

A CORRUPÇÃO PASSIVA, O ATO DE OFÍCIO E DEMAIS CISMAS DOGMÁTICAS

PASSIVE CORRUPTION, THE ACT OF OFFICE AND OTHER DOGMATIC SCISMES

Thiago Turbay Freiria

Mestrando em Direito pela UnB e pela Universitat de Girona (UdG). Diplomado em Derecho Probatorio pela Universidad Alberto Hurtado (Chile), Especialização lato sensu Bases del Razonamiento Probatorio pela Universitat de Girona. Bacharel em Direito pelo IDP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5594018107874546>

ORCID: 0000-0002-0108-3763

thiago.turbay@gmail.com

Resumo: A necessidade de haver, para a configuração do crime de corrupção passiva, um ato funcional, ainda que projetado, inserido no feixe de atribuições, resultante de sua posição e do exercício concreto de poder no âmbito da função pública, perfaz uma tensão jurisprudencial e teórica distante de uma unicidade de soluções ou do esgotamento dogmático. O artigo visa apresentar argumentos adicionais para reforçar a necessidade de haver o ato de ofício para configuração do delito de corrupção passiva.

Palavras-chave: Corrupção passiva, Ato de Ofício Tentativa, Arrependimento Eficaz e Desistência Voluntária, Arrependimento Posterior.

Abstract: The need for the configuration of the crime of passive corruption to have a functional act inserted in the bundle of attributions, resulting from its position and exercise of power within the scope of the public service, makes up a jurisprudential and theoretical tension that is far from a single solution or from exhaustion dogmatic. The article seeks to reinforce the need for an official act to configure the crime.

Keywords: Passive Corruption, Official Act, Criminal Attempt, Effective Repentance and Voluntary Withdrawal, Later Regret.

Introdução

Relaxar a tensão entre o elemento normativo “em razão da função” contido no enunciado do tipo penal incriminador de corrupção passiva e a exigência do “ato de ofício” é essencial à justiça criminal. A premissa que se assume é de que, ao se extrair a necessidade de uma ação funcional condizente com o feixe de atribuições do sujeito passivo do delito e que completa o conteúdo do injusto penal,¹ corre-se à margem da interpretação adequada da norma.²

O problema ganha densidade se analisarmos a corrupção passiva de sujeitos que ocupam funções cujo feixe de atribuições não é completamente discriminado, por exemplo, aqueles sujeitos ocupantes de cargos eletivos.

Sem embargos, o Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Penal 470, firmou entendimento³ de que o ato de ofício é elementar para realização do injusto de corrupção passiva. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.745.410, extraiu a expressão “em razão da função” do conjunto de condicionantes do injusto penal.

A doutrina majoritária segue pela necessidade do ato de ofício, destoante, todavia, quanto à necessidade de determinação ou não dele. No caso de condutas praticadas por ocupantes de mandatos eletivos há uma dificuldade adicional: predeterminar o plexo de atribuições⁴ inerentes ao cargo, tendo em conta a diversidade de suas atribuições funcionais.

Surgem duas classes de problemas: i) a necessidade de haver uma conduta que esteja inserida no feixe de atribuições para haver corrupção passiva; ii) a necessidade ou não de haver prévia determinação do ato de ofício.

Parece-nos que o elemento típico “em razão da função” responde a primeira questão. Reforça a tese a asserção de que “a função” é o elemento conectivo que une a conduta em desacordo com o direito e a vantagem ilícita. O raciocínio simplificado é de que a vantagem ilícita *per se* desconfigura o injusto penal.

Já a segunda classe, a necessidade de determinação do “ato de ofício”, carrega maiores problemas. A posição que será adotada é de que é necessária, para fins de preencher o conteúdo do pacto do injusto penal⁵ do crime de corrupção passiva, uma posição de poder, que é graduada pelo “ato de ofício” normativamente regulado, sob pena da ação reprovada se tornar incapaz de violar suficientemente o bem jurídico tutelado, o que desidrataria a responsabilização penal. A gradação de violação, portanto, requer contraste com a norma reguladora da conduta funcional.

Exemplo ilustrativo: o agente público responsável pela organização de documentos em um escaninho não poderia solicitar ou aceitar vantagem ilegal, comprometendo-se a assinar um convênio para construção de um hospital. Ora, faltaria o poder funcional de fazê-lo. O âmbito do poder e os limites de seu exercício são limitados pelos enunciados normativos que descrevem o “ato de ofício”.

Shecaira explica que a dimensão legal da corrupção é referente aos “mecanismos institucionais desenhados para assegurar que as ações de funcionários públicos estejam relacionadas a um marco legal e constitucional”⁶. O marco descritivo da função é decisivo à depuração do injusto penal, tendo em conta a força executória da ação estatal cuja atribuição lhe pertence. Ao contrário, não se atingirá o âmbito de proteção previsto na norma penal. A condição de opor

um resultado típico ao ato funcional reaparece, todavia, dotada de maior ofensividade no §1º do art. 317, quando há um desvio do dever funcional e não apenas o exercício dele.

O pacto do injusto penal da corrupção passiva deve considerar o *status* e o grau de afetação que o ato de ofício, considerado dentre aqueles atos inerentes ao feixe de atribuições constitutivo da função estatal. A análise é necessária para quantificar o grau de comprometimento do bem jurídico, o que nomearei de força do ato de ofício. O argumento enceta a necessidade de se captar um dado prévio para conformação do pacto do injusto, visando determinar a maior ou menor lesividade da conduta frente ao bem jurídico, determinado pelo feixe de atribuições consequentes às funções públicas concretamente exercidas.

A quantificação da ofensividade da conduta violadora exige uma espécie de planta baixa diante do feixe de atribuições, capaz de projetar no plano concreto o grau de afetação ao bem jurídico. Ter-se-á a projeção de um arquétipo responsivo do pacto de injusto instalado no feixe de atribuições cuja vantagem indevida operou. A partir desse plano, deve-se conciliar a análise gradativa da força do ato funcional.

A proposta advém de um fatiamento analítico, que permite visualizar em um plano tridimensional a conduta, vale dizer, no seu aspecto formativo, na sua potência lesiva e na violação em concreto. Esse fatiamento, outrora, está longe de ser novidade. Trata-se do argumento similar ao que autoriza a distinção da responsabilização por crimes consumados, tentados ou dos atos preparatórios.⁷

Completa o raciocínio a alternativa exposta no voto condutor do relator da Ação Penal 913/STF, Ministro Dias Toffoli, para quem não pode haver corrupção passiva se o autor não possuía, à época do crime, poderes para realizar o comando proibitivo. Parece-me o embrião da necessidade de quantificar a força lesiva dentro do feixe de atribuições.

Há boas razões para defender que ações que não fundem o ato funcional ao amálgama "feixe de atribuições" não poderão imprimir um acréscimo de risco ao bem jurídico, o que inviabiliza sua punição. O ato de ofício dimensiona e localiza o âmbito de proteção da norma e, cumulativamente, atua como direcionador da vantagem indevida do agente realizador do injusto, dado que é o suporte utilitário para a realização de uma condição mais vantajosa ao corruptor.

Nesse sentido, o criador do risco não permitido não parece ser a simples solicitação, recebimento ou o aceite de vantagem indevida para si ou *outrem* em razão da função. É necessário parametrizar e quantificar o poder da ação violadora, o que permite vislumbrar o grau de comprometimento que a conduta é capaz de empreender, tendo em conta a autoridade e a facticidade do ato negociado, sob pena de não se alcançar o âmbito de proteção da norma e não reproduzir o reproche dimensionado pelo art. 317 do Código Penal.

A corrupção passiva

Adotarei a classificação jurídica da corrupção passiva como crime de resultado contra bem jurídico coletivo. Em primeira linha, não se defende uma relação causal ancorada em uma força eficiente, considerando a necessidade de antever a força do ato de ofício – delimitado pelo plexo de atribuições – em razão da ação típica. Não é disso que se trata. A defesa da tese se sustenta por considerar como condição negativa a ausência de poder do agente para realizar o ato de ofício, elemento ínsito ao tipo objetivo do delito de corrupção passiva.

Exemplo: um deputado não realizará o injusto de corrupção passiva se negociar – requerendo vantagem indevida – uma vaga em tribunais do judiciário, porque não dispõe de poderes específicos para fazê-lo, não sendo capaz de criar um risco não permitido a partir de ato predisposto normativamente em seu feixe de atribuições, sem prejuízo de outras capitulações, por exemplo, calcada no art. 321 do Código Penal.

Entendo que a causalidade não decorre, à primeira vista, apenas de um desvalor do comportamento, mas que se deve somar a avaliação do reproche ao desvalor do resultado típico projetado, considerando a força do ato de ofício, quantificado pelas atribuições contidas no feixe de atribuições. Portanto, deve-se conjugar o desvalor do comportamento do autor e o resultado projetado pela conduta.

Defende-se a conjunção necessária do ato de ofício à vantagem indevida para configuração do delito. No mesmo sentido, a Convenção Penal e Convenção Civil sobre a Corrupção do Grupo de Estudos Contra a Corrupção (GRECO), em seu art. 2º, assevera que a corrupção descreve conduta proibida a partir de "[...] um pagamento ou qualquer vantagem indevida, ou a promessa de vantagem indevida, que afete o exercício normal de uma função ou o comportamento exigido ao beneficiário do pagamento"⁸.

A vantagem indevida está intrinsecamente conectada com um ato funcional normatizado, vale dizer, descrito em normas e comportamentos que disciplinam a ação estatal, a ação enquanto expressão da conduta oficiosa.

A tentativa inidônea, o arrependimento eficaz e o posterior no crime de corrupção passiva

Assentado que a corrupção passiva compreende, também, o desvalor do resultado, deve-se incrementar ao juízo de desvalor a conformação do pacto do injusto nos limites defendidos nesse ensaio, o que permite estabelecer a hipótese de que se admite a tentativa.

A tentativa se configura por ter havido uma ação externa, imediatamente anterior à consumação do crime, capaz de interromper o curso causal, observando-se a ocorrência de fatores alheios à vontade do autor, nos termos do art. 14, II do Código Penal. O elemento volitivo espelha, para tanto, um critério objetivo, qual seja, o plano do autor.

A classificação jurídica da tentativa distingue, portanto, a conduta típica consumada daquela não consumada, levando em conta dois fundamentos: a) o início da execução do crime após iniciada a imediata colocação em perigo do bem jurídico; e b) a imediatidade temporal, antecessora última da consumação.

Mir Puig defende que deve ser levado em consideração "momentos dotados de unidade de significado"⁹ para melhor distinguir a tentativa e a consumação, a realização de elementos típicos do injusto penal.

Sendo a tentativa incapaz de realizar o injusto penal, por razões fáticas ou jurídicas,¹⁰ tem-se a tentativa inidônea, subclasse da tentativa punível. **Hilgendorf** e **Valerius** asseveram: "Uma tentativa inidônea pode se dar por inidoneidade do sujeito (ou seja, do autor, p. ex. por meio de uma designação inválida para o funcionalismo público, faltando por isso a qualidade de funcionário público), do objeto do fato (p.ex., tentativa de homicídio de um cadáver) ou do instrumento do fato (p.ex., tentativa de matar alguém à distância com projéteis de festim)"¹¹.

O art. 17 do Código Penal ilustra a posição dogmática, com uma

diferença salutar: o direito penal alemão, sobre o qual se debruça a análise de **Hilgendorf** e **Valerius**, pune a tentativa inidônea; o §23 StGB, 3¹² dispõe que só não serão puníveis as tentativas inidôneas que versarem, exclusivamente, sobre “grosseira incompreensão” do autor do crime ou delito. O funcionário público que pratica ato de ofício nulo por haver vício de iniciativa ou incompetência, no caso alemão, poderia ser punível pela tentativa inidônea.

De acordo com o exemplo *supra*, o dosador do ingresso na execução do crime, vale dizer, a realização do injusto penal é o ato de ofício. Caso distinto é o autor que crê ser competente para realizar o ato integrador do seu feixe de atribuições, fazendo uma interpretação errada da norma autorizadora do ato funcional. Em outras palavras, se o funcionário público, valorando uma norma de competência, compreende deter poderes para realizar ato de ofício objeto da solicitação da vantagem indevida, mas o faz com erro de interpretação. Haveria, portanto, um “erro de proibição às avessas”, conforme aduzem **Hilgendorf** e **Valerius**, o que é impunível, tanto pelo Direito alemão como pelo art. 17 do Código Penal Brasileiro.

Pela lente da tentativa ou da tentativa inidônea, requer-se a observância do ato funcional para distinguir as “unidades de significado” defendidas por **Mir Puig**. Outro guia para testar se o ato funcional é relevante para a consumação do crime é responder à pergunta: é possível haver desistência voluntária e arrependimento eficaz, nos termos do art. 15 do Código Penal, quanto ao crime de corrupção passiva, nas hipóteses nucleares solicitar ou aceitar vantagem indevida? Outra possibilidade seria verificar se é possível o arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, considerando a elementar receber vantagem indevida em razão de ato funcional.

Em primeiro plano, deve-se criticar a adoção do termo “arrependimento”, o que induz a uma análise subjetiva da conduta e não parece a melhor solução. O Código Penal brasileiro incorpora as duas figuras “desistência voluntária e arrependimento eficaz” no art. 15, classificando as condutas voluntárias que impedem o prosseguimento da execução típica ou seu resultado. Em primeiro plano, há duas classes de condutas, a qual se consigna o mesmo status de responsabilização. A voluntariedade, todavia, parece comum aos dois elementos normativos: desistência e arrependimento.

Adotando a teoria objetiva para responsabilização penal, sobrevém um forte argumento de política criminal: a impunidade não pode abranger condutas cuja desistência se deu extrinsecamente ao

plano diretor da conduta típica pretendida pelo autor. Traduz-se: ele quis, mas não conseguiu. O Código Penal brasileiro, entretanto, inclui condutas da classe: ele quis, mas houve um arrependimento intrínseco que impediu a realização típica. A ideia, todavia, não é adentrar o plano teórico dos institutos, mas apontar que são úteis para reforçar a necessidade de haver ato de ofício para a conformação do pacto do injusto penal da corrupção passiva, analisada a partir do desvalor do resultado, ainda que projetado.

Exemplo: se o funcionário público marcou reunião para solicitar propina em troca da realização de ato funcional e depois se arrependeu ou, tendo realizada a oferta, percebeu que o gesto contraria seu senso de responsabilidade e ética, e desfez sua proposta, terá alcançado o âmbito da norma inscrita no enunciado do art. 15 do Código Penal. O mesmo ocorrerá se ele aceitou e depois rejeitou a vantagem indevida.

A mesma classe de ocorrência é válida para casos em que o sujeito solicita ou aceita solicitação de vantagem indevida para praticar ato funcional e não pratica, sendo dotado de um juízo de valoração negativo, externalizado por meio do bloqueio da execução ou evitação do resultado, não realizando o ato funcional negociado. De novo, haverá incidência da norma do art. 15 do Código Penal. Ainda, o mesmo raciocínio é cabível para o “arrependimento posterior”, conscrito no art. 16, nos casos em que devolve o valor recebido, ou se desfaz o ato funcional até o recebimento da denúncia.

Conclusão

Os ângulos de análise que colacionamos parecem demonstrar, ainda que em primeira vista, a necessidade do ato de ofício para configuração do pacto de injusto do crime de corrupção passiva, reforçando a necessidade de conjugar o feixe de atribuições, o ato funcional e a vantagem indevida. Deve-se operar, ainda, uma análise *ex post* sobre o grau de afetação do ato funcional para o comprometimento das ações estatais em favor do corruptor, o que equivale a investigar, em primeiro plano, se o autor detém poderes para realizar o ato negociado e qual o grau de afetação que o ato funcional poderá realizar no bem jurídico protegido.

A conjugação do desvalor do comportamento do autor com o desvalor do resultado também reforça a necessidade de verificação do ato de ofício realizado, bem como sua posição ante o feixe de atribuições inerentes à função, para haver a realização do pacto do injusto penal de corrupção passiva.

NOTAS

- ¹ Voto do Ministro Luiz Fux, Ação Penal nº 470, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470VotoMinLF.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2021.
- ² LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). *Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 19.
- ³ Nos associamos à pesquisa do professor Gustavo Quandt, introduzidos na obra “Algumas Considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva” (2014).
- ⁴ QUANDT, 2014. Greco, Leite, Teixeira, Quandt defendem que deve haver pertinência com o plexo de atribuições para classificar o ato de ofício como elemento conectivo do injusto de corrupção passiva nos contornos do art. 317, do Código Penal.
- ⁵ A expressão é defendida por Luís Greco, Alaor Leite e Adriano Teixeira na obra “Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito” e compreende a asserção de que é necessário conjugar o desvalor da ação e o desvalor do resultado para haver a corrupção passiva.
- ⁶ SHECAIRA *apud* PERUZZOTTI, 2012, p. 604.
- ⁷ A proximidade ou distância do risco de lesão ao bem jurídico é defendida por Mir

Puig *in* Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciuncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 302. Puig assevera que a teoria objetiva, que sustenta ser a responsabilização penal resposta à colocação em perigo de bem jurídico, sendo condizente a justificação de diferentes níveis de responsabilização penal nos casos de tentativa, consumação e preparação dolosa.

⁸ Disponível em: <http://www.fundacionpdh.org/normativa/normas/europa/corruptcion/1999-Convenio-civil-sobre-corruptcion.html#PREAMBULO>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁹ Idem 7, p. 310.

¹⁰ HILGENDORF, Eric. *Direito Penal*: parte geral. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 289.

¹¹ *Ibidem*, pp. 289.

¹² § 23, StGB, 3. Se o autor, por grosseira incompreensão, desconhecia que a tentativa, por conta da natureza do objeto do delito ou do meio pelo qual o delito deveria ter sido praticado, não alcançaria de forma alguma a consumação do delito, pode o juiz prescindir de pena ou atenuá-la segundo seu critério.