

Por último, o funcionário público tem aumentada a pena quando for ocupante de cargo em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público, nos termos do art. 327, § 2º, do CP.

Corrupção passiva

Art. 317. 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:

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

§ 1º A pena 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.

§ 2º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Bibliografia: ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Saraiva, 1955; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; BENLLOCH PETIT, Guillermo. *Delitos contra la Administración de Justicia*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) e RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (Coord.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*. 3. ed. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. IV; COELHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; PAGLIARO, Antonio. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999; CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal: conforme el Código Penal, texto refundido de 1944*. Barcelona: Bosch, 1949. t. II; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1965. v. IV; GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra, 2014; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico: parte general*. Lima: Ara Editores, 2003; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX;

qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; (...). Art. 71 da Lei Federal n. 8.078/90: “Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer”.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. 19. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v. IV; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, mar./abr. 2011; PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT, 2014; RIBEIRO PONTES. *Código Penal comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000; SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013; SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 4. ed. Buenos Aires: Tea, 1987. v. V; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. Delitos contra la administración pública. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (Coord.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*. 3. ed. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011; WUNDERLICH, Alexandre. Crimes contra a administração pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. v. IV.

Considerações gerais

Corrupção²⁷² passiva significa a solicitação ou o recebimento, por parte do funcionário público, para si ou para outrem, ainda que indiretamente e fora de sua função ou antes de assumi-la, mas logicamente que em razão dela, de vantagem indevida ou, ainda, a aceitação de promessa de tal vantagem. Corrupção não se confunde com prevaricação, pois não é uma espécie de *autocorrupção própria*. Segundo Hungria (1959, p. 367), corrupção “é a venalidade em torno da função pública”, representada pela “simples solicitação da vantagem indevida, mesmo que não fosse intenção do *intraneus* praticar a ação ou abstenção de que se cogite”.

Fragoso (1965, p. 1100) explicou que “constitui corrupção passiva, essencialmente, um tráfico de autoridade, no qual o funcionário vende ou procura vender um ato de ofício. Objeto da tutela jurídica é a administração pública, no sentido amplo em que esta expressão é empregada pela lei penal, visando-se preservar a probidade no exercício da função”. É, em apertado resumo, a mercancia da função pública, prescindindo-se de demonstração de um ato específico da função, dentro daquelas possíveis de realização pelo agente.

²⁷² A corrupção não é um problema ético-jurídico local, dependendo de políticas criminais internacionais. Sobre o tema, Pérez Cepeda e Benito Sánchez (2011, p. 61): “En suma, es necesario conseguir un progreso enérgico para hacer frente a la corrupción de Estado y económica a través de la internacionalización de medidas preventivas y represivas desde la armonización legislativa penal de los países, debiendo estar presididas estas últimas, por criterios de subsidiariedad y proporcionalidad frente a cualquier generalización indiscriminada de tipificación de conductas”.

De modo geral, a doutrina trata o *bem jurídico* tutelado como a própria Administração Pública, especialmente em sua probidade. Para Bitencourt (2009, p. 1022 e 2015, p. 77), o bem protegido é “a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade da função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários”. Segundo Prado (2014, p. 529), “a tutela no tipo penal em exame tem por escopo proteger o interesse atinente ao normal funcionamento, transparência e prestígio da Administração Pública, com especial atenção à obediência ao dever de probidade (...). É interessante frisar que a corrupção representa uma agressão ao próprio funcionamento do Estado de Direito democrático. Atinge tanto o prestígio da Administração Pública ante os administrados como o dever da Administração de servir com objetividade aos interesses gerais, segundo exigência da Constituição Federal, que destaca a probidade e a impessoalidade como dever de todos aqueles que exercem funções públicas, além da eficiência inerente à prestação do serviço público”.

Em trabalho anterior, defendemos (2012, p. 36-37) a antiga lição de Ribeiro Pontes (2000, p. 520) sobre a estrutura jurídica do crime, que persiste até os dias de hoje. Reduzindo a questão ao essencial, são os elementos estruturantes da corrupção passiva: (a) a qualidade da pessoa, isto é, que o agente seja funcionário público; (b) o proveito dado ou prometido; (c) a prática ou abstenção de um ato de ofício. A consumação do crime se efetiva com o recebimento da vantagem indevida.

É crime *próprio, formal e instantâneo*, configurado somente na forma *dolosa*. Não é imprescindível para a subsunção do fato à norma a realização ou a omissão de ato de ofício, bastando a solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem indevida. O *sujeito ativo* detém uma qualidade especial de funcionário público. Evidentemente, o *sujeito passivo* primário é o Estado-Administração, e o delito também pode recair contra um determinado cidadão-particular ofendido.

Considerações nucleares

a) Crime de concurso necessário

Entendemos que a corrupção passiva é crime bilateral ou de concurso necessário, na linha do que defendia Hungria (1959, p. 367). O crime é de concurso necessário, pois é exigido o acordo ou o encontro de vontades, um vínculo subjetivo conhecido como liame psicológico entre os agentes – o corrompido e o corruptor²⁷³. A corrupção passiva depende da corrupção ativa. O fato é que nas múl-

²⁷³ Tanto é verdade que, quando se trata de *vantagem devida*, como na hipótese de *reembolso de despesas indenizáveis*, por exemplo, no caso do Oficial de Justiça que recebe valor a fim de ressarcir despesa atinente ao seu ofício, afasta-se o *dolo*: “nessa hipótese, nem se pode falar

tiplas formas do crime – *dar, receber, prometer e aceitar promessa* –, os tipos penais da corrupção ativa e passiva são interdependentes, ainda que o legislador tenha definido as duas condutas típicas em figuras autônomas (a corrupção do funcionário público é a corrupção passiva – art. 317 – e a conduta do particular é a corrupção ativa – art. 333, ambas do CP).

b) Tipo doloso e vantagem recebida em proveito do próprio ente estatal

O crime se consuma com dolo genérico, que é “representado pela vontade voltada a qualquer das modalidades de ação que configuram a materialidade do crime” (HUNGRIA, 1959, p. 367). “O tipo subjetivo é representado pelo dolo, que é constituído pela vontade consciente de solicitar, receber ou aceitar, direta ou indiretamente, vantagem indevida do sujeito passivo da infração penal” (PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 1999, p. 121).

Este elemento subjetivo especial do tipo é representado pela finalidade da ação, que visa vantagem indevida, para si ou para outrem, como assevera Bitencourt (2015, p. 91), devendo restar sobejamente provado no conjunto fático-probatório.

Se, contudo, o recebimento não representar uma vantagem indevida, para si ou para outrem, mas para o próprio bem comum do Estado, é afastado o dolo. Pensamos que a vantagem que não é recebida em proveito do funcionário público ou de outra pessoa física ou de direito privado, mas recebida para ser aplicada, em circunstâncias atípicas e/ou emergenciais, no próprio serviço público e na boa prestação desta atividade estatal, não configura o delito de corrupção passiva, por ausência de elemento subjetivo do tipo, podendo residualmente ser considerada uma infração administrativa.

c) Solicitação ou recebimento por interposta pessoa

Tanto a solicitação da vantagem quanto o seu recebimento podem ser atos praticados por interposta pessoa. Não é necessário um pedido ou um recebimento pessoal, e sim que o funcionário público tenha plena ciência do pleito ou do rece-

em ‘vantagem’, muito menos em ‘vantagem indevida’, na medida em que reembolsar despesas realizadas jamais representará vantagem, e sem a presença dessa elementar normativa não se pode falar em corrupção, ativa ou passiva; ademais, o reembolso, além de não configurar vantagem, é devido, mesmo que o procedimento adotado possa, eventualmente, ser equivocado, podendo, no máximo, caracterizar simples irregularidade administrativa, sem qualquer conotação penal” (BITENCOURT, 2009, p. 1026 e 2015, p. 83). Importante jurisprudência sobre o assunto “pagamentos” a Oficiais de Justiça, com fito de reembolso de despesas para deslocamento em cumprimento de mandados de buscas e apreensões, em caso que envolvia mais de duas centenas de ações penais correlatas no Estado do Rio Grande do Sul: TJRS, 2º Grupo Criminal, Embargos Infringentes n. 70014370860, unânime, rel. Desembargador Newton Brasil de Leão, j. 14-7-2006.

bimento. Adotamos a posição de Cuello Calón, que afirmava que “son elementos de este delito: que el funcionario, o la persona que desempeña la función pública, solicite o reciba, por si o persona intermedia, dádiva o presente, o acepte ofrecimientos o promesas. No es menester que se soliciten o acepten por si, personalmente, las dádivas, presentes u ofrecimientos, puede hacerse por persona intermedia, mas en este caso es condición precisa que el funcionario haya conocido y aceptado el pacto, que haya intervenido como parte y aceptado las dádivas u ofrecimientos hechos por conducta de outro. Hay delito tanto cuando el funcionario es solicitado por el corruptor, como cuando es el funcionario quien solicita la dádiva mediante la ejecución del acto delictivo” (1949, p. 190).

d) Ato de ofício em razão da função

Para a caracterização do crime de corrupção passiva é indispensável que o agente público receba vantagem indevida pela prática (ou promessa) de um ato de ofício *específico*. O ato de ofício deve ser detalhado ou particularizado, não podendo ser um ato qualquer, um ato em tese, um ato abstrato ou genérico. Para a configuração do tipo é necessário que o ato de ofício, em torno do qual é praticada a conduta incriminada, seja inerente à função exercida pelo funcionário público.

Não concordamos com o entendimento que, em contraposição, assegura que o ato não precisa ser da competência funcional do agente, bastando que tenha sido praticado em razão da função que ocupa. No ponto, seguimos Hungria (1959, p. 371), na defesa de que o ato “deve ser da competência do *intraeius*, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais”. E, ainda, Soler (1987, p. 210), segundo o qual, “para que exista cohecho, es preciso que éste corresponda a un acto relativo a las funciones: acto de la competencia funcional y territorial, esto es, regularmente posible o debido de parte del funcionario”. Ribeiro Pontes (2000, p. 520) ensinou que “o ato para cuja prática ou abstenção o funcionário público recebeu, solicitou ou aceitou vantagem indevida ou promessa de tal vantagem, deve ser de sua competência, deve ser enquadrado em suas atribuições”. Em nosso sentir, para subsunção do tipo legal de crime de corrupção passiva, é imprescindível que o ato de corrupção esteja relacionado às atribuições funcionais do cargo ocupado pelo agente público.

e) Vantagem não necessita ser pecuniária

A caracterização do crime prescinde de que a vantagem indevida seja de natureza material, necessitando que esteja relacionada a um ato próprio do ofício do funcionário corrompido. Bitencourt (2015, p. 79-80) está certo ao lecionar que o objeto é a vantagem, que pode ser de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida, e solicitada, recebida ou aceita, em razão da função pública do agente. “Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode ser não econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para

caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza 'comércio' da função, isto é, deve existir mercancia da função pública".

Na mesma trilha, Prado (2014, p. 213) aponta que a vantagem indevida "é todo benefício ou proveito contrário ao Direito, direcionado, no caso, ao agente ou a terceira pessoa, constituindo, portanto, elemento normativo jurídico do tipo de injusto (...) Embora para alguns a vantagem deva ser de natureza patrimonial, acolhe-se aqui o entendimento de que sua acepção deva ser entendida em sentido amplo, já que o funcionário pode se corromper traficando com a função, sem que a retribuição almejada tenha necessariamente valor econômico". É evidente, pois, como atestava Soler (1987, p. 213), que "las pequeñas atenciones al funcionario, que no envuelven acuerdo alguno y que por sus características no van más allá de una urbanidad o cortesía no están comprendidas"²⁷⁴.

f) *Criminal compliance* e a Lei Anticorrupção

Ainda que de forma colateral ao tema ora tratado, importa referir a tentativa de controle da criminalidade contra a Administração Pública, a partir da imposição de mecanismos de prevenção, fiscalização, controle e imposição de sanções administrativas, trazidos pela Lei Federal n. 12.846/2013. A legislação responsabiliza as empresas que praticam atos lesivos à administração nacional ou estrangeira, nos âmbitos civil e administrativo. Também cumpre destacar a motivação para que as empresas implementem programas de conformidade, que foram tratados no art. 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção, como causa legal de diminuição de sanção administrativa.

É inegável que o *compliance* surge da necessidade de controlar os *riscos* gerados pelas atividades empresariais. Estar em *compliance* é fazer cumprir as normativas impostas às atividades empresariais, dos setores público e privado. É ter ciência das regras organizacionais de governança, é cumprir rigorosamente os procedimentos internos e adotar determinados padrões de conduta que estão pautados na ética corporativa. *Compliance* é, em jeito de síntese, o cumprimento de deveres normativos como prevenção de riscos puníveis.

É crescente o número de condutas impostas às empresas, advindas dos chamados programas de cumprimento corporativos, que podem ser entendidos como um reflexo da atual cultura empresarial. Tais programas de integridade de normas e de condutas são impostos às empresas e buscam reduzir riscos e danos, com a consequente minimização das responsabilidades das pessoas físicas e jurídicas.

Por sua vez, *criminal compliance* é o mecanismo de sistema de cumprimento normativo de caráter penal, que congloba um conjunto de medidas que as pessoas

²⁷⁴ Sobre a nossa posição favorável à aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ver comentário ao art. 312 do CP, "f. *Peculato e insignificância penal*".

jurídicas podem/devem adotar, na identificação de riscos de infração legal (*risk assessment*), delimitando-os, reduzindo-os ou eliminando-os (*risk management*), como ensina García Caveró (2003, p. 228-229 e 2014, p. 30).

Nesse cenário, o *criminal compliance* pode ser tratado como instrumento de prevenção, como sistema de controle de evitação de ilegalidades, sobretudo no campo da corrupção pública. Sieber (2013, p. 96) leciona que o conteúdo do programa está diretamente relacionado à prevenção de criminalidade nas empresas, emparelhando obrigações e a regulação de responsabilidades dos diretores e administradores com determinados valores éticos, o que é muitíssimo salutar.

Considerações finais

O tipo penal impõe ação penal pública incondicionada, não sendo aplicáveis os institutos despenalizadores trazidos pela Lei Federal n. 9.099/95. Exceto na hipótese do § 2º (funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem), que é *infração de menor potencial ofensivo*, a ser tratada no âmbito do procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais.

Há, também, a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 1º, do CP, quando a pena deve ser 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. De igual modo, há o aumento de pena da terça parte, que está previsto no § 2º, quando os autores dos crimes forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Facilitação de contrabando ou descaminho

Art. 318. Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334):

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Bibliografia: ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Saraiva, 1955; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. IV; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; PAGLIARO, Antonio. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; FRAGOÇO, Cláudio Heleno. *Lições de direito penal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1965. v. IV; GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed.