

DOS SUJEITOS ATIVOS NOS DELITOS DE CORRUPÇÃO

JULIO FABBRINI MIRABETE

Advogado

1. A consulta — 2. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção — 2.1 Crimes de conteúdo variado ou de ação múltipla — 2.2 O crime de corrupção passiva — 2.3 As modalidades típicas do crime de corrupção — 2.4 Resposta à 1.ª questão — 3. O “ato de ofício” no crime de corrupção passiva — 3.1 Objetividade jurídica na corrupção passiva — 3.2 Espécies de corrupção passiva — 3.3 Elemento histórico — 3.4 Corrupção própria e corrupção imprópria — 3.5 Crime praticado fora do exercício das funções — 3.6 A distinção em face da lei italiana — 3.7 Doutrina e jurisprudência — 3.8 Resposta à 2.ª questão — 4. Da denúncia pelo crime de corrupção passiva — 4.1 O agente corruptor e o ato de ofício na corrupção — 4.2 Requisitos da denúncia — 4.3 A inépcia da denúncia e o aditamento — 4.4 Resposta a 3.ª questão.

1. A consulta

1.ª questão:

Para a caracterização do crime de corrupção passiva, previsto no art. 317, *caput*, do CP, exige-se também a ocorrência do crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do mesmo Estatuto quando houver recebimento da vantagem indevida pelo funcionário?

2.ª questão:

É elemento indispensável do crime de corrupção passiva a relação entre as condutas típicas, de solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem ilícita e um ato de ofício do sujeito ativo do ilícito?

3.ª questão:

É de ser recebida a denúncia em que se imputa o crime previsto no art. 317 do CP quando o requisitório público não se refere ao “agente corruptor”, autor de corrupção ativa, e ao “ato funcional” relacionado com a solicitação ou recebimento da vantagem indevida?

2. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção

2.1 Crimes de conteúdo variado ou de ação múltipla

Entre as várias classificações doutrinárias das infrações penais quanto à ação típica é necessário ressaltar para a exposição que se segue a que distingue os crimes de “ação única”, aqueles em que a descrição legal contém apenas uma modalidade de conduta, que é o núcleo do tipo penal, e os crimes de “ação múltipla”, ou de “conteúdo variado”, em que, de acordo com a previsão legal, o mesmo delito pode ser praticado em decorrência de comportamentos típicos diversos. Nos termos legais, qualquer destas condutas caracteriza a mesma infração penal, com a mesma sanção, como, p. ex., o crime definido no art. 211, do CP, em que se inscrevem as ações de “destruir”, “subtrair” e “ocultar” cadáver ou parte dele.

Nessa categoria de crimes, na maior parte das vezes, as várias modalidades de condutas descritas no tipo são fases de um mesmo crime, como na hipótese do art. 122 do referido Estatuto, que prevê as ações de “induzir”, “instigar” alguém a suicidar-se ou “prestar-lhe auxílio” para que o faça. Assim, se o agente “instiga” alguém ao suicídio, prestando-lhe em seguida auxílio material para a sua concretização, responderá ele por apenas um crime. Referindo-se a essa espécie de crime, afirma, p. ex., Damasio Evangelista de Jesus:

“São crimes em que o tipo faz referência a várias modalidades da ação. Ex.: art. 122, em que os verbos são “induzir”, “instigar” ou “prestar” auxílio ao suicídio. Neste caso, mesmo que sejam praticadas as três formas de ação, elas são consideradas fases de um só crime”. (*Comentários ao Código Penal*, 1.º/214, 2.ª ed., 1986).

Outra particularidade com relação aos crimes de conteúdo variado é a de que, sendo diversas as condutas, diversificada é também a estrutura típica do delito, conforme seja ele cometido de acordo com uma ou outra das modalidades inscritas no tipo penal. Dessa forma, em um mesmo tipo legal, o delito pode ser formal, material ou de mera conduta; instantâneo, permanente ou de efeitos permanentes; de dano ou de perigo; unilateral ou bilateral: etc. Assim, tratando-se da prática de várias condutas do mesmo tipo, fases do mesmo tipo, o crime material absorve o formal, o ilícito de dano absorve o de perigo etc.

Por essas razões em delitos que tais, é de se examinar cada uma das condutas inscritas no mesmo tipo penal a fim de verificar-se adequadamente, além do comportamento, o sujeito ativo, o sujeito passivo, o objeto material, a consumação etc.

2.2 O crime de corrupção passiva

Entre os ilícitos penais de conteúdo variado encontra-se o crime de corrup-

ção passiva, previsto no art. 317 do CP, em cujo tipo estão inscritas as condutas de “solicitar” ou “receber” vantagem indevida, ou “aceitar promessa” de tal vantagem.

Por isso, ao classificá-lo, deve-se atender a cada uma das modalidades inscritas no tipo. Assim, exemplificando, na forma de “solicitar” ou “aceitar promessa”, o crime é formal, enquanto que na modalidade de “receber” é material. Em outra classificação, as duas primeiras modalidades são de ilícitos de perigo, a última, de dano.

Quanto aos sujeitos ativos do crime, nas infrações de conteúdo variado também faz a lei distinção entre as modalidades de conduta inscritas no mesmo tipo penal. Exemplifique-se com o crime de aborto. No art. 124 do CP, incrimina-se a gestante que “praticar aborto em si mesma” ou que “consentir que outrem lho provoque”. Na primeira conduta o crime é unilateral, ou monossujeetivo, e, na segunda, bilateral, ou plurissujeetivo. Nota-se então, nessa hipótese, que um fato único (aborto), em se tratando da segunda figura, envolve não só a gestante, mas outra pessoa, que, entretanto, vai responder de acordo com outra figura típica, a de “provocar aborto com o consentimento da gestante”, prevista no art. 126 do Estatuto Repressivo. São hipóteses em que excepcionando o art. 29 do mesmo Código, referente ao concurso de pessoas, os sujeitos não respondem pelo mesmo delito quando colaboram para o fato, mas sim por crimes diversos. Em lugar de se atender à regra do último dispositivo, ou de se conceituar o fato como um crime plurissujeetivo ou de concurso necessário, o legislador faz uma exceção pluralística do princípio unitário ao concurso de agentes separando as condutas da gestante e do terceiro provocador do aborto.

É o que ocorre também quanto à corrupção do funcionário público. Cer-

tamente pela diversidade de comportamentos possíveis do funcionário e do *extraneus*, a lei excepciona mais uma vez a regra do art. 29 do CP, fazendo com que um dos participantes responda por delito diverso daquele pelo qual o outro é responsabilizado. Enquanto o *intraneus* responde pelo crime de corrupção passiva (art. 317), o *extraneus* deve ser responsabilizado por corrupção ativa (art. 333).

Em decorrência dessa opção do legislador, é necessário examinar-se as várias modalidades das condutas inscritas nos tipos dos arts. 317 e 333 do CP, a fim de determinar-se em que hipóteses o crime de corrupção passiva é bilateral ou unilateral, ou seja, em que hipóteses é possível a ocorrência desse ilícito sem a figura do agente corruptor.

2.3 As modalidades típicas do crime de corrupção

Decompondo-se os tipos penais dos arts. 317 e 333 do CP, as hipóteses possíveis são as seguintes:

a) Há solicitação de vantagem indevida pelo funcionário a que não acede o *extraneus*. Nessa hipótese ocorre apenas o crime do *intraneus*, de “solicitar” vantagem indevida. Trata-se, portanto, de crime unilateral.

b) Há oferta de vantagem indevida ao funcionário público e este a recusa. Nessa hipótese ocorre apenas o crime do *extraneus*, previsto no art. 333. Trata-se, portanto, de crime unilateral.

c) Há promessa de vantagem indevida ao funcionário público e este não a aceita. Ocorre apenas o crime do *extraneus*, previsto no art. 333. Trata-se, portanto, de crime unilateral.

d) Há solicitação pelo funcionário e o *extraneus* com ela concorda, ofertando ou entregando a vantagem indevida. Pratica o funcionário o crime do art.

317, de “receber” (o crime material e de dano absorve o crime formal e de perigo) vantagem indevida (o crime material — receber — e de dano absorve o crime formal e de perigo — solicitar) e o particular o do art. 333, de ofertá-la ou entregá-la. Trata-se de crime bilateral. Nesse sentido é a doutrina (Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, 3/518; Heleno Claudio Fragozo, *Lições de Direito Penal*, v. 3/423 e 479; 3.^a ed., 1981, Celso Delmanto, *Código Penal anotado*, 1986, pp. 486-487) e a jurisprudência, que considera não se distinguir na lei se a oferta ou promessa se faz por sugestão ou solicitação do funcionário (RT 641/316, 684/316; RJTJSP 15/474).

e) Há oferta de vantagem do *extraneus* e recebimento do funcionário. Há crime de corrupção ativa do primeiro e de corrupção passiva do segundo. É crime bilateral.

f) Há promessa de vantagem do *extraneus* e aceitação por parte do funcionário. Há crime de corrupção ativa do primeiro e de corrupção passiva do segundo. É crime bilateral.

Em resumo, no que tange ao crime de corrupção passiva, ele só é unilateral quando há solicitação por parte do funcionário e recusa de entrega do *extraneus* da vantagem indevida (alínea a).

2.4 Resposta à 1.^a questão

Para a caracterização do crime de corrupção passiva, previsto no art. 317, *caput*, do CP exige-se também a ocorrência do crime de corrupção ativa quando houver recebimento da vantagem indevida pelo funcionário. Nessas hipóteses o crime é bilateral, ou de encontro e o recebimento, crime material e de dano, absorve a solicitação, formal e de perigo.

3. O “Ato de Ofício” no crime de corrupção passiva

3.1 Objetividade jurídica na corrupção passiva

Segundo tradicional conceito doutrinário, o crime é um fato que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico tutelado pela lei penal. Nos termos do art. 13 do CP, não há crime sem resultado, ou seja, não há ilícito penal sem que haja uma lesão ou um perigo de lesão para o interesse protegido pela lei penal. Assim, objeto jurídico do crime, como diz Pietro Nuvolone, é “o bem ou interesse que o legislador tutela, em linha abstrata de tipicidade, mediante uma incriminação legal” (“Il principio di oggettività e il principio di suggestività nel nuovo codice penale brasiliano”, in *Justitia* 86/68-69).

No crime de corrupção passiva, o objeto da tutela jurídica é o funcionamento normal da administração pública, no que diz respeito à preservação dos princípios de probidade e moralidade no *exercício* da função. Observa Heleno Fragoso que o “objeto da tutela jurídica é a administração pública, no sentido amplo em que esta expressão é empregada pela lei penal, visando-se preservar a probidade no *exercício* da função” (*Lições de Direito Penal*, 3/422, Forense, Rio, 1981, os grifos são do signatário). E como afirma Magalhães Noronha: “o bem jurídico tutelado é ainda aqui o funcionamento *normal* da administração pública, de acordo com os princípios de probidade e moralidade” (*Direito Penal*, v. 4, 340-1, Saraiva, S. Paulo, 1962, o grifo é também do signatário). Assim, segundo a doutrina, visa-se preservar a regularidade da Administração Pública no que diz respeito ao “exercício funcional” do sujeito ativo.

Por essa razão, aliás, afirma Bento de Faria, ao se referir ao crime em tela, que se trata de “tráfico da função pela qual se estabelece uma relação ilícita entre

o funcionário indigno e o terceiro que, valendo-se de sua venalidade, sujeita-o às *iniciativas* da sua vontade (*Código Penal Brasileiro*, Rio, Record, 1959, 7/101 — Ainda grifo do signatário). Mais explicitamente, Heleno Claudio Fragoso afirma que “constitui corrupção passiva, essencialmente, um tráfico de autoridade, no qual o funcionário vende ou procura vender *um ato de ofício* (ob. cit., p. 422). E. Magalhães Noronha diz que se trata de “comércio ignobil da função” (ob. cit., p. 340). Damásio E. de Jesus afirma que a corrupção passiva “pode ser considerada uma forma de “mercancia” de atos de ofício que devem ser realizados pelo funcionário” (*Direito Penal*, 4/133, Saraiva, 1988).

Assim, diante da objetividade jurídica do delito previsto no art. 317 do CP, pode-se afirmar que o crime exige não apenas que o sujeito ativo seja funcionário, para os efeitos penais (art. 327), nem que a ação se relacione meramente com função pública, mas que o fato tenha relação com um ato de ofício em particular. Visa-se preservar a Administração Pública não num sentido genérico, por estar o agente apto a exercer uma função pública, mas porque trafica, mercadeja, vende, especula, um determinado ato de ofício. Só nessa hipótese é que se pode dizer há uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, ou seja, a regularidade da Administração Pública no que tange aos atos funcionais de seus agentes. Não há ofensa ao bem jurídico tutelado no art. 317 do CP quando o comportamento do agente deriva apenas de exercer uma função pública, não se relacionando com qualquer ato de ofício.

3.2 Espécies de corrupção passiva

A falta de menção expressa ao “ato de ofício” no *caput* do art. 317, do CP, que a ele só se refere nos §§ 1.º e 2.º, não exclui a imprescindibilidade da relação entre a conduta do agente e o

ato funcional. É o que se conclui ao examinar-se, no conjunto, o crime de corrupção passiva tal como tipificado no Estatuto. O objetivo do legislador, ao elaborar tipos diversos no art. 317, foi o de diferenciar condutas diversas mais ou menos graves, com sanções penais proporcionais à relevância penal de cada fato. Assim, estabeleceu, no § 1.º, um tipo em que a sanção penal é a mais severa porque o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo o dever funcional. Tal crime, de corrupção passiva qualificada, é conhecido como “corrupção própria”, como assinalam Heleno Fragoso (ob. cit., p. 428); E. Magalhães Noronha (ob. cit.; Celso Delmanto (*Código Penal anotado*, Freitas Bastos, 1986, p. 487); e Damásio E. de Jesus (*Código Penal anotado*, 1989, Saraiva, p. 761). O dano causado pelo agente é mais relevante penalmente pois ou o ato que deveria ser praticado não o foi, ou foi retardado, ou foi praticado em desacordo com as determinações legais.

Também previu a lei uma figura menos grave, no § 2.º, em que o agente retarda ou deixa de praticar ato de ofício, com infração do dever funcional, não motivado por vantagem indevida, mas simplesmente por atender a pedido de *extraneus*. Trata-se, nesse caso, como é pacífico, de corrupção passiva privilegiada (Heleno C. Fragoso, ob. cit., p. 429; E. Magalhães Noronha, ob. cit., p. 350; etc.).

No *caput* do dispositivo a lei estabelece a figura básica, fundamental, da corrupção passiva, menos relevante que a forma qualificada e mais grave do que a forma privilegiada.

Ora, afronta a lógica que a lei preveja no fato mais grave e no fato menos grave a necessidade de relação da conduta com um ato de ofício e dispense o mesmo quando trata da espécie intermediária, ou seja, da corrupção passiva simples, ou em outros termos, que seja ele indispensável no crime qualificado

e no ilícito privilegiado e não no tipo básico. É sabido que as formas qualificadas e privilegiadas de um delito devem ser interpretadas em função da forma simples do ilícito. Nas primeiras há circunstâncias qualificadoras, que revelam um fato mais grave que a forma básica, sendo necessária a cominação de pena mais severa; nas segundas, há causas de diminuição de pena, para um fato menos relevante que a forma simples. Os elementos básicos das infrações, simples, qualificada ou privilegiada são os mesmos e, no caso, o ato de ofício está contido implicitamente na descrição do art. 317, *caput*, do CP, que tipifica a forma básica, como nas formas qualificada e privilegiada, em que a menção ao ato funcional é expressa.

3.3 Elemento histórico

Numa interpretação do art. 317 considerando-se o elemento histórico de nossa legislação penal comum, a conclusão é a mesma. Afirmou o pranteado Nelson Hungria, membro da Comissão Revisora do projeto que se transformou no Código Penal de 1940, que o legislador pátrio, quanto a tal delito, “inspiro-se no Código suíço, a que vieram também aderir a lei francesa de 8.2.45, e o Código espanhol de 1944” (*Comentários ao Código Penal*, 2.ª ed., Rio, Forense, 1959, 9/367). E o Código suíço prevê exatamente as formas simples e qualificada da corrupção passiva, em tipos diversos, atendendo nesta última a maior gravidade do fato por ter o agente, omitido ou retardado o fato ou tê-lo praticado infringindo o dever funcional. Assim, no art. 316 prevê a corrupção do funcionário que, para realizar um ato não contrário a seus deveres e de acordo com suas funções (“pour procéder à un acte non contraire à leurs devoirs et rentrant dans leurs fonctions”) solicita ou aceita a vantagem indevida (corrupção *imprópria*, da qual se originou o art. 317, *caput*, do CP brasileiro). No art.

315 prevê a conduta daquele que para praticar um ato que implique uma *violação dos deveres de seu cargo* ("pour faire un acte impliquant une violation des devoirs de leur charge") solicita ou aceita a vantagem indevida (corrupção própria, da qual se originou o art. 317, § 1.º, do CP brasileiro). No referido código, portanto, é de rigor a relação do fato com o ato de ofício em ambas as hipóteses.

Diante do testemunho do emérito doutrinador, a conclusão só pode ser uma: se o Código suíço foi o modelo em que se inspirou o legislador brasileiro para a definição do crime de corrupção passiva em suas modalidades, não há dúvida de que, na lei pátria, exige-se a relação do fato com ato de ofício do servidor para a caracterização de tal ilícito, mesmo na ação descrita no *caput* do art. 317 do CP brasileiro.

3.4 *Corrupção própria e corrupção imprópria*

Como já foi visto, o legislador cuidou de diferenciar, para efeito de apenação, as espécies de corrupção passiva. Assim, a pena é mais grave quando o ato de ofício é omitido ou retardado ou praticado com infringência do dever funcional, conforme art. 317, § 1.º (corrupção própria). Ora, é evidente, por isso, que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida pelo funcionário para a prática *regular* de ato de ofício, por não estar contida no § 1.º, está prevista no tipo básico, ou seja, no art. 317, *caput*, do CP. A pena não é agravada, portanto, quando o agente pratica regularmente o ato de ofício, após solicitar ou receber a vantagem indevida. Em outros termos, o funcionário é punido de acordo com o previsto no *caput* do dispositivo, na forma básica do delito de corrupção passiva.

A distinção a ser efetuada, portanto, para se saber se houve a prática do crime qualificado ou simples, é a de

verificar-se se o agente retardou ou omitiu o ato, ou o praticou infringindo dever funcional, respondendo de acordo com o § 1.º do art. 317, ou praticou regularmente o ato de ofício, quando será responsabilizado apenas nos termos do *caput* do citado artigo. É equivocada, pois, a nosso ver, a opinião de que, diante do *caput* e § 1.º do art. 317 do CP, se o funcionário apenas solicita a vantagem indevida, em razão da função, mas não pratica ato nenhum terá ocorrido a infração penal prevista no *caput* do art. 317 do CP e, ao contrário, se o servidor público solicita a vantagem e pratica qualquer ato de ofício, então o delito cometido seria o do § 1.º do mesmo dispositivo legal.

Considerando que o agente é apenado como autor de corrupção imprópria quando pratica regularmente ato de ofício, havendo solicitado, recebido ou aceito vantagem indevida, é consequência lógica que se exige a relação de sua conduta com o ato funcional no tipo penal. Seria ilógico que a lei incriminasse no mesmo tipo, com as mesmas sanções, essa conduta e o comportamento do servidor público que solicitasse ou recebesse vantagem indevida apenas em razão de suas funções, sem qualquer liame com um ato funcional. São fatos totalmente distintos, de gravidade diversa, que não poderiam estar incluídos na mesma figura penal.

3.5 *Crime praticado fora do exercício das funções*

Na redação do tipo previsto no art. 317, *caput*, do CP incrimina-se a conduta não só do servidor que esteja no exercício da função pública, mas daquele que se encontra fora da função ou que não a tenha ainda assumido. Ressalte-se, porém, que o dispositivo exige, também nessas hipóteses, que a solicitação, recebimento ou aceitação de promessa se refira a ato de ofício a ser praticado quando o sujeito assumir ou reassumir

suas funções, não bastando à caracterização do delito tais condutas porque o agente exercerá futuramente uma função pública. Indispensável é que a solicitação, recebimento ou aceitação esteja relacionada com um ato de ofício determinado, como, aliás, nas demais hipóteses.

3.6 A distinção em face da lei italiana

Argumenta-se que os comentários à respeito da lei italiana no que concerne ao crime de corrupção passiva, que se refere expressamente no tipo penal ao ato de ofício, não se adaptam à lei brasileira diante da omissão desta a tal elemento. Parece-nos que tal argumento não procede. Nesse aspecto, da necessidade do ato de ofício em qualquer espécie de corrupção ativa, servem aqueles comentários à aplicação do art. 317 do CP brasileiro.

Explica-se a divergência do tipo penal. Inovando no assunto, a lei pátria faz referência, como sujeito ativo do crime, àquele que está fora de suas funções ou ainda não as assumiu. O legislador nacional, ao incluir tal agente, fez menção expressa à conduta praticada em “razão” da função pública, entendendo desnecessário que se fizesse referência, com redundância, ao “ato de ofício”. Na lei italiana a referência ao ato de ofício era de rigor já que a figura penal da corrupção passiva naquela legislação não contempla como sujeito ativo ao *intraneus* que está fora da função ou ainda não a está exercendo. Já na lei brasileira, a expressão “ato de ofício” era desnecessária diante da redação do dispositivo no que se refere ao servidor que não se encontrava no exercício de suas funções.

3.7 Doutrina e jurisprudência

Não discrepam a doutrina e a jurisprudência da conclusão de que é indispensável a relação do fato praticado

pelo agente com o ato de ofício. É opinião pacífica dos estudiosos ser indispensável para a caracterização do ilícito em estudo que a prática do ato tenha relação com o ato funcional. Nesse sentido se pronunciam E. Magalhães Noronha (ob. cit., p. 342); Celso Delmanto (ob. cit., p. 486); Heleno C. Fragoso (ob. cit., p. 424); Paulo José da Costa Júnior, *Curso de Direito Penal*, 3/192, Saraiva, Damásio E. de Jesus (ob. cit., p. 761).

Não é outra a conclusão da jurisprudência, também pacífica: *RF* 201/297; *RT* 374/164, 388/200, 403/104, 390/100, 526/356, 538/324.

Mais do que isso, exige a jurisprudência que a solicitação, recebimento ou aceitação se refira a ato que esteja na competência do servidor, isto é, que deva estar compreendido nas suas especificações funcionais, porque somente nesse caso se pode deparar com o dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração. Nesse sentido: *RT* 374/164, 390/100, 538/324; *RF* 201/297). É o que também se afirma na doutrina, com Nelson Hungria (ob. cit., p. 369); E. Magalhães Noronha, (ob. cit., p. 343); Heleno C. Fragoso (ob. cit., p. 425); Damásio E. de Jesus (*Comentários*, v. 4/135) etc.

Ora, parece-nos evidente que, não se caracterizando o crime quando a solicitação ou recebimento se refere a ato de ofício que não está nas atribuições do funcionário, que muito menos se realiza o tipo penal quando não há relação alguma do fato com um ato funcional determinado.

3.8 Resposta à 2.^a questão

Diante da objetividade jurídica do delito previsto no art. 317, *caput*, do CP, da existência de formas qualificada e privilegiada de corrupção passiva, do elemento histórico, da legislação comparada, da doutrina e da jurisprudência

pátria, concluímos que é indispensável a relação do fato, ou seja, da conduta do *intra-neus* com um ato de ofício de atribuição desse servidor.

4. Da denúncia pelo crime de corrupção passiva

4.1 O agente corruptor e o ato de ofício na corrupção

Como visto anteriormente nesta exposição, o crime de corrupção passiva quando há recebimento de vantagem indevida por parte do servidor é crime bilateral, envolvendo o ilícito de corrupção ativa por parte do *extraneus*. Já se observou também que é indispensável a relação do fato com um ato funcional por parte do *intra-neus* para que se caracterize a referida infração. São portanto elementos do fato típico a ocorrência de corrupção ativa do *extraneus* e o ato funcional que deva ser praticado, omitido ou retardado pelo servidor corrompido. Assim sendo, na denúncia por um fato em que terceiro entrega ao funcionário vantagem indevida, por solicitação deste ou não, é indispensável que se relate tais elementos essenciais da infração, sob pena do reconhecimento de sua inépcia.

4.2 Requisitos da denúncia

É requisito da peça exordial do processo penal, conforme o art. 41 do CPP, "a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias". O fato descrito deve ser subsumível a uma descrição abstrata da lei, incluindo-se todos os elementos componentes da infração, não podendo a denúncia ser recebida na ausência de qualquer deles. Diz bem Fernando da Costa Tourinho Filho:

"Da mesma forma, não pode ser recebida a denúncia ou a queixa em que não haja a descrição do fato tido como

criminoso. A parte acusadora deve investir o Juiz "della cognizione di un fatto", descrevendo-o, como diz Beling, "al fine di facilitare il compito del giudice e di permettere all'imputato di preparare le propre difese" (Beling, *apud* Bettiol, *La correlazione*, cit., p. 19). ... Necessário pois, que, na peça acusatória, seja denúncia ou queixa, se faça uma exposição do fato criminoso, que é a *causa petendi*, a razão do pedido de condenação". (*Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 11.^a ed., 1989, 1.º/463).

Não é outra a lição de Vicente Greco Filho, que, em recente obra, é mais específico com relação às circunstâncias elementares:

"A denúncia tem a forma de petição. Além da indicação do juiz a que é dirigida, contém duas partes. A primeira, considerada essencial, deve conter a qualificação do denunciado ou esclarecimentos sobre sua identidade física e a descrição do fato criminoso em todas as suas circunstâncias. Há dois tipos de circunstâncias que devem ser referidas: as elementares e as identificadoras. As elementares são as circunstâncias do fato que correspondem aos elementos do tipo penal. A descrição dessas circunstâncias deve ser feita com dados fáticos da realidade, não bastando a repetição da descrição típica. Esta serve de modelo, que deve ser preenchido com os elementos do fato concreto.

.....

A falta da descrição de uma elementar provoca a inépcia da denúncia, porque a defesa não pode se defender de fato que não foi imputado. Denúncia inepta deve ser rejeitada e, se não o for, pode haver truncamento da ação penal por *habeas corpus*. (*Manual de Processo Penal*), S. Paulo, Saraiva, 1991, p. 114).

É certo que o art. 569 do CPP admite que as omissões da denúncia ou da queixa sejam supridas até a sentença final. Mas, como bem afirma o citado autor:

“Essas omissões, todavia, não podem se referir aos dados fáticos essenciais da denúncia. Podem referir-se a aspectos accidentais, como por exemplo a complementação de dados de qualificação do acusado, a retificação das especificações do objeto do crime, ou seja, sempre aspectos accidentais” (ob. cit., p. 115).

Essa, outrossim, é a opinião generalizada em doutrina processual penal, em que pontificam, entre nós, José Frederico Marques (*Elementos de Processo Penal*, Rio, Forense, 1.^a ed., 1961, 2/146-147) e Eduardo Espinola Filho (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Rio, 1955, 3.^a ed., 1/417-418, n. 106), traduzindo o pensamento universal, e v.g. Vincenzo Manzini (*Trattato di Diritto Processuale Penale*, 6.^a ed., at. por G. Conso e G. D. Pisapia, 14/10, Turim, 1972, n. 362) e Manuel Lopes Maia Gonçalves (*Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, Coimbra, 1978, 2.^a ed., p. 469, n. 2).

E ainda observação de Rogério Lauria Tucci:

“É da 1.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a tal propósito, asserção precisa de que: “Os requisitos do art. 41 do CPP são indeclináveis não só em nome do princípio de lealdade processual, como também por força do princípio do contraditório, que é preceito constitucional. Se a denúncia acusatória não for clara, precisa e concludente, não se poderá estabelecer o contraditório em termos positivos, com evidente prejuízo para a defesa, sujeita a vagas acusações” (cf. RT 172/300, 467/360, 448/297 etc.)”.

Em suma, devendo a imputação ao acusado ou querelado, em processo penal, “ser certa, precisa, inequívoca, contendo todos os elementos configuradores do tipo cuja prática se atribui ao acusado”, a ausência de exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, nos termos do art. 41 da legislação

processual penal codificada em vigor, gera a inépcia da denúncia (cf. ainda, RT 449/464). (“Inépcia e nulidade do processo”, RT 555/306).

Na hipótese figurada, a omissão quanto ao crime de corrupção ativa por parte de *extraneus* e a ausência de menção, ao menos, a ato de ofício relacionado com o fato, por serem estas circunstâncias elementares no crime, e não circunstâncias accidentais, acarretam a inépcia da inicial.

No Pretório Excelso é essa a posição, ou seja, de que a denúncia, para ser obediente ao comando do art. 41 do CPP, deve descrever o fato criminoso, “com todas as suas circunstâncias” (RTJ 56/770).

4.3 A inépcia da denúncia e o aditamento

E certo, como já se mencionou, que, de acordo com art. 569 do CPP, as omissões da denúncia podem ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final. Mas, a que omissões se reporta o art. 569 e quais as que poderão ser supridas a todo tempo? As do art. 41 do mesmo Código? Paulo Claudio Tovo responde:

“Sim, salvo a parte onde diz: “conterá a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias...”, pois que a denúncia ou a queixa são atos essencialmente acusatórios. Sem acusação não há denúncia nem queixa. A narrativa é o cerne da denúncia ou da queixa; é o que vincula o juiz pelo princípio de congruência da condenação com a acusação. O mestre José Frederico Marques ensina, aliás, que os atos essenciais do processo (aqueles sem os quais ele não existe) são os contemplados no art. 564 (excluídos aqueles para os quais haja alguma sanatória, é claro) e, ainda mais, que a falta de formalidade do elemento essencial equivale à falta do próprio ato

essencial — nulidade insanável (*Elementos de direito processual penal*, 2/420-421). Logo, se a narrativa não traduzir um fato típico, pelo menos, o procedimento é insanavelmente nulo pela raiz.

As omissões supríveis (ou sanáveis) a todo tempo, antes da sentença final, no tocante ao tópico, seriam as circunstâncias ou elementos integrativos não essenciais do fato, como a hora, o dia, o instrumento com que se produziu a ofensa, etc., isto é, as que podem faltar sem que o fato deixe de configurar uma conduta típica” (*Nulidades no Processo Penal Brasileiro*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 33).

Em recentíssima obra, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho proferem uma lição exemplar sobre as omissões da denúncia ou queixa:

“A narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais.

.....
A sentença que vier a ser prolatada em processo iniciado por denúncia ou queixa inepta será afetada porque assentada em procedimento viciado desde a sua origem.

Firmou-se a orientação na jurisprudência de que a alegação de inépcia da denúncia só é possível até a sentença, sendo que depois desta deve ser atacado o provimento jurisdicional, que será inválido porque emitido em processo contaminado pelo vício da peça acusatória (*RTJ* 84/425 e *RT* 451/340). O raciocínio, contudo, não parece correto. Inválido continua sendo o próprio ato acusatório marcado pela inépcia. Todos os atos posteriores, inclusive a sentença, serão atingidos pela imperfeição da denúncia, e em caso de declaração de nulidade, é necessário que outra acusação seja feita, reiniciando-se

tudo o caminho procedimental”. (*As nulidades do processo penal*, S. Paulo, 1992, pp. 78-79).

Além disso, embora o art. 569 do CPP afirme que a denúncia pode se aditada para corrigir-se a omissão, diante da nova ordem constitucional, que inclui os princípios da presunção de inocência ou estado de inocência (art. 5.º, § 1, LVII, da CF), do devido processo legal (art. 5.º, LIV) e a legalidade estrita (art. 5.º, XXXIX), uma denúncia inepta constitui constrangimento ilegal contra o denunciado. É o que conclui Adaauto Alonso S. Suannes:

“Tem-se, portanto, como não recepcionado pela Constituição Federal o contido no art. 569 do CPP, por ser incompatível com os princípios nela albergados, tanto no que diz com a denúncia, como, com maior razão, em se tratando de queixa, instrumento anormal de dar-se início à ação penal.

11. É de concluir-se, portanto, com a melhor doutrina e com a nossa jurisprudência, que:

11.1 Deve a denúncia indicar precisamente a conduta que atribui ao denunciado, sob pena de estar caracterizado abuso do poder de denunciar.

11.2 Tal conduta deve afeiçoar-se a um *typus poenalis*, sem o que será ela inepta.

11.3 A possibilidade de correção da classificação dos fatos em momento ulterior ao recebimento da peça acusatória é constitucionalmente inadmissível, porque, muito embora o réu se defenda dos fatos que lhe são imputados, é inaceitável que não se tenha desde logo a segurança de que esses fatos correspondem, efetivamente, a um tipo penal, visto como o juiz criminal é, eminentemente, o *custos libertatis*, não podendo aceitar-se que lhe caiba emendar peças acusatórias anáfegas” (“A necessária rejeição da denúncia inepta”, *RT* 667/245-7).

Em recente acórdão relatado pelo Min. Vicente Cernicchiaro, o Eg. Superior Tribunal de Justiça afirmou: "A denúncia deve descrever os elementos constitutivos do crime e suas circunstâncias. Importante é a narração do fato. A capitulação normativa é inócua. ... Decorrencia da imprescindibilidade dos princípios do contraditório e plena defesa. O aditamento à denúncia não supre, no Estado de Direito Democrático, a deficiência da acusação" (*Julgados do Superior Tribunal de Justiça* 30/293).

Nem mesmo, pois, a possibilidade de eventual aditamento da denúncia por parte da acusação justifica o recebimento da denúncia em que não se descreve todos os elementos do crime imputado ao acusado.

4.4 Resposta à 3.^a questão

Não deve ser recebida a denúncia em que se imputa o crime previsto no art. 317 do CP quando na peça preambular não consta referência ao crime de corrupção ativa por parte do agente corruptor, nem ao ato de ofício relacionado com a solicitação ou recebimento da vantagem indevida, ambos elementos indispensáveis à ocorrência do citado delito. Nem mesmo o art. 569 do CPP, que se refere à possibilidade do aditamento da denúncia, justifica o recebimento da inicial pois, na melhor das hipóteses, refere-se o dispositivo processual apenas ao acréscimo de dados circunstanciais do fato criminoso e não às circunstâncias elementares da infração penal.

É o parecer.