

A CORRUPÇÃO PASSIVA

Roberto José Daher

(Delegado de Polícia, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Paulista – UNIP – de Campinas, Coordenador do Curso de Direito e Professor da Disciplina Direito Penal da Faculdade de Paulínia – FACP.)

RESUMO: O presente artigo versa sobre a corrupção passiva, certamente um dos maiores males dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. O combate a este tipo de crime passa, necessariamente, pela conscientização da sociedade e uma mudança de cultura da administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal; Crimes funcionais; Corrupção passiva; Sociedade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da corrupção passiva; 2.1 Dos crimes contra a administração pública; 2.2 Dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em Geral; 2.2.1. Da classificação dos crimes funcionais; 2.2.2. Do conceito de funcionário público para efeitos penais; 2.2.3. Do concurso de pessoas nos crimes funcionais; 2.3. Do tipo penal e sua análise. 2.4 Corrupção como problema societário. 3 Conclusão; Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O povo foi às ruas reivindicar. Exigindo melhoria da qualidade de vida, demonstrava claramente seu descontentamento com a impunidade dos criminosos, sobretudo dos que detém poder em quaisquer de suas formas, sobretudo político e econômico, bem como com a corrupção que contamina o serviço público. Tais questões certamente são dois dos maiores males que assolam o País.

No que diz respeito à corrupção, entretanto, muito pouco a população sabe a seu respeito. Para conhecê-la é necessário entender que tal prática aflige a humanidade desde seus primórdios da humanidade, não poupando qualquer civilização ou país, no que pese se tê-la com muito mais vigor naqueles subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, onde a educação deficiente e restrita a alguns impede um real entendimento da questão, dificultando sobremaneira a mudança cultural necessária para alterar o quadro que neles se apresenta em relação à corrupção pública, efetivamente um problema societário, como adiante se verá.

2. DA CORRUPÇÃO PASSIVA

Para um melhor entendimento do crime de corrupção passiva, previsto no artigo 317 do Código Penal, passaremos a tratar, preliminarmente, do Título XI do Código Penal, que cuida dos crimes contra a Administração Pública, para em seguida discorrermos sobre o primeiro capítulo que compõe o referido título, no qual se tem os delitos praticados diretamente por funcionários públicos contra a Administração em geral – por conta disso denominados crimes funcionais - tipificados nos artigos 312 a 327 do estatuto penal brasileiro.

2.1. DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conceituar a Administração Pública tem trazido dificuldades até mesmo aos mais renomados doutrinadores, dentre eles Cretella Júnior¹⁴, que a reconhece como “sendo um dos vocábulos da classe dos termos denominados tecnicamente de analógicos, ou seja, que abrigam vários significados, se bem que todos eles ligados entre si pelo menos por um ponto de contato em comum”.

¹⁴ Apud PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 2009, p.1

De fato. Como leciona Hely Lopes Meirelles¹⁵, “a locução Administração Pública tanto designa pessoas e órgãos governamentais como a atividade pública em si mesma”.

Verificamos, assim, pois, que a expressão Administração Pública tanto pode se referir à “atividade voltada à realização dos interesses públicos, em benefício do todo social, nos limites da lei”¹⁶, como também ao agente desta atividade.

No Direito Penal, porém, o conceito de Administração Pública vai além deste encontrado nos Direitos Administrativo e Constitucional, nos quais ele praticamente se restringe às atividades realizadas pelo Poder Executivo; naquele ramo do Direito ela é conceituada de forma mais ampla, “de modo a compreender, num plano objetivo, toda a atividade funcional do Estado e dos demais entes públicos”¹⁷, abarcando, assim, também as funções legislativa e jurisdicional.

Nas palavras de Fragoso¹⁸, “a Administração Pública é aqui considerada pela lei penal no sentido mais amplo, ou seja, como uma atividade funcional do Estado em todos os setores em que exerce o poder público (com exceção da atividade política)”.

No mesmo sentido, Noronha¹⁹:

O conceito de Administração Pública, no que diz respeito aos delitos compreendidos neste título, é tomado no sentido mais amplo, compreensivo da atividade total do Estado e de outros entes públicos. Portanto, com as normas que refletem contra a Administração Pública, é tutelada não só a atividade administrativa em sentido restrito, técnico, mas, sob certo aspecto, também a legislativa e a judiciária. Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e de outros entes públicos.

¹⁵ 2008, p.79

¹⁶ PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 2009, p.5

¹⁷ Idem p.8

¹⁸ 1981, p.387

¹⁹ 1988, p. 198

Em suma: ao classificar algumas condutas como crimes contra a Administração Pública, o legislador penal pretendeu coibir a ofensa à atividade funcional do Estado e de outros entes públicos e, por conseguinte, o prejuízo a toda à coletividade, na medida em que a atuação estatal está voltada exclusivamente para o benefício desta.

Assim, embora se possa ter um objeto específico da tutela penal a propósito de cada figura penal estabelecida no Título XI do Código Penal²⁰, é certo que o objeto jurídico tutelado se referirá sempre ao “desenvolvimento regular da atividade do Estado, dentro das regras da dignidade, probidade e eficiência”²¹.

2.2. DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Como anteriormente visto, há crimes previstos no Título XI do Código Penal que somente podem ser praticados diretamente por funcionários públicos, no exercício de suas funções, daí serem denominados crimes funcionais.

Como bem leciona Rogério Sanches Cunha²²:

Crimes dessa natureza afetam, sempre, a probidade administrativa, promovendo o desvirtuamento da administração pública nas suas várias camadas, ferindo, dentre outros, os princípios norteadores da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. O agente, representando o Estado, contraria uma norma, buscando com sua conduta, muitas vezes, fim obscuro e imoral, demonstrando nefasta ineficiência do seu serviço. Cuida-se de forma qualificada de desvio de poder, realizando o servidor desejo pessoal ou de terceiro - interesse particular - gerando dano ou perigo de dano para a ordem administrativa.

²⁰ PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 2009, p.8

²¹ NORONHA, 1988, p.198

²² 2009, p.373

Por conta disso se tem que a Administração Pública em geral, ou seja, a direta, a indireta e empresas prestadoras de serviço público, contratadas ou conveniadas, será vítima primária das modalidades delituosas estampadas no capítulo referente aos crimes funcionais, podendo, secundariamente, figurar no polo passivo o eventual administrado prejudicado.

Manzini²³, ao referir-se ao objeto genérico da tutela dos crimes praticados contra a administração em geral, doutrina:

É o interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da administração pública em sentido lato, naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do estado em relação a determinados atos ou relações da própria administração.

Cumprido ao agente público, representante de um dos poderes do Estado, cumprir regularmente seus deveres, confiados, ainda que de forma indireta, pelo povo.

Eventual desvio deve ser tido como “traição funcional”²⁴, de modo a se fazer necessária a punição do infrator, interesse de todos, pois que todos serão por ele afetados de alguma forma.

Demonstração inequívoca deste interesse público é o fato de se aplicar ao delito funcional, mesmo quando praticado no estrangeiro, a lei penal brasileira, conforme dispõe o artigo 7º, I, c, do Código Penal.

Rogério Sanches Cunha²⁵ reconhece a manifestação desta vontade popular também no § 4º do artigo 33 do mesmo diploma, no qual se tem como condição de progressão de regime prisional nos crimes contra a Administração Pública a prévia reparação do dano causado, ou ainda a devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

23 apud PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 2009, p.13

24 CUNHA, 2009, p.373

25 2009, p. 373

2.2.1. DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES FUNCIONAIS

Na classificação geral dos delitos, os crimes funcionais (*delicta in officio*) inserem-se na categoria dos crimes próprios, na medida em que a lei exige uma categoria específica no sujeito ativo, no caso ser funcionário público.

Por sua vez, os crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral são, doutrinariamente, dividido em duas espécies, os crimes funcionais próprios e impróprios.

Diferenciam-se ambos porquanto nos crimes funcionais próprios, também denominados puros ou propriamente ditos, faltando a qualidade de funcionário público ao autor, o fato passa a ser tratado como um indiferente penal, decorrendo uma atipicidade absoluta.

Em contrapartida, nos crimes funcionais impróprios, também chamados de impuros ou impropriamente ditos, excluindo-se a qualidade de funcionário público, haverá desclassificação para crime de outra natureza, se tendo, portanto, uma atipicidade relativa.

Exemplos da primeira espécie mencionada seriam a prevaricação, a condescendência criminosa e o abandono de função, previstos respectivamente nos artigos 319, 320 e 323 do Código Penal.

Quanto à segunda espécie, exemplo clássico é o delito de peculato, previsto no artigo 312 do citado diploma, que “nada mais é do que um crime de apropriação indébita ou furto, praticado por funcionário público em razão de seu cargo”²⁶. Assim, se o agente, ao tempo da prática delitiva, havia, por exemplo, se exonerado do serviço público, o delito por ele cometido contra a Administração Pública poderá configurar um dos crimes contra o patrimônio.

²⁶ CAPEZ, 2008, p.388

2.2.2. DO CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA EFEITOS PENAIIS

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem 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 da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo 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.

A definição de funcionário público encontrada no Código Penal, mais precisamente no final do capítulo dedicado aos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral, é válida tanto para todas as disposições do codex quanto das leis extravagantes.

Não é difícil perceber que o legislador penal utilizou-se de um conceito amplo para estabelecer quem é considerado funcionário público para fins penais, optando por uma representação única, totalmente desatrelada ao Direito Administrativo, para o qual funcionário público seria tão somente “uma das espécies do agente administrativo, inserida no amplo rol de servidores pertencentes ao gênero agente público”²⁷.

Deste modo, alcançou-se todo aquele que exercita uma função de natureza e interesse público, não importando se o servidor é ocupante de cargo ou se foi apenas investido no exercício de uma função, se recebe ou não remuneração ou se seu vínculo é definitivo ou transitório.

²⁷ CAPEZ, 2008, p.390

Nas palavras de Capez²⁸, “são denominados funcionários públicos todos os que desempenham de algum modo, função na administração direta ou indireta do Estado”.

Excluem-se, porém, deste rol, aquelas pessoas que possuam tão somente encargo público (múnus publicum), tais como os tutores ou curadores dativos, os inventariantes judiciais, os síndicos falimentares etc.²⁹.

Tem-se, portanto, que estão incluídos como funcionários públicos não somente aqueles servidores que desempenham cargos criados por lei, regularmente investidos e nomeados, remunerados pelos cofres públicos, mas também os que exercem emprego público, nomeados a título precário, e os que, de qualquer forma, exerçam função pública, inclusive em autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista onde o Estado for acionista majoritário e fundações instituídas pelo poder público, diante do que dispõe o § 1º do artigo 327, que a estes considera funcionários públicos por equiparação.

Entretanto, Pagliaro e Costa Júnior, ao discorrerem sobre os funcionários públicos por equiparação, aduzem que “a figura do funcionário público é alicerçada sobre bases ‘objetivas’, ou seja, sobre o tipo de atividade exercida pelo sujeito”³⁰. Diante deste entendimento, os funcionários das sociedades de economia mista, de empresas públicas e de fundações instituídas pelo poder público só serão considerados funcionários públicos para efeitos penais quando desenvolverem atividades disciplinadas pelas normas de Direito Público.

A Lei 9.983/2000 ampliou ainda mais o conceito de funcionário público por equiparação para efeitos penais, nele incluindo os que trabalham para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

²⁸ 2008, p.390

²⁹ CUNHA, 2009, p.374

³⁰ 2009, p.19

Cuida-se, aqui, de funcionários de empresas privadas que executam serviços de natureza pública por delegação estatal, mediante concessão, permissão ou autorização, bem como daqueles que trabalham em empresa prestadora de serviço conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Para diferenciar ambas as figuras, as palavras de Meirelles³¹:

Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter dois ou mais signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões.

Convém mencionar, ainda, o ensinamento de Damásio de Jesus, no sentido de que a “norma faz referência a contratos e convênios administrativos firmados ou celebrados com o fim de execução de atividades de Administração e não com a finalidade do exercício de atividades para a Administração”. Ou seja, estão excluídos do conceito de funcionário público para fins penais os funcionários de empresas contratadas para execução de obras ou serviços da própria Administração Pública.

Interessante salientar que a doutrina tem se posicionado majoritariamente no sentido de que a equiparação constante do § 1º somente se aplica às hipóteses em que os indivíduos sejam sujeito ativo dos crimes funcionais e não sujeito passivo³², no que pese posicionamentos contrários de peso³³.

³¹ 2008, p.354

³² CAPEZ, 2008, p.395

³³ MIRABETE; FABBRINI, 201, p.262

Finalizando, tem-se o aumento da pena previsto no § 2º do artigo 327 para os autores de crimes funcionais ocupantes em 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, ou seja, aqueles que são detentores de cargos de confiança e, por conta disso, possuidores de maior responsabilidade funcional perante a própria Administração Pública e à sociedade e, conseqüentemente, de um dever maior de atuar dentro dos limites éticos e legais estabelecidos.

2.2.3. DO CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES FUNCIONAIS

Foi dito anteriormente que a condição de funcionário público constitui elementar nos crimes previstos no Capítulo I do Título XI do Código Penal. Deste modo, ausente esta condição, ter-se-ia a atipicidade absoluta ou relativa, ou seja, ou o crime desaparece ou ele se transforma em outro³⁴.

Assim sendo, diante do teor do artigo 30 do Código Penal, que reza que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares ao crime”, tem-se por plenamente possível a ocorrência de coautoria e participação nos delitos funcionais naquelas situações em que o particular colabore de qualquer forma para o crime cometido por funcionário público no exercício de suas atividades, já que, como anteriormente visto, tal condição é elementar para os crimes funcionais.

Obviamente que a pessoa estranha à Administração Pública, daí a denominação extraneus, deva ter conhecimento dessa condição pessoal do agente público (intraneus), de forma a se ter que o dolo deve abranger também a elementar do tipo penal³⁵.

Não é necessário que o funcionário público seja o executor material da conduta para que se tenha caracterizado o crime funcional. Ele pode ser simplesmente um facilitador do particular, como,

³⁴ CAPEZ, 2008, p.388

³⁵ Idem, p.389

por exemplo, deixar propositalmente uma porta aberta, para que dali seja subtraído um objeto, ou até mesmo servir-se da ação material do extraneus para executar o ato que consubstancia o crime, como utilizar-se da intermediação deste para exigir a vantagem indevida no crime de concussão.

Daí concluir-se que, para caracterizar a ocorrência de crime funcional, necessária se faz a existência de “abuso do poder e a qualidade de funcionário público, requeridos explícita ou implicitamente pela lei para todos os delitos funcionais”³⁶.

2.3. DO TIPO PENAL E SUA ANÁLISE

O artigo 317 do Código Penal, que, como alhures mencionado, dispõe sobre o crime de corrupção passiva, possui a seguinte redação:

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 três meses a um ano, ou multa.

³⁶ PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 2009, p. 26

Pagliario e Costa Júnior³⁷ lecionam que a corrupção já era prevista na Lei das XII Tábuas, no que pese se tê-la a reprimir tão somente a venalidade dos juízes, impondo-lhes a pena capital caso viesse a receber pecúnia (qui pecuniam acceperit).

Entre os demais povos da antiguidade a severidade dada ao delito não era menor. A lei mosaica, por exemplo, punia o juiz corrupto com a flagelação, e a grega com a morte.

Chauveau-Hélie³⁸ escreveu:

Heródoto recorda que Cambises mandou esfolar vivo um juiz corrupto, utilizando sua própria pele para recobrir a cadeira que iria ser ocupada por seu sucessor. Recordam, ainda, os historiadores que Daria fez pregar numa cruz um juiz julgado corrupto.

Posteriormente as penas foram se abrandando, tendo o direito romano estabelecido que ao corrupto impunha-se a devolução da soma indevidamente recebida, até o triplo do seu valor, bem como o confisco de bens e a deportação.

Já na Idade Média passou-se a se ter a distinção entre a corrupção praticada pelos magistrados, denominados pelos praxistas italianos de *barattaria*, daquelas perpetradas pelos demais funcionários.

Quanto ao direito brasileiro, tem-se que já nas Ordenações Filipinas se previa a punição de oficiais do Rei que recebessem “serviços ou peitas, e as partes que lhe dão, ou prometem”, impondo-se, nestas situações, a pena de perda do cargo e no pagamento de multa ou ainda, no caso de magistrados, do confisco de bens e até a morte.

Interessante frisar que não configuravam o delito, entretanto, o recebimento de “pão, vinho, carnes, frutas e outras coisas de comer, que entre parentes e amigos se costumam dar e receber”³⁹.

³⁷ 2009, p.98-99

³⁸ apud PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 2009, p.98

³⁹ PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 2009, p.99

No Código do Império, por sua vez, havia distinção entre o crime de peita, estabelecido no artigo 134, que tratava da corrupção pelo dinheiro, do crime de suborno, artigo 133, no qual a corrupção se dava em razão de influência e peditório, muito embora as penas fossem as mesmas: perda de cargo, com inabilitação para outro qualquer, multa equivalente ao tresp dobro da peita e prisão, que não se efetivaria se o ato pelo qual foi recebida a peita não se tivesse realizado.

As figuras delituosas acima mencionadas fundiram-se no Código de 1890, tornando-se uma só, prevista no artigo 214. Apenas a corrupção do magistrado era prevista em separado, com a submissão da mesma pena que houvesse imposto ao réu caso houvesse sido peitado para condenar alguém, afora a perda do cargo e o pagamento de multa.

A respeito do crime de corrupção passiva, escreveu Hungria⁴⁰:

O aforismo, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, a steeplechase dos interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores [...]. De vez em quando, rebenta um escândalo, em que ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépido, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados á sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O estado maior da corrupção quase sempre fica resguardado, pelo menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições.

Não é dificultoso perceber que as palavras escritas pelo saudoso penalista parecem retratar os dias atuais.

⁴⁰ apud PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 2009, p.100

Recebendo denominações distintas, peculiares a seus idiomas, a corrupção está presente em todos os países: bribery na Inglaterra, Bestechung na Alemanha, coecho na Espanha, corruption na França, corruzione na Itália.

Não há dúvidas, pois, tratar-se de um fenômeno internacional.

Alguns países, no entanto, enfeixam a corrupção como crime de concurso necessário, bilateral, considerando que os ilícitos de corrupção passiva e ativa dependem um do outro para sua existência, ou seja, nas palavras de Pagliaro e Costa Júnior⁴¹, “para o *summum opus* se exige uma convergência de vontades entre corrompido (*intraneus*) e corruptor (*extraneus*)”.

No Brasil, entretanto, tem-se os crimes alhures mencionados como distintos e autônomos. Embora se tenha, em sua estrutura, pelo menos dois sujeitos, a responsabilidade de cada um deles obedece a regras próprias.

A conduta de “corromper” é diversa, em seu significado e essência, da conduta “deixar-se corromper”⁴².

Daí a possibilidade de se ter uma modalidade de corrupção passiva e outra de ativa ou, até mesmo, na modalidade “solicitar”, se ter aquela sem que se tenha qualquer correspondência delitiva na conduta do particular.

O crime em comento consuma-se com o ato de solicitar, receber ou aceitar a promessa de vantagem indevida. Assim, não é necessário que o particular entregue a tal vantagem, tampouco que o funcionário, aceitando a promessa, venha posteriormente a receber a vantagem, para se ter a consumação do delito, tratando-se, ambas as hipóteses, em mero exaurimento do crime.

Do mesmo modo, “o tipo penal não exige que o funcionário pratique ou se abstenha da prática do ato funcional”⁴³.

⁴¹ 2009, p.100

⁴² PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 2009, p.100

É certo, entretanto, que a vantagem deve ser indevida, ou seja, “não deverá ter o funcionário nem o dever, nem o direito e nem a faculdade de recebê-lo”⁴⁴.

Salienta-se que não é necessário que tal vantagem seja de caráter patrimonial, podendo ser representada, inclusive, por bens imateriais, tais como favores sexuais, uma promoção, uma condecoração etc.

Também “é indispensável para a caracterização do ilícito em estudo que a prática do ato tenha relação com a função do sujeito ativo (*ratione officii*)”⁴⁵. Em outras palavras, o ato a que se refere a corrupção deve ser de competência do funcionário, deve estar compreendido dentre suas atribuições funcionais.

Quanto ao objeto jurídico, Pagliaro e Costa Júnior⁴⁶ ressaltam que existe um debate intenso dentre os doutrinadores na ânsia de estabelecê-la.

Segundo tais autores, existe um grupo de teorias que entende que o objeto de tutela é o dever de fidelidade com relação à Administração Pública, outro que defende que seria o prestígio da Administração Pública ou da confiança que os cidadãos nela depositam e um terceiro que afirma que o objeto jurídico seria a imparcialidade, favorecido o particular que contribui com a vantagem indevida, em detrimento dos demais cidadãos.

Citam, ainda, a corrente que sustenta que o fundamento da incriminação está na proibição do funcionário público aceitar vantagens que o beneficiem, ou a terceiros e, finalmente, aqueles que preceituam que a corrupção visa a impedir que os atos funcionais, conformes ou contrários ao dever, sejam objeto de uma compra e venda particular.

⁴³ CAPEZ, 2008, p.446

⁴⁴ PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 2009, p.89

⁴⁵ MIRABETE; FABBRINI, 2010, P.287

⁴⁶ 2009, p.105

Nas palavras de Mirabete e Fabbrini⁴⁷, “o objeto da tutela jurídica é o funcionamento normal da administração pública, no que diz respeito à preservação dos princípios de probidade e moralidade no exercício da função”.

Completa Capez⁴⁸: “a corrupção afeta o correto desempenho da função pública e, por conseguinte, o desenvolvimento regular da atividade administrativa”.

Ainda que indiretamente, pois, o delito em comento tutela o prestígio da Administração Pública, bem como a confiança que nela depositam os cidadãos.

Na continuidade da análise do delito, temos que a corrupção passiva pode se apresentar em distintas modalidades.

Pagliariaro e Costa Júnior⁴⁹, distinguem a corrupção própria da corrupção imprópria, na medida em que aquela se refere ao “ato contrário aos deveres do cargo ou da função” e esta ao “ato lícito, conforme os deveres do cargo”. Assim, segundo os autores, “constitui corrupção própria conceder mediante retribuição uma licença a que não se tem direito; configura corrupção imprópria conceder mediante retribuição uma licença a que se tenha direito”.

Continuam, lecionando que os códigos italiano e suíço, inclusive, “previram de forma independente ambas as figuras delituosas, apenando de forma muito mais mitigada a corrupção imprópria”.

No direito brasileiro, que, como visto não traz tal distinção, o magistrado deve levar em conta a licitude do ato ao mensurar a pena.

Outra forma de distinguir as modalidades de corrupção seria classificá-la em corrupção antecedente e corrupção subsequente: como o próprio nome indica, na primeira se tem o pedido ou a

⁴⁷ 2010, p.286

⁴⁸ 2008, p.439

⁴⁹ 2009, p.102

aceitação da retribuição antes da realização do ato; já na segunda, o funcionário solicita ou aceita a vantagem indevida após a prática do ato.

Tal distinção, que remonta ao direito romano, é tratada expressamente no Código Penal italiano, que isenta de responsabilidade penal o particular no caso da corrupção imprópria subsequente.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 317 trazem, respectivamente, as figuras da corrupção qualificada e da corrupção privilegiada.

A corrupção qualificada consiste no fato de o funcionário, em consequência da vantagem ou da promessa, efetivamente retardar ou deixar de praticar qualquer dos atos de ofício que lhe cumprem ou, ainda, praticá-lo infringindo dever funcional.

Já na privilegiada se tem quando o motivo determinante do crime não é venalidade, mas o pedido ou influência de outrem.

Por fim, interessante discorrer acerca das distinções existentes entre o crime de corrupção passiva e o de concussão, que possui a seguinte redação:

Artigo 316: Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Verifica-se, da simples análise dos tipos penais em questão, que no núcleo do tipo penal da corrupção passiva se tem o verbo “solicitar”, isto é, pedir vantagem indevida, enquanto no segundo se tem uma exigência, ou seja, impõe-se à vítima uma determinada obrigação, ainda que tácita, como bem lecionam Mirabete e Fabbrini⁵⁰, e a qual esta última acaba por ceder, por temor de represália.

Estranhamente, no que pese se ter que a exigência demonstra uma conduta mais gravosa do que meramente solicitar, o legislador estabeleceu uma pena maior ao crime do artigo 317 do que ao crime do artigo 316!

⁵⁰ 2010, p.290

É interessante salientar que tanto o recebimento da vantagem indevida quanto a aceitação de sua promessa, necessariamente decorrem da prática de delito de corrupção ativa, previsto no artigo 333⁵¹ do Código Penal, já que, nestes casos, o particular interessado teria necessária e previamente oferecido ou prometido vantagem indevida ao servidor, o que caracterizaria tal prática delituosa.

Já em relação à conduta do funcionário público solicitar, no caso do delito de corrupção passiva, e de exigir, no que diz respeito ao crime de concussão, não se tem qualquer conduta delituosa da parte daquele para quem se solicita ou exige a vantagem indevida.

Quantificar com exatidão o número de ocorrências de corrupção passiva nas repartições públicas, sejam elas municipais, estaduais ou federal, é praticamente impossível, isso porque a principal fonte de informação da prática delituosa é o particular interessado.

Se este ofereceu ou prometeu vantagem indevida ao funcionário público, não teria razões quaisquer para relatar o delito praticado pelo funcionário, pois que, como visto, assim agindo, estaria se autoincriminando e, conseqüentemente, sujeitando-se às penas cabíveis ao ilícito penal de corrupção ativa.

Por outro lado, se lhe foi solicitada a vantagem, geralmente se tem as seguintes situações: necessita ou necessitou da prática de um ato de ofício que o possibilite a obter um serviço público que lhe seria indevido; obteve ou pretende obtê-lo em condições que entende mais favorável em relação a outros particulares (maior celeridade na sua obtenção, por exemplo); ou, ainda, finalmente, beneficiou-se ou beneficiar-se-á de um ato de ofício não praticado.

Assim, em todas as situações acima arroladas, o particular certamente também obteve algum tipo de vantagem, na maioria das vezes indevida, razão pela qual não teria qualquer interesse em

⁵¹ Artigo 333 do Código Penal: “Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Pena: de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

comunicar a irregularidade funcional perpetrada a quem tenha competência para dela conhecer e adotar as providências cabíveis face sua prática.

Por conta disso, Jorge da Silva⁵², após defender que o combate à corrupção se mostra menos complicada nas sociedades democráticas estabelecidas quando comparado com aquelas emergentes ou em transição, sobretudo em razão do exercício mais amplo da cidadania naquelas, ressalta que três pontos devem ser levados em conta quando se trata de reprimir a prática delituosa em comento: o nível de corrupção no órgão; o nível de corrupção na sociedade; a identificação do ambiente, a fim de se aferir se a prática é um desvio isolado de funcionários públicos com fraqueza de caráter ou se é a estrutura social e/ou os modelos gerenciais que favorecem a corrupção.

2.4. CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA SOCIETÁRIO

A comunidade internacional, sobretudo nas últimas duas décadas, tem evidenciado grande preocupação com a corrupção⁵³.

E alguns países se tornam muito mais vulneráveis a ela, seja pelo fato de estarem em desenvolvimento, seja pelos valores culturais que apresentam.

O Brasil, a título de exemplo, além de ser um país em desenvolvimento, apresenta, ainda, uma estrutura social com fortes marcas de patrimonialismo, onde pessoas e instituições são vistas em relação assimétrica, “fato que acrescenta problemas peculiares quando se pensa em enfrentar a corrupção, particularmente na atividade pública.”⁵⁴

Como no mundo inteiro, “a corrupção tem sido abordada de maneira moralista, como desvio individual, ou seja, de uma forma que poderíamos chamar de moralista-individualista”⁵⁵, quando, na

⁵² 2008, p. 572

⁵³ SILVA, 2008, p.580

⁵⁴ SILVA, 2008, p.581

⁵⁵ CARVALHO, 1987, p.61

verdade, não deveria ser encarada como um fenômeno isolado, já que a se tem, como acima visto, como um fenômeno enraizado na sociedade, como nos parece se ter no em nosso país.

Isso não pode de forma alguma justificar a corrupção, porém é necessário avaliar se as expectativas da população em relação ao comportamento dos funcionários públicos guardam coerência com a forma de ela relacionar-se com eles, bem como o nível de indignação deles para com tal nefasta prática.

Pois que, ainda que se tenham demonstrações inequívocas de que a população encontra-se incomodada com os níveis de corrupção em todos os setores da sociedade, não é difícil aferir que ela é, ainda, aceita em alguns setores, especialmente quando se busca favorecimento particular junto ao poder público.

Assim, o combate à corrupção passa obrigatoriamente por uma conscientização da sociedade quanto à necessidade de mudança de comportamentos, sobretudo nas relações interpessoais, que inegavelmente desempenham um papel importante para sua existência, como, a título de exemplo, o chamado “jeitinho brasileiro”, que muitos consideram uma “característica cultural positiva, quando é, na verdade, uma forma de fazer aquilo que é ilegal ou errado”⁵⁶.

Não à toa, o Brasil ocupava, em 2000, o 49º lugar no ranking dos “países mais corruptos”, isso segundo a Transparência Internacional⁵⁷.

Mais uma vez consignamos que as ponderações acima não devem servir de justificativa para a corrupção, realmente inadmissível, mas sim demonstrar que o combate a ela deve necessariamente vir acompanhado de um esforço para se reprimir também a chamada corrupção em geral, especialmente a prática da corrupção ativa que, como cediço, não se dá tão somente por parte de criminosos, mas também, não raramente, da parte de muitos cidadãos “idôneos”.

⁵⁶ SILVA, 2008, p.585

⁵⁷ SILVA, 2008, p. 586

3. CONCLUSÃO

Concluimos que, ainda que o povo saía às ruas reivindicando o fim da corrupção na Administração Pública, elegendo a impunidade como sua maior causa, a repressão a esse mal se mostrará totalmente ineficiente e ineficaz se desacompanhado de profunda mudança cultural.

É cediço que, mais do que a repressão, a prevenção de qualquer prática a prática delituosa gera melhores resultados. E, no que diz respeito à corrupção, isso só se faz possível com a conscientização da população de que este fenômeno delituoso é um problema societário e não só das instituições e órgãos públicos, ou de seus integrantes.

A política do “eu levo vantagem em tudo, a qualquer custo” deve ser combatida e cada um de nós, como integrantes da sociedade, devemos cuidar para que isso efetivamente ocorra. Obviamente começando por nós mesmos.

Sem corruptores, não há corrupção. Pessoas honestas não são somente aquelas que não se deixam corromper, mas também as que não corrompem.

Reivindicemos, sem dúvida: por uma sociedade ética, onde todos, não só os administradores públicos, sejam honestos e saibam conviver com o sistema atualmente estabelecido pela Carta Magna, com total respeito à dignidade da pessoa humana e aos princípios que devem lastrear a administração pública – sobretudo os da legalidade, impessoalidade e moralidade.

Para tanto, sejamos exemplos.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte especial, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Getúlio. Da contravenção à cleptocracia. In: LEITE, Celso Barroso. Sociologia da corrupção. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987, p.63-65.

- CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal: parte especial. 2.ed. In: GOMES, Flávio; Cunha, Rogério Sanches (coordenadores) Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 3.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.v.3.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2010.
- NORONHA, E.Magalhães. Direito Penal.19.ed.São Paulo: Saraiva, 1988. v.4.
- PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Dos crimes contra a Administração Pública. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, Jorge da. Criminologia crítica: segurança e polícia. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.