

Essa alteração, se houvera, talvez não resolvesse todos os problemas de interpretação, até porque creio que se poderia objetar que *traficar*<sup>297</sup> com influências não decisivas significaria crime impossível. Mas, na leitura da descrição típica estrangeira percebe-se que esse adjetivo (“decisiva”) insere no todo um significado de nada desprezível para aferir seu alcance penal: a influência que se vende é aquela que aproxima do limiar da **garantia** da obtenção do resultado *porque* se contratam os serviços do agente<sup>298</sup>. A inserção da locução ‘influência decisiva’ no tipo nacional afastaria, acreditamos, a conduta do advogado ético, que, por mais reconhecido e persuasivo que seja, nunca poderá garantir que seu poder de influência seja *de todo* determinante para a decisão.

### Considerações finais

O tipo do tráfico de influência protege a Administração Pública contra aquele que expõe à venda seu prestígio, anunciando ser este capaz de indevida motivação no funcionário público. Em uma Administração utópica, que trabalhara sob absoluta impessoalidade, a configuração típica da hipótese seria muito segura. Atividades, entretanto, como a advocacia no campo administrativo abrem flanco para a atipicidade ou antijuridicidade de ações parelhas, tendo em vista ser legalmente previsto que esse profissional coloque sua capacidade de persuasão a serviço do interesse particular.

### Corrupção ativa

**Art. 333.** Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

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

**Parágrafo único.** A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

económico, o acepta su promesa, con el fin de influir **decisivamente** sobre un funcionario público para retardar u omitir un acto de su cargo, o por ejecutar un acto contrario al mismo, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.

<sup>297</sup> Assim, Cartolano realça o significado, no tipo, do “tráfico”: “Mientras que *ejercer influencias* implica valerse del influjo psíquico sobre una persona para determinar su comportamiento (en nuestro caso, el comportamiento del funcionario encargado de dictar una resolución de la que pueden derivarse beneficios económicos), *traficar influencias* equivale a comerciar con las influencias, es decir, perseguir la obtención de un beneficio a cambio de la promesa de poner en práctica las influencias que se poseen” (CARTOLANO SCHIAFFINO, 2003/2004, p. 185).

<sup>298</sup> Não nos escapa que o exame desse “caráter decisivo” da influência é apriorístico, tendo em vista que o resultado natural, a decisão favorável, pode não ocorrer.

## Considerações gerais

A Parte Especial do Código Penal de 1940 optou pela sistemática de dividir, em trechos bastante apartados, a corrupção ativa – porque delito cometido pelo sujeito ativo, sendo excepcional a participação de um *extraneus*. Trata-se de uma decisão legislativa não criticável, porque os delitos não são necessariamente interdependentes, ou seja, não é imprescindível que haja corrupção ativa para que haja a passiva, e ao revés.

O legislador, ao criminalizar a simples oferta de uma vantagem ao funcionário público, sem importar-se necessariamente com a aceitação da dádiva, utiliza uma das tantas técnicas de tipificação que têm resultado na expansão do Direito penal: delitos de perigo, delitos de tentativa, tipificação de atos preparatórios, delitos de efeito meramente simbólico<sup>299</sup>, dentre outros. Essa técnica se justifica apenas porque se entende que aguardar a lesão ao bem jurídico (para defini-lo, entretanto, *vide* comentários adiante) a fim de punir o comportamento indesejado é politicamente não recomendável, de modo que se antecipa a punição mesmo quando o agente não atinge o resultado desejado, ou quando meramente põe o bem jurídico em uma situação de risco<sup>300</sup>.

Por conta dessa antecipação de tutela é que haverá quem sustente, *de lege ferenda*, a ilegitimidade da punição da mera oferta de vantagem do particular ao funcionário público, quando este não a aceita. É o caso de Vizueta, que interpreta a hipótese da tipificação da mera oferta como um ato preparatório criminalizado, que não chega a *colocar em risco*, sequer abstratamente, o bem jurídico protegido<sup>301</sup>, que ele entende como sendo restritamente a *honorabilidade* ou a *integridade da condição de funcionário público*. Nesse sentido, a corrupção ativa pode ser interpretada como uma *colocação em risco* de que ocorra um delito mais grave, como o da corrupção passiva. Esta, passiva, é a contrapartida, em termos de exaurimento, do delito da corrupção ativa, mas isso não significa que as duas só existam em simbiose.

<sup>299</sup> Sobre o tema, *vide* a obra de Sánchez García de Paz (1999, p. 41 e s.). Também em nosso *Fundamentos de direito penal brasileiro* abordamos o tema, seguindo a classificação da referida autora, acrescentando porém os *delitos de efeito meramente simbólico*. Acerca deles afirmamos que “esses tipos penais formam um contexto para a aplicação de outros delitos, a tornar mais completa uma rede de desvalores que orientam o hermeneuta” (RODRÍGUEZ, 2010, p. 183).

<sup>300</sup> Sobre a corrupção como delito de perigo abstrato, *vide* Vázquez Portomeñe (2003, p. 395).

<sup>301</sup> “Supuestos concretos aparte, aunque el particular pretenda que el funcionario realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva del delito, – modalidad más grave –, los ataques que sufren los bienes jurídicos protegidos en los diversos delitos que pueden ser contrapartida de una dádiva a través de las conductas reguladas en el art. 423 no son lo suficientemente graves como para que se vean amenazados penalmente” (VIZUETA FERNÁNDEZ, 2003, p. 314).

Se bem é verdade que os nomes dos delitos bem sugerem essa bilateralidade compulsória<sup>302</sup> (ativa e passiva), a exemplo de o que já quis a doutrina clássica italiana, a construção do tipo afasta essa interpretação, que já houve em nossos tribunais. Para os limites deste artigo, basta observar que a principal razão dessa não interdependência é que a conduta descrita revela um crime de mera conduta: ele se consuma com a oferta ou a promessa de vantagem indevida ao funcionário público.

O objetivo da promessa é fazer com que o funcionário *pratique, omita* ou *retarde* ato de ofício (isto é, ato que é de sua competência funcional, como se comentará mais adiante). Nesse sentido, existe um *objetivo* na ação do particular: o de que um ato de ofício seja manipulado pela influência que a oferta ilícita exerce no funcionário público, mesmo que a influência não necessariamente tenha de aperfeiçoar-se. Caso se aperfeiçoe não apenas a influência, mas o resultado pretendido (o ato de ofício supresso, omissivo ou atrasado), estamos diante da figura agravada do parágrafo único do art. 333: aumenta-se a pena em um terço, confirmando que o legislador nacional trabalha, para a cominação da pena, com o binômio de desvalor da ação/desvalor do resultado.

### Considerações nucleares

Já é bem conhecida a discussão doutrinária acerca do papel do bem jurídico. Welzel, dentre tantos outros, defendia a ideia de que o delito é antes uma ofensa ao ordenamento jurídico como um todo que a um bem específico. Contemporaneamente, Jakobs e seus discípulos demonstram que o delito é a quebra de uma expectativa de comportamento depositada em uma pessoa, o que quase anula o papel do bem jurídico na composição do injusto. Dele dissentem tantos outros, a exemplo de Hassemer e Roxin, que encontram no bem jurídico a razão da punição, ainda que o último jurista já flexibilize sua posição.

<sup>302</sup> Tal bilateralidade é também defendida por doutrina internacional clássica, como a de Manzini, então baseada no Código italiano de 1930: “La corruzione, in tutela sue ipotesi tipiche, a parte cioè i casi di tentativo, ha natura di delitto bilaterale, nel senso che ad integrarlo è sempre necessario il concorso di almeno due persone (corroto e corruttore), le quali, ove non dovessero punirsi per distinto titolo di reato (corruzione passiva ed attiva) in base ad espresse disposizioni di legge, dovrebbero considerarsi corree nel medesimo reato” (MANZINI, 1935, p. 165). De modo contrario, em harmonia com o quanto aqui defendemos, *vide* Muñoz Conde: “En atención a la regulación de este delito en nuestro Código penal puede decirse que esta tesis es correcta y que el cohecho pasivo es un delito distinto del cohecho activo, aunque el bien jurídico protegido es el mismo, visto desde una doble perspectiva: el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario (cohecho pasivo), el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (cohecho activo). No se trata, por tanto, de un delito bilateral, en el sentido de que el delito surge con el perfeccionamiento de un acuerdo de voluntades entre el particular y el funcionario, sino de dos delitos distintos y autónomamente castigados” (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 963).

No estado atual em que se encontra a doutrina penal, entretanto, investigar o bem jurídico protegido nestes casos mais candentes, como o delito de corrupção ativa, encontra efeitos práticos bastante diretos.

Seguindo a letra do Código, o mais natural é que se entenda como objeto a “Administração Pública”<sup>303</sup> e seu bom funcionamento, com todo o seu conceito, como apresentamos nos comentários aos artigos anteriores. Mas há também uma forte tendência a entender que o delito de corrupção atenta contra o *dever do cargo* (do funcionário corrompido)<sup>304</sup>, tido como uma obrigação social maior, ou da pureza e prestígio da administração pública, mas também o próprio funcionamento ou *procedimento administrativo*<sup>305</sup> em sentido lato. Também se pode aventar a moralidade pública como elemento de tutela, mas em nossa opinião – que já se vê que não é consenso – o objeto da proteção do tipo do art. 333 é a *legalidade* do serviço público. Falar em *legalidade* afasta o conceito moralista<sup>306</sup> e traz a interpretação da corrupção – ou de qualquer outro delito contra a Administração – para próximo de um mais concreto elemento de *igualdade* do serviço público. O indivíduo, portanto, que corrompe ou tenta corromper o servidor público ofende mais a igualdade (“valor supremo” do preâmbulo da Constituição Federal) entre os cidadãos e a *impessoalidade* no trato da Administração (art. 37, *caput*, da CF), que propriamente moralidade, que, em nossa humilde visão, conquanto diretriz clara – de força constitucional – da Administração, deve apenas em casos excepcionalíssimos ser

<sup>303</sup> Nesse sentido, grande parte da doutrina italiana clássica, como Manzini, que aponta, com alguma vagueza, o objeto de tutela como “interesse di preservare l’esercizio delle pubbliche funzioni e dei pubblici servizi dai pericoli e dai danni delle indebite retribuzioni private o del venale tradimento dei pubblici uffici o servizi” (MANZINI, 1935, p. 165).

<sup>304</sup> Vide, nesse sentido Heinrich (2001, p. 209 e s.).

<sup>305</sup> É o caso de Vázquez Portomeñe, que entende que apenas se pode encontrar razão para a criminalização quando se entende o bem jurídico tutelado como o procedimento administrativo. Só ele permitiria observar os delitos contra a Administração e bem classificá-los como delitos de lesão ou de mero perigo, diante de tal bem jurídico. Em suas palavras, “cada uno de los perfiles de extralimitación que dibujan los tipos viene a representar un vicio o coeficiente de parcialidad, de ilegalidad, de ineficacia, que justifican las exigencias de tutela jurídico-penal pero a los que debe otorgárseles relevancia hermenéutica sólo en vía inductiva y mediata, es decir, tomando como referencia la ‘perversión’ que son idóneos para producir en el procedimiento” (VÁZQUEZ PORTOMEÑE, 2003, p. 392).

<sup>306</sup> Embora haja que se fazer notar que a “moralidade” em sentido de administração pública não é exatamente a moralidade social, cuja proteção penal sempre se critica. Nesse sentido, o valor da moralidade pública é um bem jurídico em si mesmo, o que dá por si alguma legitimidade à tutela criminal, como faz notar Bechara: “A esse ponto, é importante observar que a proteção de valores não leva, de forma absoluta à consideração da norma como moralista e, assim, ilegítima. Na verdade, a crítica ao moralismo no direito penal deve direcionar-se às normas que pretendem proteger valores por si mesmos, sem o necessário referencial do bem jurídico” (BECHARA, 2010, p. 327).

tutelada por normas penais. O risco de tentar direcionar a *moralidade* por via penal, ainda que se diferenciando da simples *moral* não ligada necessariamente à Administração Pública, é muito intenso, sob ótica minimamente liberal.

### Corrupção ativa e concussão

Com um pouco de progresso social, vai-se esvaindo a presunção, implícita em alguns julgados antigos, principalmente em tempos ditatoriais, de que da autoridade pública se presume incolumidade. A ideia de que o funcionário público é sempre “corrompido”, em lugar de “corrupto”, desaparece gradativamente das manifestações judiciais, a menos como pressuposição ultrarresistente a indícios em contrário. Nesse sentido é que o julgador que se depare com casos de corrupção ativa tem de estar sensível para a possibilidade de que o chamado corruptor ativo seja uma vítima do crime de concussão. Desse modo, seu comportamento de ofertar vantagem ao funcionário público será consequência de uma exigência (velada, porém contundente) de propina e, se for assim, há alguma possibilidade de que tal oferta de vantagem não tenha a reprovação necessária à culpabilidade, por não ser exigível do agente que se abstenha de ofertar a vantagem para evitar uma represália ilegal por parte do venal agente do Estado. Uma análise realista da situação social permite que se encontrem verdadeiros “ambientes corruptores” no serviço público, em que a reprovabilidade do pretense particular como corruptor ativo deve ser analisada com muita cautela.

### Corrupção e ato de ofício

O legislador optou por definir como objetivo da corrupção ativa o **ato de ofício**. Este que se deve objetar, mediante a oferta da vantagem, que seja omitido, realizado ou atrasado. Dessa locução, o “ato de ofício”, derivam duas hipóteses importantes, que ilustramos.

a) A primeira é o caso do pagamento ilegal feito a funcionário público para que cometa ato que **não** é de seu ofício. Por exemplo, o particular que paga o investigador de polícia para que vá, com viatura policial, à casa de alguém que não saldou determinado cheque simplesmente para cobrá-lo, em verdadeiro achaque. A cobrança do cheque, a intimidação (mesmo que sob sugestões no estilo “pague o cheque ou abrimos inquérito de estelionato”), não são atos de ofício do funcionário público. Nucci responde à questão com um argumento *a minori ad maius*, ou seja: se é proibido o menos, é proibido o mais, o que então representaria uma necessária interpretação extensiva para a punição do corruptor na hipótese (NUCCI, 2014, p. 1086). A solução é aceitável, entendemos, quando não ocorra o ato visado. Se o particular oferta ao investigador que pratique a ação ilegal, trata-se de corrupção ativa, como antecipação de punição: pune-se o ato preparatório por sua alta ofensa à administração; caso se concretize o ato, o corruptor é, mesmo que extraneus, copartícipe da concussão ou da extorsão, a depender das circunstâncias.

b) A segunda hipótese, mais delicada, é a do particular que oferta ao funcionário público vantagem indevida, quando este a aceita sem qualquer contrapartida. É o caso da empreiteira que, tendo tradicionalmente vários contratos com o poder público para a construção de hospitais, oferta ao recém-empossado ministro da Saúde viagens de turismo, ou um relógio de ouro. Suponha-se que o ministro não tivesse a intenção de favorecer a empresa em qualquer contrato futuro, e que tenha deixado isso bem claro àquele que oferta o presente: estaria caracterizada a corrupção ativa? Em nosso entender, sim. Doar o presente significa usar o poder econômico para aproximar-se do ministro, quebrando certamente a impessoalidade e a expectativa de higidez que existe da empresa pública. De outro lado, a recepção do regalo pelo ministro é infração de seu dever funcional, a tratar-se o conjunto da ação de um ilícito em que meramente o desvirtuamento do dever de ofício pode não estar concretizado, porém o tipo, como já se viu, tampouco o exige.

Se em algum momento se entender atípica a doação ao funcionário público, será por inexistência absoluta de vantagem futura, a exemplo daquele que, tendo a vida salva por um bombeiro, dias depois o presenteia com uma camisa ou uma gravata. Trata-se da impossibilidade de cobrar futuramente o favor.

### Considerações finais

Não se pode reavivar o preconceito naturalista de que a sociedade brasileira é tipicamente corrupta, embora seja obrigatório constatar, com Buarque de Holanda (1995, p. 146), que a evolução de nosso corpo burocrático é marcada pela finalidade de atender a interesses pessoais. A cultura é permeável e favorece a corrupção, o que pode ser comprovado, seguramente, pela análise do discurso na jurisprudência, que não raro aceita, como corriqueiros e não condenáveis comportamentos que, sem necessitar alcançar um absolutismo kantiano, são eticamente desvalorados.

Paradigmas legislativos como o aumento da pena cominada<sup>307</sup>, que ocorreu em 2003, podem ser meramente simbólicos se não acompanhados de novas medidas que representem eficácia. Algumas novidades já realmente sinalizam uma melhora, o que é efeito do chamado *novo combate à corrupção*, que Silveira<sup>308</sup> já fazia notar em 2011, e que agora se aprimoram com novas leis de combate à corrupção e o fomento às medidas de organização das empresas, que, ainda que não venham a responder pessoalmente pelos delitos de corrupção, são alvo de vigilância administrativa mais severa e, ainda, se veem obrigadas a compor-se de forma a permitir a identificação dos atos delituosos de seus dirigentes. Estes que, com condutas individualizadas, podem ser punidos via o tipo do art. 333 do CPB.

<sup>307</sup> A Lei n. 10.763/2003 aumentou as penas cominadas nos arts. 317 e 333 do CPB.

<sup>308</sup> Vide SILVEIRA, sobre a alteração da visão da corrupção na era Collor (2011, p. 410); sobre alterações no cenário internacional (2011, p. 414-415).

A contrapartida, em nossa opinião, não deve vir com propaganda sobre as reiteradas possibilidades de “passar o Brasil a limpo”, senão com medidas eficazes que têm de passar por “la profundización en políticas de transparencia y por reformas en la regulación administrativa, que aborden el funcionamiento interno de la Administración” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2015, p. 56). A ideia de mudança de tempos, para a persecução da corrupção no Brasil será uma mescla de alteração da realidade cultural e dos mecanismos de transparência, mais que agravamento puro e simples da lei penal.

### Descaminho

**Art. 334.** Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I – pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

II – pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

III – vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

IV – adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

**Bibliografia:** CALDAS AULETE, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, 2. Lisboa, tipografia da parceria Antonio Maria Pereira, 1925; FERNANDES, Francisco. *Dicionário de sinônimos e antônimos*. 9. ed. Rio de Janeiro, 1955; FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, 4. São Paulo: Bushatsky, 1965; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX; MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*, 4. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986; NUVOLONE, Pietro. Problemi di diritto materiale e processuale in tema di contrabbando. In: *Trent'anni di diritto e procedura penale*. Padova: Cedam, 1969. v. 2; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. São Paulo: RT, 2015; PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2004.