

ACERCA DOS ESPAÇOS DE ATIPICIDADE ENTRE OS CRIMES DE CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO ATIVA: UMA PROPOSTA DE RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E A NECESSIDADE DE PENA COMO CRITÉRIOS DE PUNIBILIDADE EM SENTIDO NORMATIVO

*ABOUT THE GAP OF ATYPICALITY BETWEEN THE CRIMES OF BRIBERY
AND EXTORSION PRACTICED BY PUBLIC OFFICER: A PROPOSAL FOR THE
RELATIONSHIP BETWEEN THE PRINCIPLE OF DAMAGE AND THE NECESSITY OF
PUNISHMENT AS CRITERIA OF PUNISHMENT IN THE NORMATIVE SENSE*

M.E GIUSEPPE CAMMILLERI FALCO

Doutorando, Mestre (2022) e graduado (2018) em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – *Campus Franca/SP*.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-5734-9006].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0425322094561553].
giuseppecfalco@gmail.com

PROF. DR. FERNANDO ANDRADE FERNANDES

Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (2011). Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (2000). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor assistente doutor da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – *Campus Franca/SP*.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-6801-3356].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0485191470301548].
feranfer@uol.com.br

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

Recebido em: 06.02.2023

Aprovado em: 09.03.2023

Última versão dos autores: 30.04.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Administrativo

RESUMO: O trabalho busca, por meio de uma metodologia dedutiva, amparado em um entendimento normativo do fenômeno jurídico, definir

ABSTRACT: The paper aims to define the crimes written in arts. 333 and 316, both of the Criminal Code. That is supported by a deductive

F., G. C.; F., F. A. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

os crimes de corrupção ativa de concussão, para verificar a existência de certas condutas que, nos contornos do desenhado neste trabalho, são atípicas. Então, ancorado na máxima de que o que não está proibido está permitido, o presente escrito traça as diferenças entre os tipos penais para tentar demonstrar que certas condutas, ainda que aparentem com as descritas nos tipos penais abordados, são atípicas. Essas condutas são atípicas, pois, além de não apresentarem certos pressupostos normativos para a existência dos tipos penais, ainda que sejam eticamente inadequadas, carecem de atribuição de pena. Isso porque, entende-se a punibilidade como um juízo normativo axiológico em que não basta a análise simples da ocorrência formal do delito, deve-se verificar violação penalmente relevante do valor a ser protegido, a qual representaria necessidade de aplicação de pena, em destaque pelo critério da prevenção.

PALAVRAS-CHAVE: Atipicidade – Corrupção – Concussão – Punibilidade.

approach and a normative comprehension of the juridical fenom. Starting of the assumption that wich is not forbidden is allowed, defining this crimes helps us to understand others conducts that can be not rank as crimes. This conducts are not crime because, although they support an ethical violation, they do not have de criteria of necessity to punishment, because their violations do not touch de value protect by the criminal norm. So, to obey the prevition finalites of punishment, this conducts are insignificant to the criminal law point of view.

KEYWORDS: Atypicality – Corruption – Concussion – Punishability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Concussão: art. 316 do Código Penal. 3. Corrupção ativa: art. 333 do Código Penal. 4. Os pequenos pagamentos e as pequenas exigências atípicas. 5. Considerações conclusivas. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A chamada criminalidade do “colarinho branco”, apesar de ter sido percebida na primeira metade do século XX (SUTHERLAND, 2014), tornou-se mais especializada e complexa graças à estrutura da sociedade pós-moderna de forte interação entre os sistemas político e econômico. O contexto da sociedade da informação, em que a circulação de dinheiro tornou-se amplamente facilitada (tal qual a circulação da informação), permitiu que o poder econômico se apoderasse do fenômeno da globalização para efetivar-se como mecanismo de poder tendente à hegemonia.¹ Por exemplo, hoje, os próprios sentimentos de desejo, sucesso e felicidade estão, diretamente, atrelados a um ideal de consumo globalizado dos produtos vendidos por conglomerados internacionais (BAUMAN, 2003).

1. Nesse sentido, aborda Manuel Castells: “lógica de redes em qualquer sistema ou conjunto de relações, usando essas novas tecnologias da informação” (CASTELLS, 2016, p. 124).

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

Assim, é com o agravamento da sociedade de consumo que o mercado passa a ter ainda mais poderio para influenciar a realidade social, ao ponto de que, hoje, é impensável que o Estado, como figura pública, e o mercado não se relacionem. Tanto é assim que os grandes conglomerados não só têm escala global como, em muitos casos, têm faturamentos tão grandes quanto os PIBs de Estados soberanos, ou maiores.²

O que nos mostra que, no panorama atual de organização do Estado capitalista, a relação Estado-empresa é um fundamental para a preservação do próprio Estado, em especial, no custeio da manutenção e formação de estruturas. Afinal, o Estado, *a priori*, não tem aptidão para algumas tarefas realizadas pelo meio privado. Por isso, pode-se firmar que a relação Estado-empresa, no atual sistema econômico, é fundamento do sistema democrático.³

Por outro lado, as disfunções entre a relação público/privada, tamanha é sua incidência e seu alcance na sociedade, podem levar, por consequência, a grandes alterações da vida cotidiana. Sendo assim, sob essa perspectiva, se percebe a característica do risco (BECK, 2010), entranhada na sociedade pós-moderna, também, como fato relevante na relação entre os Estados e as empresas.

É, portanto, sobre os fundamentos da sociedade pós-moderna, quais sejam, comunicação, globalização e o risco, que a relação entre o meio público e privado ganha relevância, ao ponto de existir a necessidade de se estabelecerem regras para que tal relação (público/privada) possa funcionar ancorada em valores tidos como ideais àquele conjunto social. Assim, as normas jurídicas positivadas têm por referência, e assim expressam, valores cultuados pelo respectivo sistema social, em destaque – no caso da relação entre o meio privado e o Estado – os que envolvem a moralidade, probidade e transparência com o dinheiro público. Não por outro motivo, o artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) determina os valores que regem a administração pública, justamente, para comunicar que os atos do Estado devem respeitar tais valores.

Em um processo chamado de expansão do direito penal (SANCHEZ, 2011), portanto, reclamou-se ao sistema jurídico penal a proteção desses valores e, por consequência, a

2. Explica Rodriguez: “Las razones que explican esta dimensión internacional de los actos de corrupción son, sintéticamente, los siguientes: a) la economización de la sociedad: el vertiginoso crecimiento del comercio, agravando las diferencias entre los Estados; b) el mayor desarrollo de las comunicaciones internacionales que facilita la transferencia de capitales entre los Estados sin dejar la huella del dinero en metálico; c) la aparición de nuevos actores en las relaciones económicas, como las grandes empresas que, en muchos casos, tienen por sí solas un potencial económico superior al del de muchos Estados; d) la pujanza de las áreas regionales de integración de Estados, como la Unión Europea o las áreas de libre comercio, como el Mercosur, que tienden a suprimir o al menos reducir las fronteras entre los Estados miembros, facilitando la libre circulación de personas y de capitales” (RODRIGUEZ, 2012, p. 285).
3. Citamos diretamente a abordagem de Walfrido Warde: “Não sabíamos e continuamos sem saber, em concreto, quais relações entre Estado e empresa que caracterizam a corrupção e quais delas são produto da democracia, aliás, um pressuposto da democracia” (WARDE, 2018, p. 45).

F., G. C.; F., F. A. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbcrim.v198i198.427].

delimitação de condutas que afrontassem o ideal funcionamento dessa forma de relação entre o sistema político e o econômico. Portanto, para que fique claro o entendimento deste trabalho, o Direito Penal, tendo em vista a proteção de valores cultuados pela sociedade, por meio de normas, busca, para o objeto desse excerto, garantir o ideal funcionamento da relação entre o meio público e o privado. Ou seja, o Direito Penal não é, e nem deve ser, o responsável por regular tal relação, mas, apenas, se necessário seu uso, garantir a regulação jurídica. Em outras palavras, o Direito Penal tem por função comunicar o modelo de comportamento e, por isso, garantir a validade da norma, a qual é garantida, no ponto debatido pelo texto, por meio do controle da licitude da relação entre o meio público e privado.⁴

De outro lado, o Direito Penal não pode, sob o fundamento de proteção da vigência da norma, obstar todas as formas de interação entre o Estado e as empresas, principalmente porque, como já se falou, há necessidade social dessa relação. Assim, a relação entre Estado e empresas não pode ser simplesmente suprimida, mas, sim, controlada por meio de instrumento de regulamentação, entre eles o Direito Penal. Logo, há necessidade de ponderação dos interesses e valores em jogo para que se permita o desenvolvimento social por meio da relação do meio público com o privado sem extirpá-la da Administração Pública.⁵

A sociedade – em destaque, a sociedade brasileira –, perplexa com os escândalos de corrupção veiculados pela mídia, apelou ao Direito Penal a responsabilização e punição dos envolvidos em delitos de corrupção. Além disso, recentemente, a população brasileira vem demandando que o Direito Penal seja o instrumento de prevenção da chamada “criminalidade do colarinho branco”.⁶

Quanto aos crimes de corrupção, devemos considerar o modelo de Estado e sua relação com o meio privado. Afinal, em regra, os crimes de corrupção são praticados no âmbito da relação entre Estado e o particular (englobando-se aqui pessoas jurídicas de direito privado). Dessa maneira, os objetos de proteção dos crimes de corrupção envolvem a

4. “[O] objetivo do direito penal, porém, não é simplesmente proteger bens jurídicos, mas o de traçar, nitidamente, os contornos das zonas de lícito e do ilícito, do proibido e do permitido, no sentido de só justificar a intervenção do Estado sobre a liberdade da pessoa humana, em casos de extrema e demonstrada necessidade” (TAVARES, 2002, p. 216).
5. “E sim, ao dado que as fontes de perigo para vários bens jurídicos coletivos advêm mormente de atividades lícitas e socialmente necessárias, as quais não podem ser suprimidas *in totum*, mas sim controladas [...] Assim, não pode o Direito Penal pretender uma tutela absoluta dos bens emergentes, tal qual o caso dos clássicos bens individuais, mas sim por meio de uma ponderação acerca dos limites e interesses em jogo. Do contrário, estar-se-ia a impor a paralisação do desenvolvimento social que, inequivocamente, variegadas benesses propiciou ao homem moderno” (MELO, 2009, p. 69).
6. “A prevenção é certamente uma forma de enfrentamento aos delitos de corrupção. Fato de notório conhecimento é que todo ato de corrupção causa na sociedade em si um mal. A vítima direta – ressaltando que tratamos aqui dos delitos de corrupção pública – é o Estado; entretanto, toda a sociedade está inserida como vítima indireta pois, tendo por fundamento a função do Estado, os interesses deste deve ser os interesses da sociedade e uma vez atingidos os interesses do Estado, toda a sociedade também será atingida” (GOMES, 2014, p. 21).

administração pública, a economia e a própria estrutura do Estado.⁷ Isso porque os agentes dos crimes de corrupção, em resumo, desfoçam a estrutura estatal, outrora voltada ao interesse público, para obterem vantagens indevidas ou de interesse unicamente particular.

Nesse sentido, para além dos princípios que norteiam a administração pública, de forma ainda mais precisa, o que está proibido pelos crimes de corrupção, seja na modalidade ativa, seja na passiva, é a perversão do modelo ideal de relação entre o meio público e o meio privado. Então, se a lei determina a correta forma de relação entre o meio público e privado, a perversão desse modelo é o que caracteriza a corrupção. Sendo assim, por exemplo, a Lei 14.133, de 2021, ao desenhar a forma e os procedimentos das licitações e contratos administrativos, está a determinar o preciso procedimento de relação entre o meio público e o privado. O que quer dizer, por outro lado, que todos os demais meios de relação – ressalvados outros previstos em lei – estão proibidos.

Porém, por definição, nem tudo que é proibido ou ilícito é criminoso. O que quer dizer que a transgressão do modelo de relação entre o Estado e o meio privado não está a todo momento ao alcance da norma penal. Afinal, além da verificação da perversão do modelo de relacionamento entre o meio público e privado, a atribuição de qualquer delito passa pelo crivo dos critérios imputativos, em especial, o alcance do tipo penal. Logo, é ainda mais justificado o presente trabalho, que visa, justamente, delimitar o alcance dos tipos penais da concussão e da corrupção ativa. Tudo para que não se incorra em arbítrio ou imprecisão quando da imputação de tais delitos.

Por outro lado, a estrutura complexa da sociedade pós-moderna, como já dito, trouxe novas formas de agressão a bens jurídicos, sobretudo a administração pública, gerando, assim, dificuldade ao aplicador da norma penal ante as novas condutas oriundas da mudança do agir da pós-modernidade. Por exemplo, para nos ajudar a visualizar a influência das novidades pós-modernas em relação às condutas, percebeu-se que, com o advento da *internet* e dos meios digitais, o pagamento de valores ilícitos não é mais feito por meio de dinheiro em espécie, mas, sim, por movimentações financeiras exclusivamente digitais. Então, a conduta de transacionar um valor ilícito, seja como contrapartida de atos de ofício (crimes de corrupção), seja como produto do delito (valores obtidos, por exemplo, da venda de entorpecentes), anos atrás, precisava de malas, cofres e conversas pessoais, hoje, necessita somente de um telefone celular.

Portanto, este trabalho pretende refletir acerca das novas formas de praticar os delitos e suas consequências normativas. O que, em primeiro lugar, nos cabe o cuidado de ordem ético-jurídica de não fazer qualquer esforço com o intuito de, esgarçando a lei penal, imputar um crime a um acusado sem a devida precisão normativa. Afinal, essa não seria hipótese convergente para a metodologia do presente artigo. A análise de um caso em específico necessitaria da ciência dos pormenores materiais do caso em concreto, o que não pretende este

7. “Os crimes de corrupção atentam contra a ordem econômica e a Administração Pública, colocando toda a sociedade em situação de risco pois desvirtuam as finalidades e funções do próprio Estado” (GOMES, 2014, p. 12).

F., G. C.; F., F. A. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

trabalho. O objetivo é entender o atual panorama normativo afetado pelas novas formas de execução de condutas criminosas.

A conduta descrita por meio do tipo é expressão da norma penal que o precede, por isso, optou-se neste trabalho por dois tipos penais grafados no Código Penal brasileiro para contribuir com o entendimento dos seus aspectos normativos: o crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e concussão (art. 316 do Código Penal). Isso porque, nas tramas processuais que ganharam natureza midiática, sob análise do caso concreto, embora as condutas descritas nesses tipos sejam demasiadamente distintas, restou dificuldade em subsumir a conduta ao fato concreto. Por exemplo, em uma situação de reiterados pagamentos e exigências de valores ilícitos a agentes políticos por conta da função pública ocupada que, após certo tempo, já não se sabe se o pagamento era oriundo de exigência do funcionário ou oferecimento do particular. Cabendo-nos, nesse ponto, também, refletir se há possibilidade normativa da ocorrência do crime de corrupção ativa e concussão na mesma hipótese fática.

Ademais, o presente escrito visa debater acerca de uma conduta, que nos parece intermediária entre os dois citados tipos, chamada, na língua espanhola, de os *pagos de engrase*, os quais seriam pagamento de pequena monta ao funcionário público para viabilizar, ante a ineficiência da burocracia estatal, o que já é de direito do agente privado.

A diferenciação dessas condutas, crê o presente trabalho, contribuirá para a melhor observância e, quando necessário, imputação das condutas típicas quando da análise do caso concreto.

2. CONCUSSÃO: ART. 316 DO CÓDIGO PENAL

A conduta referente ao delito de concussão está descrita no art. 316 do Código Penal como “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”. O crime de concussão, topologicamente, está localizado no título XI do Código Penal – dos crimes contra a administração pública, mais especificamente no Capítulo I – dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral. Assim, como já bem indica a nomenclatura do citado capítulo, bem como a própria descrição do tipo, o crime de concussão é um crime praticado exclusivamente por funcionário público.

Sendo essa a hipótese, a concussão é um crime classificado pela doutrina tradicional como crime próprio (aquele que apenas pode ser praticado por pessoa detentora de *status* social especial). Então, existe um critério normativo que precede a configuração do tipo penal, qual seja, o conceito legal de funcionário público, previsto no art. 327 do Código Penal. Ou seja, sem a verificação desse conceito normativo prévio, não há possibilidade de atribuição do tipo penal de concussão.

O conceito de funcionário público para fins penais está, conforme orientação uníssona da doutrina e da jurisprudência, acostado ao art. 327 do Código Penal, o qual impõe ser

funcionário público quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça emprego, cargo ou função pública.⁸ A doutrina tradicional define cargo e emprego público como o posto criado por legislação competente na estrutura da Administração Pública com denominação e definição de vencimentos próprios, diferenciando-se sob o aspecto de ser esse regido por estatuto próprio do cargo e aquele pelo regime da CLT. Por conseguinte, a função pública tem caráter residual, reservando-se àqueles que, embora não sejam concursados, prestem serviços públicos vinculados à Administração Pública via contratos administrativos, ainda que de forma temporária, por exemplo, o administrador da empresa concessionária de administração de rodovias (NUCCI, 2017, p. 1495).

Enfim, quando da imputação do crime de concussão, deve-se considerar o requisito normativo de o agente ser funcionário público, nos termos da legislação, para constituição da tipicidade. Ou seja, para delimitação da tipicidade deve-se, obrigatoriamente, verificar esse elemento normativo, caso contrário, ao menos quanto ao crime de concussão, a conduta será atípica.

Para além de uma questão de tipicidade e autoria, o conceito jurídico penal de funcionário público impõe àquele assim classificado uma gama de direitos e deveres que o diferencia da pessoa que não desenvolve esse papel perante a sociedade. Logo, se a atribuição penal passa (como se verá) por uma análise de cumprimento (ou não) de deveres normativos atribuídos à pessoa, o alcance da norma penal é maior para aqueles que se incluem no conceito jurídico penal de funcionário público. Isso porque esses que preenchem tal classificação normativa devem não somente comprometer-se com os deveres impostos à pessoa, mas, também, com os deveres vinculados ao cargo ou à função ocupada.

Nesse ponto, a reflexão acerca dos papéis sociais desenvolvida por Gunther Jakobs⁹, quando da análise dos crimes usualmente classificados como próprios, é de grande valia, sobretudo nos crimes que envolvem o funcionário público. Isso porque, segundo Jakobs,¹⁰ cada integrante do sistema social (pessoa) possui um feixe de direitos e deveres que devem ser cumpridos para o cumprimento das expectativas sociais, possibilitando-se, assim, a convivência em sociedade.¹¹

8. Como esclarecimento, destaca-se que, para os fins deste artigo, considerar-se-á, somente, a definição provida pelo art. 327, *caput*, do Código Penal. Devendo, portanto, a todas as menções a referido dispositivo, considerar-se o descrito em seu *caput*.
9. “Ser pessoa significa representar um papel” (JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: uma teoria de um direito penal funcional*. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003. p. 30).
10. JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: uma teoria de um direito penal funcional*. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003.
11. “Portanto, com a medida da culpabilidade não se mede um sujeito, mas apenas uma pessoa, precisamente a pessoa mais geral que cabe examinar, aquela cujo papel consiste em respeitar o direito. [...] Só na medida em que esse papel não se veja questionado podem ser levado em consideração alheios ao mesmo” (JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: uma teoria de um direito penal funcional*. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003. p. 43).

Nessa reflexão, todos os integrantes do sistema social possuem um determinado papel em comum, ou seja, certos direitos e deveres são compartilhados por todos os conviventes, por exemplo, o respeito à vida humana alheia. De forma mais comum, abordam-se esses deveres como ordens de “não danificar”.¹²

Além desses deveres compartilhados por todas as pessoas, alguns ocupantes de determinadas funções sociais, por via de comunicações normativas, adquirem um papel social específico. Então, um determinado grupo de pessoas, ocupantes de determinadas posições sociais, por conta de comandos normativos, tem, além dos direitos e deveres comuns, outro feixe de direitos e deveres oriundos exclusivamente da função ocupada. Por exemplo, o(a) advogado(a) que, especificamente, possui capacidade postulatória, que demais integrantes da sociedade que não são advogados não possuem. De outro lado, esse profissional submete-se aos deveres éticos postulados no Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/1994).

O funcionário público, na forma como definido no Código Penal, conforme dito, possui um feixe especial de direitos e deveres oriundos exclusivamente desse *status* social diferenciado. Não por outro motivo, o legislador procurou definir no Código Penal o conceito de funcionário público. Dessa forma, ante toda essa reflexão, deve-se concluir que o crime de concussão é um crime catalogado como crime de infração de dever, ou seja, um crime que, para sua configuração, é necessário que algum dever vinculado à função ou ao cargo público ocupado seja infringido.

Ajustados os critérios normativos, que estabelecem que, para a imputação do crime de concussão, deve o agente ser funcionário público e ser a conduta um ato de infração do dever vinculado ao cargo ou à função ocupada, pode-se partir para as possibilidades de ocorrência material da conduta do crime de concussão.

O crime de concussão assemelha-se a uma extorsão, porém, no crime do art. 316 do Código Penal não há a presença da violência ou da ameaça, mas, como já justificado, a vinculação à função pública. A vinculação à função pública é um elemento fulcral para o entendimento do crime de concussão, isso porque a conduta do agente estará vinculada a ato oriundo e de competência, formal e material, da função pública ocupada pelo agente. O que quer dizer: para a configuração da concussão, o agente deve usar da função pública para exigir a vantagem indevida. Por exemplo, o delegado que, mesmo sabendo que existe ordem judicial para devolução de bem móvel apreendido ao proprietário, exige valor em dinheiro para entregar um bem apreendido em uma incursão policial.

O que se quer destacar é que no crime de concussão a vítima e o agente estão imersos em um contexto de desnível de poder, em que a vítima está submetida ao poderio e à discricionariedade do agente que ocupa a função pública. Além disso, no crime de concussão, o particular (sujeito passivo) para o qual a exigência se direciona não tem nenhuma vantagem com a ocorrência do crime de concussão. Nessa dinâmica, a vantagem é aferida,

12. A doutrina espanhola, quando se refere a tal ordem normativa, faz uso do termo *no-dañar*. Sendo assim, uma tradução livre da terminologia levou a expressão “não danificar”.

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 198, ano 31, p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

unicamente, pelo agente do crime. Caso contrário, não seria o particular reconhecidamente vítima do crime de concussão.

O que está condicionado ao recebimento da vantagem pelo agente público é um ato de ofício próprio da função exercida pelo agente. Logo, o sujeito passivo, quando da ocorrência do crime de concussão, poderá, ao máximo, aferir benefício que lhe era de direito, não devendo aferir qualquer vantagem. O que quer dizer que, do ponto de vista da “troca” realizada entre o particular e o funcionário público, o sujeito passivo do delito obtém uma vantagem. No entanto, essa vantagem não é normativamente indevida, pois já lhe era de direito e foi condicionada pelo funcionário público.

Dito isso, verifica-se que o crime de concussão se diferencia das modalidades dos crimes de corrupção, pois o particular, no crime de corrupção passiva, por exemplo, está em busca da obtenção de alguma vantagem. Levando-nos à dedução de que o crime de concussão impossibilita a existência de qualquer barganha ou negociação entre os sujeitos do crime, afinal, o tipo penal trata de “exigir” e não “solicitar ou receber”. O que quer dizer que a terminologia usada na descrição típica do art. 316 do Código Penal comunica que, materialmente, a exigência do agente é tamanha, que, sem seu devido pagamento, a requisição do particular não será cumprida. Em outras palavras, sem o recebimento da vantagem indevida pelo agente público, o que é de direito do particular não será providenciado.

Servimo-nos do já citado exemplo do delegado que exige um pagamento em dinheiro para a liberação de um bem apreendido: sem o pagamento da quantia ao agente público, o bem não será devolvido, embora seja função do delegado devolvê-lo, tendo em vista que há deferimento judicial da devolução.

Em resumo, ao que concerne aos objetivos deste escrito, o crime de concussão diferencia-se dos crimes de corrupção pela inexistência de aferição de vantagem pelo particular e pela inocorrência de negociação entre as partes envolvidas.

3. CORRUPÇÃO ATIVA: ART. 333 DO CÓDIGO PENAL

O termo corrupção, que está em efervescente debate, tem inúmeras conotações e significados, uns optam por definir tal fenômeno pelo plano econômico, outros pelo ambiente ético-filosófico, ainda, há os que se fixam no plano político. Para este trabalho, o conceito primeiro de corrupção está na filosofia, a qual nos concede uma visão ampla desse conceito, definindo-o como um desvio ético de consequências morais. De tal sorte que, independentemente da seara em que o termo for utilizado (econômica, política, empresarial, médica etc.), em regra, a conotação do fenômeno da corrupção como um desvio do regramento ético do ambiente em que se insere é suficiente para delimitá-lo no plano geral (GOMES, FERNANDES, 2017).

Entre as diversas searas do sistema social em que se verifica a ocorrência do fenômeno da corrupção, cabe-nos fazer o destaque do aspecto econômico. Isso porque, como já se relatou, o componente econômico na sociedade atual tem suma importância para o

desenvolvimento do Estado capitalista que se pretende democrático. Tanto é assim que diversos organismos internacionais, como a OCDE; OEA e a ONU, têm adotado medidas para o combate e enfrentamento da corrupção.

Outrossim, os contratos estabelecidos entre os meios público e privado, sobretudo, empresa e Estado, têm imenso valor econômico. Ou seja, o Estado, hoje, tornou-se um “cliente” atrativo aos produtos e serviços oferecidos pelo meio privado, aumentando a competitividade entre os que desejam desfrutar desse proveito econômico. De tal sorte que, para que se garanta a convivência harmônica desses personagens econômicos, é necessária a delimitação de um ambiente de competição ética e isonômica, principalmente quando envolve a Administração Pública, que deve zelar pela impessoalidade.

O ambiente privado, cuja melhor imagem é a de uma empresa, se orienta pela lógica do livre mercado e do incremento de lucro. O Estado brasileiro, no entanto, está orientado pela norma disposta na Constituição Federal,¹³ que determina que esse Estado deve se orientar sob os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Sendo assim, a norma jurídica estabeleceu modelos de relacionamento entre o meio público e privado com objetivo de, em primeiro lugar, garantir a competição igualitária entre os concorrentes (privados) e, depois, que o Estado possa contratar o melhor produto ou serviço ao melhor preço. Em outras palavras, a norma jurídica, ao estabelecer o modelo de contratação entre o meio público e privado, proíbe todos os demais e, por isso, impõe o respeito a esse modelo. A Lei de Licitações, por exemplo, delimita qual o modelo, a forma e o procedimento para contratação de serviços de construção pela administração pública, o qual deve ser respeitado, sob pena de invalidade do contrato firmado.

Essa constatação nos leva à conclusão de que o crime de corrupção, além de um desvio ético, caracteriza-se pela perversão do modelo ideal – estabelecido em norma jurídica vigente – de relacionamento entre o meio público e o privado.

O tipo penal do art. 333 do Código Penal pressupõe a existência de duas pessoas, uma que ofereça a vantagem (corruptor) e a outra que venha a receber (corrompido). O que oferece a vantagem, normativamente, não deve ser funcionário público, enquanto o corrompido, esse sim, deve enquadrar-se no conceito legal de funcionário público (art. 327 do Código Penal).

Dito isso, a doutrina tradicional entende que o crime de corrupção ativa é um crime formal, ou seja, que prescinde de resultado naturalístico, concretizando-se com o simples oferecimento da vantagem. Ou seja, não se exige o aceite do funcionário público, basta que o particular ofereça a vantagem para que, aos olhos da doutrina tradicional, esteja preenchido o tipo penal de corrupção ativa. Certa parte da doutrina, no entanto, sustenta que a

13. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1 – 05.10.1988, p. 1).

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

consumação desse crime ocorre apenas com a ciência da barganha pelo funcionário público (DELMANTO, 2000).

O crime de corrupção ativa, independentemente da classificação doutrinária, exige a formulação de uma negociação entre o funcionário público e o particular, ainda que o funcionário público não aceite. Assim, entre o sujeito ativo e o funcionário público existirá um acerto, uma troca de uma vantagem por um ato de ofício ou omissão que beneficie aquele sujeito ativo. Nesse ponto, importante perceber que não necessariamente será um acerto entre as duas partes, o próprio corruptor pode, unilateralmente, oferecer a barganha. O que não exclui sua existência.

Por exemplo: por meio de um *e-mail*, um empresário oferece alguns milhões de reais ao presidente de um banco público para que esse libere para a empresa X, vinculada ao oferecedor da vantagem, um empréstimo a juros abaixo dos praticados no mercado. O presidente do banco, cuja função é alcançada pela definição de funcionário público presente no Código Penal, sequer responde ao *e-mail*. Veja, no exemplo: o presidente do banco público nem sequer respondeu à mensagem eletrônica, mas, mesmo assim, já existe a barganha. Em outras palavras, o crime de corrupção ativa não depende do aceite da oferta, mas, sim, da formulação de uma proposta de troca.

Outrossim, deve-se perceber que a existência dessa negociação, como fica evidente no exemplo dado, não obriga que, sempre que se verificar um crime de corrupção ativa, ambos os envolvidos serão responsabilizados. Então, não é condição *sine qua nom* a ocorrência de um crime de corrupção passiva para a verificação de um crime de corrupção ativa.

Porém, em qualquer das alternativas, é certo que a imputação do crime de corrupção ativa deve verificar risco ilícito de perversão ao modelo de contratação pública. Isso porque, como estabelecido, o dever exigido pelo tipo penal é de cumprimento desse modelo.

O objeto de violação normativa do crime de corrupção ativa é o modelo de contratação pública estabelecido pela norma jurídica competente, cuja consequência é o desfoque do interesse público, a supressão da competitividade e da justa concorrência do mercado (RODRIGUEZ, 2012). Afinal, consolidada a negociação corrupta, outros agentes econômicos, que não o agente do crime de corrupção ativa, que desejavam ter o Estado como parceiro comercial e que detinham o direito de competir para tanto, independentemente de avaliação de preço e competência, não lograrão êxito, pois existe, naquele meio de competição, um fator alheio ao procedimento modelar que condiciona a decisão do funcionário público.

Portanto, o crime de corrupção ativa, para a sua configuração, deve induzir o funcionário público a tomar uma decisão, por meio de uma conduta comissiva ou omissiva, contrária ao procedimento legal de relacionamento entre o meio público e privado, mas que beneficie de alguma forma seu interesse pessoal. Nesses termos, pergunta-se: podemos concluir que a barganha do agente do crime de corrupção ativa atinge somente atos discricionários do funcionário público? Não, pois tal barganha pode envolver a prática, ou mesmo a omissão, de ato do ofício vinculado. Nesse caso, visualiza-se uma proximidade com a dinâmica do crime de concussão delimitado anteriormente; porém, aqui, há uma

diferença no sentido da proposição da negociação. Enquanto no crime de corrupção ativa ela parte do particular, no crime de concussão inicia-se pelo funcionário público.

Quanto ao interesse público, que está por detrás do modelo de contratação pública, também nos cabe certo zelo, pois o ato do agente público, ainda que corrupto, não exclui, *a priori*, a execução do contrato. Ou seja, ainda que por meio corrupto, a execução do contrato pode levar à eficácia do interesse público pretendido por aquela contratação. Por exemplo, em um processo licitatório para a construção de uma estrada, oferecem-se valores aos competentes para a análise do certame para que a construtora Y seja a vencedora; assim ocorre e a estrada é construída. Veja, no exemplo dado: ainda que por meio de barganha ilícita, o contrato foi levado a efeito e satisfaz o interesse público almejado, qual seja, a construção da estrada.

Logo, o delito de corrupção ativa não é um delito que todas as vezes atingirá o erário público, como quer entoar a doutrina tradicional. Não. O crime de corrupção ativa atinge, em primeiro lugar, o dever de respeito à norma jurídica que estabelece a forma de contratação e, por essa via, atinge a competitividade do mercado, tanto é assim que é impensável o oferecimento de valor a funcionário público sem a existência de um procedimento regular a ser pervertido. É por isso que a corrupção, antes de ser tipo penal positivado, é desvio metodológico de uma estrutura normativa. No caso do mercado, sendo a competição a pedra basal do modelo capitalista, a competição é um preceito metodológico e normativo a ser perseguido, o qual é degradado pela ocorrência de um crime de corrupção.

Sendo essa a hipótese, o que quer se estabelecer, nesse ponto, é que o crime de corrupção ativa, na realidade, busca garantir o cumprimento e respeito aos critérios normativos de modelos de relacionamento entre o meio público e privado, pois esses são os considerados aceitáveis sob referência da competitividade, tomada como valor cultuado pela sociedade de mercado. Então, sendo a corrupção um desvio das finalidades do Estado, cabe-nos solidificar que é do interesse público, sobretudo quando da formulação de contratos administrativos, que as relações empresariais sejam pautadas por um paradigma normativo de competitividade ética (SAAD-DINIZ, 2019).

Em conclusão, sob essa reflexão, e usando a classificação fornecida pela doutrina tradicional, o crime de corrupção não pode ser um crime formal, mas, sim, um crime de dano ao modelo normativo de relacionamento entre o meio público e privado, que, por consequência, gera danos à competitividade do mercado e ao interesse público. Esse crime consuma-se quando do recebimento da vantagem proveniente de comissão ou omissão de ato de funcionário público.

Em resumo, os pontos de diferenciação entre o crime de corrupção ativa e o crime de concussão são: a existência de uma barganha entre os sujeitos e a infração ao paradigma normativo de contratação pública.

4. OS PEQUENOS PAGAMENTOS E AS PEQUENAS EXIGÊNCIAS ATÍPICAS

Bem caracterizados os tipos penais da concussão e da corrupção ativa, cabe-nos, agora, analisar o espaço normativo que existe entre essas duas condutas. Nesse citado espaço normativo estão presentes algumas condutas que vêm causando divergência nos tribunais brasileiros sobre sua tipicidade, isso porque, conforme nos ensina uma máxima da ciência jurídico-criminal, o que não está proibido está permitido. Ou seja, nesse ponto, verificaremos se essas condutas são imputáveis a alguém pelo tipo de concussão, corrupção ativa ou nenhum deles.

A primeira dessas condutas é o que se chama na doutrina espanhola de *pagos de engrase* ou *facilitación* (em tradução livre, pagamentos de engraxe ou facilitação), que nada mais são que pequenos pagamentos a funcionários públicos para agilizar, prover ou facilitar o que já é de direito do pagador, mas que, por ineficiência da burocracia do Estado,¹⁴ esse direito não logra efetividade (CEPEDA, SANCHEZ, 2012). Um exemplo dessa conduta é o sujeito que está em uma fila de um estabelecimento público aguardando ser chamado para apenas retirar seu RG e, sem paciência de esperar, paga R\$ 100 (cem reais) ao funcionário moderador da fila para passá-lo na frente dos demais.

Tais pagamentos, apesar de desencorajados pela recomendação de 2009 da OCDE,¹⁵ devem ser considerados atípicos.¹⁶ Isso porque o crime, por definição, deve expor uma lesividade ou um potencial de lesividade (risco) a um valor (usualmente chamado pela doutrina de bem jurídico) protegido por uma norma jurídico-penal. Não é outra a ordem do famoso princípio da *ultima ratio*, postulado logo nos primórdios da ciência jurídico-criminal, que impõe que o direito penal, como instrumento violento do Estado, deve ser a última medida jurídica, sendo usado, apenas, quando necessário. Portanto, a conduta, para ser definida como crime, deve apresentar lesividade a esse valor referenciado pela norma jurídico-penal; do contrário, estamos falando, apenas, de um ato possivelmente imoral (ROXIN, 2006).

14. “En otras palabras, los facilitating payments son pequeños pagos, no oficiales e ‘impropios’, que se hacen a un funcionario público, nacional o extranjero, para obtener o agilizar el desempeño de una acción de rutina, o necesaria, a la cual se tiene derecho. Estos pagos son una ‘pequeña’ forma de ‘corrupción’ que normalmente son entregados a funcionarios públicos para obtener licencias, certificados y otros servicios públicos. Estos pagos tienen el propósito de ‘acelerar trámites’, ‘acelerar’ o ‘engrasar la burocracia’ para que sea más rápida” (SALDAÑA, 2021).
15. A íntegra da recomendação está disponível em: OCDE. Recommendation of The Council For Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. C(2009)159/REV1/FINAL. 01.03.2010. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/C(2009)159/REV1/FINAL/en/pdf]. Acesso em: 27.07.2019.
16. O entendimento do FCPA e OCDE é o mesmo: “A pesar de que la FCPA considera impunes los pagos de facilitación o engrase, al estimar que se trata de ‘pagos de buena fe’, y los comentarios del Convenio de la OCDE hagan referencia a que los pagos de facilitación ‘pequeños’ no son punibles” (CEPEDA, SANCHEZ, 2012, p. 50).

F., G. C.; F., F. A. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

A conduta descrita no exemplo, tomada por esse artigo pelo nome de pagamentos de facilitação, pode demonstrar uma conduta imoral, uma vez que, para usar o exemplo, há – no mínimo – um egoísmo ou individualismo comumente desincentivado no ato de pagar o funcionário público para “furar a fila”. Porém, tal ato não expressa uma conduta lesiva ao valor protegido pela norma jurídico-penal. Isso porque a vantagem obtida pelo funcionário público, tamanha é sua pequenez, que não expressa qualquer desvio ético do funcionário; tão pouco se pode falar em afronta a comando jurídico-penal ou, ainda, em promoção de um desarranjo social por meio dessa conduta. Afinal, não se trata simplesmente de imputar um crime de infração de dever, há de demonstrar a lesividade à norma penal.¹⁷

Além disso, o particular, pagador da vantagem, não tem qualquer benefício nessa transação, tampouco de grande valia, visto que o obtido por esse já lhe era de direito, apenas foi suprida uma deficiência da burocracia estatal. Ademais, não está presente qualquer exigência do funcionário público, mostrado que, pelo já demonstrado, não pode a situação descrita no exemplo ser entendida como um crime de concussão.

Além disso, tais pagamentos, apesar de disporem de barganha e expõem um desvio ético, não devem, também, ser considerados crime de corrupção ativa, visto que, também no tocante à efetividade, não há violação ao método de relacionamento entre o meio público e privado. Tanto é assim que a “competitividade” dos particulares se mantém intacta, visto que todos receberão o que lhes é de direito sem qualquer prejuízo.¹⁸

Por fim, no plano filosófico, em que pese tais condutas possam representar desvios éticos, essas não têm qualquer consequência capaz de desestabilizar a vivência em sociedade. Por isso, não devem ser também consideradas como adequadas ao crime de corrupção ativa.

17. Nuria Rodriguez explica que o dever de lealdade do funcionário público não é em si algo de interesse da norma penal, mas, sim, o instrumento pelo qual a norma garante tal interesse. Veja-se: “En este sentido, el deber de lealtad del funcionario, la correcta ejecución de sus tareas, no es un interés penal per se, sino presupuesto instrumental de protección del auténtico bien jurídico. No es posible sostener que en el cohecho lo que se trata de proteger el deber del funcionario de actuar con fidelidad y lealtad y no ‘negociar’ con sus actos, sino que habrá de individualizarse el interés cuya tutela impide aceptar que se hagan negocios con la actuación pública y para ello es clave la concepción de Administración que se dibuja en el contexto de una sociedad democrática: caracterizada constitucionalmente, artículo 103, por los principios de imparcialidad, objetividad y eficacia” (RODRIGUEZ, 2012).

18. É importante perceber que o foco da criminalização está no desvio da competitividade e perversão da metodologia de relacionamento, isso porque, quando, por exemplo, projetamos a circunstância de *pagos de facilitación* para o âmbito do comércio internacional, o cenário pode alterar-se, justamente porque ele pode promover uma alteração na competitividade. Isso se dá em dois aspectos, primeiro, pois se esse for o critério para o “sucesso” de competitividade, as empresas com maior capital a ser oferecido estarão em vantagem em relação às demais. Depois, sustenta o texto de Saldaña que os países que não combatem essa prática tornam-se mais atrativos e passam a ser uma concorrência desleal aos que penalizam a mesma conduta: “Los pagos de facilitación constituyen una ‘práctica desleal’ en el comercio y la inversión, en perjuicio de todas aquellas personas o empresas que no dan estos pagos y, en general, de la sociedad del país en donde se realizan, obstaculizando un eficaz combate a la corrupción” (SALDAÑA, 2021).

A segunda conduta que vem causando dúvida nos tribunais é a prática, bastante comum no Brasil, de presentear, sobretudo em datas festivas, serventuários públicos com os quais o particular tem grande contato, como forma de agradecimento ou reconhecimento pelo bom relacionamento. Por exemplo, o escritório de advocacia, composto por integrantes majoritariamente cristãos, com grande número de ações distribuídas em uma Vara da comarca Y, nos dias precedentes ao feriado de Páscoa, leva chocolates aos serventuários do cartório em comemoração à data cristã.

Note-se, apesar de a conduta parecer inadequada e sugerir que o escritório quer obter algum tipo de vantagem em relação aos demais que atuam naquela Vara, não se pode concluir de plano pela ocorrência de conduta típica, pois, como no exemplo anterior, a conduta não oferece afronta à norma penal. Isso porque não se pode inferir, de plano, que o particular (em nosso exemplo, os membros do escritório de advocacia) obterá vantagens por conta de presentear os funcionários públicos. No mais, o crime de corrupção ativa, bem como o de concussão, é marcado pela supervalorização da vontade individual do funcionário público, no sentido de que a oferta deve ser destinada àquele funcionário em específico, pois ele estaria disposto à prática do ato ilícito. O que quer dizer que presentear a todos de forma ampla e geral não preenche tal característica. Desse modo, o que se percebe é que, nesses casos, não há sequer afetação à norma penal, tornando-se conduta criminalmente irrelevante.

Se analisada essa prática, ainda que de forma rasteira, pela óptica sociológica, poder-se-á concluir que a conduta de dar pequenas “prendas” a serventuários públicos mais tem relação com o homem cordial de Sérgio Buarque de Holanda (BUARQUE, 1995) (que não nega sua ética cambaleante) do que com o Código Penal.

Quanto ao crime de concussão, não há possibilidade de sequer cogitá-lo, pois não existe, nesse caso, em primeiro lugar, exigência por parte do funcionário público em receber a vantagem. Depois, como no primeiro exemplo, a vantagem é tão pequena que é incapaz de promover uma violação no feixe de direitos e deveres impostos ao funcionário.

Da mesma forma, a conduta descrita no exemplo não pode ser objeto de imputação do crime de corrupção ativa. Isso porque, em primeiro lugar, não existe barganha entre os sujeitos. Em outras palavras, o funcionário público não escolhe a “prenda” que irá receber. Além disso, não há qualquer ato de ofício relacionado à pequeníssima vantagem recebida, ou seja, não há troca de vantagem entre os personagens da conduta, o que, conforme já explanado, desconstitui a tipicidade do crime do art. 333 do Código Penal. Por esses motivos, conclui-se que essa conduta não promove qualquer alteração no relacionamento entre o meio público e privado ou, ainda, na competitividade dos particulares em seu relacionamento com o ambiente público.

Enfim, querer inferir que o funcionário público estaria subjetivamente condicionado a favorecer o oferecedor do presente exigiria do operador do Direito Penal uma compreensão acerca da subjetividade do funcionário que recebeu o presente, a qual – certamente – extrapola os limites da norma penal. Seja a título de aferição de dolo ou da própria aferição do preenchimento formal da tipicidade, tal análise unicamente acerca “do que pensa” o

funcionário que recebeu o presente, em si, não preenche os critérios normativos capazes de imputar o delito.

Em resumo, as que ora se chama de pequenas vantagens, bem como os pequenos pagamentos, pelo menos quanto ao crime de corrupção ativa e ao crime de concussão, devem ser consideradas atípicas, pois não promovem violação efetiva ao conteúdo da norma penal capaz de provocar tamanha reação (responsabilização e imputação de crime) do plano jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A presente investigação surgiu da inquietação da análise de circunstâncias práticas em que não se sabia se a pessoa pertencente ao meio privado era agente do crime de corrupção ativa ou vítima do crime de concussão, no sentido de esse ser o destino da exigência do funcionário público. A solução dessa questão importa a todos os atores do processo que, por vezes, se deparam com situações como essas, afinal, “é para isso que serve uma boa teoria: para evitar que o julgamento acertado do caso dependa de sorte ou da intuição do juiz” (GRECO, 2002, p. 97).

Nesse sentido, buscou-se distinguir as condutas de concussão e corrupção ativa por critérios além da mera descrição típica formal, pois se deve perceber que algumas condutas, além de não apresentarem critérios normativos constituintes do tipo penal, por não demonstrarem violações suficientemente graves, são incapazes de fundamentar qualquer sanção penal, pela ausência de pressuposto de punibilidade em sentido normativo.

O critério da punibilidade não deve limitar-se às questões formais, como a prescrição, ou somente psicológicas, mas, sim, pautar-se em algo normativo voltado à necessidade de pena. Por isso, as análises imputativas – tal qual as que foram feitas nesta investigação – não se podem furtar de considerar o princípio da lesividade como baliza da imputação penal.

Depois, para que a imputação não se perca em valorações pessoais daquele que analisa a conduta, é necessário o estabelecimento de critérios normativos claros e objetivos, os quais são oriundos das próprias orientações do sistema jurídico. O que quer dizer que não basta conhecer o bem jurídico tutelado pela norma penal, mas, sobretudo, a norma que o cria e, principalmente, a comunicação normativa que orienta a integridade desse bem jurídico. Não por outro motivo a presente investigação balizou-se em um método atributivo normativo cujo referencial teórico aborda o Direito Penal por meio da relação entre a pessoa e os direitos e deveres que lhe são atribuídos em razão do seu papel perante a sociedade.

Sendo assim, abordagem feita nesta investigação buscou, em primeiro lugar, identificar as pessoas envolvidas na prática dos delitos, o que indicaria os direitos e deveres a serem seguidos na relação em análise. Depois, tendo por referência o modelo de comportamento proibido expresso pelo tipo penal, conseguiu-se identificar o objeto de proteção da norma incriminadora.

Assim, abordaram-se quatro condutas: o crime de corrupção ativa, o crime de concussão, os chamados pequenos pagamentos e as chamadas pequenas exigências. Em resumo, todos eles se balizam pelo modelo de relação entre o Estado e meio privado. Logo, a proibição toca à perversão desse modelo de relacionamento.

O crime de concussão diferencia-se do crime de corrupção ativa por dois pontos. O primeiro, em razão da iniciativa, que, no crime de corrupção ativa, parte do particular e, na concussão, do funcionário público. Depois, há de verificar a vantagem, pois, no crime de corrupção ativa, deve-se identificar que o particular tenha, ao menos, uma pretensão de vantagem, enquanto no crime de concussão não há obtenção de vantagem por parte do particular. Do contrário, estaríamos a tratar de corrupção passiva.

Enfim, restam os pequenos pagamentos e as pequenas exigências, que, embora se assemelhem com os crimes tratados, não possuem potencial lesivo ao modelo de relacionamento entre o meio público e privado. Sendo assim, abordam-se tais condutas como carentes de punibilidade em sentido normativo, pois, sem conseguirem lesar o objetivo de proteção à norma, não são merecedoras de pena.

6. BIBLIOGRAFIA

- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: ed. 34, 2010.
- CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CEPEDA, Ana Isabel Perez; SÁNCHEZ, Demelsa Benito. La política criminal internacional contra la corrupción. In: *Estudios sobre la corrupción: uma reflexion hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, 2012.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto Celso; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GOMES, Ana Cristina. *Corrupção e política criminal: o processo legislativo e a realidade dos tribunais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca/SP, 2014.
- GOMES, Ana Cristina; FERNANDES, Fernando Andrade. A corrupção como violadora de direitos humanos: como a corrupção pode macular direitos sociais

- e desvirtuar políticas públicas. *Cadernos Prolam*, [s.l.], v. 16, n. 31, p. 119-138, jul.-dez. 2017.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. (Coord.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, 2013. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4254324/mod_resource/content/1/Estudios%20sobre%20%20corrupci%C3%B3n.pdf]. Acesso em: 28.04.2023.
- GRECO, Luís. A moderna teoria da imputação objetiva: fundamento prático. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.
- JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: uma teoria de um direito penal funcional*. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 18 ed. atual. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- RODRIGUEZ, Nuria Matellanes. El delito de cohecho de funcionarios nacionales en el código penal español: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación. In: *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, 2012.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte geral. Fundamentos, la estructura del la teoria del delito*. Trad. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: ed. RT, 2019.
- SALDAÑA, Juan Manuel Pérez. Los pagos de facilitación (Facilitung payments) en el T-MEC. *Ius comitiālis*, México, v. 4, n. 8, 4 set. 2021. Disponível em: [<http://portal.amelica.org/ameli/journal/137/1372935006/html/index.html>]. Acesso em: 28.04.2023.
- SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: ed. RT, 2011.
- SUTHERLAND, Edwin H. A criminalidade de colarinho branco. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*, v. 2, n. 2, p. 93-103, 2014. Publicado originariamente sob o título “White-collar criminality”. *American Sociological Review*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 01-12, 1940. Trad. Lucas Minorell.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=94035]. Acesso em: 29.11.2020.

WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*. Rio de Janeiro: Leya, 2018.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A corrupção eleitoral ativa e a empresa: análise a partir de um estudo de caso, de Thiago Rocha de Rezende e Victor Américo Alves de Freitas – *RDPEC* 14/171-196;
- A necessária distinção entre concussão e corrupção passiva nos crimes econômicos: os casos que envolvem contratos de particulares com a administração pública, de João Paulo Martinelli – *RDPEC* 6/13-32; e
- “Rachadinhas” e crimes contra a administração pública: dificuldades do enquadramento das condutas aos tipos penais, de Gabriel Cristiano Silva Almeida – *RDPEC* 14/129-147.

