

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**A CONDUTA DE ENTREGAR VANTAGEM INDEVIDA A
FUNCIONÁRIO PÚBLICO: CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE
CORRUPÇÃO ATIVA OU NÃO?**

Bruna Caroline Wahlbrinck

Lajeado, 03 junho de 2016

Bruna Caroline Wahlbrinck

**A CONDUTA DE ENTREGAR VANTAGEM INDEVIDA A
FUNCIONÁRIO PÚBLICO: CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE
CORRUPÇÃO ATIVA OU NÃO?**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II - Monografia, do Curso de graduação em Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Elisabete Cristina Barreto Mueller.

Lajeado, 03 junho de 2016

Bruna Caroline Wahlbrinck

**A CONDUTA DE ENTREGAR VANTAGEM INDEVIDA A
FUNCIONÁRIO PÚBLICO: CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE
CORRUPÇÃO ATIVA OU NÃO?**

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário Univates, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharela em Direito:

Profa. Ma. Elisabete Cristina Barreto Mueller– Orientador
Centro Universitário Univates

Profa. Ma. Flávia Colossi Frey
Centro Universitário Univates

Dr. Augusto Cavalheiro Neto
Delegado de Polícia

Lajeado, 11 de julho de 2016.

Aos meus pais Enio e Soeli, que sempre estiveram ao meu lado, me incentivando a lutar e nunca desistir dos meus sonhos.

Às minhas irmãs Débora e Cintia que sempre me apoiaram.

Ao Anderson, que me ensinou que sempre, tudo vale a pena.

À querida orientadora Prof^a. Elisabete, por toda a dedicação, esforço e ensinamentos despendidos para a elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Ao final da trajetória acadêmica é que nos damos conta de quantas pessoas fizeram parte deste período, cada um contribuindo da sua forma. Sem vocês, nada disto estaria acontecendo.

Inicialmente, agradeço aos meus pais, que estiveram prestes em todos os momentos de minha vida, dando a mim todo o suporte que necessitava para chegar aonde eu cheguei.

Às minhas irmãs e ao Anderson, por estarem sempre ao meu lado, em todos os momentos de minha vida.

À minha querida afilhada Gabrieli, que, nos momentos mais difíceis fez com que eu risse.

À minha orientadora, professora Elisabete, agradeço imensamente por toda dedicação prestada.

RESUMO

A corrupção encontra relação direta com deterioração, putrefação, pois sempre terá alguém que deseja obter alguma vantagem, geralmente de natureza econômica, em detrimento de um coletivo. A corrupção está presente desde a existência do homem na terra até os dias atuais e sempre em evidência. O legislador brasileiro criminaliza as corrupções de forma distinta, de um lado a corrupção ativa, objeto da presente pesquisa, e de outro, a corrupção passiva. A corrupção ativa consiste na oferta ou promessa de vantagem indevida do particular ao funcionário público para que este omita, pratique ou retarde um ato de ofício. No que diz respeito a (a)tipicidade da conduta, configurando o delito de corrupção ativa, quando ocorre a entrega de vantagem indevida ao funcionário público dois são os entendimentos. O primeiro diz ser atípica a conduta quando ocorre a entrega de vantagem indevida, pois ela não integra os verbos nucleares do tipo, que são oferecer ou prometer. A segunda, diz que é típica devido a uma questão lógica, uma vez que, se a conduta menor, oferecer ou prometer, é punida a conduta de entregar a vantagem indevida, mais gravosa, deve ser punida também. De acordo com a última corrente, quando o particular entrega a vantagem indevida, após ter oferecido ou prometido, estamos diante do delito de corrupção ativa, sendo a entrega mero exaurimento de um crime que se consumou. Por outro lado, não existe corrupção ativa quando o particular entrega a vantagem indevida solicitada pelo funcionário público.

Palavras Chaves: Corrupção ativa. Entrega de vantagem indevida. Oferta ou promessa de vantagem indevida. Particular. Funcionário público.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 CORRUPÇÃO: CONCEITO E ORIGENS HISTÓRICAS.....	10
2.1 Conceito de corrupção.....	11
2.2 Os primeiros registros históricos sobre a corrupção	14
2.3 As origens da corrupção no direito penal brasileiro	18
2.4 A legislação existente na Itália, Espanha, EUA, Holanda e Alemanha no que diz respeito ao combate da corrupção	22
3 CARACTERÍSTICAS DO DELITO DE CORRUPÇÃO ATIVA E AS DIFERENÇAS COM OUTROS TIPOS PENAS.....	26
3.1 A corrupção ativa: o artigo 333 do Código Penal Brasileiro.....	26
3.2 O bem jurídico tutelado.....	28
3.3 Diferenças entre os delitos de concussão, corrupção passiva, corrupção ativa e corrupção ativa de testemunha ou perito.....	34
4 ANÁLISE DO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO ATIVA	42
4.1 O núcleo do tipo: oferecer ou prometer vantagem indevida	43
4.2 A (a)tipicidade do delito de corrupção ativa quando ocorre a entrega da vantagem indevida ao funcionário público	47
4.3 Análise do delito de corrupção ativa no Código Eleitoral, Código Militar e no projeto de novo Código Penal Brasileiro.....	54
5 CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

A corrupção não é só considerada apenas a mazela do século, mas de toda a história humana, isso porque ela é tão antiga quanto a existência do homem na terra. Ela está presente desde os primórdios da humanidade, algumas vezes mais fortalecida do que outras. Todavia, apesar de ser um assunto antigo, continua sendo atual e diversas são as vezes que presenciamos a corrupção nos noticiários, tendo se acentuado ainda mais neste ano.

No Brasil, inúmeros escândalos, que têm como epicentro a corrupção contra a administração pública, vieram à tona nos últimos tempos. Embora no nosso país os primeiros registros de corrupção iniciem na época da colonização portuguesa, ela passou a ter grande repercussão nos dias atuais, como por exemplo, nos casos do Mensalão, da Operação Lava Jato e Operação Zelotes.

O assunto trazido à baila é muito amplo. Desse modo, optou-se como linha central desta monografia estudar com relevo a (a)tipicidade do delito de corrupção ativa quando ocorre a entrega de vantagem indevida a funcionário público. O crime em questão está previsto no artigo 333 do Código Penal Brasileiro, no Título XII, Dos Crimes contra a Administração Pública, em seu capítulo II.

Nesse sentido, cumpre mencionar que o bem jurídico tutelado pela corrupção é o normal funcionamento da administração pública, o que acaba afetando, direta e indiretamente, toda a sociedade. Aliás, o principal objetivo do legislador ao tipificar a

corrupção é evitar que pessoas, especialmente os agentes públicos, atentem contra os princípios da moralidade e probidade administrativa.

O tipo penal previsto no artigo 333 do Código Penal Brasileiro estabelece que o delito de corrupção ativa se configure quando há o oferecimento ou promessa de vantagem indevida a funcionário público, nada prevendo sobre conduta de entregar a vantagem ilícita. Portanto, nos deparamos com um dilema, questionando: a) é atípica a conduta daquele que entrega vantagem indevida a funcionário público?; b) como pode ser atípica a conduta de entregar tal vantagem indevida se ela também fere os princípios constitucionais da administração pública?

Desta forma, é fundamental analisar a relevância da corrupção como tipo penal, especialmente a sua tipicidade quando o sujeito ativo dá ou entrega a vantagem indevida ao funcionário público.

Nessa perspectiva, a presente monografia pretende, como objetivo principal, verificar a (a)tipicidade do delito de corrupção ativa quando o agente somente deu/entregou a vantagem indevida a funcionário público, além de identificar os diferentes posicionamentos acerca do tema e quais os fundamentos adotados pelos juristas

Como hipótese para tal questionamento, entende-se que no crime de corrupção ativa a conduta típica consiste em oferecer ou prometer a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou então atrasar um ato de ofício. Deste modo, a corrupção ativa se consuma com o simples oferecimento da promessa ou da vantagem ilícita, sendo irrelevante a aceitação pelo funcionário público.

Ademais, para a corrupção é fundamental que fique demonstrado o propósito do agente em oferecer ou prometer a vantagem ilegal. Nesse sentido, dois são os entendimentos possíveis sobre o tema. O primeiro diz que ante a não previsão da conduta “dar” no artigo 333 do Código Penal, não é possível a caracterização o delito de corrupção ativa daquele que dá a vantagem solicitada pelo funcionário. De outro lado, a segunda refere que a prática de “dar” ou “entregar” a vantagem indevida a funcionário público está intrínseco ao tipo penal.

A presente pesquisa adotará o modelo qualitativo, porquanto, segundo

Sampieri, Collado e Lúcio (2006) tal enfoque é fundado em métodos de coleta de dados, mas sem medição numérica, utilizando-se das descrições e das observações, buscando principalmente a expansão dos dados ou da informação.

O método a ser utilizado para o desenvolvimento do trabalho monográfico será o dedutivo, o qual, segundo Mezzaroba e Monteiro (2014), parte de fundamentação genérica chegando à dedução particular, valendo-se de premissas amplamente reconhecidas e devidamente deduzidas, chegando-se às conclusões almejadas.

Assim, no primeiro capítulo do desenvolvimento da monografia, o objetivo será descrever a corrupção ao longo da história e sua conceituação. Por seu turno, o segundo capítulo será voltado a uma abordagem específica do crime, estudando o bem jurídico protegido e demais elementos integrantes do tipo penal, como sujeitos, momento da consumação, tentativa e outras características. E, por fim, no terceiro, o principal objetivo é analisar os verbos nucleares presentes no tipo, quais sejam: prometer ou oferecer, bem como a (a)tipicidade ou não do delito de corrupção ativa quando ocorre a entrega da vantagem indevida a funcionário público, conforme se apresenta a seguir.

2 CORRUPÇÃO: CONCEITO E ORIGENS HISTÓRICAS

A corrupção é o oposto de moralidade e probidade, pois o corrupto age para fim alheio aos interesses da Administração Pública e seus objetivos são ilegais.

Apesar de notícias diárias envolvendo o tema, não se trata de um tema recente, ao contrário, existem registros de sua existência na Bíblia, como é o caso da história de Adão e Eva, que comeram o fruto proibido em troca do paraíso; isso aponta, portanto, para os primórdios da humanidade.

Ainda, a corrupção não é fato isolado, que ocorre somente no Brasil. Todos os países do mundo já sofreram e sofrem com a corrupção. Ela é uma praga histórica e mundial. Necessário se destacar também que ela não ocorre só na esfera pública.

Ela possui inúmeros significados, podendo se afirmar que sempre haverá, ao menos, duas pessoas envolvidas, ocasião em que uma sofrerá um prejuízo e a outra adquirirá uma vantagem de forma ilícita. Contudo, nada impede que duas pessoas se corrompam e ambas consigam alguma vantagem indevida.

No Direito Penal Brasileiro, a corrupção ativa encontra respaldo no artigo 333 do Código Penal, onde há a previsão de que constitui corrupção ativa o oferecimento ou promessa de vantagem indevida a funcionário público. Neste sentido, a legislação, considerando a importância que a administração pública tem perante toda a sociedade e, em todo o mundo, passou a prever a corrupção em dois tipos penais diferenciados. De um lado, a corrupção passiva, prevista no artigo 317 do

Código Penal e, de outro, a corrupção ativa, prevista no artigo 333 do mesmo dispositivo penal, como será visto no próximo capítulo.

2.1 Conceito de corrupção

Segundo Japiassú (2011) a expressão corrupção deriva do latim, cujo significado inicial é quebrado em peças. Contudo, pode significar apodrecido ou pútrido.

Conforme o dicionário de língua portuguesa Michaelis (2009, texto digital), o significado da palavra corrupção é a “ação ou efeito de corromper; decomposição; putrefação; depravação, desmoralização, devassidão; sedução; suborno”.

Para Nucci (2015), conceituar corrupção não é tarefa fácil, porquanto tal palavra comporta uma série de significados e consequências. Contudo, é incisivo ao afirmar que a corrupção jamais será algo positivo e que ela é uma espécie de pacto escuso, um acordo ilícito que pode causar grandes prejuízos ao estado.

Nessa senda, cabe destacar o seguinte trecho, que iguala a corrupção com uma espécie de praga:

Se pudéssemos associar a corrupção a algum fator desgastante para a humanidade, sem dúvida seria a uma *praga*. Mas uma praga incontrollável, que encampa o mundo inteiro e não deixa nada erguido em bom estado depois de sua passagem. Justamente por isso, o combate à corrupção pressupõe uma coordenação elevada entre as nações, de modo que atribuir as mudanças somente aos interesses específicos de um país seria míope. Porém, a mera proliferação de acordos internacionais não é garantia de eficácia no combate à corrupção, mesmo porque a maioria das condutas ocorre dentro dos limites do Estado Nacional. Embora a assinatura de acordos internacionais revele um compromisso a respeito, vários países, paraísos fiscais ou não, continuam a oferecer refúgio aos capitais oriundos de práticas corruptas, mesmo após a adesão a tais acordos internacionais. Cuida-se, pois, de uma cultura a ser combatida, invertendo os valores e demonstrando que a retidão é melhor que a corrupção, inclusive para os investimentos (NUCCI, 2015, texto digital).

De acordo com Prado (2014) a corrupção é uma forma de agressão ao bom funcionamento do Estado, mormente porque acaba influenciando na Administração Pública. Por isso, a corrupção torna-se uma confusão de interesses particulares com os interesses da Administração Pública, cujos fins sempre serão ilícitos.

Segundo o entendimento de Petrelluzzi e Junior (2014), o conceito de corrupção é aquele definido pela Organização das Nações Unidas (ONU), ou seja, o abuso da função pública para um ganho pessoal direto ou indireto.

Ainda, esclarece que as condutas corruptas são muito complexas, pois envolvem agentes públicos, privados e pessoas jurídicas.

O mesmo entendimento é adotado por Cortella e Filho (2014), ao dizer que a corrupção é um dos comportamentos mais agressivos, porquanto envolve tanto o setor público quanto o setor privado.

Japiassú (2011) também diz que a corrupção é um fenômeno bastante complexo, porquanto necessita passar por uma análise multidisciplinar, como por exemplo: ciências penais, psicologia, sociologia, ética, economia e outros.

Prado (2011) acrescenta que o ato de corrupção é uma interposição de interesses privados, geralmente de natureza econômica, sobre o interesse público, gerando o enriquecimento pessoal do agente corrupto, que se apropria ou desvia, ilicitamente, o dinheiro ou patrimônio público.

Petrelluzzi e Junior (2014) complementam afirmando que:

“[...] hoje se reconhece que a corrupção não tem somente caráter econômico. No âmbito político, a exploração de prestígio e a conduta desviada com o fim de obter vantagem de natureza política, mesmo não tendo finalidade econômica, caracterizam, igualmente, a corrupção. De fato, quem, para se perpetuar no controle do poder político, ilegalmente, se utiliza da função pública que ocupa, mesmo não obtendo ou almejando vantagem econômica, está agindo de forma corrupta. Assim, parece que a vantagem ilícita, seja elemento constitutivo da corrupção, mas não necessariamente o enriquecimento ilícito (PETRELLUZI E JUNIOR, 2014, p. 20, texto digital).”

Liviano apud Petrelluzzi e Junior (2014) afirma que corrupção pode ser definida como qualquer vantagem obtida por agentes públicos no exercício das funções que cause prejuízo aos bens, serviços e interesses do Estado.

No mesmo sentido explica Nucci (2015) ao dizer que corrupção é algo negativo e que as condutas corruptas são uma forma de desmoralização da administração pública, efetivadas por meio de favores e vantagens ilícitas, existentes inclusive em leis especiais, como é o caso da corrupção de menores.

Para Prado (2011), a corrupção é uma espécie de agressão ao funcionamento do Estado Democrático de Direito, porquanto atine diretamente a administração pública, pois o seu prestígio acaba ficando ferido, já que a administração deve agir com probidade, eficiência e impessoalidade, dever de todos que exercem alguma função pública.

Em síntese, o autor esclarece que a corrupção é uma ameaça ao Estado de Direito, pois atinge a representação popular e os direitos fundamentais.

De acordo com Costa apud Petrelluzzi e Junior (2014) a corrupção exige o oferecimento ou promessa de alguma espécie de vantagem indevida, para que se realize ou deixe de se realizar algum ato que possa trazer benefício à outra parte.

O referido autor menciona que corrupção é toda conduta que tenha relação com algum ente público, cujo fim seja obter, para si ou para outro, alguma vantagem ilícita.

Nucci (2015) destaca que a corrupção é capaz de desviar milhões de reais, prejudicando a todos em uma sociedade. Além disso, a corrupção, por vezes, não é capaz de causar danos patrimoniais, mas gera inúmeros prejuízos morais. Para isso, cita um clássico exemplo daquele que fica com o troco de um venda, esquecido pelo cliente, mostrando-se como corrupto, embora a “insignificância” do gesto.

No trecho abaixo destacado, Santos et. al.(2015) conceitua a corrupção. Vejamos:

A corrupção prejudica o meio ambiente, quando empreendimentos comerciais ou industriais recebem autorização indevida para funcionar mesmo sem preencher todas as condições técnicas adequadas. A corrupção prejudica a livre concorrência e os consumidores, quando empresas obtêm vantagens ilícitas da Administração Pública e, à causa disso, conquistam maior espaço no mercado, sem gerar um incremento na competição e na qualidade dos produtos postos em circulação. É o caso do pagamento de propinas a fiscais para receber em troca a tolerância oficial quanto a condutas de concorrência desleal, pirataria, contrabando, sonegação de impostos, infrações das regras em vigilância sanitária falta de alvará, etc. A corrupção prejudica as finanças públicas quando empresas se unem a agentes públicos para fraudar licitações, superfaturar obras públicas, cancelar tributos devidos, desviar recursos de órgãos públicos em geral, aprovar leis e atos normativos de interesse meramente privado. A corrupção prejudica a Democracia e a República, pois torna a Administração Pública refém de interesses privados e minoritários, serviente apenas de grupos detentores de grande poder econômico, desviando os agentes públicos de sua função essencial de atendimento dos interesses

coletivos, de modo isonômico. A corrupção prejudica igualmente o comércio internacional, pois distorce as condições de competitividade, tornando-o desequilibrado e desleal (SANTOS et al., 2015, p 21).

Conforme Prado (2011), para a administração pública, a corrupção ocorre quando o funcionário age de forma diversa, fora do sistema, para alcançar interesses particulares em troca de vantagens, recompensas.

Complementa dizendo que:

Corrupto é, assim, o comportamento ilegal daquele que desempenha uma função na estrutura do Estado, fazendo uso de sua função para atender finalidade diversa da que lhe é própria (interesse público). Nessa linha, é força destacar que a corrupção não é considerada em termos de simples moralidade ou imoralidade, mas sobretudo de legalidade ou ilegalidade. Significa, portanto, o intercâmbio entre quem corrompe e quem se deixa corromper. Encontra-se normalmente relacionada à promessa de recompensa ou benefício em troca de um comportamento que favoreça os interesses de corruptor. É uma forma particular de se exercer influência. (PRADO, 2011, texto digital).

O referido autor destaca que a corrupção é uma forma de desagregação do sistema e é sempre negativa, pois favorece alguns em detrimento de outros.

2.2 Os primeiros registros históricos sobre a corrupção

Para Bitencourt (2014), a corrupção surge da desconsideração da moral, da degradação dos costumes, do sentimento de impunidade daqueles que a praticam, mas, principalmente, pelo interesse, cada vez maior, dos homens pelos bens materiais. Contudo, não é só pela ganância, o poder também faz parte do jogo de sedução da corrupção.

A corrupção é um mal da humanidade, presente desde os primórdios como já se comentou. Em alguns momentos foi lembrada, em outros, esquecida, entretanto sempre esteve presente, especialmente na atualidade.

Sobre os primeiros registros, Andrade (texto digital) diz que, se verdadeira a história, havia corrupção já quando a serpente ofertou uma maçã, o fruto proibido para Adão e Eva em troca do paraíso, pelos prazeres da carne.

O referido autor destaca que na Bíblia podem se retirar inúmeros registros que fazem referencia à corrupção. Vejamos:

Não torcerás a justiça, nem farás acepção de pessoas. Não tomarás subornos, pois o suborno cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos. Segue a justiça, e só a justiça, para que vivas e possuas a terra que o Senhor teu Deus te dá". (Deuteronômio 16:19-20) Os teus príncipes são rebeldes, companheiros de ladrões; cada um deles ama o suborno, e corre atrás de presentes. Não fazem justiça ao órfão, e não chega perante eles a causa das viúvas. (Isaías 1:23) (ANDRADE, texto digital)

No mesmo sentido é o que leciona Santos et. Al. (2015) ao referir que:

Na Bíblia, por exemplo, inúmeras passagens falam de corrupção e suborno como algo que já existia e preocupava a sociedade àquela época: Não aceite suborno, porque o suborno cega quem tem os olhos abertos e perverte até as palavras dos mais justos. Êxodo, 23:8. Não perverta o direito, não faça diferença entre as pessoas, nem aceite suborno, pois o suborno cega os olhos dos sábios e falseia a causa dos justos. Deuteronômios, 16:19. O injusto aceita suborno às escondidas, para distorcer o curso da justiça. Provérbios, 17:23 [...]. (SANTOS, et. al., 2015, p.17)

Conforme Prado (2010), na Bíblia já existia a previsão do delito de corrupção, que era aplicada aos juízes. Nesta escritura era sustentado que os juízes não poderiam ver a justiça, não fazer distinções entre as pessoas, tão pouco aceitarem presentes, isso porque a corrupção cegava os olhos e pervertia a causa do inocente.

Silveira (2011) destaca que sempre se conviveu com a corrupção, tanto é que existem textos antigos, de hindus e gregos, que definem regras de boa governança.

Obviamente que em outras fases históricas também existiam punições aos atos de corrupção. Bittencourt (2014) afirma que na Lei das XII Tábuas a corrupção era punida com venalidade aos juízes, aplicando a pena de morte a quem a praticasse.

O mesmo doutrinador diz que na Idade Média, a corrupção previa a mesma punição (pena de morte), apenas acrescentando a possibilidade de punição aos demais funcionários públicos. Nesta época foi feita a primeira distinção entre corrupção e concussão. O primeiro seria o resultado da espontaneidade do interessado, enquanto que o segundo seria uma forma de extorsão, porque obrigava a vítima a agir de determinada maneira por temor.

Sobre a corrupção ao longo da história, especialmente durante a Idade Média, cabe destacar que:

Como nesse período da história a avidez mostrava-se invencível, chegou-se a fazer incompreensíveis concessões, como, por exemplo, especificando o que poderia ser recebido além dos proventos do cargo, sem incorrer em alguma sanção penal. (BITENCOURT, 2014, p. 110).

Ainda, Silveira (2011) esclarece que existem registros de atos irregulares praticados por líderes políticos durante a Idade Média, passando pela Revolução Francesa, até os dias atuais.

O escritor manifesta-se dizendo que durante a Idade Média os maiores momentos de corrupção sempre ocorriam com as crises

Ele leciona que as Ordenações Filipinas, compilação de normas datadas de 1595, puniam os monarcas que recebiam promessas ou serviços e aqueles que dessem ou promettessem essas vantagens. Posteriormente, o Código do Império fez a distinção entre peitas, uma forma de corrupção com dádivas, e o suborno, exercido pela influência, disciplinando o que o hoje conhecemos por corrupção passiva e ativa.

Para Prado (2011) o primeiro ato legislativo relativo ao combate da corrupção na esfera mundial foi a *Foreign, Corrupt, Pratic Act*, em 1977, que estabelecia graves punições às empresas e cidadão norte-americanos que oferecessem subornos. A sua criação decorreu da descoberta que companhias americanas concediam suborno para partidos políticos e funcionários de outros países.

O escritor menciona que, em 1996 foi firmada a Convenção Interamericana contra a Corrupção, cujo escopo era promover e fortalecer o desenvolvimento dos mecanismos necessários ao combate da corrupção.

Andrade (texto digital) diz que a corrupção não existe só no Brasil, é um problema da sociedade como um todo, em todos os locais e épocas era possível corromper as pessoas em troca de benefícios.

No ponto, cabe destacar um célebre caso que ocorreu na Itália, em meados de 1990, a operação *Mani Pulite* ou Operação Mãos Limpas, que até hoje é tida

como um marco importante no que diz respeito à corrupção e, por vezes, comparada ao que vem acontecendo hoje no Brasil.

De acordo com Moro (2004), na época, cerca de três mil mandados de prisão foram expedidos e mais de seis mil pessoas estavam sendo investigadas por praticarem corrupção, cujo prejuízo causado à Itália é de aproximadamente um trilhão de dólares. A Itália estava completamente mergulhada na corrupção, pagamentos de propinas eram muito mais que comuns, tanto é que um dos investigados declarou publicamente que a maioria dos financiamentos de campanhas eleitorais eram ilegais e ilícitas.

Ainda, segundo o escritor, a ação judicial demonstrou que a política e administração italiana eram dependentes do pagamento de propina para a concessão de todo e qualquer contrato público. A operação *Mani Pulite* ocasionou a queda de diversos partidos políticos que por anos dominavam a política da Itália.

Moro (2004) esclarece que a estratégia utilizada pelos magistrados italianos era o incentivo aos investigados a colaborar com a justiça. Eles espalhavam suspeitas de que outros investigados já teriam confessados, o que obrigaria os demais a confessarem o que sabiam.

Para Moro (2004) a Operação Mãos Limpas foi fundamental para que a curva crescente da corrupção fosse obstada, a qual, de certo modo, mostrou-se eficiente, porquanto vários contratos públicos foram concedidos com um valor cinquenta por cento menores do que aquele que seria concedido anos antes.

Ao fim o magistrado destaca que para que alguma ação contra a corrupção se torne eficaz é fundamental o apoio da democracia, pois ela é quem limita e da possibilidade para o bom prosseguimento do processo.

Fernando Filgueiras apud Nucci (2015, texto digital) diz que “se há um sentimento corriqueiro de que a corrupção torna-se presente e recorrente na esfera pública, pois muitos casos surgem na forma de escândalos, é porque ela potencializa a mudança e a ordenação e, de algum modo, ativa as forças constituintes de uma determinada comunidade política”.

Acrescenta que a corrupção pode ser perigosa juridicamente, mas não ser assim considerada eticamente, referindo-se ao caso de corrupção na Segunda Guerra Mundial. Naquela época os judeus pagavam propina para se livrarem dos campos de concentração, sendo que tal conduta era punível pelos nazistas. Assim, refere que o pagamento da propina é ético, todavia não é juridicamente aceitável.

Nucci (2015) esclarece ainda que a corrupção nada mais é do que uma transposição de limites jurídicos e morais.

2.3 As origens da corrupção no direito penal brasileiro

Para Barba (2012) a corrupção no Brasil iniciou durante a colonização do país, pois nenhum português estava disposto a viver em terra brasileira, local desconhecido até então, fazendo com que a coroa oferecesse vantagens a quem viesse colonizar e viver no Brasil.

Barboza (texto digital) ensina que o processo de colonização brasileira não ocorreu com objetivo de formar uma nação, razão pela qual foram enviados para a colônia os encarcerados, os degredados, os falidos, os marginalizados e todos aqueles que não tinham perspectivas em Portugal. Assim, quem chegasse a terras brasileiras necessitavam somente cuidar e extrair tudo aquilo que podiam, remetendo as riquezas para os colonizadores, conseqüentemente, enriquecendo e protegendo a si próprios.

Ainda, como se sabe, os jesuítas passavam apenas lições básicas, pois não queriam o surgimento de uma elite intelectual que pudesse, eventualmente, contestar o que estava acontecendo.

A autora ressalta que esse processo deixa, até hoje, marcas na sociedade brasileira, pois, diante do completo desregramento, tinha-se um local extremamente propício para o cometimento de ilícitos. No que diz respeito às condutas das autoridades, era sabido que fraudes, desvios, peitas, negociatas, eram muito comuns na época, tanto é que inúmeros são os textos que relatam, ainda que subjetivamente, a ocorrência de troca de vantagens.

Para Habib apud Barboza (texto digital) a sociedade que estava a se formar não possuía nenhum código moral. No Brasil, não se teve a preocupação em construir-se um código moral, pois os colonizadores nem se preocupavam com o seu destino, quiçá da criação de um código moral.

Tal atitude, segundo o mesmo doutrinador, fez com que o Brasil tivesse a estrutura sociopolítica que tem nos dias atuais, completamente frágil, contaminadas por algo denominado patrimonialismo, clientelismo e coronelismo.

Segundo Barboza (texto digital), o primeiro sistema político adotado no Brasil foi o das capitanias hereditárias, em que havia a privatização do patrimônio do rei. Contudo, não foi eficiente, instalando-se então um governo central, onde era permitida a arrecadação de impostos, de forma excessiva, tudo para atender Portugal, que apenas desfrutava das riquezas brasileiras.

Em síntese, é possível afirmar que na época, conforme descreveu Barboza (texto digital), não havia distinção entre o público e o privado, a riqueza era distribuída como patrimônio pessoal do governante, que fazia a divisão em troca de prestações, favores ou apoio político.

Para Barboza (texto digital), após a independência, não houve qualquer mudança na estrutura política/cultural, fazendo com que o estado continuasse mexendo na propriedade privada como bem entendesse. Ensina que o patrimonialismo, clientelismo e coronelismo são elementos que, ainda recorrentes, contribuíram muito para a prática da corrupção ao longo da história, especialmente no que diz respeito ao trato da coisa pública enquanto bem privado.

Conforme Bueno apud Santos et. al. (2015) nos tempos coloniais a corrupção ocorria pelos abusos e desmandos dos governos gerais, especialmente pelos adiantamentos dos salários aos que tinham um cargo maior e recebiam mais até o cancelamento dos salários àqueles que trabalhavam muito para ganhar pouco e menos qualificados. Ainda, na mesma época, as empreitadas também eram, na maioria das vezes, superfaturadas.

O doutrinador acrescenta um exemplo da corrupção que ocorria naquela época (1548), dizendo que Pero Borges foi encarregado de construir um aqueduto.

Contudo, antes do fim da obra a verba destinada à construção já havia se esgotado. Após investigações foi constatado que Pero Borges recebeu aproximadamente cinquenta por cento do total da verba destinada à obra.

Aponta Nucci (2015) que no Brasil, durante os anos 1970, havia propagandas de cigarros instigando a corrupção, pois o comercial afirmava que o brasileiro devia levar vantagem. Ainda, destaca-se que durante o mesmo período eram considerados inteligentes aqueles que descumpriam a lei.

Outro marco importante, que ocasionou uma responsabilização mais rigorosa daqueles que praticavam atos de corrupção foi o *impeachment* do presidente Collor, em 1992. O afastamento demonstrava que a política nacional estaria amadurecendo, tomando consciência no que diz respeito à corrupção, conforme leciona Barboza (texto digital).

Nas palavras de Peterlluzzi e Junior (2014), no Brasil, inúmeras são as normas que tinham a intenção de combater a corrupção e a improbidade administrativa.

Ressalta que em cada Constituição do país havia, de acordo com o momento histórico, algo se referindo à corrupção e à improbidade administrativa. Por exemplo, na Carta Magna de 1824, havia um dispositivo que aplicava ao imperador sua inviolabilidade, punindo aqueles que praticavam suborno, concussão ou pela simples inobservância ao texto legal, além da evaporação dos bens públicos. Demonstrando que sempre se teve, ainda que mínima preocupação com a corrupção e a improbidade administrativa.

Hungria apud Santos et. al. (2015) revela que a corrupção é sinônimo de poder dentro de um Estado e que está presente em todos os setores. Entretanto, em que pese a previsão legal, os processos penais que versam sobre corrupção, por muitas vezes, acabam ineficazes, pela dificuldade probatória ou até em decorrência de afetar os Estado, porquanto acabariam revelando certas cumplicidades, afetando diretamente as instituições governamentais.

Ainda, acrescenta que:

Uma sequência de episódio reforça a impressão de que a corrupção sempre esteve entre nós. No século XIX, os republicanos acusavam o sistema imperial de corrupto e despótico. Em 1930, a Primeira República e seus políticos foram chamados de carcomidos. Getúlio Vargas foi derrubado em 1954 sob a acusação de ter criado um mar de lama no Catete. O golpe de 1964 foi dado em nome da luta contra a subversão e a corrupção. A ditadura militar chegou ao fim sob acusações de corrupção, despotismo, desrespeito pela coisa pública. Após a redemocratização, Fernando Collor foi eleito em 1989 com a promessa de combater a corrupção, e foi expulso de poder acusado de fazer o que condenou. Nos últimos anos, as denúncias proliferam, atingindo todos os poderes e instituições da República e a própria sociedade. (CARVALHO apud SANTOS et. al., 2015).

Segundo o entendimento de Santos et. al. (2015) a impunidade da corrupção no Brasil não decorre da falta de legislação, pois no Código Penal promulgado em 1940 existem muitos artigos que se referem a condutas que prejudicam a Administração pública, como por exemplo, os artigos 312 e seguintes, os artigos 337-B a 337-D, os quais, quando aplicados, poderiam, efetivamente, produzir resultados significativos na redução da corrupção.

Por fim, o legislador brasileiro da década de 1940, segundo entendimento de Prado (2010), distinguiu melhor a corrupção passiva (praticada por funcionário público) da corrupção ativa (praticada por particular), pois criou figuras criminais distintas, com características e punições diferentes.

Impende mencionar que a constante modificação do cenário social e político mundial acarretam em uma exigência cada vez maior por uma repressão mais austera dos delitos de corrupção.

De acordo com Bitencourt (2014), o atual Código Penal distinguiu a corrupção ativa da corrupção passiva para, em tese, facilitar a punibilidade do corrupto, mormente porque há consumação do delito sem a anuência do particular ou do funcionário público.

No ponto, merece também destaque a fala de Barboza (texto digital) ao dizer que atualmente, existe um sentimento tanto que ambíguo, pois, ao mesmo tempo em que há uma realidade democrática e uma sociedade mais consciente e menos tolerante à corrupção, há um sentimento de que a corrupção é uma tradição, que ela está enraizada no Estado, nada podendo se fazer para modificá-la.

A mesma autora aponta que:

[...] o Brasil sofre de um índice elevado de corrupção, a qual, mantendo cravadas suas raízes históricas e culturais profundas, tira proveito das atuais facilidades do mundo globalizado, caracterizando-se, o exemplo brasileiro, como um caso paradigmático de corrupção contemporânea. (BARBOZA, texto digital)

Nesse sentido, é o que demonstra a Transparência Internacional, através do Índice de Percepção da Corrupção (2015), realizado anualmente, analisando os níveis de corrupção no setor público.

Aponta o estudo que sessenta e oito por cento dos países do mundo sofrem problemas graves com corrupção, sendo que metade dos vinte países com as maiores economias do mundo está nessa lista.

Segundo a pesquisa, nenhum país do mundo é completamente livre da corrupção.

Ainda, segundo o Índice de Percepção da Corrupção (2015) o Brasil caiu posições no ranking e a culpa recai sobre os escândalos da Petrobrás, em que políticos pedem propinas em troca de adjudicação de contratos públicos

Outro ponto que merece destaque, citado pela Transparência Internacional é o fato de que os países mais corruptos estão nos lugares menos pacíficos.

Por fim, destaca-se que o Índice de Percepção da Corrupção (2015) varia de uma nota de zero a cem, onde zero é um país completamente corrupto e cem é um país livre de corrupção. No mundo, o país mais corrupto é a Somália, com uma nota oito e o país menos corrupto é a Dinamarca, alcançando noventa e um pontos. Por sua vez, o Brasil, atualmente, ocupa a posição 76º, tendo alcançado apenas a nota trinta e oito.

2.4 A legislação existente na Itália, Espanha, EUA, Holanda e Alemanha no que diz respeito ao combate da corrupção

A corrupção não é um problema só brasileiro, ao contrário, existe em todos os países do mundo, como já explanado anteriormente. Assim, considerando a internacionalização da corrupção, esclareceremos sobre a legislação existente em

alguns países, e escolhemos Itália, Espanha, Holanda, EUA e Alemanha, especialmente pelas diferentes formas de punir a corrupção, ainda que, por exemplo, no caso da Espanha, não exista legislação que puna os delitos de corrupção.

Torres e Cerina (2011) dizem que a internacionalização é um fenômeno natural do mundo atual. Razão pela qual existem modificações notórias nas relações internacionais, especialmente no que diz respeito à circulação de capital e mercadorias.

Assim, para os escritores mencionados é necessário que exista uma regulamentação que garanta a manutenção desse novo modelo, pois seus efeitos afetam vários Estados, devido a sua natureza internacional.

Ainda, ensina que é preciso adequar a política criminal para aproximar o conteúdo das leis entre os diferentes estados, principalmente para fornecer respostas adequadas e eficazes.

Torres e Cerina (2011) destacam que, internacionalmente, por uma pressão norte-americana, após escândalos, foi aprovado o *Foreign Corrupt Practice Acts*, cujo fim era a proibição das empresas nacionais a subornarem funcionários públicos estrangeiros. Esse ato, sem dúvida, acabou harmonizando, mundialmente a corrupção, especialmente a corrupção de funcionários estrangeiros.

Para Torres e Cerina (2011) o maior instrumento jurídico internacional contra a corrupção é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, do qual o Brasil é signatário, cujo objetivo é criminalizar o suborno entre os indivíduos.

De acordo com Oliveira e Oliveira (2007) a Itália foi um exemplo no que diz respeito ao combate da corrupção, especialmente pela ocorrência da Operação Mãos Limpas. Após, o país formulou uma legislação mais forte ao combate à corrupção, a fim de defender o dinheiro, patrimônio e a moralidade da Administração Pública.

Ainda, o mesmo autor destaca, sobre a Itália, que o Código Penal Italiano possui um trecho sobre os delitos contra a administração pública, onde estão previstos inúmeros delitos de corrupção.

Torres e Cerina (2011) lecionam que nos códigos penais espanhóis, inclusive no atualmente vigente, não existe tipo penal em que conste a palavra corrupção, com exceção do delito de corrupção de menor.

A razão apresentada pela não utilização da palavra corrupção no código penal espanhol se deu pelo fato de não existir nenhum conceito definido, porquanto que, como já mencionado anteriormente, a corrupção possuiu inúmeros significados e conceitos.

Os autores explicam que o fato de o Código Penal espanhol não ter tipificado a corrupção não quer dizer que não existe preocupação com a corrupção, a qual é definida como suborno.

Torres e Cerina (2011) dizem que a expressão suborno foi inserida apenas para dar cumprimento aos instrumentos internacionais assinados pela Espanha, mormente para harmonizar a legislação espanhola com os demais países menores.

Marcus (2015) esclareceu que os crimes de corrupção e todas as fraudes contra a administração tem um valor dez vezes maior à sociedade do que aqueles que envolvem violência, como o caso do furto, além de serem difíceis de contabilizar o montante dos danos causados.

Ainda, destacou que os crimes de corrupção causam perdas significativas, pois acabam, indiretamente, afetando a segurança, a saúde, ao meio ambiente. Enfim, ao sistema de um país inteiro.

Para Marcus (2015) a corrupção nos Estados Unidos é descoberta pela chamada “doutrina da conspiração”, pois se assim não fosse seria muito difícil descobrir a sua ocorrência. Para melhor esclarecer relatou o exemplo de um prefeito que tinha vários aliados, todos corruptos. Um dos envolvidos vai ao promotor e conta toda a fraude, em troca de uma imunidade que lhe é oferecia. O que, geralmente, acaba atraindo toda a rede, fazendo com que o esquema seja descoberto.

Outro ponto explicado por Marcus (2015), que merece destaque no sistema norte americano é que todos, no caso o prefeito e seus aliados, são punidos por tudo, mesmo que só tenha praticado um dos ilícitos, a acusação é uma só.

Para Torre e Cerina (2011) nos Países Baixos até a corrupção privada, entre empregador e empregado é punida. Em síntese, trata-se de um esquema de compra e venda, onde um sujeito compra um fazer, uma atuação de outro sujeito.

Os escritores esclarecem que o delito se consuma no mesmo momento em que se oculta o suborno, sendo irrelevante se é a “recompensa” de um ato já praticado ou para realizar um ato, bem como se o ato foi feito conforme ajustado entre as partes.

Na Alemanha, Torre e Cerina (2011) dizem que a corrupção no setor privado ainda é bastante discutida. Tendo como início no século XIX quando alguns doutrinadores apoiavam a criação da lei da concorrência desleal, onde o crime de corrupção de funcionários acabou sendo tipificado como crime.

Os doutrinadores esclarecem que diferentemente da legislação holandesa e italiana, na Alemanha a corrupção privada é um ilícito constituído em torno da proteção de um interesse cuja propriedade não se limita ao empregado e empregador.

Para eles, a corrupção é punível quando há troca de vantagens, favorecimentos que ocorrem na compra de bens ou serviços comerciais, ficando visível que o que está se protegendo é a concorrência leal.

Por fim, cabe destacar que atualmente a corrupção não é mais vista como algo que existe somente em países subdesenvolvido ou onde ainda predomine o clientelismo, ela existe em países estáveis, com uma economia consolidada e naqueles subdesenvolvidos, como muito bem leciona Prado (2011).

O delito de corrupção, previsto tanto no artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva) como aquele previsto no artigo 333 do Código Penal, serão abordados no próximo capítulo; também serão traçadas diferenças com outros crimes que, à primeira vista, se assemelham com a corrupção. No ponto, cabe esclarecer que o foco do presente trabalho é uma análise do delito de corrupção ativa, que também será abordado no capítulo que segue.

3 CARACTERÍSTICAS DO DELITO DE CORRUPÇÃO ATIVA E AS DIFERENÇAS COM OUTROS TIPOS PENAIIS

Como já mencionado anteriormente, a corrupção, de forma genérica, pode ser entendida como uma ausência moral, cuja finalidade é auferir alguma vantagem.

O legislador brasileiro, ao tipificar a corrupção como crime, o fez em tipos penais distintos: a corrupção passiva, prevista no artigo 317 do Código Penal e a corrupção ativa, inculpada no artigo 333 do Código Penal.

Em síntese, a primeira forma de corrupção ocorre quando o funcionário público solicita ou recebe vantagem indevida do particular. Por seu turno, a segunda hipótese, consiste em oferta ou promessa de vantagem indevida do particular ao funcionário público.

Outrossim, impende ressaltar que em ambos os casos estamos diante de delitos que visam proteger a Administração Pública, especialmente o seu regular funcionamento. Isso acontece porque os delitos em questão causam sérios prejuízos à Administração Pública, que nem sempre serão somente econômicos.

3.1 A corrupção ativa: o artigo 333 do Código Penal Brasileiro

O tipo penal e conceito de corrupção ativa estão previsto no artigo 333 do Código Penal, *in verbis*:

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.

Estefan (2015) leciona que a corrupção sempre envolverá ao menos duas pessoas, quais sejam: o corruptor e o corrupto, sendo que ambos irão concorrer para afetarem o objeto jurídico do tipo penal, a probidade e moralidade da Administração Pública. Em que pese a igualdade de objetivos entre o corruptor e corrupto, eles não responderão pelo mesmo delito, porquanto a legislação brasileira adotou, para a corrupção, dois tipos penais diferentes: a corrupção passiva, inserida no rol de crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública e a corrupção ativa, situada entre os delitos praticados por particular contra a administração pública, tratando-se assim de uma exceção pluralística a teoria unitária ou monista.

Acrescenta Capez (2014) que o legislador brasileiro definiu dois tipos penais distintos para punir os dois sujeitos separadamente e para que uma causa não fique dependendo da outra, razão pela qual estamos diante de um caso de exceção pluralista ao princípio unitário que norteia o concurso de agentes.

Para Estefan (2015) o legislador brasileiro optou pela distinção em separado, pois ela permite reconhecer uma figura penal sem a outra. Em síntese, afirma que a existência de um crime de corrupção passiva não exige a existência de um delito de corrupção ativa.

No que diz respeito aos sujeitos do delito de corrupção ativa, Mirabete e Fabrini (2009) mencionam que ele pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive por funcionário público, quando ele estiver despidido dessa qualidade, agindo como se fosse um particular, uma pessoa comum.

Bittencourt (2014, p. 245) acrescenta dizendo que “na verdade, o funcionário público, agindo como particular, pode efetivamente funcionar como sujeito ativo do crime de corrupção ativa, em relação ao funcionário público”.

Nuci (2015) leciona que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo da corrupção ativa, inclusive o funcionário público desde que esteja agindo como particular.

Contudo, explica que mesmo no exercício de sua função, o funcionário público pode corromper alguém. Quando isso ocorrer, estamos diante de um desvio funcional, em que o sujeito se submete a penas administrativas e as medidas cabíveis na esfera penal.

Ainda conforme o mesmo doutrinador, sobre a admissão do cometimento do crime de corrupção ativa, dois são os entendimentos. O primeiro diz que como o tipo penal exige só a oferta ou promessa de vantagem indevida para funcionário público, para que ele pratique, omita ou retarde um ato de ofício, qualquer pessoa poderá ser o sujeito ativo, inclusive o funcionário público, porquanto ele se aproveita de facilidades que lhe dão o cargo. Já a segunda corrente diz que o funcionário público só poderá ser autor do delito de corrupção ativa quando estiver agindo como particular despedido do cargo para prometer ou oferecer uma vantagem indevida a funcionário público.

O sujeito passivo é o Estado, por intermédio do ente ao qual o servidor está vinculado, leciona Estefan (2015)

Bitencourt (2014) acrescenta que o sujeito passivo é o Estado-Administração, incluindo a União, Estados, Distrito Federal e Município e não o funcionário público, em que pese à vantagem indevida seja destinada a ele.

Ainda, o referido esclarece que *“o direito penal considera funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”*.

Bitencourt (2014) lembra que o artigo 327 do Código Penal ampliou o conceito de funcionário público, pois basta o indivíduo exercer, mesmo que temporariamente ou sem remuneração, cargo, emprego ou função pública. Ainda, a Lei nº 9.983/2000 que acrescentou o §1º do artigo 327 do Código Penal, equiparando a funcionário público aqueles que exercem cargo, emprego ou função em entidade paraestatal e aqueles que trabalham em empresas prestadoras de serviço contratadas ou conveniadas para a execução de atividade da Administração Pública.

3.2 O bem jurídico tutelado

Para Prado (2014) os delitos de corrupção ativa e corrupção passiva, ao menos na legislação brasileira, guardam em comum o bem jurídico a ser protegido.

Esclarece o autor que o bem jurídico traz noções de lealdade, fidelidade infração de dever funcional, porquanto se busca a obediência ao dever de probidade, integridade, a fim de se evitar danos ao regular e bom exercício da função pública.

Mirabete e Fabrini (2009) resumem o objeto jurídico como sendo a probidade da Administração Pública. Há um objetivo em evitar a corrupção do funcionário, fazendo com que ele não pratique qualquer ato de improbidade e prejudique o exercício de sua função pública.

Prado (2014) cita que para a existência do crime de corrupção passiva é preciso que ocorra uma violação ao dever funcional, a punição de uma infração funcional cabe uma análise no direito administrativo.

No ponto, cabe destacar os dizeres de Prado (2014):

É interessante frisar que a corrupção delitiva representa uma agressão ao próprio funcionamento do Estado democrático de Direito. Atinge o bom e regular funcionamento da Administração Pública, que deve atuar sempre com objetividade e imparcialidade a serviço dos interesses gerais, segundo exigência da Constituição Federal, que destaca a probidade e a impessoalidade como dever de todos aqueles que exercem funções públicas, além da eficiência inerente à prestação do serviço público. (PRADO, 2014, p. 1347)

Capez (2014) leciona no mesmo sentido, dizendo que o delito de corrupção ativa, visa proteger a moralidade da Administração Pública e o normal funcionamento da Administração Pública. Busca-se assim, evitar que uma ação externa na corrupção ativa, o particular não pode corromper a administração, bem como, na corrupção passiva, quando se evita que os funcionários públicos recebam vantagens indevidas para praticar ou deixar de fazer atos de ofício.

De acordo com Bitencourt (2014) o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, como citam os demais doutrinadores, sua moralidade e probidade. A honestidade da função pública, o seu respeito para com a sociedade e a integridade de seus servidores e funcionários.

Prado (2014) leciona que ao se deixar corromper o funcionário público atenta-se ao desempenho impessoal da atividade pública, pois ele acaba se colocando em uma posição parcial em relação ao particular que lhe ofereceu a vantagem, ou seja, o funcionário público irá atuar de forma imparcial para alcançar o que lhe foi prometido pelo particular. Desta forma, o funcionário público, perderá a objetividade na tomada de decisões administrativa, em prol de seus interesses pessoais, para a obtenção de vantagens, em detrimento do interesse geral, ferindo de morte os princípios constitucionais da administração pública.

Adiciona o escritor que, como já mencionado no capítulo anterior, a corrupção é uma confusão de interesses. Esta confusão ocorre pela interposição de interesses privados sobre o interesse público, fazendo com que ocorra o enriquecimento pessoal do agente público corrupto e de outras tantas pessoas, que se apropriam ou desviam dinheiro e patrimônio público para a esfera privada. Salienta-se também que, na maioria das vezes, os interesses são de natureza econômica.

Para Prado (2014) essa interposição de interesses públicos e privados é denominada de economia da transgressão, que se utiliza de instrumentos e/ou instituições jurídico-privadas para praticar crimes contra a Administração Pública ou desviar e encobrir a vantagem indevida recebida pelo agente.

Com o fim de evitar a disseminação da corrupção, foi feita a Convenção Interamericana contra a Corrupção. Nela ficou estabelecido que cada Estado integrante deverá criar leis que proibam oferecimento ou promessa a um funcionário público de outro Estado qualquer objeto de valor pecuniário ou outro benefício, como presentes e favores, para que esse omita qualquer ato inerente ao exercício de suas funções públicas.

Bitencourt (2014) acrescenta que para a sua tipificação é necessária a ofensa aos bens jurídicos protegidos. Contudo, nem sempre a ofensa é suficiente para causar um injusto típico.

O autor diz que é fundamental uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a necessidade da intervenção estatal, mormente porque quando a intervenção estatal for mínima e a gravidade da conduta também, estamos diante de um caso conhecido como o princípio da insignificância ou bagatela. Assim,

não haveria nenhuma relevância material, afastando-se a tipicidade penal, pois o bem jurídico tutelado não foi lesado.

Sobre a insignificância no delito de corrupção ativa, Bitencourt (2014) leciona também que a conduta deve ser aferida pela importância do bem jurídico tutelado, que é a moralidade e funcionamento da Administração Pública, bem como pelo grau de intensidade, pelo tamanho da lesão produzida. É preciso uma valoração global da ordem jurídica.

No que tange ao momento consumativo do crime de corrupção Estefan (2015) explica que ocorre a consumação quando da solicitação, exigência aceitação ou obtenção de promessa ou vantagem indevida, pois se trata de um crime formal; ou seja, não há necessidade de que o funcionário público aceite a vantagem indevida, caso assim fizesse estaria incorrendo no delito de corrupção passiva, previsto no artigo 317 do Código Penal Brasileiro.

O entendimento adotado por Capez (2014) é o mesmo. Para ele, por ser um crime formal a consumação ocorre com a simples oferta ou promessa da vantagem indevida, quando ela chega ao conhecimento do funcionário público, mesmo que ele não aceite.

Bitencourt (2014) ensina que somente a promessa ou a oferta de vantagem indevida a funcionário público já causa uma lesão significativa ao bem jurídico tutelado pela corrupção ativa, a Administração Pública, por isso há consumação quando o funcionário público toma conhecimento da oferta ou da promessa da vantagem indevida.

Por outro lado, o referido autor ensina que é admitida a tentativa quando a oferta ou promessa de vantagem indevida for feita por escrito e, por algum motivo diverso, o texto não chega ao conhecimento do funcionário público.

Capez (2014) afirma que a tentativa é inaceitável quando a oferta ou promessa de vantagem indevida ao funcionário público for feita oralmente, pois ela torna o crime unissubsistente.

Leciona Nucci (2015) que o Superior Tribunal de Justiça admite a forma tentada do delito de corrupção ativa quando a proposta de vantagem indevida não chega ao conhecimento do funcionário público.

Ainda, o mesmo autor ressalta que como estamos diante de um crime formal, ou de mera conduta, basta que o agente ofereça ou prometa vantagem indevida. Não há exigência de que ocorra aceitação por parte do funcionário público

O crime de corrupção ativa não exige a bilateralidade do crime de corrupção, porquanto que o agente corrupto pode oferecer vantagem indevida ao funcionário público, independentemente de aceitação o crime já estaria consumado, é o que ensina Nucci (2015).

Na espécie, Nucci (2015) lembrou que é necessário que a promessa ou oferecimento de vantagem indevida, no delito de corrupção ativa, deve ocorrer antes do ato de ofício, pois, se após a realização do ato há a oferta ou promessa, estaríamos diante de uma gratificação, tornando, algumas vezes o fato atípico ou o crime de corrupção passiva.

Bittencourt (2014) afirma que no crime de corrupção ativa o dolo é:

[...] constituído pela vontade consciente de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para praticar, retardar ou omitir a prática de ato de ofício. Essa infração penal exige também o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de agir, isto é, “para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. O fundamento real de todo o crime é a concretização a vontade num fato externo, já que o crime não é somente má, mas a vontade má concretizada num fato, pois o tipo subjetivo abrange todos os aspectos subjetivos da descrição típica da conduta proibida que, concretamente, produzem o tipo subjetivo (BITTENCOURT, 2014, p. 249).

O dolo é o elemento subjetivo deste tipo penal, inexistindo previsão para aquela de natureza culposa. Nesse sentido, Greco (2014) destaca que o agente deve conhecer todos os pressupostos para a configuração do delito de corrupção.

Capez (2014) diz que o dolo no crime de corrupção ativa é a vontade livre e consciente de oferecer ou prometer vantagem, que sabe ser indevida para um funcionário público, mormente para que este deixe de praticar, omita ou retarde um ato de ofício.

Delmanto et. al. (2007) ensina que no crime de corrupção ativa não é inadmissível a sua modalidade culposa.

No mesmo sentido é o entendimento adotado por Nucci (2015). Para ele há necessidade do dolo, ou seja, a vontade consciente de realizar a conduta típica, mas também exige o dolo consciente, para determinar que o funcionário pratique, omita ou retarde um ato de ofício, sendo que o ato deve ser de competência exclusiva de um funcionário público.

Na espécie, cabe destacar também que, conforme ensina a parte geral do Código Penal Brasileiro, não estando a modalidade culposa expressa no delito de corrupção ativa, ela é inexistente para este tipo penal.

Bitencourt (2014) ressalta que estamos falando de um crime comum, pois qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo; formal, porque não exige a produção de resultado, especialmente a ocorrência de dano à Administração Pública; instantâneo, já que uma vez oferecida ou prometida a vantagem indevida já há a produção de algum resultado; unissubjetivo, uma vez que pode ser praticado individualmente pelo agente, em que pese seja admitido o concurso de agentes; de forma livre, pois pode ser praticado por qualquer meio e comissivo, pois é necessária uma ação do sujeito ativo.

Prado (2014) lembra que a corrupção ativa será majorada em um terço quando, diante da vantagem oferecida ou prometida, o funcionário público retardar ato de ofício, deixar de fazê-lo ou o faz, mas infringe deveres funcionais para fazê-lo.

O referido doutrinador destaca que o aumento de pena decorre do fato de o agente infringir os seus deveres funcionais, afetando ainda mais o funcionamento da Administração Pública.

“Caso o ato de ofício praticado não seja contrário ao dever funcional, não incidirá a referida majoração, devendo o agente responder apenas pela forma simples do delito de corrupção ativa”. (Capez, 2014, p. 590)

Cabe destacar também que, conforme leciona Estefan (2015), a pena cominada ao crime em análise é de dois a doze anos e multa, o procedimento a ser adotado é o rito comum ordinário, previsto nos artigos 395 a 405 do Código de

Processo Penal e a ação penal é de iniciativa pública, não se sujeitando a outra condição.

Ainda, a fim de ampliar a compreensão do delito em estudo, é salutar compará-lo com outros crimes, pois, não raras vezes há confusão nos seus entendimentos, o que será abordado no próximo tópico.

3.3 Diferenças entre os delitos de concussão, corrupção passiva, corrupção ativa e corrupção ativa de testemunha ou perito

O delito de concussão encontra previsão expressa no artigo 316 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

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 8 (oito) anos, e multa.

Em síntese, Estefan (2015) esclarece que o objetivo do delito de concussão é proteger a Administração Pública, sua moralidade e probidade.

Mirabete e Fabrini (2009) acrescentam que o interesse patrimonial do particular ou do funcionário público, de quem é exigido a vantagem indevida, também é protegido, pois acaba sendo afetado.

Portanto, na concussão, é punível o funcionário que exigir em decorrência do cargo que possui, ainda que fora de sua função, uma vantagem indevida, descreve Estefan (2015).

“Trata-se de uma espécie de extorsão praticada por funcionário público, com abuso de autoridade contra o particular, que cede ou virá ceder *metu publicae potestati*”. (ESTEFAN, 2015, p. 254)

Bitencourt (2014) demonstra que neste tipo penal é fundamental a exigência de uma vantagem indevida, que deve ser entendida como uma obrigação, uma imposição do sujeito ativo, que aqui sempre será o funcionário público. Em verdade,

na concussão, há uma imposição do funcionário público, acarretando constrangimento ao sujeito passivo com essa exigência.

Capez (2014) diz que na concussão a vítima cede às exigências do funcionário público, por medo de sofrer represálias vinculadas a função pública que exerce.

Segundo Prado (2014), os verbos nucleares do tipo penal em questão (concussão) são solicitar, receber ou aceitar. Solicitar é pedir, induzir, de forma explícita ou implícita, por meio de um comportamento que deixe transparecer a proposta do funcionário público ao particular. Receber remonta intenção de o funcionário público obter vantagem indevida. Por sua vez, aceitar é a aquiescência do funcionário público sobre a proposta de receber a vantagem indevida.

Conforme Prado (2014) o sujeito ativo do delito de concussão é o funcionário público, possuidor de uma função pública, bem como aquele que, ainda não esteja exercendo a função pública, se utilize dela para a prática do crime.

Para Mirabete e Fabbrini (2009) a vantagem pode ser exigida por outra pessoa, ainda que não seja funcionário público, mas por exigência deste.

Contudo, esclarecem que é imprescindível que o funcionário público se utilize da função pública ou dela prevalecendo, pouco importa se o agente está afastado da sua função pública.

Ainda, segundo Mirabete e Fabbrini (2009) é necessária que a exigência seja indevida, ilegal e contrária à previsão legal,

De acordo com Capez (2014), a concussão é crime formal, razão pela qual a consumação ocorre com a exigência da vantagem indevida. Por outro lado, também é possível a sua forma tentada, quando, por exemplo, a carta contendo a exigência de uma vantagem indevida é interceptada, ou seja, ela não chega ao conhecimento do particular.

Estefan (2015) ensina que é crime formal, pois a consumação é antecipada, sendo dispensável que o funcionário consiga a vantagem indevida ou cause um dano a outro.

Acrescenta o autor mencionado que o sujeito passivo é o Estado.

Por outro lado, a corrupção passiva encontra respaldo no artigo 317 do Código Penal Brasileiro:

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

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

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

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

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

De acordo com Mirabete e Fabbrini (2009) o bem jurídico tutelado, neste caso, é o bom funcionamento da administração pública, especialmente a sua probidade e moralidade.

Prado (2014) destaca que se busca proteger a eficiência e bom desempenho das atividades públicas e da função pública

“Procura-se com dispositivo penal impedir que os funcionários públicos passem no desempenho de sua função, a receber vantagens indevidas para praticar ou deixar de praticar atos de ofício.” (CAPEZ, 2014, p. 505).

Segundo Prado (2014) o verbo nuclear do delito de corrupção passiva consiste em solicitar, ou seja, pedir, deixar transparecer o desejo por uma vantagem indevida, receber, consistente em obter a vantagem oferecida ou aceitar, anuindo, de alguma forma, com a proposta ofertada.

Na espécie, Capez (2014) ensina que o verbo solicitar é pedir, inexistindo qualquer forma de violência, ou seja, o funcionário pede à vítima, que cede por vontade própria, bastando a solicitação para a configuração do delito.

Por seu turno, o escritor acrescenta que receber consiste em aceitar uma proposta feita por um terceiro. No caso, o funcionário público além de aceitar recebe a vantagem indevida.

Para Capez (2014) o verbo aceitar a promessa de receber vantagem indevida exige a concordância do funcionário público, ainda que não ocorra o recebimento da vantagem ofertada.

Acrescenta o doutrinador que, como nos demais delitos, a vantagem indevida é:

[...] todo benefício ou proveito contrário ao Direito, direcionado, no caso, ao agente ou a terceira pessoa, constituindo, portanto, elemento normativo jurídico do tipo de injusto. Embora para alguns a vantagem deva ser de natureza patrimonial, acolhe-se aqui o entendimento de que sua acepção deve ser entendida em sentido amplo, já que o funcionário público pode se corromper traficando com a função sem que a retribuição almejada tenha necessariamente valor econômico [...]. A vantagem indevida auferida ou aceita pelo funcionário público deve ser indevida, ou seja, contrária ao Direito, podendo consubstanciar-se em dinheiro, bem imóvel, joias, distinções honoríficas ou qualquer outro objeto ou coisa apreciável. (PRADO, 2014, p. 1349)

No que diz respeito aos sujeitos do delito Bitencourt (2014) ensina que o sujeito ativo do crime de corrupção passiva é o funcionário público, ainda que não esteja exercendo a função pública, ou seja, é necessário que o sujeito ativo se utilize da função que exerce para praticar o delito em questão.

Capez (2014) também leciona que por se tratar de um crime próprio, somente o funcionário público pode ser o autor do delito em decorrência da função que exerce, ainda que não esteja exercendo-a ou sem ter assumido o cargo.

No ponto, Estefan (2015) menciona que não há óbice para que o particular participe como um colaborador para a prática do ilícito, tampouco como eventual beneficiário da vantagem indevida.

O sujeito passivo, no delito em questão é o Estado, ao qual se vincula o agente corrupto, destaca Estefan (2015).

Bitencourt (2014) acrescenta que, também é sujeito passivo da corrupção passiva a entidade de direito público, bem como o particular, quando lesado.

Segundo Mirabete e Fabbrini (2009) a corrupção passiva não exige a ocorrência de resultado, ou seja, a consumação ocorre com a mera solicitação da vantagem ou aceitação da promessa, sendo irrelevante que o funcionário praticou, omitiu ou retardou ato de ofício.

Capez (2014) explica que não é preciso que o particular efetivamente entregue a vantagem indevida para que ocorra a consumação do delito. Ou seja, o momento consumativo é quando da solicitação, aceitação ou recebimento de vantagem indevida, leciona Estefan (2015).

No que diz respeito à tentativa da corrupção passiva, destaca-se o seguinte trecho:

A tentativa é, de regra, inadmissível: ou o sujeito recebe ou aceita a vantagem (e o delito se consumou), ou não a recebe ou a recusa (e não há crime). Na modalidade “solicitação”, quando cometida verbalmente, também é inviável a forma tentada. Só caberá o *conatus proximus*, enfim, quando se tratar de solicitação escrita, pois ela pode ser extraviada sem chegar ao conhecimento do particular. (ESTEFAN, 2015, p. 275).

De acordo com Bitencourt (2014), a corrupção passiva é um crime próprio, pois exige a qualidade específica de funcionário público; formal, porquanto não há necessidade de resultado naturalístico para a consumação no caso do verbo solicitar; material no caso dos verbos receber e aceitar, pois é necessário um resultado naturalístico para a consumação.

O mesmo autor diz que o delito em análise é de forma livre, praticado de qualquer forma; instantâneo; unissubjetivo na modalidade de solicitar e plurissubjetivo nas modalidades de receber e aceitar.

Ainda, Bitencourt (2014) esclarece que estamos diante de um delito plurissubsistente nas modalidades de receber e aceitar e unissubsistentes na modalidade de solicitar.

Por outro lado o delito de corrupção ativa de testemunha ou perito encontra amparo legal no artigo 343 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação:
Pena - reclusão, de três a quatro anos, e multa.
Parágrafo único. As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

Mirabete e Fabrini (2009) lecionam que o objeto jurídico deste delito é a administração da justiça, porquanto visa proteger, principalmente a prova pericial e

testemunhal. Isso porque ela poderá causar graves prejuízos à prova produzida em um processo e, conseqüentemente à justiça.

Segundo Bittencourt (2014) a corrupção de testemunha ou perito irá envenenar a idoneidade e a eficácia da justiça, ferindo a imparcialidade e probidade das provas em um processo e, por conseguinte, ferindo a imparcialidade da decisão final.

O referido autor esclarece que neste crime qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo, não sendo exigida nenhuma característica especial. Por outro lado, o destinatário do suborno deve ter alguma das condições específicas previstas no tipo penal para que possa efetivar o desejo do sujeito ativo, quais sejam: ser testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete.

Estefan (2015) cita que a testemunha, o perito, o contador, o tradutor ou o intérprete devem estar investidos em suas funções no momento da conduta.

No que diz respeito ao sujeito passivo Mirabete e Fabrini (2009) ensinam que será o Estado e a pessoa que sofre algum dano em virtude da conduta praticada pelo corrupto.

Para Estefan (2015) os verbos nucleares do tipo são dar, consistente em ceder, prometer, ou seja, asseverar que fará, ou oferecer, no caso, propor algum benefício.

Para Prado (2014) o sujeito ativo pode utilizar diversas formas para a consumação do delito de corrupção ativa de testemunha ou peritos, como por exemplo, palavras, escritos, gestos e outras, pois a sua forma é livre.

O mesmo autor leciona que o dar, prometer ou oferecer devem, necessariamente, ser em dinheiro ou qualquer outra vantagem que representem um benefício para que ocorra a afirmação falsa, negação ou omissão da verdade por parte da testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete.

Mirabete e Fabbrini (2009, p. 387) ensinam que “se o perito ou testemunha for oficial (exercendo a função como titular de específico cargo público), o crime será o do artigo 333”.

Os doutrinadores supracitados afirmam que a consumação ocorre quando há a dação, oferta ou promessa de recompensa, não sendo necessário que ocorra a aceitação. Também, não deixa de ser consumado o delito quando há a aceitação da benesse, mas não ocorre a afirmação falsa, negação ou omissão da verdade.

Já explanamos sobre as características do delito de corrupção ativa, contudo, apenas para lembrar o leitor, faremos um breve resumo sobre o delito.

Em síntese, a corrupção ativa está insculpida no artigo 333 do Código Penal, sendo que as ações típicas do delito em questão correspondem em oferecer e prometer alguma vantagem indevida ao funcionário público, explica Estefan (2015).

Prado (2014) ensina que o objetivo do crime de corrupção ativa é fazer com que o funcionário público pratique, omita ou retarde um ato de ofício.

O mesmo autor esclarece que, resumidamente, a consumação se dá com a simples oferta ou promessa de vantagem indevida, sendo dispensável que o funcionário público o aceite. A tentativa é possível no caso de oferta escrita.

Assim, com base nos dados acima fornecidos, pode-se verificar a diferença entre o crime objeto central deste estudo e os delitos de concussão, corrupção passiva e corrupção ativa de testemunha.

Os delitos de corrupção passiva e concussão são praticados por funcionário público. No primeiro caso o funcionário público solicita ou recebe uma vantagem indevida. Já no segundo caso há uma exigência do funcionário público de uma vantagem indevida, decorrente da função que exerce, sendo que essa exigência causa temor à vítima.

Outrossim, a corrupção ativa é um crime praticado por qualquer pessoa, inclusive o funcionário público, desde que não esteja exercendo a função. O terceiro irá oferecer ou prometer uma vantagem para que o funcionário público pratique, omita ou retarde um ato que deveria fazer de ofício.

Capez (2014) ensina que o simples oferecimento ou promessa de vantagem indevida ao funcionário público já configura a corrupção ativa. Não é necessário que o funcionário público aceite ou receba a vantagem indevida (corrupção passiva).

Ainda, o mesmo autor esclarece que, em que pese a corrupção não seja um crime bilateral, haverá casos em que a corrupção passiva só ocorrerá se houver a prática, concomitante, do delito de corrupção ativa.

Assim, na conduta do funcionário que recebe vantagem (CP, art. 317), é pressuposto necessário que haja anteriormente a ocorrência do delito de corrupção ativa na modalidade “oferecer vantagem indevida a funcionário” (CP, art. 333). O mesmo se dá na modalidade “aceitar promessa de tal vantagem” (CP, art. 317), cujo pressuposto necessário é que haja a anterior ação de prometer vantagem pelo *extraneus*. (CAPEZ, 2014, p. 591)

Segundo Capez (2014), quando o funcionário público solicita uma vantagem indevida já há a ocorrência do delito de corrupção passiva, sendo dispensável a entrega da referida vantagem.

No ponto, sublinha-se que o doutrinador acima referido entende que, caso ocorra à entrega da vantagem indevida, não haverá a prática do delito de corrupção ativa, pois o tipo penal tem como verbos nucleares do tipo apenas prometer ou oferecer, sendo então a entrega atípica.

Por fim, destaca-se que o ponto mencionado no parágrafo anterior será analisado com mais profundidade no próximo capítulo, bem como será feita uma análise do núcleo do tipo penal previsto no artigo 333 do Código Penal Brasileiro.

4 ANÁLISE DO TIPO PENAL DE CORRUPÇÃO ATIVA

A corrupção ativa ocorre quando há a oferta ou promessa de vantagem indevida ao funcionário público para que este pratique, omita ou retarde um ato de ofício.

Assim, é, em tese, punível a oferta ou promessa de vantagem indevida. Contudo, na espécie, existe uma grande discussão na tipicidade ou não do delito de corrupção ativa quando o particular dá ou entrega vantagem indevida ao funcionário público.

Para a configuração da corrupção ativa é preciso que a vantagem seja indevida, bem como que ela seja prometida ou ofertada a um funcionário público e que o objetivo de sua oferta ou promessa seja para que o corrompido pratique, omita ou retarde um ato de ofício, de sua competência. É fundamental que todos os elementos estejam presentes; caso contrário, estaria afastada a tipicidade da conduta, ou seja, o fato seria atípico.

Em síntese, a primeira divergência no que se refere a conduta de dar é quando o particular oferece ou promete vantagem indevida ao funcionário público e depois da prática, omissão ou retardamento do ato de ofício entrega a respectiva vantagem. A segunda, acontece quando o particular entrega a vantagem indevida que foi solicitada pelo funcionário público. Assim, busca-se com o presente capítulo

saber quais são os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre tais assertivas.

4.1 O núcleo do tipo: oferecer ou prometer vantagem indevida

De acordo com Mirabete e Fabbrini (2009) as ações que devem ser praticadas no delito de corrupção ativa são oferecer e prometer alguma vantagem indevida ao funcionário público.

Bittencourt (2014) acrescenta afirmando que, em se tratando de corrupção ativa, a conduta típica a ser praticada é a oferta ou promessa de vantagem indevida ao funcionário público, para que este pratique, omita ou retarde um ato de ofício.

Por seu turno, Capez (2014), esclarece que a oferta de uma vantagem indevida consiste em colocar à disposição ou para a aceitação do funcionário público. Já a promessa de vantagem indevida é comprometer-se, garantindo a vantagem ao funcionário público.

Conforme Prado (2014) o verbo oferecer consiste em uma apresentação, colocar a disposição do funcionário público uma vantagem indevida. Por outro lado, o verbo prometer acontece quando o agente passivo se compromete em dar a vantagem indevida ao funcionário público.

Leciona Estefan (2015) que a oferta ou promessa pode ocorrer de qualquer forma, implícita ou explicitamente.

Sobre o tema, cabe destacar também o seguinte trecho:

De todos os meios pode valer-se o corruptor: palavras, atos, gestos, escritos, etc. Tanto é corruptor quem dá dinheiro ao funcionário, como o que lhe envia uma carta como ele, ou o deixa sobre sua mesa da repartição. É mister apenas que a ação seja inequívoca, positivando o propósito do agente. (NORONHA apud MIRABETE E FABBRINI, 2009, p. 343)

Contudo, diferente é o posicionamento adotado pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ART. 333, CAPUT, DO CP. ABSOLVIÇÃO. CONDUCTA ATÍPICA. DESCAMINHO. ART. 334, § 1º, ALÍNEA B, DO CP. EMENDATIO LIBELLI. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE SUBSTITUÍDAS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 1. Embora a corrupção ativa configure infração penal de mera conduta, bastando para sua configuração o oferecimento de vantagem ao funcionário, tal oferta deve ser certa, inequívoca, concreta e revestida de seriedade. No caso dos autos, a simples menção do réu a tentar "fazer um acerto", sendo este motivado pela própria situação de flagrância, por seu costume relacionado à atividade policial ilícita no Paraguai ou pela ciência de que, de fato, transportava uma carga ilícita, constitui uma proposta vazia, impossibilitando o enquadramento do fato como crime de corrupção. 2. Comprovado nos autos que os acusados MARIA ODILA e PEDRO MIGUEL, de maneira livre e consciente, concorreram para a introdução e transporte no território nacional de cigarros de procedência estrangeira, desacompanhados de documentação de sua regular importação, resta caracterizado o delito de descaminho. Assim, basta correção da inicial para adequada tipificação do fato delituoso, já que as elementares do tipo penal foram perfeitamente descritas na denúncia. 3. Prova emprestada produzida sob o crivo do contraditório e advinda de processo em que os apelados restaram condenados é irrepetível e deve, portanto, ser acolhida, em não sendo a única nos autos a aclarar a autoria (Precedentes desta Corte, do STJ e STF). 4. O elemento subjetivo do crime em comento, esgota-se no dolo genérico, bastando a vontade livre e consciente de introduzir os produtos estrangeiros sem o pagamento dos impostos. 5. Substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestações de serviços à comunidade ou à entidades públicas e prestações pecuniárias. (TRF4, ACR 2006.71.05.000820-7, Sétima Turma, Relator Tadaaqui Hirose, D.E. 04/06/2010)

Segundo o entendimento adotado pelo julgado em exame, a oferta ou promessa de vantagem indevida deve ser expressa, certa e séria, caso contrário, estaríamos diante de oferta ou promessa sem fundamento, tornado o caso sem previsão legal, ou seja, atípico.

Capez (2014) destaca que não será punido o oferecimento ou promessa de vantagem depois de o funcionário público já ter praticado o ato de ofício, pois não houve influência do particular na realização do ato.

Segundo Estefan (2015), a vantagem pode ser de qualquer natureza, não necessariamente econômica. No ponto, destaca o referido autor que não há crime se a vantagem oferecida ou prometida for impossível de se concretizar.

Conforme Nucci (2015), a vantagem indevida é toda negociação que, de alguma forma, não condiz com o interesse da Administração Pública como um todo.

Prado (2014) esclarece que a vantagem indevida oferecida consiste no benefício ilegal obtido pelo funcionário público. Outrossim, o agente ativo poderá se

utilizar de outra pessoa para corromper o funcionário público. Assim, se ele tiver conhecimento da ilicitude responderá como partícipe do delito de corrupção ativa.

Ademais, importante mencionar que os Tribunais Superiores também têm entendido que basta a oferta ou promessa de vantagem indevida ao funcionário público, de maneira livre e consciente, para que ocorra o delito de corrupção ativa. Nesse sentido:

PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ART. 333 DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. INAPLICABILIDADE. ATENUANTE DE CONFISSÃO. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. PENA DE MULTA. DIA-MULTA. REDUÇÃO. 1. Comprovado nos autos que o acusado, de forma livre e consciente, ofereceu vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a omitir ato de ofício, resta caracterizado o crime tipificado no artigo 333 do Código Penal 2. O objeto jurídico tutelado pela norma penal é o bom e regular funcionamento da Administração Pública, que não pode ser mensurado economicamente, o que inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância ao delito de corrupção ativa. 3. Inaplicável, à espécie, o princípio da intervenção mínima do direito penal, já que este é cabível tão-somente quando a conduta realmente não é lesiva à sociedade, não sendo necessário proteger penalmente bens juridicamente já tutelados em outras esferas. Tal situação não se configura na hipótese em tela, em que se tem por fito a repressão a delitos que corrompem a moralidade da Administração Pública e de seus agentes. 4. O reconhecimento de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231 do STJ). 5. O juiz, na fixação da pena de multa, deve atender, principalmente, embora não exclusivamente, à situação econômica do réu, razão por que vai reduzido, na hipótese, o valor de cada dia-multa. (TRF4, ACR 2007.70.00.002815-8, Sétima Turma, Relator Tadaaqui Hirose, D.E. 24/06/2010)

Ainda, segundo o julgado acima colacionado é possível identificar a preocupação que se tem a moralidade da Administração Pública, mormente porque não é admitido o princípio da bagatela nos crimes de corrupção ativa. Isso ocorre porque a moralidade administrativa não tem preço.

No que diz respeito a vantagem indevida, Bittecourt leciona que:

A “vantagem indevida” constitui objeto material da ação tipificada, representa o conteúdo da oferta, que, no dizer de Magalhães Noronha, “é o preço do funcionário corrupto. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, ela era relevante quando for suficiente para corromper o funcionário, levando-o a “praticar ou não um ato visando um retribuição, que pode não ser econômica, sem que, nem por isso, deixe de traficar com a função”. (BITTENCOURT, 2014, p. 246 e 247)

Conforme Mirabete e Fabbrini (2009), a oferta ou promessa da vantagem indevida tem como objetivo, no caso de corrupção ativa, que o funcionário público omita, retarde ou pratique um ato de ofício.

Referente à vantagem indevida, Nucci (2015) ensina que quando a vantagem oferecida ou prometida for devida estamos diante de um fato criminalmente atípico. Contudo, nada impede, dependendo do caso, que ocorra ato de improbidade administrativa ou falta administrativa.

Nucci (2015) descreve que o ato de ofício deve ser necessariamente a atribuição do funcionário público corrompido, ou seja, só ele pode praticar aquele ato.

Ainda, o mesmo escritor ressalta para o fato de ser dispensável, para a configuração do delito de corrupção ativa, que o ato praticado, omitido ou retardado pelo funcionário público, seja lícito ou ilícito.

Na mesma linha, Estefan (2015) esclarece que o ato funcional que será praticado, omitido ou retardado não necessariamente deve ser ilícito.

Bittencourt (2014) acrescenta que no caso de corrupção ativa é necessário que o funcionário público, no exercício de sua função, pratique, omita ou retarde um ato de ofício, bem como que é preciso que o ato seja de atribuição do funcionário público corrompido, isso porque quando se trata de um ato qualquer ele deixa de ser ato de ofício.

A respeito, Capez (2014), leciona que a oferta ou promessa de vantagem indevida ao funcionário público tem como finalidade que este pratique, retarde ou omita um ato de ofício, ato esse que deve ser, obrigatoriamente de competência do funcionário público corrompido.

O doutrinador acima referido ensina que nem todo oferecimento ou promessa de vantagem indevida poderá ser tipificado como corrupção ativa. Isso ocorre quando, por exemplo, no caso de pequenas gratificações pelo serviço prestado pelo funcionário público, gratificações essas que são, por exemplo, uma garrafa com bebida, no final de ano, ou até uma gorjeta para a compra de uma ceia mais recheada.

Esse é o mesmo entendimento adotado por Capez (2014) ao dizer que o fato de gratificar-se o funcionário público como agradecimento é atípico.

Por seu turno, Estefan 2015, destaca que é possível considerar como corrupção ativa se o benefício dado como gratificação era esperado pelo funcionário público, pois era a praxe do órgão que o particular entregue uma bonificação ao funcionário público pelo serviço prestado.

No ponto, cabe destacar que o Decreto Lei nº 4.081 de 2002 estabelece os valores aceitáveis como forma de gratificação.

4.2 A (a)tipicidade do delito de corrupção ativa quando ocorre a entrega da vantagem indevida ao funcionário público

Como mencionado anteriormente, o delito de corrupção ativa tem como verbo nuclear do tipo penal a oferta ou promessa de vantagem indevida ao funcionário público, para que este pratique, retarde ou omita um ato de ofício.

Ocorre que não há nenhuma previsão no que diz respeito ao verbo dar ou entregar. Daí pode-se extrair uma polêmica, qual seja: se é típico o delito de corrupção ativa quando ocorre a entrega de vantagem indevida ao funcionário público.

Inicialmente, impende destacar que a não previsão da conduta de dar vantagem indevida ao funcionário público no delito de corrupção ativa enseja, consequentemente, dois entendimentos diversos: aquele que acredita ser típico e aquele que diz ser atípico.

Segundo o posicionamento adotado por Nucci (2015) o verbo dar não está incluído no tipo penal da corrupção, mas encontra-se subentendido a ele.

De acordo com de Nucci (2015) existem dois motivos que justificam o porquê de o verbo dar ser tipificado como corrupção ativa. O primeiro diz respeito ao fato de que o verbo dar significa a apresentação de alguma coisa para a aceitação do funcionário público, ou seja, um sinônimo da palavra dar, pois quem oferece alguma

coisa a alguém está dando a este alguém essa vantagem. O segundo ensina que os verbos oferecer e dar tem sentidos diferentes e que a oferta vem antes de dar, mas a conduta menor, de oferecer é punida. Assim, pela lógica, sendo punida a conduta menor a conduta mais grave, o dar, também deve ser punida.

Por outro lado, Capez (2014) acredita que quando há a entrega de vantagem indevida ao funcionário público não há o delito de corrupção ativa, mormente porque o tipo penal prevê apenas como sendo típicas as condutas de oferecer ou prometer vantagem indevida. Assim, seria atípico.

Esse também é o entendimento adotado por Delmanto, *in verbis*:

Tipo objetivo: Dois são os núcleos alternativamente indicados: a. Oferecer, que pode ser praticado das mais diversas formas, mas precisa ser inequívoco. b. Prometer, cuja significação é obrigar-se, comprometer-se, garantir, dar alguma coisa. O objeto material é a vantagem indevida. A respeito da natureza da vantagem há duas correntes: a. é apenas a vantagem patrimonial, como o dinheiro ou outra utilidade material (HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, 1959, v. IX, p.p. 430 e 370); b. compreende qualquer espécie de benefício ou satisfação de desejo (H. Fragoso, Lições de Direito Penal - Parte Especial, 1965, v. IV, pp. 322 e 250). Vantagem indevida é a que a lei não autoriza. O oferecimento ou promessa deve ser a funcionário público (vide nota ao art. 327 do CP) direta ou indiretamente, para determiná-lo a praticar (executar), omitir (deixar de praticar) ou retardar (atrasar ou não praticar em tempo útil) ato de ofício (administrativo ou judicial, da competência do funcionário). O ato a que o agente visa pode ser legal ou ilegal, irregular ou não. Note-se que não caracteriza o crime o oferecimento posterior à ação ou omissão, sem anterior promessa, pois o crime é oferecer para que se faça ou omita e não dar porque se fez ou omitiu. Se houve imposição do funcionário para o oferecimento ou promessa, não há corrupção ativa, mas concussão praticada por funcionário (CP, art. 316). Também não haverá crime se o agente oferece ou promete a para livrar-se de ato ilegal do funcionário ou para que este pratique ato que não é de sua competência. Se após oferecer ou prometer, o agente vem a dar, efetivamente a vantagem indevida, essa última conduta constituirá mero exaurimento (post factum impunível) (DELMANTO, 2007, p. 834)

Segundo o autor acima citado o dar não está incluído no tipo penal, sendo assim atípico, principalmente porque o tipo exige, para sua consumação, a oferta ou promessa de vantagem indevida para que o funcionário público pratique ou não um ato de ofício.

Estefan (2015) apenas menciona que o verbo dar não está inserido no preceito primário do delito de corrupção ativa.

Por outro lado, Estefan (2015) ensina que quando o particular oferece ou promete vantagem indevida ao funcionário público e este a aceita, estamos diante de dois delitos, corrupção ativa e corrupção passiva.

Ainda, o autor supracitado esclarece que se a proposta é de iniciativa do funcionário público e o particular dá a vantagem indevida estamos diante de apenas um delito só, a corrupção passiva, ou seja, a entrega da vantagem indevida do particular ao funcionário público, neste caso, é atípica.

Para acrescentar, destaca-se o seguinte trecho:

Não se caracteriza o crime de corrupção ativa quando a oferta ou promessa tem o fim de impedir ou retardar medida ou ato ilegal. Por essa razão, tem-se entendido não haver o ilícito na oferta ou promessa: para evitar apreensão ou retenção de veículo por estar vencido o exame médico do motorista ou por não estar em ordem a documentação, para impedir o guinchamento de veículo em câs de ilegalidade duvidosa; quando o agente não praticou qualquer infração (MIRABETE e FABBRINI, 2009, p. 344)

Conforme Barros (2005) se o particular entrega vantagem indevida ao funcionário público após este ter praticado o ato de ofício não há que se falar em corrupção ativa, porquanto a vantagem tem o condão de que se faça algo, sendo que no caso nada ilícito foi feito.

Segundo Prado (2014), também não haverá a ocorrência do crime de corrupção ativa quando o particular ofereça ou prometa vantagem indevida ao funcionário público quando este já praticou o ato de ofício.

Ainda, sobre a (a)tipicidade da conduta dar vantagem indevida ao funcionário público, pode-se dizer que ela ocorrerá quando o particular oferece e promete a vantagem indevida ao funcionário público e depois dá a referida vantagem. Também há divergência quando o particular entrega a vantagem solicitada pelo funcionário público.

No que tange a primeira possibilidade, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que a consumação do delito ocorre com a oferta ou entrega da vantagem indevida, sendo que a entrega é algo além, a mais, pois já ocorreu a consumação do delito de corrupção ativa.

Para tanto, importante destacar o seguinte julgado:

PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ART. 333 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. A corrupção ativa é um crime formal, ou seja, em que a consumação acontece com o simples oferecimento da vantagem indevida. Portanto, a efetiva entrega da vantagem é mero exaurimento do crime já consumado. 2. Os depoimentos dos policiais que participaram da prisão em flagrante merecem a devida credibilidade até prova em contrário, especialmente se estiverem em harmonia com as demais provas produzidas e submetidas ao contraditório, podendo ser aceitos subsidiariamente pelo juiz para formação de seu convencimento. 3. O bem jurídico tutelado pelo tipo penal em apreço é a moralidade da Administração Pública e seu regular funcionamento, de forma que o quantum da vantagem indevida oferecida ao agente público é irrelevante para aferição da tipicidade da conduta. 4. Apelação criminal desprovida. (TRF4, ACR 5000789-03.2013.404.7212, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 09/04/2015)

Segundo o relator da jurisprudência colacionada, Desembargador João Pedro Gebran, a corrupção ativa se consuma quando ocorre à promessa ou oferta de vantagem indevida ao funcionário público, para que este omita, retarde ou pratique um ato de ofício.

In caso, o particular, ao mesmo tempo, ofereceu e entregou vantagem indevida ao funcionário público, para que este permita que o particular siga viagem sem sua carteira de habilitação.

Na espécie, o magistrado entendeu ser típica a conduta praticada pelo particular, alegando que a entrega de vantagem indevida ao funcionário público é mero complemento de um crime que já foi consumado com a oferta ou promessa da vantagem indevida.

Sobre o tema Bittencourt (2014) ensina que o recebimento da vantagem indevida é mero exaurimento do crime de corrupção ativa, que já foi consumado, pela oferta ou promessa de uma vantagem indevida.

O entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça é semelhante. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 333 DO CP. CPI DA BOLA. CORRUPÇÃO ATIVA. OFERECIMENTO DE VANTAGEM A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PESSOA INTERPOSTA. TIPICIDADE CONFIGURADA. TENTATIVA. INEXISTÊNCIA. OFERECIMENTO OU PROMESSA INDEPENDENTE DA EFETIVA ENTREGA. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. A LEI N. 9.099/1995 ESTABELECE QUE NÃO CABE A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SURSIS PROCESSUAL SE O ACUSADO RESPONDE A PROCESSO POR OUTRO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA PRESENTE NOS AUTOS. ACÓRDÃO

A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 7, 83 e 211/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que há corrupção ativa se houver provas da oferta e promessa de vantagem, até mesmo porque a corrupção ativa é delito formal que independe da aceitação do funcionário público para sua caracterização e o sujeito passivo direto é o Estado. 2. O delito de corrupção ativa pode ser praticado por interposta pessoa, não carecendo, necessariamente, para o seu aperfeiçoamento, que a pessoa – por intermédio da qual o agente oferece ou promete a vantagem indevida a funcionário público – filie-se à sua vontade no crime já em execução. 3. Desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, na forma pretendida pelo agravante – *sob o fundamento de ausência de provas para condenação ou tipificação penal concernente à corrupção ativa* –, implica necessariamente incursão no conjunto probatório dos autos, revelando-se inadequada a análise da pretensão recursal, em função do óbice da Súmula 7/STJ. 4. Matéria não decidida na origem carece de prequestionamento; logo, não serve para insurgência na via especial, em razão da incidência da Súmula 211/STJ. 5. Incidência da Súmula 83/STJ. 6. O crime de corrupção ativa detém natureza formal, e a aceitação da vantagem ilícita é, via de regra, mero exaurimento, sendo essa a principal característica desse tipo de delito, portanto incabível a tentativa no caso (arts. 14, II, e 333 do CP) [...] (STJ, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.263 - SC (2009/0167830-8), Sexta Turma, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 16/05/2013)

Segundo a Corte Superior, a oferta ou promessa de vantagem indevida a funcionário público, ainda que por outra pessoa, caracteriza o delito de corrupção ativa. Por se tratar de crime formal, não é preciso que o funcionário público aceite a vantagem indevida para sua consumação, tampouco que ocorra a efetiva entrega da vantagem.

Barros (2005) esclarece que quando a vantagem indevida é solicitada pelo funcionário público e o particular apenas entrega a vantagem é certo que estamos diante do delito de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), porquanto o funcionário público praticou os verbos nucleares deste tipo penal, qual seja: solicitar ou receber para si vantagem indevida.

Contudo, no que diz respeito à conduta praticada pelo particular, a entrega da vantagem indevida solicitada, duas são as posições adotadas pelas jurisprudências, leciona Barros (2005).

Barros (2005, p. 991) diz que “o delito de corrupção ativa só existe se for oferecida ou prometida vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. Assim, diante da inexistência da conduta dar ou entregar o fato torna-se atípico.

Sobre o tema, colaciona-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIME - CORRUPÇÃO ATIVA - SENTENÇA CONDENATÓRIA - INCONFORMISMO - INEXISTÊNCIA DO DELITO COMPROVADA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - RECURSO PROVIDO. 1. Para que o delito de corrupção ativa previsto no artigo 333, do Código Penal se configure, faz-se necessário o oferecimento ou promessa de vantagem indevida com o fim de que o funcionário público pratique, omita ou retarde ato de ofício, sem que previamente tenha havido solicitação de vantagem por parte deste. 2. Se é indiscutível o fato de que o motorista não praticou infração alguma, inócua é a oferta de valor pecuniário feita pelo apelante ao policial de trânsito, já que tal vantagem seria penalmente atípica, posto que não poderia levar o agente público a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. (TJ-PR - ACR: 1156283 PR 0115628-3, Relator: Oto Luiz Sponholz, Data de Julgamento: 07/03/2002, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 6096)

Em síntese, pode-se extrair do seguinte julgado que a conduta do particular que entrega a vantagem indevida solicitada pelo funcionário público é atípica, pois se trata de mero exaurimento do crime de corrupção passiva.

Acrescentam Mirabete e Fabbrini (2009) que quando a vantagem indevida é solicitada pelo funcionário público e o particular apenas entrega a referida vantagem, a conduta praticada pelo ultimo é atípica, pois o particular está apenas concordando com a solicitação e sua ação não é espontânea.

No mesmo sentido é o entendimento adotado no julgamento seguinte recurso:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM RELATÓRIOS MENSAIS DE CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ARTIGO 299, DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. ARTIGO 71, DO CÓDIGO PENAL. GESTOR DE ENTIDADE BENEFICENTE RESPONSÁVEL PELA FISCALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIIS. ARTIGO 327, DO CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ARTIGO 333, DO CÓDIGO PENAL. OFERECIMENTO OU PROMESSA DE VANTAGEM INDEVIDA. NÃO OCORRÊNCIA. CONDUTA ATÍPICA. CORRUPÇÃO PASSIVA. EMPREGO DA VANTAGEM INDEVIDA SOLICITADA EM BENEFÍCIO DA COLETIVIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO AFASTADO. O crime de falsidade ideológica é formal e consuma-se com a inserção de declaração inverídica em documento público ou particular, com a intenção de prejudicar direitos, criar obrigações ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, sendo desnecessária a ocorrência de efetivo prejuízo. A inserção dados falsos em documento comprobatório de prestação de serviços à comunidade de apenas configurado o tipo penal regulado no artigo 299 do Código Penal. Tendo os réus praticado mais de uma conduta ilícita, deve ser reconhecida a continuidade delitiva quando preenchidos os requisitos exigidos pelo artigo 71 do Estatuto Repressivo. O gestor de entidade beneficente designado pelo Juízo da Execução penal para fiscalizar o cumprimento da pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade desempenha função inerente à atividade estatal, equiparável à condição de funcionário público nos termos do artigo 327 do Estatuto Repressivo. O delito de corrupção

ativa caracteriza-se com o oferecimento ou promessa de vantagem a funcionário público, sendo atípica a conduta de "dar" a benesse após solicitação deste. O ilícito de corrupção passiva exige o dolo de receber a vantagem indevida para si ou para outrem, reputando-se ausente o elemento subjetivo do tipo quando aquela é empregada em prol da coletividade, visando ao atingimento do bem comum. (TRF4, ACR 2004.72.00.015990-6, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wolk Penteado, D.E. 27/05/2009)

No presente caso, segundo a jurisprudência colacionada, verifica-se que é atípica a conduta de dar a vantagem indevida a funcionário público, tomando como fundamento a inexistência da previsão do verbo dar no tipo penal. Ademais, segundo esse entendimento, no delito de corrupção ativa há a necessidade de que a conduta seja oferecer ou prometer a vantagem indevida ao funcionário público.

Por outro lado, diferente é o entendimento adotado pelos julgadores do seguinte:

PENAL. DESACATO. ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CORRUPÇÃO ATIVA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CRIME FORMAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. 1. Extinção da punibilidade, pela prescrição, no tocante ao crime de desacato. 2. A materialidade e autoria delitivas do crime de corrupção ativa restaram devidamente comprovadas nos autos pelo auto de infração acostado às fls. 20 dos autos, bem como pelos depoimentos colhidos na fase inquisitorial e em Juízo. 2. O crime de corrupção ativa é formal, caso em que a consumação ocorre com a mera oferta ou promessa da vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, fato este amplamente demonstrado nos autos pela prova testemunhal. 4. Apelação do MPF provida. (TRF-1 - ACR: 10889 GO 2003.35.00.010889-2, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 19/01/2009, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 06/02/2009 e-DJF1 p.72).

No caso em exame pouco importa que tenha ocorrido a sugestão do funcionário público, se o particular entregar vantagem indevida ao funcionário público haverá a ocorrência do delito de corrupção ativa.

Na espécie, importante destacar também que, segundo Barros (2005) quando o particular entrega ou dá vantagem indevida ao funcionário público para determiná-lo a praticar ou retardar algum ato de ofício, sendo que a exigência foi do funcionário público, estamos diante, apenas, do delito de concussão.

Esclarece o doutrinador que os delitos de corrupção ativa e concussão são impossíveis, não sendo possível a existência de ambos em um mesmo fato.

Em síntese, sobre a tipicidade ou não do delito de corrupção, como mencionado anteriormente, dois são os entendimentos. O primeiro, diz ser crime de corrupção ativa quando ocorre a entrega da vantagem indevida, pois ela é mero exaurimento do delito ou então pela simples lógica, pois se pune o menor, oferecer ou prometer, nada impediria punir a conduta maior, que é dar a vantagem indevida. Já a segunda assevera que inexistente o delito de corrupção ativa quando há a entrega de vantagem indevida ao funcionário público para que este omita, retarde ou pratique um ato de ofício, porquanto a conduta dar não está no tipo penal, assim seria atípico.

Importante ressaltar que, para a realização da pesquisa jurisprudencial acima colacionada, foram utilizadas algumas palavras chaves como, por exemplo: corrupção, corrupção ativa, entregar, dar, vantagem indevida, atipicidade e outras similares.

Por fim, a partir dos diversos posicionamentos abordados, pode-se verificar que o entendimento jurisprudencial majoritário é aquele que considera atípico/inexistente o delito de corrupção ativa quando o funcionário público solicita a vantagem indevida ao particular e este entrega a referida vantagem, porquanto que o particular não agiu espontaneamente.

Por outro lado, é majoritário o entendimento de que é corrupção ativa quando o particular entrega a vantagem indevida ao funcionário público após a oferta ou promessa de vantagem indevida feita pelo próprio particular, pois o crime já foi consumado. Sendo a entrega mero exaurimento do delito.

4.3 Análise do delito de corrupção ativa no Código Eleitoral, Código Militar e no projeto de novo Código Penal Brasileiro

O delito de corrupção eleitoral encontra respaldo no artigo 299 do Código Eleitoral, *in verbis*:

Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar

voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita.

Conforme Estefan (2015), no crime de corrupção eleitoral encontram-se unificadas a corrupção ativa e corrupção passiva, previstas no Código Penal Brasileiro, punindo o corruptor e o corrupto pelo mesmo dispositivo legal.

Aduz o autor mencionado que a corrupção eleitoral, por reunir duas figuras, corrupção ativa e corrupção passiva, são transcendentais, porquanto a conduta do agente dirigida para um objetivo que vai muito além do mero resultado.

Ainda, Estefan (2015) diz que a corrupção eleitoral ocorre quando o agente dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer vantagem indevida para obter voto ou para conseguir alguma abstenção bem como quando o eleitor solicita ou recebe, para si ou outro, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem indevida para dar voto ou abster-se de votar. Os sujeitos destas condutas buscam, de alguma forma, infringir as normas éticas, morais e legais referentes as eleições.

Segundo Nucci (2015), quando o particular promete ou oferece vantagem indevida ao funcionário público da justiça eleitoral, para obter qualquer vantagem indevida, inclusive quando houver questões de voto envolvido, será incurso no delito de corrupção ativa prevista no artigo 333 do Código Penal.

Nucci (2015) ensina que o Código Penal Militar, também possui previsão dos delitos de corrupção ativa e corrupção passiva. Contudo, além da prática do verbo nuclear do tipo é necessário que seja cometido por militar no exercício de sua função.

Segundo o referido doutrinador é corrupção ativa militar dar, oferecer ou prometer vantagem indevida para a prática, omissão ou retardamento de ato funcional, sendo a pena aumentada se em razão da vantagem o ato é retardado, omitido ou praticado com infração de dever funcional.

Por outro lado, no que se refere ao delito de corrupção passiva, Nucci (2015) ensina que é quando o militar recebe, direta ou indiretamente, inclusive fora do exercício de sua função alguma vantagem indevida ou quando, simplesmente aceita a sua oferta.

O projeto de novo Código Penal brasileiro prevê a corrupção e todas as suas modalidades em um único tipo penal, apesar de discriminar cada uma delas. Vejamos:

Art. 287. Exigir, solicitar, receber ou aceitar promessa de receber, para si ou para outrem, vantagem indevida, direta ou indiretamente, valendo-se da condição de servidor público:

Pena – prisão, de quatro a doze anos.

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

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

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

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

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

Percebe-se que, diferentemente do atual Código Penal, o projeto prevê, no artigo 287, §1º do referido texto legal, como crime de corrupção ativa a prática de oferecer, prometer ou dar vantagem indevida ao funcionário público, acabando de uma vez com as divergências doutrinárias e jurisprudências no que se refere ao delito de corrupção ativa. Isso pela simples previsão do verbo dar como nuclear do tipo penal.

5 CONCLUSÃO

De forma sintetizada, a corrupção é toda e qualquer conduta que visa obter algum benefício, não necessariamente econômico, e que afronta a moralidade da administração pública; ou seja, os objetivos do autor são ilegais.

A corrupção sempre esteve presente na história do homem; tanto que existem trechos falando sobre a corrupção na Bíblia. Na contemporaneidade, ela é demonstrada seguidamente em nosso cotidiano; no noticiário, nas pequenas condutas corruptas, como por exemplo, furar a fila. No Brasil, a expressão corrupção está em alta em virtude dos inúmeros escândalos noticiados nos últimos anos.

Inúmeros foram os tipos penais que puniam o delito de corrupção ao longo do tempo em termos de Brasil, mas, atualmente, a corrupção está insculpada especificamente no artigo 317, corrupção passiva, e no artigo 333, corrupção ativa, ambos do Código Penal.

A presente monografia analisou o delito de corrupção ativa, que consiste na oferta ou promessa de vantagem indevida do particular ao funcionário público para que este pratique, omita ou retarde algum ato que o funcionário deva praticar de ofício.

Como o principal objetivo desta monografia foi verificar a (a)tipicidade do delito de corrupção ativa quando ocorre a entrega de vantagem indevida ao funcionário público, constatou-se que o mesmo foi atingido em seus respectivos capítulos, pois foi feita uma análise minuciosa da história da corrupção, da mesma forma foi devidamente conceituado e caracterizado o delito de corrupção ativa; ao

final, foi feita a análise sobre tipicidade ou não quando há a entrega da vantagem indevida para o funcionário público.

Assim sendo, esta monografia ocupou-se em mostrar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, o conceito de corrupção de forma ampla, bem como a história da corrupção no mundo e no Brasil. Ainda, foi feita uma comparação da corrupção existente no Brasil com a Itália, a Espanha, a Holanda, o EUA e a Alemanha, especialmente as diferentes formas de punir a corrupção.

Após, o segundo capítulo iniciou com o conceito e característica do delito de corrupção ativa, em seguida, foi abordado o bem jurídico protegido pelo crime em questão, qual seja: a probidade e moralidade da Administração Pública. Então, esta monografia ocupou-se em diferenciar o delito de corrupção ativa com os crimes de concussão, corrupção passiva e corrupção ativa de testemunha ou perito, pois não poucas vezes eles são confundidos.

Por fim, no terceiro capítulo, foi feita uma abordagem dos verbos nucleares do tipo penal em questão, bem como foram pesquisados os diversos entendimentos sobre o tema central da presente pesquisa – a (a)tipicidade do delito de corrupção ativa quando ocorre a entrega de vantagem indevida ao funcionário público.

Diante da análise do problema proposto – É típica a conduta, configurando o delito de corrupção ativa, quando ocorre a entrega de vantagem indevida ao funcionário público? - pode-se concluir que duas são as possibilidades existentes. A primeira diz que é atípica a corrupção ativa quando há a entrega, pois os verbos nucleares do tipo penal em questão são apenas oferecer ou prometer vantagem indevida. Por outro lado, a segunda diz ser típica, alegando que, logicamente, como oferecer e prometer são condutas menos gravosas, o entregar ou dar vantagem indevida ao funcionário público.

Ainda, a partir das pesquisas realizadas, pode-se concluir que o entendimento jurisprudencial majoritário é aquele que considera inexistente o delito de corrupção ativa quando o funcionário público solicita a vantagem indevida ao particular e este entrega a referida vantagem, porquanto que o particular não agiu espontaneamente.

Por outro lado, também é majoritário o entendimento de que é corrupção ativa quando o particular entrega a vantagem indevida ao funcionário público após a oferta ou promessa de vantagem indevida, pois o crime já foi consumado. Sendo a entrega mero exaurimento do delito.

Por fim, no que concerne ao delito de corrupção como um todo, é preciso que ocorra uma maior repressão, pois os maiores prejudicados são, além da Administração Pública, todos os cidadãos de uma nação. Ainda, é sabido por todos que somente a educação é que irá modificar esse cenário caótico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thiago Xavier de. **As possíveis causas da corrupção brasileira.** Âmbito jurídico. Texto digital. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13754&revista_caderno=27>. Acesso em: 06 mar. 2016.

BARBOZA, Márcia Noll. **O Combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil.** Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/docs_monografias/monografia_3_lugar.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Penal**, v.2: parte especial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 15 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal nº 2003.35.00.010889-2/GO. Quarta Turma. Apelante: Justiça Pública. Apelado: José Romulo Silva Almeida. Realdor Desembargador Hilton Queiroz. Goias, 19. Jan. 2009. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.gov.br/PesquisaMenuArquivo.asp>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n.º 2004.72.00.015990-6, da 8ª Turma. Apelantes: Alexandre Lanfers e Adwaldo João Dias. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. Porto Alegre, 20 de maio de 2009. Disponível em: < <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF401893875>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 2006.71.05.000820-7, da Sétima Turma. Apelante: Ministério Público Federal.

Apelado: José Adão Weber. Relator Tadaaqui Hirose. Porto Alegre, 04 jun. 2010. Disponível em
<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3276175>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 2007.70.00.002815-8, da Sétima Turma. Apelante: Isaias Machado Antunes. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Taaqui Hirose. Porto Alegre, 24 jun. 2010. Disponível em:
<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3461355>. Acesso em: 23 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº5000789-03.2013.404.7212, Oitava Turma. Apelante:. Apelado: Ministério Público Federal. Relator João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 09 abr. 2015. Disponível em:
<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7350408>. Acesso em 23 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº N° 1.154.263 - SC (20090167830-8), Sexta Turma, Apelante: João Guilherme dos Santos Almeida. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Ministro Sebastião Rei Júnior. Brasília, 16 mai. 2013. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=32237508&num_registro=200901678308&data=20131121&tipo=0>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte especial 5:** dos crimes contra a administração pública dos crimes e dos crimes praticados por prefeito (Lei 10.028/200). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial, arts. 213 a 359-H.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORTELLA, Mario Sergio e FILHO, Clóvis de Barros. **Ética e vergonha na cara!** 1. Ed. São Paulo: Papirus 7 Mares, 2014. Ebook. Disponível em: <<http://univates.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788561773564/page/s/-2>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

DELMANTO, Celso et. al. **Código Penal Comentado.** 7 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Revoar, 2007.

ESTEFAN, André. **Direito Penal: parte especial (arts. 286 a 359-H).** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCUS, Paul. **O combate à corrupção nos Estados Unidos.** Porto Alegre, 2015. Disponível em:
<http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=36>. Acesso em: 28 mar. 2016.

MICHAELIS: Moderno Dicionário de Língua Portuguesa. Melhoramentos, 2009. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=corrup%E7%E3o>>. Acesso em 06 de mar. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal, volume 3: parte especial, arts. 235 a 361 do CP**. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2009 III: Parte especial

MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a operação Mani Pulite**. Brasília, 2004, texto digital. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/poder/2015/12/29/trabalho_internet_revista.pdf>. Acesso em 24 mar. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. São Paulo: Editora Forense Ltda, 2015. Ebook. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6553-2/cfi/6/16\[vnd.vst.idref=chapter01\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6553-2/cfi/6/16[vnd.vst.idref=chapter01])>. Acesso em: 29 fev. 2016.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de e OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. **Internacionalização do direito e o combate à corrupção**. Brasília: Revista Jurídica, 2007. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/282/271>> . Acesso em 10 abr. 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1156283 PR 0115628-3, 1ª Câmara Criminal. Apelante: Pedro Ferreira Barros Neto. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator Oto Luiz Sponholz. Paraná, 07, mar. 2002. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1387069/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-115628-3#integra_1387069>. Acesso em: 24. abr.2016.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio e JUNIOR, Rubens Naman Rizek. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224360/cfi/0!/0>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13 ed ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional**. Revista dos Tribunais, v. 4, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000153bf7a4b3f82a2743a&docguid=le735c680f25411dfab6f010000000000&hitguid=le735c680f25411dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=232&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 3:** parte especial, arts. 250 a 359-H. Volume 3. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, José Anacleto Abdusch, et. al. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A ideia penal sobre a corrupção no Brasil da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual.** Revista dos Tribunais, v. 4, jul. 2011. Disponível em: <
<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015384adeaf148b7646c&docguid=I37cedbe07a5411e0ad2a010000000000&hitguid=I37cedbe07a5411e0ad2a010000000000&spos=1&epos=1&td=1082&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>.
 Acesso em: 02 mar. 2016.

TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de La e CERINA Giorgio D. M.. **Sobre la corrupción entre particulares convênios internacionales y derecho comparado.** Revista dos Tribunais, v. 4, jul. 2011. Disponível em: <
<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000153bf7d48e2e6b819d1&docguid=I38270e007a5411e0ad2a010000000000&hitguid=I38270e007a5411e0ad2a010000000000&spos=1&epos=1&td=80&context=21&startChunk=1&endChunk=1>>.
 Acesso em: 24 mar. 2016.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index 2015.** Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>>