorre a regra da taxatividade. Construída doutrinariamente e sustentada pelos alicerces do Estado Democrático de Direito, entende-se que dos preceitos penais exige-se uma formulação precisa, sob pena de que a amplitude de definições normativas – que possibilitariam diversas interpretações – ameace a segurança jurídica¹²⁵.

Também chamado de Princípio de Determinação ou de Certeza, a premissa sustenta que se deve conhecer o âmbito proibitivo com certeza e precisão. Para tanto, a lei deve descrever pormenorizadamente a conduta recriminada, quando da redação da norma, de modo que os elementos subjetivos e objetivos da conduta proibida sejam muito bem descritos pelo tipo¹²⁶.

Ambas as premissas têm relevância quando da interpretação do tipo penal já escrito, sancionado e capaz de recriminar um sujeito de direito, assim como é o artigo 317 do Código Penal Brasileiro.

É também em respeito à essas premissas que é imprescindível o estudo, aprofundamento e delimitação da questão do ato de ofício. Apesar de não assumido como elementar do crime, o conceito já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como imprescindível de indicação para a configuração do delito.

Como se viu, a questão pertinente que remanesce na jurisprudência é: no que consiste as atribuições do cargo e como defini-las e delimitá-las. Baseando-se na teoria do presidencialismo de coalizão, as atribuições decorrentes da atividade parlamentar deixou de limitar-se à função relativa aos atos legislativos – bem como poderes decorrentes do sistema de freios e contrapesos de previsão constitucional – para passar a compreender uma suposta força política capaz de executar atos que sobressaiam a competência legislativa e mais, a abarcar a possibilidade de uma suposta influência política ilimitada.

Partindo da base legalista e taxativa do sistema constitucional penal brasileiro, é claro que tal posição viola os pilares do sistema. Isso porque, uma vez que se diz necessário que a norma incriminadora deva ser compreensível e clara, a fim de que o cidadão possa ter consciência acerca da ilicitude da conduta passível de punição do estado, bem como bem delimitar quais condutas serão criminalizadas, como poder-se-ia deixar um conceito –

¹²⁴ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 84.

¹²⁵ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 86.

¹²⁶ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 87.

imprescindível para configuração do delito – tão aberto, a ponto de se quer requerer a demonstração fática que o agente efetivamente possuía tal capacidade?

Partir do entendimento de que a todos os parlamentares há a possibilidade de influenciar, ilimitadamente, o contexto político seria utilizar o conceito do ato de ofício de maneira tão abrangente, que passar-se-ia a compreender suposta influência política como capaz de possibilitar a configuração da corrupção passiva de forma objetiva. Em outras palavras, de modo que a imputação do delito ao funcionário público, seria realizada objetivamente, sem análise da subjetividade da responsabilidade do indivíduo a que se investiga ou se acusa, o que, de pronto, deve ser motivo de cautela.

Essa presunção de poder, abriria caminho para a responsabilização objetiva do agente que possui função parlamentar, pois, entenderiam os Tribunais que, sendo parlamentar, o poder de influência política decorreria objetivamente do cargo ocupado por um Deputado ou por um Senador, por exemplo.

Haveria então a ausência do respeito à legalidade, uma vez que as atribuições decorrentes da função deixariam de derivar das normas que as estabelecem, e sim – com base na teoria do presidencialismo de coalizão – a influência política passaria a compor, objetivamente, as funções que estão sob o âmbito de competência do cargo ocupado, sendo então presumida a atribuição de influência política à atividade parlamentar.

A legalidade e a taxatividade, juntamente com a imprescindível responsabilização subjetiva¹²⁷ impedem justamente tal cenário. As premissas impossibilitam que o conceito seja aberto a ponto de que se amplifique largamente a previsão legal e efetive-se uma presunção de poder decorrente do cargo, que o parlamentar pode muito bem não possuir. E como se sabe, no Direito Penal, o ônus da comprovação da imputação é da acusação - a quem compete provar, além da materialidade, a culpabilidade e a tipicidade da conduta, decorrentes da subjetividade que a responsabilização criminal requer – e não o investigado demonstrar que plano fático não tinha tal poder de influência política.

¹²⁷ “Esse princípio requer que o delito tenha sido cometido por um sujeito que tenha podido governar o acontecer lesivo, atuando com dolo ou culpa. Dessa forma, impede-se a responsabilidade objetiva ou responsabilidade pelo resultado, que prevaleceu em épocas históricas, sancionando-se casos caracterizáveis como fortuitos. (...) o princípio de responsabilidade subjetiva exige que o fato (o que compreende o acontecimento principal e todas as consequências que se derivem posteriormente) deve pertencer ao sujeito. Isso significa que somente se pode imputar o que se qualifique como um fato seu, que não tenha sido um simples azar.” (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 100).

4.1.3. Extensão interpretativa da norma penal

Ainda, há que se falar na premissa da interpretação restritiva da norma penal. Como é sabido, a interpretação do Direito Penal - consequentemente, da norma incriminadora - é regida pela restritividade, isto é, que, também em respeito ao princípio da taxatividade - em regra, a norma seja bem delimitada e clara ao imputar uma conduta como crime¹²⁸- quando da realização da interpretação analógica (aquela que completa vazios legais) se opte pela interpretação restritiva¹²⁹.

Mesmo que ausente a clareza e precisão no tipo penal, não pode dar-se à norma uma interpretação extensiva¹³⁰ irrestritamente. Ao contrário, a norma incriminadora deve ser assimilada de forma restritiva, isto é, em respeito ao caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, o alcance do texto deve ser limitado ao máximo possível.

A interpretação restritiva é a análise realizada estritamente nos termos da norma, na qual não se busca presumir supostos comportamentos que eventualmente tenha o legislador tentado alcançar, mas, não tenha disciplinado no teor literal do tipo penal¹³¹. Nesse esteio, não é possível transpor as limitações do tipo, limitando-se o exame às limitações das palavras do texto, conciliado assim com o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal.

¹²⁸ “Este desdobramento diz respeito à técnica de elaboração e à redação da lei penal, que devem observar certos parâmetros para que o princípio da legalidade não fique esvaziado ou se torne letra morta. A forma da construção típica é essencial para que o princípio cumpra suas finalidades de limitação do poder punitivo estatal, de separação das funções estatais na elaboração e aplicação da lei penal e de garantia da segurança jurídica e de uma esfera confiável de liberdade em que o indivíduo possa se movimentar sem sobressaltos. O princípio da legalidade, na vertente da taxatividade-determinação, teria prejudicado a função de limitação do poder punitivo estatal, se houvesse uma amplitude indevida da proibição, que conferisse carta branca ao arbítrio judicial para complementá-la. O dogma garantístico de proteção à liberdade civil consistente em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5.º, II) seria comprometido. (...) Enfim, a boa redação da lei e a obediência aos requisitos da certeza, da taxatividade e da determinação são essenciais para que o princípio da legalidade possa cumprir suas funções garantísticas essenciais”. (PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 67).

¹²⁹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 115.

¹³⁰ “Importante que não se confunda a analogia com a interpretação extensiva e tampouco com a interpretação analógica. Nelson Hungria faz bem a distinção de uma e de outra. Em relação à primeira diz que: Certa semelhança existe, *prima facie*, entre a interpretação extensiva e a analogia, que, como já vimos, é inadmissível em matéria penal; mas essencialmente se distinguem. Na interpretação extensiva, dá-se a ampliação do sentido das palavras para acomodá-lo à própria vontade da lei, para resolver, por mera identidade de razão, um caso não previsto, explícita ou implicitamente, pelo legislador”. (SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 130).

¹³¹ “Pondere-se, ademais, que a interpretação também se classifica, quanto ao seu resultado, em interpretação restritiva ou estrita, de um lado, e interpretação extensiva ou ampliativa, de outro. A primeira se dá quando o aplicador da norma restringe seu alcance; a segunda, quando estende seu âmbito para além daquele contido na literalidade do texto”. (ESTEFAM, André. **Parte geral: arts. 1º a 120. Direito penal, volume 1**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 81).

Também nesse sentido está a melhor doutrina, que expõe que:

(...) À tipicidade, assim; deve ser conferido o significado político-criminal de expressão do princípio constitucional da legalidade. Por esse motivo, não se deve admitir a interpretação extensiva dos tipos penais com o intuito de garantir uma proteção sem lacunas dos bens jurídicos. Diante da natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal, decorrentes do próprio princípio da legalidade, o correto é justamente o oposto, ou seja, a interpretação restritiva dos tipos penais.¹³²

Nesse escopo, a fim de que haja efetividade de garantia da estrita legalidade da norma penal incriminadora, não há que se falar na possibilidade de que o ato de ofício, imprescindível para a configuração do delito, possa ser a mera influência política, reflexo irremediável de uma democracia, como a brasileira, possuidora de natural caráter de arranjos políticos decorrentes da disposição legal do sistema presidencialista brasileiro.

Há que se concordar com o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da Ação Penal 996. Entender que a influência política pode configurar ato de ofício, viola a natureza de um sistema que distribui legalmente a competência de cada atividade pública, inclusive a parlamentar.

Na mesma oportunidade, Gilmar Mendes também indicou ter vislumbrado risco da expansão do conceito do crime, sob o prisma de que é necessário fazer certo “tipo de enquadramento” e ressaltou que não pode o STF, ao abordar o tema, esquecer de que se está no campo do Direito Penal. Sob esse ângulo, o Ministro Ricardo Lewandowski concordou e se posicionou no sentido de que mesmo que a suprema corte tenha “dado um certo elastério na prática do ato de ofício”, não é possível atribuir uma participação direta do acusado nos atos de ofício antes de ele ter sido líder.

Apesar do nexos objetivo que se faz entre a influência política e o cargo de líder de um partido – questão passiva de críticas – o que se tentou foi impedir que o alargamento do que pode ser atribuído como ato de ofício, ao parlamentar, tivesse expansão ilimitada e irrestrita, para onde até então se caminhava.

Em uma sociedade democrática e recheada de instituições, a vivência em sociedade pode ser por si só política. Isso não significa que passará o parlamentar a ter atribuição, de fato, para a realização de ato oficial, muito menos que este ato estará vinculado à sua vontade ou a

¹³² FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 115.

sua influência, pelo contrário. Não se pode alargar a lei penal a tal ponto que abarque toda e qualquer possibilidade de influência política, dentro de um ambiente que requer tal conduta para se sustentar, inclusive dentro da legalidade e da previsão constitucional.

Tentou-se estabelecer determinada limitação à interpretação ampliativa do conceito de ato de ofício, porém, a extensão no que tange ao tema, ainda figura como risco aos preceitos penais constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2. Presunção de atribuição dada à atividade parlamentar e possível criminalização da atividade política – responsabilização objetiva e inversão do ônus da prova

Seguindo neste sentido da extensa abertura da compreensão do ato de ofício, o que se percebe é que, inevitavelmente, princípios constitucionais e penais são violados. Entender que a indicação da influência política é suficiente como ato de ofício é criar a, muito perigosa, presunção de que há dentro das competências do parlamentar brasileiro um poder ilimitado, o que o tornaria um político que, somente pelo cargo que ocupa – unicamente por ser eleito – pode tudo influenciar a ponto de influir ou ainda, alterar uma decisão que não está sob sua competência, o que não condiz com a realidade politico-fática brasileira, em que vige um contexto multipartidário, no qual o poder de influência de cada parlamentar deve ser analisado caso a caso e com enfoque na sua atuação política do próprio parlamentar, não como uma regra geral e universal, que tange a imputação objetiva.

Como bem levantado pelo Ministro Lewandowski quando do julgamento da Ação Penal 996 – que entendeu a influência política como possível ato de ofício decorrente da atividade parlamentar – criar a premissa de que todos os parlamentares tem força de influência é avançar sobre o terreno das presunções e isto é de extremo perigo, vez que incide-se na responsabilidade penal objetiva, uma vez que retira-se a subjetividade da imputação penal, o que é proibido e não se admite no ordenamento penal constitucional vigente Estado Democrático de Direito brasileiro.

Interessante também o ponto levantado pelo Ministro, que para a precisa caracterização do ato de ofício bastaria a verificação do momento no qual a atuação do denunciado, por si só, mostrou-se imprescindível ao ato de ofício final realizado. No caso específico do qual tratava Ação Penal 996, a manutenção de indivíduo na diretoria da empresa pública de capital aberto.

A proximidade com a responsabilização objetiva, é evidenciada também no mesmo julgamento, quando do “a parte” entre os ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Isso porque, a vontade de fixar um qualitativo, para fins do ato de ofício, estabelecendo que quem teria esse poder de influência política seria apenas o presidente do partido, o líder, atribuiria objetivamente essa “função” – e consecutivamente, a conduta – a um cargo, sem maior análise de contexto subjetivo dos fatos, podendo responsabilizar indivíduos que de fato não possuíam capacidade de influência manipuladora do contexto político, bem como, deixar de analisar situações nas quais, mesmo sem o cargo de líder do partido, o/a parlamentar tenha tal condão político, situação exemplificada por Gilmar Mendes nas hipóteses nas quais figuras importantes no Parlamento não necessariamente exercem essa função formalmente, mas, durante a relatoria de um projeto, encontram-se com tal possibilidade.

Fato é que, mesmo nestas situações, percebe-se a possibilidade de uma tutela exacerbada da atividade parlamentar, caso a responsabilização não percorra o caminho da subjetividade da conduta e dos fatos. Uma vez que a influência política a ponto de possibilitar a prática de atos que não são de competência do funcionário público – especificamente do parlamentar –, é presumida – pois não está dentro das atribuições – não pode ser utilizada como critério objetivo para a imputação, pois o sistema penal constitucional impede tal imputação objetiva.

O Processo Penal, fixado nos pilares do sistema constitucional brasileiro, não permite esse cenário de objetividade, que, na prática, acaba por inverter o ônus do conjunto probatório que se fará no tocante a perspectiva de realização do ato de ofício – uma vez que disto depende a configuração da corrupção passiva, como assentado pelo Supremo Tribunal Federal. Esse contexto de inversão do ônus não pode ser passível de aceitação na presente discussão, uma vez seria capaz de produzir arbitrariedade inadmissível constitucionalmente.

Cabe à acusação indicar o ato de ofício que poderia, mesmo que em perspectiva, ser praticado e sob o qual se realizou a venalização, justamente para que o Processo Penal siga os parâmetros constitucionais de imputação, evitando-se assim a inversão do ônus da prova.

Além desta questão, é imprescindível destacar que essa tutela penal exacerbada da atividade política é ainda mais perigosa quando se reflete acerca do papel de tal função para o Estado Democrático de Direito. O debate político, proporcionado por um ambiente democrático, é de extrema importância, pois garante a pluralidade do debate e a efetivação da democracia, seja ela guiada pelos preceitos constitucionais que for. Assim, esse “controle” penal de atos decorrentes da política praticada entre os poderes legislativo e executivo – que

por si só não têm ilegalidade alguma, ao contrário, refletem as determinações constitucionais de como proceder-se-ia a condução do estado brasileiro – pode tornar o Ministério Público, e seus órgãos, detentores de poder acusatório extremamente amplo e de caráter de imputação objetiva, violando todo sistema constitucional posto de responsabilização subjetiva.

Assim, o Poder Judiciário e Ministério Público (seja o estadual, seja o Federal) têm função crucial e de extrema importância na responsabilização de conduta e na garantia da legalidade, bem como, têm o poder para efetivar a proteção constitucional na garantia da democracia, através da qual todos seus agentes – seja no Poder Executivo, seja no Poder Legislativo – possam exercer suas atividades, sem a ameaça da persecução penal indiscriminatória que parte da premissa da responsabilização objetiva, onde a ocupação do cargo é por si só suficiente para a responsabilização do parlamentar, o que, em outras palavras é mitigar a regra de que a certeza acerca da conduta criminosa, não pode ser comutada por ilações e presunções.

CONCLUSÃO

Definições doutrinárias da corrupção

Neste íterim, é possível concluir então que o delito disposto no artigo 317 do Código Penal Brasileiro, que visa a tutela do Estado-Administração, é classificado como tipo penal de conteúdo variado, isto é, que o núcleo compõe-se de mais de uma ação (solicitar, aceitar e receber), porém, a prática de um dos verbos é suficiente para a eventual configuração do delito, evidentemente, se, na hipótese, forem existentes as demais elementares do tipo.

Ainda no tocante às suas elementares, depreende-se que o objeto material do delito, a vantagem indevida, não apresente natureza estritamente patrimonial, abarcando também vantagens que consubstanciam natureza física ou moral (como favores sexuais). Bem como, que a natureza de funcionário público do agente ativo é imprescindível. No tocante ao status de funcionário público, não se resume a efetiva atuação ou não em cargo, mas, é essa natureza de funcionário público que justifica e motiva o delito, isso porque, traz-se no delito a elementar “em razão dela”, que demonstra que é em razão da função pública (ocupada ou a ser ocupada) que se solicita, aceita ou recebe vantagem indevida.

Já no tocante à consumação do delito, apesar de majoritariamente a doutrina classificar todas as modalidades abrangidas pelo núcleo do tipo (receber, aceitar ou solicitar) como formais e instantâneas, constata-se segmentação doutrinária em razão de seu núcleo de ação misto alternativo. Assim, subdivide-se o tipo nas classificações acerca de sua consumação, bem como no que tange a sua autonomia. Isso porque, na modalidade em que o sujeito ativo solicita a vantagem indevida, a configuração do delito é considerado majoritariamente como formal e de forma autônoma, isto é, não dependerá de resultado, tão pouco, de conduta de terceiro.

Por sua vez, acerca das hipóteses em que se aceita ou recebe vantagem indevida, não obstante a maioria da doutrina entender o delito (contendo os três verbos) como formal e instantâneo, parte dela constituiu o entendimento de que há cenários em que é possível classificar o delito nas modalidades “aceitar” e “receber” como material e bilateral.

Em outras palavras, neste entendimento, nas modalidades em que aceita ou recebe vantagem indevida, há a possibilidade de que a corrupção passiva consume-se apenas quando do efetivo aceite/recebimento da vantagem indevida pelo corrompido e que as condutas requerem conduta de terceiro - o que possibilitaria a tentativa na corrupção passiva - desde que

factível a separação do *iter criminis* – bem como, conectaria a consumação da corrupção passiva à outro eventual delito, respectivamente.

Ato de ofício

O estudo teórico dogmático da corrupção passiva tem sua grande cisão e, conseqüente insegurança jurídica, no que tange ao debate decorrente da figura do ato de ofício, inclusive sobre sua natureza. Assim, a questão não se limita à compreensão que tem o ato de ofício, mas, também, se este constitui elemento do tipo penal e, portanto, qual o nível de análise sobre a figura para o delito restar configurado.

Isso porque, apesar das demandas judiciais analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, não há panorama fixo sobre diversas questões no tocante ao ato de ofício, por exemplo, se é constituinte do tipo; se é imprescindível para a configuração do delito; o que o conceito compreende, bem como, se essa compreensão do ato de ofício estende-se à atividades para além das decorrentes da competência *strictu sensu* da função em questão, inclusive – no caso da função parlamentar – a influência política.

Não obstante à indefinição precisa sobre o tema junto à corte constitucional brasileira, é possível, a partir da união de conceitos administrativos, penais e constitucionais entender o ato de ofício como atos ou atividades estabelecidas e/ou compreendidas nas atribuições do funcionário público, isto é, aquelas que se relacionem à atividade funcional do agente, na medida da competência decorrente da função exercida pelo funcionário público, administrativa ou judicialmente.

Porém, segue sem entendimento fixo – e assim, sem segurança jurídica – se esses atos e atividades dizem respeito às previsões legais, ou se são abarcadas presunções de poderes, mesmo que irregulares ou sem previsão legal, decorrentes da função pública.

Ações no STF e violações decorrentes do atual posicionamento jurisprudencial

Após o empenho sobre os julgados da mais alta corte do país, de pronto se vê que o tema tange constitucionalidades e sob esse *prima*, também está nosso sistema de imputação Penal. Como se viu, desde a Ação Penal 307, a questão ato de ofício fez-se presente. Seja quanto

a imprescindibilidade de sua indicação, seja com relação a necessidade de nexo causal entre ele e a vantagem, seja sobre o que pode ser definido como tal.

Em análise às decisões da Suprema Corte brasileira, percebe-se que se estendeu a compreensão do que pode enquadrar-se como ato de ofício e essa extensão muito incomoda. Isso porque, o próprio ordenamento penal constitucional brasileiro e as premissas que o integram, impedem que haja abertura tamanha que possibilite a imputação objetiva ao indivíduo à ponto de presumir que todos os parlamentares tenham suficiente poder de influência capaz de realizar ato de ofício que não seja de atribuição da sua função.

Nesse panorama, o judiciário brasileiro partiria da premissa que a função parlamentar é capaz, objetivamente, de cometer atos que taxativamente são previstos como de competência do Poder Executivo. Essa objetividade além de mitigar o sistema penal brasileiro de imputação, poderia causar graves erros condenatórios, vez que definir previamente que todos parlamentares têm tal influência política – sem a análise individualizada dos fatos, do acusado, da conduta e do cargo que o agente público faz jus – não traduz a realidade fático política no país, onde se sabe que o jogo partidário não se dá apenas através dos líderes de partidos, muito menos que todos os líderes partidários têm tamanho poder a ponto de serem capazes de cometerem ato de ofício de outro funcionário público.

Definir previamente que toda atividade parlamentar – ou ainda, a liderança do partido – pode influenciar em atos do Poder Executivo, é admitir a imputação objetiva da corrupção passiva, inclusive à casos em que o adimplemento do ato de ofício, de fato, é impossível de ser praticado pelo acusado. A imputação do delito com base em presunções, especificamente na presunção de que todos os cargos de liderança possuem poder capaz de realizar atos de ofício que não são de sua competência, mesmo que incompatível com o sistema brasileiro de imputação, passaria a ser possível.

Alinhado com as previsões legais e com os princípios orientadores do sistema penal constitucional brasileiro, é cristalino que uma vez irrealizável o ato de ofício, ausente está a figura do ato de ofício para a configuração da corrupção passiva. Ocorre que, sobre a importância do instituto do ato de ofício para a perfeita configuração do delito, as turmas da Suprema Corte brasileira divergem.

Apesar de a Primeira Turma afastar a imprescindibilidade de indicação do ato de ofício para a configuração da corrupção passiva, é pacífico na Segunda Turma do STF que indicá-lo é imprescindível para a apta configuração do delito em tela. Dessa maneira, abarcar hipóteses

nas quais é verificada a impossibilidade efetiva de adimplemento do ato de ofício é ignorar que para configuração do delito requer-se o preenchimento de todos os elementos do tipo, sob pena de atipicidade, e condenar parlamentares por crime impossível, vez que irrealizável o ato.

Essa presunção que toda atividade parlamentar – mesmo que somente as de liderança – pode influenciar em atos do Poder Executivo, além de violar as bases penais constitucionais e não condizer com a realidade político fático brasileira, é criadora de grande risco à prática política no ambiente democrático pátrio. Isso porque, torna passível de imputação penal a conduta política negocial, que como se viu, é de natural decorrência da forma como o sistema presidencialista brasileiro – chamado de presidencialismo de coalizão - está arranjado constitucionalmente.

O presidencialismo brasileiro, de coalizão, realmente pode possibilitar capacidade de negociação entre o Poder Executivo e o Legislativo, porém, não se pode partir da premissa – principalmente para fins acusatórios – que todos os integrantes de ambas esferas têm capacidade de interferir e agir para a realização e/ou omissão de atos de competência de outro funcionário público. A decisão sobre a prática ou não do ato de ofício ainda é vinculada a quem tem designação e atribuição para tanto. É esse funcionário público – o que tem a atribuição – que terá a decisão final e vinculante no que tange ao ato de ofício de sua competência.

Isso significa que mesmo que as atribuições da atividade parlamentar não se resumam a análise e proposta de atos legislativos e possa possibilitar – e isso não pode ser tido como premissa – valimento em decisões governamentais (vez que a esfera executiva depende do congresso para o cumprimento de sua agenda política), essa influência não vincula o real competente para a prática e/ou omissão do ato de ofício e portanto, não pode ser capaz de ser considerada suficiente para a imputação penal do delito.

Reconhecer a natureza de coalizões do sistema presidencialista brasileiro (nos termos constitucionais) e entender pela prescindibilidade do ato de ofício estar dentro das competências do funcionário público seria possibilitar que, levado à exemplo extremo, a acusação pudesse imputar a prática delitiva, à um vereador que negocia emenda constitucional, ultrapassando-se assim a esfera municipal e estadual e abarcando até mesmo a competência federal. Isso porque, bastaria o sujeito ocupar qualquer cargo público para responder por atos competentes à cargos alheios, o que além de ser extremamente expansivo, abrangente, genérico e contra os pilares penais, causa indeterminadas deontologias que levariam à criminalização da atividade política, inclusive a parlamentar.

A argumentação de que essa possibilidade de penalização é do risco democrático, não está alinhada com a realidade, uma vez que uma investigação criminal por si só é capaz de influenciar o ambiente político e sozinha pode modificar o cenário de confiabilidade dos cidadãos sobre o investigado, bem como, sobre a prática política, que requer a prática negocial para a formação de coalizões que proporcionarão um cenário de alinhamento entre os Poderes Legislativo e Executivo - como bem disposto pela teoria do presidencialismo de coalizão -, e isto, intrinsecamente, não reflete ilegalidade alguma, ao contrário, é a atuação em conformidade e em decorrência da forma como se prevê o sistema presidencialista do país.

Também nesse sentido se manifestou o Ministro Gilmar Mendes, quando do recebimento da denúncia decorrente do INQ 3982¹³³, tendo exemplificado o cenário com o poder que o parquet teria de “sortear qualquer doação eleitoral declarada, desenvolver uma narrativa ligando-a a um ato de ofício aleatório e dar por pronta a Ação Penal.”¹³⁴. Apesar desse apontamento - no sentido de que é preciso exigir prova suficiente que comprove minimamente para cada denunciado, ainda que por indícios, a prática das condutas conscientes do pano de fundo ilícito, de forma individualizada, desde o recebimento da denúncia, inclusive -, a questão ainda não foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal e portanto sem um cenário fixo, permanece latente a discussão acerca do ato de ofício.

Porquanto, a questão da elementaridade, bem como, da imprescindibilidade ou não do ato de ofício foi deixada para o futuro, mesmo no Acórdão proferido mais recentemente, quando do recebimento da denúncia decorrente do Inquérito 4011. É muito possível que a discussão no tocante ao tema seja realizada quando do julgamento dos fatos contidos nesse procedimento, pois, apesar de ter sido o ato de ofício indicado precisamente, não estava compreendido nas competências do cargo ocupado pelo então investigado no inquérito e sim da administração estadual (manutenção de contrato com a administração pública por um Senador da República).

Conclui-se, portanto, que não seguir com alinhado ao sistema principiológico penal constitucional é criar uma hipótese que desrespeita o princípio da estrita legalidade, inclusive interpretativa, da norma penal e se aproxima a uma presunção, na qual se afasta a necessidade de apresentação de um conjunto probatório a fim de comprovar que o funcionário realmente poderia lesionar o bem jurídico tutelado pelo artigo 317 do Código Penal.

¹³³ INQ 3982, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 02-06-2017 PUBLIC 05-06-2017.

¹³⁴ Página 78 do acórdão.

Nesse caminho do bem jurídico, não se rebate a relevância da tutela exercida pelo tipo em estudo. Porém, a importância que tem o bom funcionamento da administração pública não é suficiente para sobrepujar – e nem pode justificar – a violação de preceitos e princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, apesar de respeitado o posicionamento, não pode-se concordar com o *quantum* argumentado em sede da AP 470 e do INQ 4506¹³⁵, no sentido de que, respectivamente, seria irrelevante o ato de ofício, bastando o propósito de traficar a coisa pública para penalização do *intraneus* e que, a fim de proteger a probidade administrativa e reprimir o ilícito, possa se rejeitar a perspectiva rigorosa sinalagmática da corrupção.

Assim, é necessário o fortalecimento, a fim de solidificar-se, das bases dogmáticas do sistema penal constitucional brasileiro, para a proteção do processo de imputação criminal – que juntamente com as premissas constitucionais e o bom funcionamento dos poderes do estado, constituem as bases democráticas do Estado Democrático de Direito – para que o desejo de combate à corrupção, somado ao clamor público, juntamente com o apelo midiático não acarrete o medo social que justifique a adoção de práticas e posições punitivistas e a flexibilização de garantias penais e constitucionais.

¹³⁵ “Essa nova visão jurisprudencial – que rejeita uma perspectiva rigorosamente sinalagmática da corrupção – é claramente mais adequada para a proteção da probidade administrativa e para a repressão do ilícito. A exigência de indicação de um ato concreto para a caracterização do delito de corrupção – além de ser contrária, como visto, ao texto expresso da lei – afasta da punição as manifestações mais graves da violação à função pública: o guarda de trânsito que pede dinheiro para deixar de aplicar uma multa seria punível, mas o senador que vende favores no exercício do seu mandato passaria impune”. (INQ 4506, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 17/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-183 DIVULG 03-09-2018 PUBLIC 04-09-2018).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de; ROCHA, Claudia da; CALDEIRÃO, Rafael Fernandes. **O caso Lula e a discussão em torno da (des)necessidade da demonstração de ato de ofício específico para a caracterização do crime de Corrupção Passiva**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 26, n. 310, p. 8-9., set. 2018. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=145446. Acesso em: 16 de abril de 2020.

ÂMBITO JURIDICO. DE OLIVEIRA, Marcel Gomes. **Interpretação da lei penal e analogia: uma análise aprofundada da doutrina e jurisprudência**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/180/interpretacao-da-lei-penal-e-analogia-uma-analise-aprofundada-da-doutrina-e-jurisprudencia/>. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos – Coleção Tratado de direito penal volume 5**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2**, v.3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 3, parte especial: arts. 213 a 359-H. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONJUR. DE ARAÚJO, José Osterno Campos. **Dolo não é somente e qualquer intenção de fazer algo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/jose-osterno-dolo-nao-somente-qualquer-intencao-algo>. Acesso em: 31 de julho de 2020.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial, volume 7: injustos contra a administração pública**. 6.ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ESTEFAM, André. **Parte especial: arts. 235 a 359-h**. Coleção Direito penal. Volume 3. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ESTEFAM, André. **Parte geral: arts. 1o a 120**. Direito penal, volume 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FELIPPI NETO, Mario Cezar. **A corrupção e sua tipificação legal: breve enfoque no tratamento jurídico dispensado pelo Código Penal brasileiro**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 13, n. 78, p. 91-112., fev./mar. 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=100033. Acesso em: 16 de abril de 2020.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; et. al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. **O crime de concussão e sua distinção dos crimes de extorsão e Corrupção Passiva no direito penal brasileiro**. In: Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. Renato de Mello Jorge Silveira, João Daniel Rassi (Orgs.). São Paulo: LiberArs, 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111521. Acesso em: 16 de abril de 2020.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**, 4º volume: parte especial: Crimes contra a fé pública a crimes contra a Administração. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUSTIFICANDO. MIGOWSKI Eduardo. **Das Ordenações Filipinas ao Código Criminal de 1830**. Disponível em: <https://www.justificando.com/2018/10/12/das-ordenacoes-filipinas-ao-codigo-criminal-de-1830/>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

JOTA. SCALCON, Raquel Lima. **A insuficiente definição do conceito penal de funcionário público no direito brasileiro**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/a-insuficiente-definicao-do-conceito-penal-de-funcionario-publico-no-direito-brasileiro-24042019#:~:text=A%20insuficiente%20defini%C3%A7%C3%A3o%20do%20conceito%20penal%20de%20funcion%C3%A1rio%20p%C3%BAblico%20no%20direito%20brasileiro,-An%C3%A1lise%20de%20problemas&text=O%20conceito%20penal%20de%20funcion%C3%A1rio,327%20do%20C%C3%B3digo%20Penal1. Acesso em: 16 de agosto de 2020.

JUNIOR, Miguel Reale (Coord.). **Direito penal: Jurisprudência em debate**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, Fabio Motta; DIEHL JÚNIOR, Ubirajara. **Aspectos penais da corrupção no Brasil**. In: ORSI, Omar Gabriel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *Transparência, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=95999. Acesso em: 16 de abril de 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte especial (arts. 213 a 359-H) – vol. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MIGALHAS. BOND, Karine Solanges Castro Sottomaior. **Entidades paraestatais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/32900/entidades-paraestatais>. Acesso em: 22 de agosto de 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 94-104, out./dez. 1993. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=12846. Acesso em: 16 de abril de 2020.

MOURA, José Souto de. **Corrupção: para uma abordagem jurídica e judiciária**. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 14, n. 54, p. 11-26, abr./jun. 1993. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18632. Acesso em: 16 de abril de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, volume 1**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361), volume 3**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. **Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva: a propósito do julgamento do "Mensalão" (APn 470 do STF)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 181-214., jan./fev. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103189. Acesso em: 16 de abril de 2020.

RUIVO, Marcelo Almeida. **O bem jurídico do crime da Corrupção Passiva no setor público**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 25, 1/4, p. 263-283., jan./dez. 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138185. Acesso em: 16 abr. 2020.

SMANIO, Giancarlo Poio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

STJ. Sexta Turma aplica princípio da insignificância a crime contra administração pública. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-08-31_09-42_Sexta-Turma-aplica-principio-da-insignificancia-a-crime-contr-administracao-publica.aspx. Acesso em: 27 de julho de 2020.

STJ. Direito Penal. crimes contra a administração pública. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27599%27\)](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27599%27)). Acesso em: 13 de julho de 2020.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Pâmela Gabrieli Valósio Mendes, aluna, regularmente matriculada no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 3168328-2, Período Matutino, Turma D, tendo realizado o TCC com o título: “O papel do ato de ofício na configuração da corrupção passiva inserida no contexto da atividade parlamentar, à luz dos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal”, sob a orientação do(a) professor(a): Alexis Couto de Brito, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de novembro de 2020.

Pâmela Gabrieli Valósio Mendes

Assinatura do discente