

INTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PUBLICO – IDP ESCOLA DE DIREITO
DE BRASILIA – EDB CURSO DE POS-GRADUAÇÃO FINANÇAS PUBLICAS E
ADMINISTRAÇÃO ORÇAMENTARIA

MARIA HELENA PEREIRA

CORRUPÇÃO PASSIVA

GOIÂNIA -GO
MAIO 2017

CORRUPÇÃO PASSIVA

Trabalho de Dissertação apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Finanças
Pública e Administração Orçamentária.

Goiânia-Go, 26 de maio 2017.

Prof. (titulo) Gabriel Lochagin
Professor Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

GOIÂNIA
MAIO 2017

RESUMO

Este Trabalho tem como objetivo o estudo de crime de corrupção passiva, previsto no artigo 317 do Código Penal. O combate efetivo à corrupção passiva é um enorme desafio que se impõe ao Estado, cabendo ao operador do direito estudar o assunto com a finalidade de bem aplicar o dispositivo e também para buscar, no ordenamento jurídico, instrumentos legais disponíveis para essa missão. O estudo trata também da relação entre a corrupção passiva e alguns dos outros crimes previstos no Código Penal, pertencentes ao mesmo gênero dos crimes contra a administração pública, e ainda da relação entre artigo 317 do Código Penal e outros tipos similares fixados na Legislação. Por fim, examina a possibilidade de aplicação de dispositivos das Leis 8.429/92, 9.34/95 e 9.613/98, em reforço ao amplo reforço ao combate que se deve opor aos crimes praticados contra a administração pública, em especial a corrupção passiva.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1- Sumário..... | 01 |
| 2- Resumo..... | 02 |
| 3- Conceito de Corrupção..... | 03 |
| 4- Análise do Tipo de Pena da Corrupção Passiva e suas Relação com outros Crimes Praticados contra a Administração Pública | 05 |
| 5- A Corrupção Passiva e a Improbidade Administrativa (Lei Nº 8.429/92)..... | 07 |
| 6- Solicitar, receber ou aceitar promessa de a vantagem indevida..... | 08 |
| 7- O conceito de funcionário público por equiparação (artigo 317 do Código Penal)..... | 10 |
| 8- O aumento de pena fixado no artigo 327 do código penal..... | 10 |
| 9- O Funcionário público estrangeiro..... | 10 |
| 10- A Promessa da Vantagem Indevida..... | 17 |
| 11- A Corrupção qualificada (artigo 317, 1º, do Código Penal)..... | 17 |
| 12- A Pena..... | 18 |
| 13- Os Projetos de Modificação Legislativa..... | 19 |
| 14- Conclusão..... | 25 |
| 15- Referência..... | 28 |

Resumo

Este Trabalho tem como objetivo o estudo de crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal.

O crime de corrupção passiva somente é praticado por agentes públicos, pois consiste em aceitar ou solicitar compensações ilícitas em troca de favores pessoais para terceiros, no âmbito e em razão da sua função pública.

A Lei da Improbidade Administrativa define enriquecimento ilícito o ato de “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades públicas”. As ações de improbidade se referem, por exemplo, a um funcionário que recebeu dinheiro ou qualquer vantagem econômica para facilitar a aquisição, permuta ou locação de um bem móvel ou imóvel, a contratação de serviços pela administração pública, ou ainda a utilização de veículos da administração pública para uso particular. Outro tipo de enriquecimento ilícito seria receber dinheiro para tolerar a prática de jogos de azar, prostituição ou narcotráfico.

Crime Organizado, são todas atividades criminosas que requerem grande preparação e cooperação das pessoas envolvidas para que possam se estabelecer, e essa é a principal característica do crime organizado, a cooperação sistemática entre as partes envolvidas.

Lavagem de dinheiro pode acontecer de diversas maneiras, como por exemplo, misturando o dinheiro ilegal com os capitais legais de uma empresa e apresentando como receita desta, ou também através de empresas de fachada, que funcionam somente para esta prática. A lavagem de dinheiro feita via internet, através de transferências eletrônicas, ou a importação e a exportação, onde os bens são comprados com dinheiro sujo, sendo mais difícil o rastreamento, são outros exemplos de dissimulação do capital ilícito. A lavagem de dinheiro ainda pode ser feita através do chamado “trabalho de formigas”, quando o dinheiro é dividido entre muitas pessoas que vão utilizando-o sem despertar suspeitas porque são valores pequenos. No Brasil, a chamada Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei Nº 9.613/1998 e a Lei Nº 12.683/2012) prevê as penalidades sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

Esta dissertação terá como objetivo de estudo o crime de corrupção passiva, tipificado pelo artigo 317 da Capítulo I do Título XI do Código Penal Brasileiro. O

assunto não é novo. O crime de corrupção passiva insere-se no amplo tema dos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral, sendo que os primeiros registros históricos relacionados à tipificação desses delitos remetem a civilizações da Antiguidade. O assunto dos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral, entre eles a a corrupção passiva, é extremamente atual, podendo mesmo tempo tão contemporâneo. Sua recorrência extrapola os ambientes jurídicos e acadêmicos e inunda, cotidianamente, os noticiários, aquece o debate político, agrava tensões sociais e desafia as instituições incumbidas de contê-lo tanto no Brasil, como no mundo.

No cenário internacional, o assunto não é menos recorrente, tendo alcançado grande projeção nas últimas décadas. No Brasil, infelizmente não são raros tampouco localizados, os escândalos que têm como epicentro algum crime contra a administração, notadamente o de corrupção passiva. Desde os tempos de colônias, o país convive com esse problema, em sua história recebendo, esses escândalos se tornaram cada vez mais visíveis e de maiores proporções, vigorosamente resistindo ao aprimoramento das regras de controle da administração pública. Como Conseqüência, nos dias de hoje, não é mais possível reduzir a questão à ação de funcionário venal que se apodera de alguns poucos trocados para deixar de aplicar uma multa ou de alguns sacos de cimento que deveriam ser destinados a uma obra pública, naquele cenário mais próximo ao enfrentamento pelo legislador. A corrupção, entendida em sentido amplo e no contexto atual, avançou, opera em verdadeiras estruturas organizadas que, quando bem sucedidas, redundam em desvio de recursos públicos em cifras massivas e no conseqüente enfraquecimento de políticas públicas, além de ainda representarem um péssimo exemplo para a sociedade civil.

Assim tais crimes verdadeiramente ultrapassam o âmbito de uma vítima singular, para afetar toda uma coletividade, potencialidade lesiva esta que justifica sua importância como tema de estudos e que talvez explique, em boa medida, a sua atualidade. O tema dos crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral é demasiadamente amplo, como objeto de presente estudo foi selecionar dentro dele o crime de corrupção passiva, assim entendo no contexto atual. Serão ainda analisadas, como desdobramento do enfoque adotado, algumas de suas principais relações com outros dispositivos legais previsto no ordenamento jurídico. Isso porque, pela mesma lógica fática que impõe reconhecer-se que, nos

dias de hoje, a questão da corrupção não pode mais ser circunscrita aos casos do mau funcionário, não pode mais supor suficiente a aplicação solitária do artigo 317 do Código Penal, se o objetivo for o de efetivamente opor amplo combate as grandes estruturas criminosas que ofendem a administração pública e o próprio Estado na prática desse delito. Entre as inúmeras laies que podem se somar ao artigo 317 do Código Penal, nesse largo cenário, foram selecionadas três: Lei nº 8.429/92 (Improbidade Administrativa), a Lei nº 9.034/95 (Crime Organizado) e a Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro). E foram dois os critérios para sua seleção. O critério lógico foi o primeiro, pois o funcionário que incorre no crime de corrupção passiva quase sempre incorre também na figura da improbidade administrativa, muitas vezes pode estar inserido em uma organização criminosa e, quase sempre, recorre também a expedientes para lavar os recursos auferidos com seu crime. O segundo critério foi o utilidade, uma vez que cada uma dessas três Leis apresenta ferramentas importantes que acabem também se prestando reflexamente ao amplo combate à corrupção e que, portanto, não podem ser desconsideradas pelo operador de direito. Em razão disso, o estudo dos instrumentos jurídicos para o combate ao crime de corrupção passiva ganha projeção, pois não há aplicação efetiva da lei que não passe antes pelo seu estudo e debate, preferencialmente no ambiente acadêmico, posto que pautado por critérios científicos.

Conceito de Corrupção

A palavra corrupção admite conceitos variados, a depender da perspectiva específica de quem a define. Cada área de pesquisa e conhecimento formular o seu conceito de corrupção a partir de critérios técnicos próprios, é possível afirmar que todas elas partem da própria definição literal, primária, do vocabulário. A palavra corrupção remete a ideia de degradação, deterioração, decomposição, putrefação, depravação, desmoralização e devassidão. Juristas, sociólogos, economistas e outros estudiosos devem, portanto concordar que a corrupção, independentemente da sua definição técnica, envolve uma situação de degradação, seja da conduta do funcionário público e de normas jurídicas não aplicadas, seja de uma determinada classe de pessoas ou de toda uma sociedade, seja a vontade desmedida de ganhos econômicos. O presente estudo define corrupção passiva pelo próprio artigo 317 do Código Penal, ou seja, “o ato do funcionário público de solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou

indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

Quando se afirma, por exemplo, que “é preciso combater a corrupção”, não se pode limitar a alcance dessa frase as condutas fixadas no art. 317 do Código Penal, posto que talvez seu locutor não tenha pretendido defender exclusivamente o combate da corrupção passiva”, mas sim à corrupção em sentido mais amplo. Poder-se-ia alegar então ser tecnicamente mais apropriado o emprego da expressão “é preciso combater os crimes praticados por funcionários contra a administração pública”, mas aí também não estariam incluídos as crimes de tráfico de influência ou de corrupção ativa, que certamente se inserem dentro de um sentido mais largo dado a tal palavra. A outra sugestão, em defesa do primado técnico, seria então “é preciso combater os crimes contra a administração pública”. Essa frase igualmente não expressa o mesmo que é “preciso combater a corrupção”, porque a ultrapassa em seu conteúdo, incluindo crimes como os de abandono de função, desobediência, desacato, que não têm o mesmo padrão de desvio funcional encontrado nos crimes de peculato, concussão, corrupção passiva etc. A corrupção passiva extraída do Código Penal, por sua vez, remete a condutas específicas (solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida) e por exemplo, não alcança em sua plenitude, o conceito amplo de corrupção adotando na Convenção de Mérida, como se verá adiante. Tampouco inclui, em mais um exemplo, a conduta do particular que responde por corrupção ativa.

O conceito de corrupção em sentido amplo, ordinário (“todas as espécies de desvirtuamento da função pública (administrativa, legislativa e judicial) do Estado e das entidades que o complementam”), embora não seja um conceito técnico elaborado a partir de determinada área de conhecimento, é igualmente válido, suplementar e não pode ser dispensado no estudo específico do crime de “corrupção passiva”. E isso porque, este estudo tem como objeto de análise o crime de corrupção passiva (sentido estrito) que, nos dias atuais, insere-se no contexto de necessário combate à corrupção (sentido amplo).

Os primeiros registros históricos sobre a reprovação de condutas assemelhadas ao que hoje se conhece como corrupção passiva remontam às principais civilizações da Antiguidade. Voltando-se à civilização Egípcia, uma das mais importantes da Antiguidade por seu avançado complexo administrativo, sua

escrita, comércio, arquitetura etc, seu ordenamento jurídico não resistiu ao tempo, havendo dele pouquíssimos registros históricos.

Mas não se deve imputar unicamente à ação do tempo a existência desses poucos registros. A própria civilização egípcia, posto que estrutura sob a divinização de seus faraós, tinha por reduzido o campo da utilidade das leis e normas. Ciro Flamarion Cardoso, a esse respeito, indaga justamente qual seria o sentido de existir na civilização egípcia uma compilação de leis ou de jurisprudência, se era o próprio rei que ditava a lei, podendo alterá-la a qualquer momento, caso assim desejasse. Há indícios, no entanto, de que no chamado Novo Império Egípcio a prática da corrupção – sem maiores detalhamentos sobre qual tipo de crime – já era punida por essa civilização.

No império babilônio, o soberano Hamurabi (1728 a 1686 a.C.) promoveu a primeira consolidação de leis que se tem notícia, conhecida como Código de Hamurabi, que reunia sentenças aplicadas a casos concretos sem qualquer tipo de sistematização. Nele, já havia referência à figura da corrupção, relativa à figura do juiz venal.

Já a civilização grega apresentava figuras mais elaboradas, especialmente a partir das clássica e helenística. De início, segundo Edmundo Oliveira, eram três os delitos de funcionários contra a administração pública: o peculato, a corrupção e o abuso de autoridades. Klopes se referia aos crimes contra o patrimônio em geral. Dóron se referia tanto a corrupção ativa como passiva. E Ádikia era o abuso de autoridade. Mas tarde, iria ainda surgir um delito específico de corrupção praticada por juízes e a respectiva ação. A especificação desses crimes encontrada no direito grego certamente indica a preocupação dessa civilização com o assunto. Contudo, talvez não seja esse tratamento jurídico penal mais cuidadoso que melhor demonstre como o assunto foi abordado em profundidade pelos gregos. O avanço e a sofisticação teórica que o tema alcançou entre eles encontram-se mais claramente estampados no legado de seus principais pensadores. Legado este que, por repercutir até os dias de hoje.

Análise do tipo de pena da corrupção passiva e suas relação com outros crimes praticados contra a administração pública.

Analisando os aspectos gerais do crime de corrupção passiva, transcreve-se a seguir o dispositivo específico de seus elementos centrais. Dois principais modelos sobre os crimes de corrupção passiva e a corrupção ativa em um único tipo penal

complexo, com a estrutura de um crime bilateral e de concurso necessário, e o que segrega as duas espécies em dois tipos independentes entre si. Entre os países que adotaram o sistema de crime bilateral, a Itália pode ser citada. De acordo com código penal italiano (art. 318 a 322), a lei comina a pena do funcionário corrupto fica isento de pena quanto à corrupção, respondendo apenas na forma do (art. 322). O Código Penal Brasileiro adotou o segundo sistema, inspirando-se, segundo Nelson Hungria, no código suíço, também seguido pelos franceses, espanhóis, portugueses e pela maioria dos códigos penais. Veja-se o caso dos espanhóis por exemplo. A separação e, dois delitos autônomos é mais precisa, sobretudo quando se tem em vista a punição pelo crime de corrupção ativa. A vinculação dos dois crimes pode significar, quando recusada oferta por parte do funcionário público, que o particular corruptor fique livre da pena por sua prática de corrupção ativa. E isso porque, no sistema de crime bilateral, quando o particular oferece a propina e o funcionário público a recusa, não se consumará o crime de corrupção e portanto o particular não será punido por ela, podendo responder por outro crime. No sistema em que essas duas condutas são separadas em crimes autônomos, o particular responderá pela corrupção ativa, ainda que a passiva não se consume.

A Corrupção passiva e sua relação com a Lei Nº 8.429/92 (Improbidade Administrativa), A Lei Nº 9.034/95 (Crime Organizado) e a Lei Nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro).

É necessário concluir que não existe no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de normas comunicantes entre si, integrada e centralizada o assunto da corrupção, entendida em sentido amplo, também a criminalidade, foram se tornando com o tempo cada vez mais complexas, na parte em que trata da questão da corrupção, para que acompanhasse adequadamente essas mudanças, essas leis trazem ferramentas importantes ao que se poderia chamar de amplo combate à corrupção, mas que acabam sendo aplicadas isoladamente. Por amplo combate se deve entender aquele que reúne regras de caráter preventivo, como, por exemplo, disposições que assegurem a máxima transferência no trato dos recursos públicos, e também de caráter repressivo, que fixem a pena adequada à conduta funcional irregular e que coloquem à disposição do operador do direito as ferramentas à contenção do problema. Um funcionário público que, por meio de um intermediário (testa de ferro), constitui uma empresa de consultoria “de fachada”, para receber propinas do consórcio que venceu uma licitação, por sua atuação ilícita na

manipulação do certame? E se tiver contado com o auxílio organizado de sua “equipe” de assessores, com quem dividirá a propina? E se esse mesmo funcionário, depois de uma longa carreira funcional criminoso, tiver acumulado vasto patrimônio ilícito, cuidando de ocultá-lo no exterior em contas, fazendo depois o dinheiro voltar ao país por meio de operações simuladas de câmbio de exportação, ou de aumentos de capital em mais empresas de fachada, como investigar a sua conduta, dismantelar o esquema, rastrear e recuperar o dinheiro em outros países e, por fim, fazer com que o funcionário cumpra sua pena aplicada em decisão condenatória.

Disso tudo se conclui que, na análise acadêmica do crime de corrupção passiva, talvez nos dias de hoje seja insuficiente apenas o exame de disposições do artigo 317 do Código Penal . Mais ainda se diga quanto ao combate a essa criminalidade, muitas vezes altamente organizada, transnacional e enraizada nos três Poderes, que exige, mais do que a fria previsão de pena de um único tipo penal, instrumentos legais efetivos para seu enfrentamento, que se podem traçar entre o tipo penal da corrupção passiva e outros dispositivos legais, em uma visão mais abrangente e integrada do assunto. Entre as inúmeras leis que podem ter alguma relação, no caso concreto, com o crime de corrupção passiva, como tratado na introdução deste estudo, foram selecionadas três: a Lei nº 8.429/92 (Improbidade Administrativa), a Lei nº 9.034/95 (Crime Organizado) e a Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro). Pois aquele funcionário que incorre no crime de corrupção passiva quase incorre também na figura da improbidade administrativa, muitas vezes pode estar inserido no contexto da ação de uma organização criminosa sem a qual não conseguiria concretizar seus objetivos, e quase sempre, recorre também a expedientes escusos para lavar os recursos auferidos com seu criem funcional. Corrupção passiva-improbidade administrativa, corrupção passiva-organização criminosa e corrupção passiva-lavagem de dinheiro, por sua vez, não necessariamente se dá, na mesma frequência e com o mesmo grau de interesse, com outras leis, tais como a 8.666/93 (Licitação), a 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos), a 9.605/98 (Meio Ambiente) etc.

É claro que não está afirmando que o funcionário público que incorre em corrupção passiva necessariamente também pratica mais tipos previstos em outras leis. O que se está afirmando é que, dado o grau de complexidade que a realidade alcançou nos dias atuais, é possível que esse mesmo funcionário tenha, recebido na

conta bancária da empresa de sua esposa, sendo então o caso de aplicar ao caso os dispositivos da Lei nº 9.613/98.

A Corrupção Passiva e a Improbidade Administrativa (Lei Nº 8.429/92)

A Lei Nº 8.429/92 , dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de seu mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e da outras providências (artigo 37 S4º., da Constituição Federal).

O funcionário público que recebe vantagem indevida em razão de sua função incide no artigo 317 do Código Penal; essa mesma conduta, se caracterizar o recebimento pelo funcionário de vantagem patrimonial indevida, configura a improbidade administrativa que importa “enriquecimento ilícito”, prevista no artigo 9º da Lei nº 8.429/92 se essa mesma conduta caracterizar lesão aos cofres públicos, fica configurada a improbidade administrativa descrita no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, e finalmente se atentar contra os princípios da administração pública, configura ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

O operador do direito incumbido do combate ao crime de corrupção passiva não poderá deixar de verificar a possibilidade da ocorrência de atos de improbidade administrativa, acionando, pela forma devida e se o caso, os mecanismos da Lei nº 8.429/92, com as comunicações às autoridades nela indicadas como responsáveis pela apuração administrativa. Essa realidade ganha especial importância quando se analisa o alcance da Lei nº 8.429/92, sua abrangência é ampla e vincula não apenas os agentes públicos como também todo aquele que tiver qualquer envolvimento com os atos de improbidade, mesmo não sendo agente público, induz ou concorre para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficia sob qualquer forma direta ou indireta. Por essa razão, um particular poderá ser obrigado a reparar integralmente danos causados ao erários, caso fique comprovada sua participação nos atos de improbidade administrativa.

A Lei prevê uma ferramenta fundamental para que tais dispositivos tenham eficácia: a decretação da “indisponibilidade dos bens do indiciado” (artigo 7º da Lei nº 8.429/92, nos casos de improbidade administrativa que causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito. A indisponibilidade deverá recair sobre os bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. A perda dos bens ou valores crescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda

da função pública, suspensão dos direitos políticos por até dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, por até dez anos.

É certo que o funcionário público pode, ao longo de sua carreira, acumular expressivo patrimônio, fruto de seu padrão de vida comedido, de investimentos bem sucedidos e de outros incrementos externos, como herança, doação, indenização etc. tudo devidamente explicado e documentado anualmente à Receita Federal, como bem se sabe. Portanto, patrimônio incompatível com renda é, sim, um forte indicio da prática criminosa: afinal, qual é a origem dessa riqueza desgarrada dos rendimentos lícitos do trabalho? Se é mesmo lícita, qual é o problema em declará-la às autoridades competentes? Por qual motivo o funcionário público iria ocultar seus bens, se legítimos realmente fossem?

Em conclusão, a Lei nº 8.429/92 traz ferramentas importantes que, se aplicadas, podem reflexamente representar um duro golpe contra os crimes funcionais, em especial contra a corrupção passiva. Pela relação próxima que se estabelece entre os atos de improbidade e a corrupção passiva, em muitos casos ambos poderão estar simultaneamente presentes, cabendo ao operador do direito estar atento a tal possibilidade para aplicar adequadamente as regras à hipótese incidentes.

Solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida.

A corrupção passiva se consuma no ato do funcionário de solicitar ou receber a vantagem indevida ou, ainda, no instante em que ele aceita a promessa dessa vantagem, razão de sua função, trata-se de “comercio da função”. A doutrina costuma classificar a corrupção em própria, quando o ato funcional pactuado é ilícito, e em imprópria, quando lícito. Essa classificação, todavia, é indiferente à consumação do crime, uma vez que é irrelevante se o ato funcional pactuado é conforme ou não ao ordenamento jurídico brasileiro.

Caberá ao juiz, não em relação à consumação do crime, mas sim na dosimetria da pena, considerar a licitude ou a ilicitude do ato em avaliação sobre a gravidade da conduta (art. 59 da Código Penal). Portugal é um dos países que aplica penas diferentes a essas duas modalidades de corrupção passiva. A corrupção “para ato ilícito”, o direito penal português comina pena de prisão de um a oito anos, ficando o agente criminoso, todavia, isento de pena se antes de praticar o ato, recusar ou

devolver a vantagem. Também poderá receber uma redução em sua pena se recolher provas decisivas para a identificação e captura de outros agentes Art. 372). À corrupção passiva para atos lícito, a pena é de prisão de até dois anos ou multa.

Na Venezuela em outro exemplo, a pena para o funcionário público que comete o crime de corrupção imprópria é de prisão de um a dois meses, enquanto que se o ato for contrário ao seu dever funcional, a pena se eleva para três a cinco anos de prisão. No Uruguai, que também faz essa distinção, a corrupção imprópria é denominada de simples e a própria de qualificada. Diferentemente, em El Salvador, Honduras, Guatemala e Cuba, a corrupção só é punida se o ato praticado pelo funcionário constituir em delito, não se punido a corrupção imprópria. No México, o crime de corrupção se vincula à negociação da prática de alguma coisa justa ou injusta.

Desde que relacionada com as funções do funcionário, em regime semelhante ao brasileiro. No mesmo sentido, o Equador, que prevê a punição para a prática do ato, mesmo eu devido. No Paraguai, Panamá e Argentina, a lei fala em ato de ofício, sem classificá-lo em devido ou indevido. A Alemanha classifica o crime de corrupção passiva em simples e grave, restando este caracterizado quando o ato for contrário aos deveres do funcionário. Na Bélgica, a punição PE devida ao funcionário público corrupto mesmo quando o ato praticado é devido. No Brasil como já disse, o tipo penal da corrupção passiva não distingue ato lícito de ilícito, o que revela medida de acerto por parte de legislador. Supor atípica, ou menos gravosa, a conduta de um funcionário público que comercializa sua função, apenas porque o ato negociado é conforme seu dever funcional, é tolerar a mitigação do regular funcionamento da administração pública. Também a respeito desta classificação de corrupção passiva em própria ou imprópria, é necessário atentar par o ato negociado no contexto do crime deve estar obrigatoriamente relacionado às funções do sujeito ativo.

Do contrário, não restará consumado o crime do artigo 317 do Código Penal. Assim, quando se diz do ato ilícito na corrupção passiva própria, quer-se dizer do ato praticado pelo funcionário que efetivamente se insere em suas atribuições, mas que, no caso, é indevido, desprovido de amparo jurídico. Na hipótese desse ato também configurar outro crime, haverá concurso formal ou materialidade de crimes. É o caso, por exemplo do agente carcerário que recebe dinheiro para facilitar a fuga de um detento, responderá pelos crimes do artigo 317 e do artigo 351 do Código Penal.

Corrupção Passiva – consumação com a simples aceitação de vantagem indevida se o ato praticado pelo funcionário constitui por si só um crime haverá concurso formal ou material entre a corrupção passiva qualificada e o crime resultante.

Já quando se diz do ato lícito, na corrupção passiva imprópria, esta se referindo ao ato inserido nas atribuições do funcionário, expedido em conformidade com a norma. Por exemplo: se um magistrado solicita vantagem indevida para deixar de condenar um criminosos, ele incorrerá no crime de corrupção passiva, classificada como própria, pois proferir sentenças está no âmbito de suas atribuições, porém, no caso, a sentença proferida de absolvição é indevida, sem amparo jurídico, ilícita. Já se o mesmo magistrado solicita vantagem indevida para absolver um incidente, ele incorrerá no crime de corrupção passiva, agora no modalidade imprópria, posto que o ato a ser por ele praticado está no âmbito de suas atribuições e encontra amparo na lei, é lícito.

Por fim se nesse mesmo exemplo, o juiz solicita vantagem, indevida para anular os pontos lançados na carteira de habilitação de réu, não será o caso de corrupção passiva, posto que o juiz não tem competência para isso, devendo-se verificar se essa conduta recai em algum outro tipo penal como, por exemplo, o tráfico de influência (artigo 332 do Código Penal).

A solicitação, o recebimento ou a aceitação da promessa da vantagem indevida deve ocorrer em razão da função pública exercida pelo agente criminosos. Em decorrência disso, não é necessário que o sujeito ativo esteja, no exato momento da consumação delitiva, no exercício de sua função, mas a recompensa deve estar, como visto, atrelada a ela.

Se um secretário de obras de um município solicita vantagem indevida a um empresário par liberar pagamentos de seu interesse que estão atrasados, ainda que isso ocorra em pleno feriado ou em seu período de férias, o crime estará consumado. Em resumo, é necessário que o ato pactuado seja da atribuição do sujeito ativo, como condição para verificação do dano efetivo ou potencial do funcionamento adequado da administração pública. Todavia, se ficar provado que o funcionário praticou o ato desvinculado de tal expectativa, não há como ver caracterizado o delito do artigo 317 do Código Penal, ainda que o funcionário receba a vantagem indevida após o ato.

Como ponderado, com o aumento progressivo da complexidade do aparato estatal, as classificações daqueles que executam atividades para o Estado pode tornar

confusa a aplicação de normas penais e nesse contexto, o desempenho de função pública é um critério seguro para identificação do indivíduo como funcionário público para fins penais. Por essa razão, inclusive o presente estudo segue o legislador penal para referir o sujeito ativo do crime de corrupção como aquele que desempenha junto à administração, direta ou indireta, função pública.

O conceito de funcionário público por equiparação (artigo 317 do Código Penal)

O primeiro parágrafo do artigo 327 do Código Penal (incluído pela lei nº 9.983 de 2000) equipara a funcionário público todo aquele que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica de administração Pública. Essa ampliação do conceito de funcionário público, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2000, não ocorreu de maneira isolada no Brasil, sendo uma tendência verificada também em outros países. Ainda a respeito dessa equiparação, encontra-se na doutrina uma crítica no sentido de que o dispositivo limita sua aplicação às hipóteses em que o funcionário é o autor de algum dos crimes previstos no capítulo, e não quando se trata de vítima.

O aumento de pena fixado no artigo 327 do código penal.

Nos termos do artigo 327 § 2º, do código penal (incluindo pela lei nº 6.7990/80), aumenta-se a pena em um terço quando os autores dos crimes praticados contra a administração ocuparem “cargos em comissão ou de função de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. Na posição de direção é razoável supor que o indivíduo tenha acesso a informações privilegiadas e tenha o poder de tomar decisões, o que, no caso de estar intencionado à prática de crime, lhe assegura grande vantagem. No caso de crime de corrupção passiva, o sujeito que se encontra nessa posição, gozando da confiança da administração pública, tem largo campo de atuação, até porque, a depender do nível de seu cargo, terá poucos superiores hierárquicos a controlar suas atividades. Escudado pelo poder do cargo, o indivíduo pratica crimes, sabendo que poucos terão ânimo de denunciá-lo às autoridades. É evidente a gravidade desse comportamento. Deste modo, aquele que se vale de sua posição de direção, para fazer de sua atuação um balcão de negócios, certamente pratica infração, para fazer de sua atuação um balcão de negócios, certamente pratica infração mais grave do

que aquele que se corrompe, sem a traição da confiança especialmente nele depositada pela administração pública.

O Funcionário público estrangeiro

Relativamente ao assunto do funcionário público estrangeiro por afins penais, cabe uma observação a respeito de algumas das alterações efetuadas no Código Penal pela Lei nº 10.467/2002. Essa Lei, decorrente das disposições da convenção sobre o Combate a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, assinada pelo Brasil (Decreto nº 3.678/2000 e Decreto Legislativo nº 125/2000), inseriu no Código Penal, entre outros, o artigo 337-D, segundo o qual funcionário público estrangeiro, para fins penais, é aquele que, ainda que transitaria mente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. No parágrafo do dispositivo, é equipado a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais. Interessante observar que, diferentemente do art. 327 do Código Penal que, como visto, elegeu como critério determinante a função desempenhada pelo funcionário (teoria objetiva), o art 337-D acolheu o critério da vinculação do indivíduo ao cargo, emprego ou função públicas em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro ou cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais, independentemente de exercer função inerente à administração. Com isso, deixou de abarcar pessoas vinculadas a empresas privadas que realizam atividades públicas em representações de Estado estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Quando se examina o conceito de funcionário público no âmbito do direito penal, é necessário lembrar que alguns deles têm fórum especial por prerrogativa de função, a Constituição Federal de 1988 fixou foros privilegiados para o processo e julgamento das infrações penais comuns (excetuada a competência da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar). A autora tece severas críticas a essa regra, á vista da atual conformação do Estado brasileiro. Segundo ela, quando da instituição dos foros privilegiados, pela Constituição Imperial de 1824, o Brasil ainda vivia o status de colônia, em uma época em que o receio da falta generalizada de independência e

isenção dos julgadores era evidente. E essa não seria mais a atual realidade, o que afastaria a razão de ordem histórica da regra, a existência e foros por prerrogativa de função parece ser regra descompassada a princípios caros à Constituição de 1988, sobretudo ao princípio da isonomia. Afinal, qual razão de ordem técnica há para que , por exemplo, um membro de Tribunal de Justiça e não por um juiz singular, como qualquer outro cidadão que pratica um crime é comum? O foro por prerrogativa de função, resquício de outro momento histórico vivido pelo país, parece não encontrar amparo na atual conformação do ordenamento jurídico brasileiro, sendo alvo de críticas por parte da doutrina e também, como é notório, da opinião pública que suspeita que no instituto esteja travestida uma forma de favorecimento, de privilégio.

O sujeito passivo do crime previsto no artigo 317 do Código Penal é próprio Estado. O sujeito passivo imediato é sempre o Estado, em todos os seus aspectos, seu patrimônio, a probidade, a impessoalidade, a publicidade, a moralidade e a eficiência.

E o sujeito passivo mediato é a própria sociedade, prejudicada pelo desvio de conduta do funcionário. Podem existir situações em que o particular também figure como sujeito passivo, nos casos em que a conduta desviante lhe tenha causado prejuízos, são pacientes dos atos de corrupção pública expressos como crimes contra a Administração em geral as autarquias e suas agências, as fundações do poder Público, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as subsidiárias e controladas dessas sociedades, as empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, as empresas conveniadas ou controladas para execução de atividades públicas, e os serviços sociais autônomos.

A vantagem indevida prevista no artigo 317 do Código Penal, discute-se na doutrina qual é a natureza da vantagem indevida referida no art. 317 do Código Penal, objeto material do crime deve revestir-se de caráter patrimonial, sendo dinheiro ou qualquer utilidade material, levando em conta o valor material ou econômico da vantagem pretendida, deve tal vantagem, obrigatoriamente, contudo, ser não autorizado por lei e representar um proveito do agente ou de terceiro ainda para a necessidade de ser verificada a relação o ato funcional negociado e a

vantagem indevida, tal como uma relação de prestação e contra-prestação, havendo certa proporção entre ambas.

Disso decorre que o ato de ofício deve ser individualizado ou individualizável, a recompensa deve necessariamente apresentar um caráter de contra-prestação, igualmente individualizada ou individualizável, e a retribuição deve ser proporcionada em face do ato realizado ou a realizar-se, a devolução da vantagem indevida não afasta a ocorrência do crime, e isso porque, enquanto no direito civil, o bem indevido deixa de construir ponto de a tenção do legislador quanto seu retentor o devolve ao legítimo dono, no direito penal, ao contrario, a única função da devolução espontânea, para o autor, é comprovar o fato, além de a vantagem não ter que necessariamente apresentar o caráter patrimonial, tampouco ela há de ser imediata, o que , na prática pode dificultar a apuração do tipo.

Na hipótese do recebimento de vantagem pelo funcionário, que não vantagem indevida, o tipo penal evidentemente não se aperfeiçoa , inexistindo a prática criminosa. Por exemplo, se o chefe de uma repartição pública aceita de um particular uma impressora nova, em substituição aquela que estava quebrada, a fim de que o serviço público não sofra qualquer interrupção, não se poderá falar em crime de corrupção passiva.

A depender do caso concreto, uma infração disciplinar poderá até restar caracterizada, caso se constate que esse mesmo chefe tenha deixado de solicitar a tempo a seus superiores uma nova máquina antes que a antiga falhasse completamente, no entanto, não há que se ver em sua conduta o crime de corrupção passiva, o objeto material discutido não caracteriza a vantagem indevida do tipo penal.

É o que se encontra na jurisprudência, selecionada junto à doutrina. Por fim, quando se analisa a figura da vantagem indevida trazida pelo artigo 317 do Código Penal, é interessante relacioná-la a disposições da Lei nº 8.429\92, em especial as de seu artigo 9º haja vista que a mesma conduta pode se cair nas duas normas. Mais adiante esse assunto será tratado especificamente.

O principio da insignificância, praticado o crime de corrupção passiva, resta saber se sobre ele incide o princípio da insignificância. Por exemplo, se um policial rodoviário solicita de um motorista apressado a quantia de R\$ 50,00 para deixar de autuá-lo, deve o Estado mover seu aparato criminal e administrativo, promovendo a prisão em flagrante do policial, sua condenação e, se for o caso, sua demissão.

O princípio da insignificância, aponta como seu fundamento os princípios da igualdade, da liberdade, da fragmentariedade, da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade, sustentando a vinculação da ofensa concreta a bens jurídicos à aplicação do Direito Penal, para composição do tipo penal não basta apenas a verificação de seus aspectos formais, mas também sua composição por elementos objetivos que levam a percepção da utilidade e da justiça de imposição de pena criminal ao agente, tratando do princípio da insignificância nos crimes de corrupção ativa, ensina que a insignificância da ofensa afasta a própria tipicidade, o que não pode ocorrer no caso.

Desta forma, o valor da quantia solicitada pelo policial, no exemplo acima dado, é irrelevante ao enquadramento de sua conduta como crime, uma vez que teve a mesma o condão de violar o bem jurídico tutelado. Evidentemente, o juiz, no momento de fixar a pena, poderá levar em consideração o pequeno montante da propina solicitada, mas o crime estará consumado, entendendo que o princípio da insignificância não se aplica ao crime de corrupção passiva.

Para ele, nem mesmo é possível aplicar os benefícios da regra do arrependimento posterior prevista no art. 16 do Código Penal (art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de 1 a 2/3), caso o agente trate de reverter ao erário os frutos obtidos com sua conduta ilegal, posto que não se trata de um crime patrimonial, sem prejuízo, contudo, de o juiz levar em consideração esse comportamento no momento da fixação da pena, o arrependimento posterior não modifica a responsabilidade, nem faz com que o delito desapareça, os presentes, sendo dados em atenção a um uso geral, faz com que desapareça a própria ilegalidade desses atos.

Menciona que a jurisprudência da Corte Suprema da Itália não considerou como corrupção a aceitação de frutas, a módica demonstração de gratidão ou a pequena gratificação por um serviço urgente.

Os crimes contra administração, entre eles a corrupção passiva, ofendem o decoro da administração e portanto, não podem ser mitigados pelo princípio da insignificância, orientado aos crimes contra o patrimônio. Voltando ao exemplo do policial rodoviário, a quantia de R\$ 50,00 foi suficiente a alterar seu comportamento, fazendo com que ele deixasse de agir, materializando-se como vantagem indevida.

Não há que se falar em princípio da insignificância, não importa dizer que o funcionário que se apropria de algumas poucas amostras de amêndoas, como no exemplo mencionado, deva ser condenado pelo crime de peculato- mas talvez não em virtude do princípio da insignificância, a depender do caso concreto, o objeto da conduta não chega a interferir no próprio comportamento do funcionário, por nem mesmo alcançar a qualidade de vantagem indevida. Em outras palavras, a não incidência do princípio da insignificância aos crimes contra a administração não significa dizer, por óbvio, que toda e qualquer conduta em que um servidor aceitaria qualquer coisa de um particular será um crime de corrupção passiva.

Na análise do caso concreto, deverão ser consideradas outras circunstâncias, como a entrega, a conduta posterior do funcionário que somadas poderão fundamentar a conclusão de que houve o crime ou não, estando ou não presentes todos os elementos do tipo entre eles o dolo do agente e a própria vantagem, que há de ser repita-se indevida.

Os pequenos presentes: tratando da questão do princípio da insignificância aos crimes contra a administração, defendem sua aplicação para o caso dos pequenos presentes, o princípio da insignificância se aplica aos casos de recebimento pelo funcionário de pequenas gratificações, não caracterizadas como retribuição por um ato funcional. Também entende que tal princípio poderá ser aplicado, excluído-se da figura típica do artigo 317 do Código Penal, as vantagens de valor irrisório, quando os funcionários são presenteados com bombons, doces, canetas, algumas pequenas lembranças, principalmente em datas comemorativas. Salvo melhor juízo, como já se disse logo antes, não parece ser o caso de arguir o princípio da insignificância para negar a consumação da corrupção passiva quanto do recebimento de pequenos presentes.

Tal crime exige como objeto material a figura da vantagem indevida, a qualidade que, a princípio, pequenos presentes, por si só não revelam ter. O princípio da insignificância está voltado aos crimes patrimoniais e pode ser aplicado, por exemplo, no caso clássico do furto de uma galinha ou no furto de um tubo de pasta de dente.

O tipo do artigo 155 do Código Penal terá se com figurado em todos seus elementos (subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel), mas o agente poderá deixar de ser condenado em virtude, justamente, do princípio da insignificância.

Já no caso dos pequenos presentes (um calendário, uma caneta, alguns doces, um livro etc), por sua própria natureza, eles não se apresentam como vantagem indevida, não tenho ainda condão de alterar o comportamento do funcionário. Assim, um funcionário que simplesmente aceita um livro, não terá aceitado vantagem indevida, não se podendo falar em crime de corrupção passiva.

No mesmo sentido, os mimos natalinos, geralmente de pequeno valor, bem como rotineiros presentes de aniversário, manifestações de carinho e delicadeza em relação a esposa, genitores e filhos do agente publico não importam em corrupção.

É certo que esse assunto sempre suscita polêmica, afinal, a partir de que momentos o presente deixa de ser singelo e por sua freqüência, simpatia, cortesia, passa a cativar o funcionário, desviando seu comportamento? Um exemplar do livro escrito pelo advogado pode ser um presente cortês ao promotor de justiça, assim como um panetone dado pelo despachante ao oficial do departamento de trânsito, em comemoração ao evento natalino. São exemplos que, por seu valor e circunstância, não demonstram capacidade de alterar o ânimo do funcionário.

Mas , e se no primeiro exemplo, o advogado um dia presenteia o promotor de justiça com um livro, dali a pouco tempo entrega-lhe uma bela caneta, depois um livro raro que o presenteado havia lhe confessado estar procurando há anos, e depois alguns convites para uma aclamada estréia de peça teatral e assim por diante? Vale lembrar que se deve averiguar, no caso concreto, se a coisa teve caráter suavizante dos escrúpulos do funcionário e se esse a receber para o fim de realizar o ato funcional, e também seu alerta, funcionário é mulher de César, não lhe basta ser honesto, é preciso parecer honrado. Na tentativa de solucionar o impasse, o Código de Ética Profissional do Serviço Público Civil do Poder Executivo Federal, editado pelo Decreto nº 1.171, de 22/06/1994, fixa aquilo que parece óbvio.

Assim também o Código de Conduta da alta Administração Federal, publicado no DOU de 22/08/2000, que veda à autoridade pública a aceitação de presentes (exceto de autoridades estrangeiras nos casos protocolares), assim não considerados aqueles itens que não apresentem valor comercial ou que tenham sido distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de R\$ 100,00.

A resolução nº3 de 23 de novembro de 2000, editada pela Comissão de Ética Pública, estabeleceu as regras de caráter interpretativo, sobre o tratamento daquilo que separou em presentes e brindes, aplicáveis as autoridades públicas abrangidas pelo Código de Conduta da Alta Administração Federal.

O Decreto nº 4.081 de 11 de janeiro de 2002, que instituiu o Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República, também disciplinou a matéria, vedando ao agente público receber presente, transporte, hospedagem, compensação ou quaisquer favores, assim como aceitar convites para almoços, jantares, festas e outros eventos sociais.

As normas acima referidas têm aplicação em esfera administrativa, servindo apenas como um parâmetro para aplicação de sanções disciplinares. Uma vez que não se tratam de fontes primárias para o direito penal, sua utilização nesse âmbito deve ser limitada, como mero auxiliar na interpretação da norma, sem qualquer vinculação do juízo criminal.

O que se pode afirmar sobre esse espectro, em resumos, é que, em que pese alguns juristas considerarem que o recebimento de pequenos presentes não caracteriza o crime de corrupção passiva, em razão do princípio da insignificância, os pequenos presentes, por não comprometerem o comportamento do funcionário, não se materializam como vantagem indevida, sendo o ato, como consequência, atípico.

A Promessa da Vantagem Indevida

Acerca da promessa da vantagem indevida, é irrelevante a intenção do corruptor em manter ou não sua palavra, nos casos em que o funcionário público tiver pautado sua conduta funcional por ela. Na hipótese de a promessa ser objetivamente impossível (exemplo: prometer um terreno na lua), não há que se falar em crime, nem de corrupção passiva, nem de ativa.

A Corrupção qualificada (artigo 317, 1º, do Código Penal)

Diz o primeiro parágrafo do artigo 317 do Código Penal que a pena do crime de corrupção passiva é aumentada de um terço se em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. O dispositivo qualifica uma hipótese de exaurimento de crime, vinculada a uma efetiva violação de dever funcional, que funciona como condição de maior punibilidade. Na hipótese tratada em tal regra, o funcionário público, uma vez já consumada a corrupção passiva, prossegue no desvio de sua

conduta e pratica o ato combinado com o particular, com violação concreta de seu dever funcional, é importante que se diga que há também uma outra forma genérica de qualificação para todos os crimes funcionais, a disciplinada no art. 327, S2º, do Código Penal.

Ainda sobre formas qualificadas de corrupção passiva qualificada para os juízes que praticam tais crimes, o que não ocorre no Brasil.

De acordo com artigo 317, parágrafo 2º, do Código Penal, é apenado com detenção, de três meses a um ano, ou multa, o funcionário que pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem. A corrupção privilegiada se verifica quando o motivo determinante do crime não é a venalidade, mas o pedido ou a influência de outrem: o funcionário, por vezes desprovido de personalidade suficientemente robusta, cede aos pedidos dos mais graduados, ou á intervenção indevida dos poderosos, podendo inclusive se trata de pedido de pessoa ligada ao funcionário por relações particulares.

A modalidade de corrupção passiva privilegiada é identificada a partir da motivação do servidor, que não tem a intenção, o dolo da corrupção, mas sim o dolo de praticar a ato de modo irregular, seguindo o elemento subjetivo específico do tipo que é ceder a pedido ou influencia de terceiro.

Diferentemente do que ocorre nos demais crimes de corrupção passiva, a corrupção passiva privilegiada somente se consuma com a efetiva prática do ato irregular, com a violação concreta de dever funcional.

A Pena

A Pena para o funcionário público que comete o crime de corrupção passiva é de dois a doze anos e multa. Por intermédio da Lei nº 10.763/2003, foi alterada a pena relativa ao delito de corrupção do artigo 317 do Código Penal, elevando-a de 1 ano a 8 anos para 2 a 12 anos de reclusão.

Em decorrência da regra da irretroatividade da lei penal mais gravosa, essa nova lei que aumentou a pena do crime do artigo 317 do Código Penal somente se aplica para os fatos ocorridos a partir de sua vigência, em 13-11-2003. Antes dessa lei, a suspensão condicional do processo era cabível, na modalidade criminosa e desde que não houvesse o aumento de pena do parágrafo segundo do artigo 327. Atualmente, essa medida cabe somente na modalidade privilegiada do artigo 317,

parágrafo segundo do código penal (artigo 89 da Lei nº 9.099/950, mesmo que sobre a hipótese concreta se verifiquem os aumentos de pena.

Caso entre os agentes do crime não se encontre nenhum funcionário público que tenha atuado em razão de sua função, o crime praticado por funcionário público contra a administração pública não será configurado, podendo-se estar diante de outro tipo de crime comum, como apropriação indébita, por exemplo.

Ainda no caso de concurso de pessoas, não é necessário que executor material do tipo seja o próprio funcionário público, que poderá se valer de um terceiro para concretização de seu intento criminoso. É o que a doutrina costuma chamar de corrupção indireta, por força da previsão do artigo 317 do Código Penal.

Na hipótese de ser excluída a responsabilidade do funcionário público, o particular responderá pelo crime funcional, em decorrência da regra do concurso, nos casos de coação moral, de provocação do estado de incapacidade do funcionário, ou de incitação de funcionário não imputável, com a finalidade de vê-lo praticar o crime.

Já se o particular a quem o funcionário público recorreu para auxiliá-lo no crime for inimputável (sendo disso sabedor o funcionário), não se trata de co-autoria. É importante destacar, todavia, que a regra do artigo 30 do Código Penal somente será aplicada na hipótese de ser do conhecimento do particular a qualidade de funcionário público de seu parceiro criminosos e de terem o mesmo dolo. Do contrário, restará a possibilidade de ser aplicado o artigo 29 parágrafo segundo do Código Penal.

A participação do particular nesse crime é totalmente aceitável, nas figuras do induzimento, instigação e auxílio. Por fim, o corruptor não responderá como co-autor do crime de corrupção passiva, pois responderá, de maneira autônoma, pelo crime de corrupção ativa.

Os Projetos de Modificação Legislativa

Atualmente, tramitando no Congresso Nacional, há projetos para modificação de dispositivos que tratam dos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública, entre eles o crime de corrupção passiva. Entre esses projetos, encontra-se o anteprojeto de lei para reforma do Código Penal, a idéia de reformar o Código Penal não é recente, sendo sua primeira iniciativa datada de 1.961, quando o Presidente Jânio Quadros incumbiu Nelson Hungria dessa tarefa.

O anteprojeto apresentado em 1963 foi promulgado em 1969, para entrar em vigor em 1970. Contudo, recebeu sucessivas prorrogações, vindo a ser revogado em 1978. Em 1984, a Parte Geral do Código foi reformada, permanecendo inalterada sua Parte Especial. Projetos de atualização da Parte Especial do Código Penal se sucederam, sem sucesso. Em 1997, foi constituída nova comissão, por ordem do então Ministro da Justiça Íris Rezende, que elaborou o anteprojeto de 24/03/1998, com ênfase na atualização da Parte Especial do Código Penal. Por este anteprojeto, foi sugerida a criação do crime de improbidade administrativa, com aplicação de sanção penal, independentemente das seções civis e administrativas. Foi também deslocado o conceito de funcionário público para o seu capítulo das Disposições Gerais, a fim de aplicá-lo também as situações em que o funcionário seja a vítima do delito, diferentemente do que ocorre hoje.

Pelo anteprojeto, algumas condutas deixariam de ser crimes, como a condescendência criminosa, o abandono de função e o exercício funcional ilegal ou antecipada em outros delitos, sugeriu o aumento da pena, como no peculato, na prevaricação e na advocacia administrativa.

Especificamente em relação ao crime de corrupção passiva, o anteprojeto apenas sugere uma modificação quando à pena que, à época, era de um a oito anos, passando para reclusão de dois a oito anos (como visto, com a Lei Nº 10.763/2003, a pena prevista no artigo 317 do Código Penal foi elevada, para dois a doze anos de reclusão). O anteprojeto propôs a extinção da corrupção passiva privilegiada. Mais recentemente em 14/12/2009, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.616/2009.

Entre as propostas deste projeto, está a ,majoração da pena do artigo 317 do Código Penal para reclusão, de quatro a doze anos, e multa, e a criação do crime de corrupção passiva qualificada, quando o crime de corrupção passiva for praticado por membro do Poder Judiciário, do Ministério Público, no Congresso Nacional, da Assembléia Legislativa do Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e da Câmara Municipal, Ministérios e Conselheiros de Tribunal de Contas, Presidentes e Vice-Presidentes da República, Governadores e Vice-governadores, Prefeitos e Vice-Prefeitos, Ministros de Estado, Secretários Executivos, Secretários Nacionais e equivalentes, Secretários Estaduais, Distritais e Municipais, dirigentes máximos de Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, e Comandantes das Forças Armadas.

De acordo com seus projetos, a pena desse novo delito seria de reclusão, de oito a dezesseis anos, e multa, o qual ainda seria incluído no rol dos crimes hediondos (art. 1º da lei nº 8.072/1990) e também no rol dos crimes em que é passível de ser decretada a prisão temporária.

Essas propostas de modificação revelam uma tentativa de endurecimento no trato da questão da corrupção passiva. Especialmente no PL 6.616/2000, fica evidente essa tendência, chegando-se a propor como sanção para o novo crime de corrupção passiva qualificada a pena mínima de reclusão de oito anos, o que supera a pena mínima da maioria dos delitos previstos no Código Penal, inclusive homicídio doloso, roubo, extorsão, estupro e atentado violento ao pudor, entre outros, o que pode sugerir certo destempero da proposta. Afinal, é de se estranhar que um crime de corrupção passiva, por mais ofensivo que seja, receba pena mínima superior a pena do crime de homicídio doloso. A relação do crime de corrupção passiva com os outros crimes contra a administração pública.

Os crimes funcionais do Código Penal

A doutrina costuma denominar os crimes previstos no Capítulo I do Título XI do Código Penal como crimes funcionais. O crime funcional se configura quando a conduta criminosa do tipo se apresenta vinculada a função do funcionário público. Nas hipótese em que essa vinculação não se apresenta, ou seja, quando um funcionário público pratica um crime, cujo cerne não esteja vinculado à sua condição funcional e ao desempenho de suas atribuições, o crime será comum, nem mesmo podendo haver o agravamento de sua pena, em virtude desta sua condição.

A doutrina classifica os crimes funcionais em próprios e em impróprios. Os próprios são aqueles que tem como elemento essencial a função pública do agente, sem a qual o fato será atípico. Como exemplos, podem ser citadas a prevaricação, a conduta do excesso de exação e a própria corrupção passiva. Um particular, por exemplo, jamais poderá praticar, sozinho, um crime de corrupção passiva.

Já os crimes funcionais impróprios são aqueles que, ainda que não praticados por funcionários públicos, remanescem como crimes, mas com outra denominação, a exemplo do peculato que, extraída a condição funcional de seu agente, persiste na figura da apropriação indébita.

No caso dos crimes funcionais, há para eles algumas regras específicas no Código de Processo Penal, fixadas em seu Título II – Dos processos especiais, Capítulo II – Do Processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos

funcionários públicos. Diz o artigo 514 daquele código que, crimes funcionais afiançáveis, após a apresentação da denúncia e antes de sua apresentação judicial, deverá o acusado ser notificado para apresentação do que a doutrina chama de defesa preliminar ou defesa prévia.

A pena mínima para o crime de corrupção passiva é de dois anos de reclusão, inferior ao parâmetro prescrito no inciso I do artigo 323 do Código de Processo Penal, trata-se, portanto, de um crime afiançável.

Assim sendo, o funcionário público denunciado pelo crime de corrupção passiva deverá ser notificado para apresentar sua defesa prévia, que será analisada pelo juiz antes de decidir acerca do recebimento ou não da denúncia.

Caso eventualmente essa regra não seja observada, isso fatalmente será objeto de argüição de nulidade pela não defesa, restando então verificar se da inobservância dessa regra houve efetivo prejuízo ao acusado, para que se possa caracterizar a nulidade processual, conforme entendimento da jurisprudência.

Ainda sobre esse assunto, diante da ocorrência de concurso de crimes, será necessário somarem-se as penas mínimas para verificar se a regra do artigo 514 do Código de Processo Penal incidirá no caso. É o que confirma julgamento recente do Supremo Tribunal Federal.

A agravante genérica prevista no art. 61, II “g” do Código Penal evidentemente não recai sobre os crimes funcionais, uma vez que tal condição compõe o próprio tipo penal.

Apontados esses aspectos gerais acerca dos crimes funcionais, a seguir serão pontuadas algumas das principais diferenças entre corrupção passiva e alguns dos outros crimes previstos no Título XI Código Penal, que foram selecionados entre os que mais se avizinham ao tipo de artigo 317º do Código Penal.

Peculato (artigo 312 do Código Penal)

Nos termos do artigo 312 do Código Penal, o funcionário público que se apropria ou que desvia, em proveito próprio ou alheio, dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, responde pelo crime de peculato, apenado com reclusão de dois a doze anos, e multa. A mesma pena se aplica ao funcionário público que, embora não tenha posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em seu

proveito ou de terceiro, valendo-se para tanto de facilidade que lhe proporciona sua qualidade de funcionário.

O mesmo dispositivo traz em seu segundo parágrafo a modalidade culposa de peculato, apenada com detenção de três meses a um ano, para a qual é prevista a possibilidade de reparação do dano parágrafo 3º, se anterior à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade, se posterior, reduz de metade a pena imposta.

No crime de peculato, a conduta atenta diretamente contra o patrimônio da administração pública, não sendo desarrazoado falar-se na subtração de bens públicos ou particulares pelo funcionário público, em razão de sua função, de bens públicos ou particulares pelo funcionários públicos, em razão de sua função, bens estes que estão em sua posse legítima, já na corrupção passiva, a vantagem indevida é provida pelo particular, o corrupção, ao funcionário público que comercializa sua função.

Prevaricação (artigo 319 do Código Penal)

Nos termos do artigo 319 do Código Penal, responde pelo crime de prevaricação o funcionário público aquele que retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. A pena para esse crime é de detenção de três meses a um ano, e multa. Diversamente do que ocorre nos crimes de corrupção passiva, peculato e concussão, em que o funcionário público busca aumentar seu patrimônio, por meio da apropriação ou furto “peculato”, suborno “corrupção” ou da espoliação do particular “concussão”, no caso de tipo do crime de prevaricação, o descumprimento omissivo ou diretamente comissivo da lei por parte do prevaricador viola os princípios da eficiência e da legalidade.

Diferentemente do que ocorre na corrupção passiva, no crime de prevaricação o agente busca a satisfação de um interesse ou sentimento pessoal.

Trafico de Influência (artigo 332 do Código Penal) e corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal), crimes particulares contra a administração.

Tanto o trafico de influência como a corrupção ativa são crimes cometidos por particulares contra a administração. Não são crimes funcionais, mas, em virtude de sua aproximação com o delito em estudo, os mesmos serão tratados neste tópico.

O crime de trafico de influencia, previsto no artigo 332 do Código Penal, é praticado pelo particular que solicita, exige cobra ou obtém, para si ou para outrem,

vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função. A pena para esse delito é de reclusão, de dois a cinco anos, e multa. Aumenta-se a pena da metade se o particular alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário público. Em outras palavras o indivíduo age como um estelionatário, procurando arditosamente enganar a sua vítima.

A corrupção ativa, por sua vez, vem estabelecida no artigo seguinte e prescreve ao particular que oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, pena de reclusão, de dois a doze anos, e multa. A pena pode se aumentada de um terço, se em razão da vantagem ou promessa, o funcionário efetivamente retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional (artigo 333, parágrafo único, do Código Penal). Em relação a esse delito, como dito de início, o legislador optou pelo modelo suíço, adotado pela maioria dos ordenamentos jurídicos, e separou a corrupção em duas modalidades independentes entre si, a passiva e ativa.

Assim se o particular oferecer vantagem indevida a um funcionário público, ele praticará o crime de corrupção ativa (trata-se de uma exceção dualista em matéria de concurso de agentes), mesmo que ela não seja aceita. Como também já tratado, embora seja razoável supor que, em boa frequência, a corrupção passiva venha acompanhada de um crime de corrupção ativa, isso não é uma regra absoluta. Basta cogitar-se na corrupção passiva na modalidade solicitar, que restara consumada indecentemente d resposta do particular. O inverso também é verdadeiro, pois pode haver o crime de corrupção ativa consumada, mesmo diante da negativa do funcionário público.

Por isso o legislador mandou separar as condutas, conferindo autonomia aos tipos penais, para que não haja beneficiamento de indivíduo crime de prevaricação, o descumprimento omissivo ou diretamente comissivo da lei por parte do prevaricador viola os princípios da eficiência e da legalidade.

Conclusão

Diante do exposto, seguem as principais conclusões deste estudo:

1. A criminalização da corrupção não é exclusiva da sociedade moderna, tem seus registros na história ainda na antiguidade, no Brasil, o primeiro diploma penal aqui aplicado, o livro V das Ordenações Filipinas de 1603, também já criminalizava conduta que viria a ser atualmente conhecida como corrupção passiva.

2. A Constituição Federal de 1988 inovou em relação as suas antecessoras e fixou, em seu art. 37, que a administração pública direta e indireta, de qualquer um dos três Poderes, deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública, entre eles o de corrupção passiva, inegavelmente violam esse padrão previsto na Constituição Federal, devendo ser coibidos. E é isso que faz o art. 317 do Código Penal, que assim encontra seu fundamento constitucional nos princípios regentes da administração pública.

3. A criminalização da corrupção passiva também se fundamenta em acordos internacionais assinada pelo Brasil: a Convenção da OEA, de 1996, a Convenção de Combate a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE de 1997, e a Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003.

4. O exame do art. 317 do Código Penal revelou inúmeros aspectos relevantes do tipo (tais como a necessidade de vinculação do ato negociado á função pública do agente, a não diferenciação pelo ordenamento jurídico brasileiro de corrupção antecedente ou subsequente e de corrupção própria ou imprópria, o conceito de vantagem indevida, o conceito de funcionário publico, etc), que devem ser levados em consideração pelo atento operador do direito, para que o dispositivo seja devidamente aplicado em toda a sua extensão.

5. Bem conhecidos esses aspectos, bem aplicado será dispositivo, quando do seu confronto com o caso concreto.

6. A realidade e assim também a corrupção foram se tornando cada vez mais complexas. Há casos de corrupção passiva que, operam-se sob a forma de organização criminosa, envolvendo diversas pessoas com diferentes funções, que atuam por longo período de tempo. Esses mesmos esquemas recorrem a expedientes para lavar dinheiro, uma vez que, a partir de certo ponto, a propina

simplesmente não pode sair da mão do particular e cair na conta bancária do funcionário público. Disso tudo de conclui que, a análise acadêmica do crime de corrupção passiva, parece insuficiente apenas, o exame de disposições do art. 317 do Código Penal, mas ao amplo combate a criminalidade, altamente enraizada nos três Poderes. Hoje quando se trata do tema da corrupção passiva e de seu amplo combate, não se pode mais remeter unicamente ao tipo previsto no art. 317 do Código Penal.

7. Em resposta no avanço dessa criminalidade, nem as sucessivas leis, contra os crimes de corrupção passiva entre elas foram selecionadas por exame Lei nº 8.429/92 (Improbidade Administrativa), a Lei nº 9.034/95 (crime Organizado) e a Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro). A Lei nº 8.429/92 traz dispositivos que, se aplicados, podem reflexamente representar uma resposta efetiva aos crimes funcionais. A aplicação da Lei representa uma resposta efetiva aos crimes funcionais, nas relações próximas estabelecidas entre os atos de improbidade e a corrupção passiva, em muitos casos ambos poderão estar simultaneamente presentes devendo ser aplicadas as prescrições da Lei nº 9.034/95 e a Lei nº 9.613/98 e também o Código Penal, na resposta do Estado à conduta.

8. Relativamente o crime organizado, e suas intenções são buscar ao máximo corromper funcionários públicos, tanto para viabilizar suas atividades como para assegurar a impunidade de seus membros. Somou-se aqui a análise dessa relação a constatação de que, a organização criminosa muitas vezes se estrutura originalmente dentro do próprio setor público, por iniciativa e ação dos próprios funcionários públicos venais, por isso a necessidade de serem aplicadas os recursos da Lei nº 9.034/95, acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e infiltração por agentes policiais, e outros, quando o crime corrupção passiva for praticado por organização criminosa, sente eles reforços importantes no combate ao crime.

9. A lavagem de dinheiro é essencial ao crime de corrupção passiva, o combate de lavagem de dinheiro oriundo da corrupção com todos os instrumentos jurídicos disponíveis ao operador do direito é uma ótima maneira de atacar, pelo lado financeiro, a própria corrupção. Por essa razão, o operador do direito no combate a corrupção não pode esquecer de analisar a questão sob o ângulo do provável crime de lavagem de dinheiro, devendo fazer uso conjugado das variadas

ferramentas disponíveis para cumprimento de sua tarefa (delação premiada), a conclusão de que aquele funcionário público que se corrompe lava os recursos obtidos com sua prática ilícita, tal afirmação não se faz para aqueles casos de corrupção passiva mais modestos, o caso se aplica aos casos em que o volume de recursos escusos já deve ser, de alguma maneira, escamoteado para não despertar a atenção de terceiros e evidenciar a ação do criminoso, medidas de apreensão e seqüestro de bens, direitos e valores, no Brasil e também no exterior, inversão do ônus da prova para a restituição dos bens, pedidos de cooperação jurídica internacional etc.

10. A conduta do funcionário público que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem indevida em virtude de sua função pública deve receber em contraposição a ação do Estado em várias frentes de atuação, cada uma delas, evidentemente, dentro do seu âmbito de aplicação. O funcionário público que pratica tal conduta poderá por exemplo, responder não somente pelo crime de corrupção passiva (2 a 12 anos) de reclusão, mas também pelo crime de lavagem de dinheiro (3 a 10 anos) de reclusão, poderá ter bens seqüestrados e perdidos, contas bloqueadas, por força da Lei nº 9.034/95, poderá ser condenado a devolver o dinheiro aos cofres públicos, a perder seu cargo, a se tornar inelegível, caso seja comprovada a improbidade administrativa de sua atuação. Isso não quer dizer que exista um sistema autônomo de combate ao crime de corrupção, ou algo semelhante,todos, sem exceção, utilizaram-se de centros financeiros internacionais para esconder os montantes desviados de seus países, o combate à corrupção expressamente tratou da lavagem de dinheiro. Parece bastante claro que o funcionário público venal não receberá o valor da propina por meio de transferência bancária direta do corruptor para sua conta, corrente, tampouco adquirirá com os recursos ilícitos imóveis, veículos e outros bens em seu próprio nome. Ao contrário, cuidará para que todos esses recursos tenham sua origem ilícita apagada, podendo ser usados como se lícitos fossem. A lavagem de bens, direitos e valores (lavagem de dinheiro) e os crimes a ela relacionados, tanto quanto os crimes praticados por organização criminosa, extrapolam as fronteiras dos países e colocam em risco sistemas financeiros nacionais, comprometendo políticas e atividades econômicas privadas. O afastamento do bem subtraído de seu legítimo dono, a criminalização da lavagem de dinheiro tem origem mais imediata na necessidade de contenção de crime organizado.

REFERÊNCIAS

- ADVERSE, Helton. Maquiavel. In: Avritzer, Leonardo ET AL (org.). Corrupção: Ensaio e Críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.
- ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. Dos crimes contra a Administração Pública. São Paulo: Saraiva, 1955.
- BALTAZAR JR., José Paulo. Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico transnacional de drogas, lavagem de dinheiro. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- BEZOS, Clóvis. Considerações em torno da Lei de Improbidade Administrativa. Revista do Advogado. Nº 107, Ano XXIX, dezembro de 2009.
- BRASIL. Presidência da República. Comissão de Ed. Pública. Código de Conduta da Alta Administração Federal e normas complementares 3ª ed. Brasília, 2007.
- BRASIL, Presidência da República. Controladoria geral da União. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Brasília: CGU, 2008.
- CASTIGLIONE, Teodolindo. Código Penal Brasileiro Comentado: 10ª vol, 1ª parte, dos crimes contra a fé pública (artigo 289 a 295). São Paulo: Saraiva, 1956.
- Código Penal italiano. Disponível em: <http://www.direito.penale.it/instigazione-alla-corruzione.htm>
- FAZZIO JR., Waldo. Corrupção no Poder Público: Peculato, Concussão, Corrupção Passiva, e Prevaricação. São Paulo: Atlas, 2002.
- LIVIANU, Roberto. Corrupção e Direito Penal - Um diagnóstico da corrupção no Brasil. Ed. Quartier Latin do Brasil. São Paulo, 2006.