

**StV** = Strafverteidiger (Revista)

**Wistra** = Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

**ZIS** = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

**ZRP** = Zeitschrift für Rechtspolitik

**ZStW** = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## Capítulo 2

# APROXIMAÇÃO A UMA TEORIA DA CORRUPÇÃO<sup>1</sup>

Adriano Teixeira<sup>2</sup>

Luís Greco<sup>3</sup>

**Resumo:** O artigo busca fornecer um esboço de uma teoria da corrupção, delimitando o específico conteúdo de injusto desse delito. Do resultado desse esforço—a ideia de que corrupção é um abuso de poder condicionado por recebimento de vantagem -, colhido após análise do estado atual do problema na Alemanha e no Brasil, extraem-se consequências concretas para a interpretação tanto do direito alemão quanto do direito brasileiro.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo esforça-se no sentido de precisar a natureza do injusto penal que se designa pelo termo “corrupção.” Após uma espécie de fotografia panorâmica, em que tentamos dar breve noticiado estado atual do problema na Alemanha e no Brasil (abaixo II), passaremos a um diagnóstico, no sentido de que existe uma total desorientação a respeito da corrupção em suas diversas manifestações (abaixo III). Esse diagnóstico desembocará em uma reflexão

1 As ideias centrais do presente texto foram originalmente apresentadas em artigo de Luís Greco, publicado na revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, no fascículo dedicado a Claus Roxin, por ocasião de seu 85º aniversário (maio 2016). Adriano Teixeira promoveu a ampliação do texto, sobretudo com as explicações sobre o direito alemão e a parte dedicada ao direito brasileiro.

2 Mestre (LL.M) e doutorando na Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha.

3 Mestre (LL.M), doutor e livre-docente pela Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, professor titular de direito penal, direito penal econômico e direito penal médico na Universidade de Augsburg, Alemanha.

sobre o específico conteúdo de desvalor da corrupção (abaixo IV), reflexão essa que constitui o núcleo do presente trabalho. Ao final, empenhar-se-ão esforços no sentido de extrair consequências concretas dessa reflexão para alguns dos problemas identificados na fotografia panorâmica, sobretudo sobre a relação dos delitos de corrupção entre si e com outros delitos, bem como sobre a interpretação do direito brasileiro (abaixo V).

## 2. RÁPIDO PANORAMA DO ESTADO ATUAL QUESTÃO NA ALEMANHA E NO BRASIL

Corrupção é um tema atual, tanto do ponto de vista jurídico-político quanto jurídico-dogmático, seja na Alemanha, seja no Brasil.

**2.1.** Na *Alemanha*, há uma série de novidades no que se refere à corrupção.

**2.1.1.** No *plano jurídico-político*, mencionem-se, principalmente, os seguintes acontecimentos.

**2.1.1.1.** Em 2014, foi ampliado o tipo da *corrupção de deputados* (*Abgeordnetenbestechung*), inculcado no § 108a StGB (= código penal alemão)<sup>4</sup>. Diversamente do Brasil, na Alemanha a corrupção de deputados ou detentores de mandato político (*Mandatsträger*) é punível através de um tipo diverso da corrupção de servidores públicos<sup>5</sup> (*Amtsträger*, §§ 331 e ss.). Até 2014, somente era punível a venda (e conseqüentemente a compra) do voto do parlamentar. Após a mencionada reforma, o tipo passou a abranger qualquer oferecimento de vantagens injustificadas com o intuito de influenciar o exercício do mandato, incumbindo ou orientando o parlamentar a praticar ou omitir determinada ação. Além disso, a vantagem solicitada, oferecida ou concedida não precisa ser de natureza material,

4 Lei de 23.4.2014 (BGBl. I p. 410); a respeito *Francuski* HRRS 2014, 220.

5 No presente texto, os termos “servidores públicos” e “funcionários públicos” serão utilizados indistintamente.

como exigia o tipo em sua versão anterior.

**2.1.1.2.** Em novembro de 2015, foi promulgada a “Lei de combate à corrupção”,<sup>6</sup> que introduziu principalmente duas modificações. Primeiramente, reformou-se o tipo penal da *corrupção privada*, previsto no § 299 StGB. Segundo a redação que vigia até então, o tipo da corrupção comercial (ou corrupção privada) descrevia a conduta do funcionário ou representante de empresa que solicita ou recebe uma vantagem para, no âmbito de uma transação comercial de produto ou serviço, favorecer *concorrencialmente* um terceiro. O tipo foi modificado, para, entre outras leves alterações terminológicas, incluir uma segunda variante de conduta punível, que dispensa a exigência de que o favorecimento se dê num âmbito de concorrência, bastando que o funcionário ou representante viole seus deveres perante a empresa, sem o consentimento do empresário.

**2.1.1.3.** Além disso, a mesma lei de novembro de 2015 introduziu o novo § 335a StGB, que amplia consideravelmente a *corrupção de funcionários públicos estrangeiros*. As mudanças mais significativas foram a possibilidade de punição do funcionário estrangeiro receptor da vantagem (corrupção passiva) e dispensa da exigência de favorecimento num contexto de comércio internacional, bem como a introdução da punibilidade do mero recebimento de vantagem sem infração do dever funcional por parte de servidor público europeu.

**2.1.1.4.** Parece iminente a introdução de tipo penal da *corrupção no setor da saúde* (§§ 299a, b), que visa a criminalizar trocas de favores principalmente entre médicos e empresas farmacêuticas<sup>7</sup>. Por fim, está em curso o debate sobre a introdução do *tipo penal de corrupção no esporte*<sup>8</sup>.

**2.1.2.** Por outro lado, do ponto de vista jurídico-dogmático, o tema

6 Lei de 20.11.2015 (BGBl. I S. 2025); a respeito *Schünemann*, ZRP 2015, 68; *Dann*, NJW 2016, 203.

7 Por último, BT-Drucks. 18/6446, de 21.10.2015; sobre isso *Kubiciel* WiJ 1.2016; sobre as diferentes propostas *Jary* PharmR 2015, 99.

8 A favor de sua introdução no ordenamento jurídico, por exemplo, o Projeto Bávaro de uma Lei de Proteção da Integridade do Esporte, de 12.3.2014.

permanece atual desde a Reforma de 1997<sup>9</sup>. A Lei de Combate à Corrupção (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*) de 13.08.1997 promoveu mudanças importantes no código penal alemão. Entre elas, destacam-se: a criação de um novo capítulo contemplando “delitos contra concorrência” (§§ 298-302 StGB), com o novo crime de acordos ilícitos em licitações (§ 298 StGB) e a transposição do delito de corrupção privada para o código penal (§ 299 StGB); nos delitos de corrupção no setor público incluiu-se a concessão de vantagem a terceiros e, no tipo penal do recebimento indevido de vantagem (§§ 331, 333 StGB), flexibilizou-se o elemento do “pacto de injusto” (*Unrechtsvereinbarung*) ao substituir-se a expressão *Diensthandlung* (ação funcional ou ato de ofício) por *Dienstausübung* (exercício da função) e, por fim, modificou-se a modalidade ativa de modo a que esta se espelhasse na modalidade passiva. Resultado dessa última mudança é a possibilidade de punição tanto de vantagens concedidas por ações funcionais já realizadas ou a serem realizadas.

Mostra dessa atualidade é uma série de julgados do BGH (*Bundesgerichtshof*, Tribunal equivalente ao nosso STJ), que se produziu desde essa reforma.

**2.1.2.1.** Mencionem-se, primeiramente, os casos da *arrecadação de financiamento externo (Drittmittelinwerbung) nas universidades públicas* (BGHSt 47, 295; 48, 44): No primeiro caso, o réu, diretor médico de uma clínica e professor universitário, recebia de uma firma de produtos técnico-hospitalares contribuições que depositava na conta de uma associação de apoio a seu departamento, criada por sua iniciativa. O dinheiro era utilizado, à revelia da administração da universidade, para fins científicos de pesquisa e para aquisição de equipamentos. O réu foi condenado conforme o § 331 StGB (cf. explicação no texto em IV 1). O segundo caso diferencia-se do primeiro na medida em que o réu, em troca do recebimento de

<sup>9</sup> Sobre essa reforma, com a visão da época, König JR 1997, 397; e para um panorama Sowada, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Tomo 13, 12. Ed., 2009, comentários prévios ao § 331, nm 23.

aparelhos para seu próprio uso profissional, favorecia determinada firma no momento de escolher o fornecedor de produtos para o departamento sob sua direção. Além disso, a firma pagava viagens para congressos e festas de natal do departamento dirigido pelo réu. Devido à primeira conduta, o médico foi condenado conforme o § 332 StGB, e pela segunda, conforme o § 331 StGB.

**2.1.2.2.** Importante também foram as sentenças sobre o problema das *doações para campanhas eleitorais* (BGHSt 47, 275; BGH NJW 2007, 3446). Tratou-se do caso de um prefeito que concorria à eleição e, para isso, estava à procura de recursos. Um membro do partido procurou um determinado empresário do ramo da construção civil em busca de apoio. Embora filiado a outro partido, o empresário, na esperança de que em troca de seu auxílio financeiro recebesse apoio da prefeitura para desenvolver seu projeto de construção de um centro comercial, pagou uma elevada quantia ao partido, sem que o candidato soubesse, no entanto, dos concretos planos do empresário. Desses planos apenas o intermediário, membro do partido, tinha ciência. Apenas dois dias depois, veio o prefeito a saber do pano de fundo da doação eleitoral. Em seguida, o empresário desistiu do seu projeto junto à prefeitura. Em penúltima e última instância, ambos foram absolvidos, sob o argumento de que faltaria um pacto de injusto (*Unrechtsvereinbarung*) entre os dois, por razões que conheceremos em mais detalhe abaixo (item IV 4).

**2.1.2.3.** Um dos mais interessantes casos de que se ocupou a jurisprudência alemã dizia respeito ao chamado *Hospitality*, concretamente, à *doação de bilhetes de eventos esportivos a membros do governo* (BGHSt 53, 6). O réu era membro de uma empresa de energia, que era o principal patrocinador da Copa do Mundo de Futebol de 2006, na Alemanha. Parte da estratégia de marketing da empresa era conceder ingressos dos jogos (de que dispunha por contrato) a representantes de setores da economia, da sociedade civil, da ciência, da cultura e da política, para que esses apresentassem e

representassem suas instituições e, ao mesmo tempo, acentuassem, através da exposição de importantes personalidades, o papel de destaque da empresa como principal patrocinador do evento. Entre outros, a ideia era convidar membros do governo federal e do governo do estado de Baden-Württemberg, área em que a empresa atuava preponderantemente. O réu foi absolvido pelo crime do § 333 StGB, por razões de fato e de direito.

**2.1.2.4.** Por último, mencione-se o quase inocente *caso das fotos escolares* (BGH StV 2012, 19). Ambos os réus trabalhavam para sociedades especializada em realizar fotos em escola. Com o intermédio do corpo docente e da direção do colégio, as fotos eram realizadas e enviadas para os alunos e a seus pais e oferecidas para compra. Em contrapartida a essa intermediação e organização para a realização e envio das fotos, os fotógrafos concediam à escola dinheiro ou equipamentos (como laptops). O BGH considerou punível a conduta, diante de certos pressupostos.

**2.2.** No *Brasil*, com os recentes escândalos de corrupção que ocupam intensamente o noticiário nacional desde o caso “Mensalão” até a ainda em curso “operação Lava-Jato”, não se faz sequer necessário tentar demonstrar a atualidade e a importância do tema.

**2.2.1.** Do ponto vista *político-jurídico*, mencione-se, em primeiro lugar, a chamada lei anticorrupção, que criou uma estranha responsabilização “civil e administrativa” de pessoas jurídicas em que ocorrem práticas corruptivas<sup>10</sup>.

Recordem-se também as “10 medidas contra a corrupção” propagadas pelo Ministério Público Federal<sup>11</sup>, que compreendem, entre outras, a introdução de tipos penais contra o chamado caixa 2 e o enriquecimento ilícito de funcionário público.

10 Lei 12.846 de 1o de agosto de 2013; a respeito cf., por todos, *Greco Filho/Rassi*, O combate à corrupção e comentários à Lei de responsabilidade das pessoas jurídicas, São Paulo, 2015.

11 Cf. <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/> (acesso em 16.03.2016); para uma discussão crítica cf. os artigos em Boletim do IBCCrim 277, de dezembro de 2015.

**2.2.2.** Em um *plano jurídico-dogmático*, é especialmente relevante o caso *Mensalão* (AP 470/STF), que também teve por objeto a aplicação dos tipos de corrupção<sup>12</sup>.

### 3. DIAGNÓSTICO

Desse confuso panorama pode-se extrair já uma primeira conclusão. Nem na Alemanha, nem no Brasil, nem no plano da política-jurídica, nem no da dogmática, consegue-se vislumbrar uma linha clara por trás das diversas tomadas de posição sobre as questões supramencionadas. Na verdade, as manifestações encontradas na discussão mais se assemelham a um *emaranhado de argumentos ad hoc*, nos quais não faltam moralismos ou mesmo messianismos<sup>13</sup>, ao lado de considerações pragmáticas de natureza rasteira<sup>14</sup>.

O objetivo deste breve artigo é esboçar uma teoria que possa oferecer essa clara linha ainda faltante. Apenas quando se souber o que é corrupção e onde se encontra a razão de sua punibilidade, poder-se-á dispor de um parâmetro que permita julgar a correção das afirmações lançadas na discussão. Não falamos, aqui, de uma teoria propriamente, mas de uma mera “aproximação”, pois estamos cientes de que, nesta sede, é possível avançar tão-somente reflexões provisórias, para cujo completo desenvolvimento e

12 Cf. *Quandt*, RBCC 106 (2014), p. 181 ss.

13 Para um exemplo paradigmático de moralismo na Alemanha, veja-se o artigo do procurador de justiça *Schaupensteiner* NSTZ 1996, 409, em cujas primeiras linhas já se fala no “mal da propina que se espalha”, de uma luta de um persecutor criminal caracterizado como “cavaleiro” contra a “hidra da corrupção”. Um exemplo de messianismo no Brasil cf. a página de abertura do site das 10 Medidas do MPF, em que se anuncia que, com as medidas, “uma nova realidade pode ser construída para quebrar o ciclo de impunidade.” Corretamente contra o disseminado tom moralista que se vê na discussão *Damm* NJW 2016, 204.

14 Dois exemplos recentes: o elemento típico do favorecimento concorrencial conforme o § 299 I *StGB* (versão anterior) seria problemático por ser difícil comprovar (Annex Germany to the EU Anti-Corruption Report, COM [2014] 38 final, p. 6 s.); dever-se-ia introduzir um tipo penal contra o enriquecimento sem causa, pela impossibilidade de provar o delito que deu causa ao enriquecimento (cf. Disponível em: <[http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao\\_versao-2015-06-25.pdf](http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf)>. Acesso em: 11.11.2015), p. 21 (o link ativo, citado à nota 8 e acessado quando da conclusão do presente artigo, não funciona, com o que fica claro que o MPF mais se preocupa em fazer alarde em favor das medidas do que de tornar o seu real conteúdo conhecido); contra uma argumentação com base em dificuldades probatórias já *Dölling*, Gutachten zum 61. DTJ 1996, C 63.

validação provavelmente seria necessária a confecção de uma monografia própria.

#### 4. O QUE É CORRUPÇÃO?

Dado que as reflexões deste texto foram primariamente desenvolvidas a partir da discussão alemã e sobretudo com base no ordenamento jurídico-penal alemão, cabe preliminar e brevemente explicar a sistemática dos delitos de corrupção na ordem jurídica alemã, que se distingue sensivelmente do sistema posto no código penal brasileiro (abaixo 1). Após essa breve explicação preliminar é que passaremos propriamente ao “mérito” de nosso tema.

Primeiro, será investigado se a partir do eludicação da questão do bem jurídico é possível derivar conclusões acerca da qualidade fundamental da corrupção (abaixo 2). Verificar-se-á que a determinação do bem jurídico, na verdade, não é capaz de dar uma resposta à pergunta sobre o injusto (desvalor) de ação da corrupção. Em um próximo passo, serão movidos esforços para formular uma concepção própria da corrupção que também possa iluminar esse desvalor de ação (abaixo 3). Na sequência, esse entendimento será desenvolvido dogmaticamente, através da tentativa de precisar o conceito de pacto de injusto (*Unrechtsvereinbarung*), tentativa esta que, desde logo, será posta à prova em face dos grupos de casos decididos pela jurisprudência alemã (abaixo 4).

##### 4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: O SISTEMA DOS DELITOS DE CORRUPÇÃO NA ALEMANHA

Faz-se necessário, desde já, dar notícia da sistemática dos delitos de corrupção na ordem jurídica alemã, que, como dito, apresenta sensíveis diferenças em relação aos crimes de corrupção previstos no código penal brasileiro. Além disso, essa explicação revelar-se-á fundamental para a compreensão da análise e das teses avançadas no texto.

Os delitos de corrupção previstos no StGB dividem-se em dois grupos principais, além de delitos específicos como corrupção de parlamentares (§ 108e StGB) e corrupção privada (§ 299 StGB). Os §§ 331, 333 StGB (*Vorteilsannahme/Vorteilsgewährung*) descrevem, respectivamente: a conduta do funcionário público que solicita, aceita promessa ou recebe efetivamente uma vantagem (*Vorteil*), para si ou para terceiro, para o exercício de seu cargo ou função (*für die Dienstausbübung*); e a conduta respectiva, no polo ativo, do sujeito que oferece, promete ou efetivamente concede tal vantagem. Por sua vez, os §§ 332, 334 StGB (*Bestechlichkeit/Bestechung*) tornam puníveis: a conduta do funcionário público que solicita, aceita promessa ou efetivamente recebe vantagem, para si ou para terceiro, para realizar ou pelo fato de ter realizado um ato de ofício (*Diensthandlung*), em violação de seus deveres funcionais; bem como do sujeito que atende a solicitação, promete ou efetivamente assegura a vantagem ao funcionário.

O primeiro tipo de crime, que dispensa a violação de um dever funcional, será designado no texto como *corrupção simples*, nas modalidades passiva (§ 331 StGB) e ativa (§ 333 StGB). A corrupção simples passiva também será chamada de recebimento indevido de vantagem<sup>15</sup>. A segunda modalidade delitiva, que exige a violação de um dever funcional, será designada como *corrupção com infração funcional* (passiva – § 332 – StGB – ou ativa – § 334 StGB).

##### 4.2. A INSUFICIÊNCIA DA QUESTÃO DO BEM JURÍDICO

A conhecida controvérsia a respeito da determinação do bem jurídico dos delitos de corrupção não será aqui retomada<sup>16</sup>. Apenas é de perguntar-se se o esclarecimento dessa questão pode ser visto como

<sup>15</sup> Como no CP português, art. 372.

<sup>16</sup> Sobre essa discussão, principalmente Roxin, FS Kargl, p. 461 ss.; ademais Loos, FS Welzel, 1974, p. 879; Dölling, op. Cit., p. 50 ss.; detalhadamente Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, p. 239 ss.

solução de nosso problema<sup>17</sup>. Ocorre que a questão do bem jurídico tem a ver primariamente com o desvalor de resultado da corrupção, portanto, por assim dizer, apenas com a metade do injusto da corrupção. Não fica, assim, claro por que só se pode falar em corrupção em face de uma forma de conduta bastante específica, qual seja, a oferta ou a aceitação de *vantagens*. Por que não é corrupção coagir um funcionário público, se esse ato eventualmente falsifica a vontade estatal de maneira mais efetiva que o oferecimento de vantagens<sup>18</sup>, prejudica o escorreito exercício das funções administrativas<sup>19</sup> ou a confiança da coletividade nesse exercício<sup>20</sup>? Não se pode esperar uma resposta a essa indagação a partir da definição do bem jurídico, da mesma maneira como se pode interpretar satisfatoriamente o furto e a apropriação indébita a partir de uma referência ao bem jurídico propriedade.

A excessiva atenção dedicada à questão do bem jurídico dos delitos de corrupção talvez seja a principal causa para que a pergunta decisiva – porque também envolve o desvalor da ação – acerca da qualidade fundamental, da essência do delito mal tenha sido colocada. A centralidade da questão do bem jurídico conduz a um ponto de vista “sobrecarregado pela ideia de resultado”, que não pode fazer justiça não só à lei, mas também à imagem intuitiva que se tem da corrupção. Afinal, para ambos, as vantagens deveriam constituir o ponto central, e isso independentemente das consequências que poderiam advir dessas vantagens. Com efeito, a lei alemã conhece a vantagem que é oferecida após o exercício do ato funcional (de maneira mais

17 Também assim *Saliger*, FS Kargl, 2015, p. 492 (497), em um raro artigo sobre o injusto da corrupção; indo ainda mais longe *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (468): “Corrupção (é) apenas uma forma de agressão ..., semelhante à fraude, coação ou violência”.

18 Assim, principalmente a literatura antiga, por exemplo *Baumann* BB 1961, 1057; *Arthur Kaufmann* JZ 1959, 375 (377); *Bockelmann* ZStW 72 (1960), 251 (257); *Henkel* JZ 1960, 507 (508 s.) (todos sobre apenas o § 332 StGB).

19 *Dölling*, Gutachten, C 49; *Sowada* LK-StGB 12. ed. 2009, comentários prévios ao § 331 nm 36.

20 BGHSt 15, 88 (97); BGH NStZ 1987, 326 (327); *Dornseifer* JZ 1973, 267 (268 s.); na mais nova literatura fala-se correntemente em um bem jurídico complexo, que, ao lado do componente da confiança, compreende um aspecto ulterior, v. por exemplo *Korte* MüKo-StGB 2. Ed. 2014 § 331 nm 8; *Rosenau* SSW-StGB 2. Ed. 2014 § 331 nm 7.

clara o § 332 I StGB, “executou” ou “procedeu” (*vorgenommen hat*), que, portanto não pode nem falsear a vontade estatal, nem prejudicar a imparcialidade do exercício do serviço público. A doutrina majoritária esquiva-se desse problema, interpretando os delitos de corrupção como crimes de perigo abstrato<sup>21</sup>. Talvez se encontre, porém, uma interpretação alternativa, que enxergue no processo em si um desvalor próprio; tal corresponderia melhor ao fato de que esse posterior aceite da vantagem permanece problemático ainda que o funcionário abandone o serviço público no dia seguinte (de modo que fique excluído qualquer perigo de uma influência parcial), ou quando a transação permaneça para sempre oculta. Também merece atenção a circunstância de que, intuitivamente, o desvalor da corrupção seja medido de acordo com o tamanho da vantagem oferecida ou recebida (veja-se também a causa de aumento de pena da vantagem de grande proporção, § 335 II Nr. 1 StGB).

### 4.3. UMA TENTATIVA

Com o que foi dito até aqui está descrito o desafio que as presentes linhas tentam solucionar. Ele consiste em apreender o injusto da corrupção, um injusto que em primeira linha não reside no resultado, mas sim de forma central numa certa atividade, que se serve de um meio bastante específico, qual seja a vantagem. A vantagem não é um instrumento acidental para cometer corrupção, senão seu principal elemento constitutivo.

#### 4.3.1. Reflexões iniciais: Sobre o injusto do recebimento indevido de vantagem

Enquanto braços do estado, funcionários públicos são detentores de poder. Uma premissa do pensamento liberal é, entretanto, que poder sempre carece de legitimação. A justificação da posição de poder do funcionário público liga-se intimamente com a justificação

21 A interpretação dos §§ 331 ss. StGB como delitos de perigo abstrato constitui a posição atual absolutamente dominante, v., por todos *Rosenau* SSW-StGB 2. Ed. § 331 nm 8.

da posição de poder do estado. Sem entrar em detalhes, pode-se afirmar que o estado e seus desdobramentos existem “a serviço do ser humano” (*ist um des Menschen willen da*)<sup>22</sup>. Com isso já se chega diretamente à ideia de serviço público. Um “serviço” é uma atividade para um outro, uma atividade fiducial, no interesse de terceiros. Para garantir que o funcionário permaneça fiel a seu serviço, a esfera pública do serviço precisa dissociar-se da esfera pessoal ou privada<sup>23</sup>. Nada contradiz mais diretamente essa ideia do que o fato de o servidor fazer o exercício de sua função depender de fatores pessoais.

A dissociação da esfera do serviço público da esfera da vantagem pessoal não é nada diverso da concretização de um princípio mais geral constitutivo do estado de direito liberal, a saber o princípio da separação entre esfera pública e esfera privada, ou separação entre estado e sociedade. Essa distinção é de tal modo fundamental, que se afigura difícil fundamentá-la com a necessária brevidade<sup>24</sup>. Aqui se deve contentar com a observação de que essa separação não pode ser uma via de mão única. Problemática não é apenas a intervenção do estado em assuntos privados; o caso inverso da interferência do privado na consecução de tarefas públicas não é menos problemático, e exatamente disso é do que se trata nas constelações de casos que ora investigamos.

Tomado ao ponto: o servidor do estado que conecta seus serviços a vantagens, sejam essas para ele mesmo ou para terceiros, abusa de seu poder ao obliterar a separação garantidora de liberdades entre esfera pública e privada. O injusto da corrupção simples consiste em um *abuso de poder via perversão da coisa pública em um benefício privado*.

22 Art. 1 I Projeto de Chiemsee de uma constituição para uma federação de estados alemães, de 1948.

23 Veja também Dölling, op. Cit., C 49 s., que se reporta à instituição de um “liame entre tarefas funcionais e interesses pessoais”; Kindhäuser ZIS 2011, p. 465: Obrigatoriedade da “exclusão de interesses particulares imparciais”; os autores não extraem daí maiores consequências dogmáticas.

24 Mais detidamente Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973.

#### 4.3.2. Continuação: O injusto da corrupção com infração funcional

Poder-se-ia pensar que, com as ideais aqui desenvolvidas, a questão a respeito do injusto da corrupção com infração funcional estaria esclarecida por meio de um argumento *a-fortiori*. Se já é vedado o atrelamento da vantagem com o exercício regular do serviço público, com mais razão se deveria impor essa proibição na hipótese de exercício irregular ou ilegal do serviço público. Com isso, a corrupção com infração funcional passiva e sua modalidade ativa não constituiriam mais o caso padrão, do qual a corrupção simples ativa e a corrupção simples passiva seriam formas derivadas, mas sim qualificadoras, que representariam um aprofundamento do injusto autônomo das modalidades simples.

Essa interpretação, à primeira vista sugestiva, não é incorreta, mas tampouco é completa. É certo que ambos os tipos penais, tanto os da corrupção simples como da corrupção com infração funcional, prendem-se a uma mesma raiz: à ideia liberal da necessidade de justificação de toda posição de poder. O poder deve por-se a serviço dos subordinados; nisso baseia-se, como visto, o injusto da corrupção simples. Além disso, o poder só é tolerável quando se deixa civilizar e domar através da lei<sup>25</sup>. Com isso se chega à ideia central por trás da corrupção com infração funcional, qual seja, *a vinculação do serviço público à lei* (e ao direito), portanto, o *princípio da legalidade do estado ou da administração pública*.<sup>26</sup>

A circunstância de se por em questão a separação entre esfera pública e privada afigura-se secundária no presente contexto, em que há uma violação funcional. Indaga-se, contudo, por que o menoscabo da legalidade da administração, ocasionado pela corrupção, deve ocorrer *por meio de vantagens*. Por que outros métodos, possivelmente

25 Sobre a ideia de legalidade como contenção e processo de civilização de poder Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2009, p. 262 ss.

26 Derivando esse princípio do conceito de *estado de direito* Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 5. Ed, 2013, p. 148.

mais efetivos, de influenciar o detentor de poder são aqui excluídos? A resposta desvela-se quando se tem presente a estrutura do agir estatal vinculado à lei.

O estado que visa o bem comum – logo uma soma de vantagens – não persegue esse fim ao seu livre alvedrio, como o *Politikos* de Platão<sup>27</sup>. Na verdade, o estado deve corresponder a essa tarefa cumprindo as leis, aplicando-as, executando-as. Leis determinam, portanto, os limites dentro dos quais ao estado e a seus servidores permite-se perseguir vantagens. Vantagens que extrapolam os limites legais, ou seja, vantagens ilegais, são, por isso, uma especial tentação para o estado que aspira a realizar o bem comum, mas que está vinculado a fazê-lo somente no interior das fronteiras da lei.

O que foi dito se deixa explicitar através de duas dicotomias confessadamente um tanto grosseiras, porém, de maneira geral, elucidativas. A primeira dicotomia é entre programas condicionais e finalísticos<sup>28</sup>, a segunda entre estado regido por normas (*Normenstaat*) e estado regido por metas ou medidas (*Maßnahmestaat*)<sup>29</sup>. Leis são programas condicionais e não programas finalísticos<sup>30</sup>; aplicação e execução da lei ocorre, portanto, de modo que vantagens que estejam fora do pressupostos enunciados pelo programa condicional não mais possam ser levadas em consideração. Assim torna-se claro o especial perigo que vantagens não permitidas legalmente representam para a vinculação da administração, e também da justiça, à lei. Vantagens fazem de um programa condicional um programa finalístico; elas contradizem, assim, de forma frontal a ideia de vinculação à lei. Com a desvirtuação da vinculação à lei, um estado regido por normas transforma-se em um estado regido por metas ou medidas. O injusto da corrupção com infração funcional reside, conseqüentemente, no *abuso de poder*

27 Platon, Der Staatsmann, in: Löwenthal (org.), Obra completa, Tomo II, 1982, 294A s. (p. 793).

28 Fundamentalmente Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, p. 195 ss.

29 Fundamentalmente Fraenkel, Der Doppelstaat (1974), p. 21, 26 ss., 39 ss., 96 ss.

30 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft... op cit., p. 203 s.

por meio do *desrespeito, condicionado por um recebimento de vantagem, à ideia legalidade do serviço público*.

#### 4.3.3. Conclusão intermediária

Com isso afiguram-se tanto corrupção simples quanto corrupção com infração funcional como instâncias de *um abuso de poder condicionado por vantagem*.<sup>31</sup> A relação “interna” da vantagem com o abuso de poder expressa-se em ambos os tipos penais sob diversas formas. Elemento constitutivo da *corrupção simples* é a perversão da coisa pública em um benefício privado; na *corrupção com infração funcional* trata-se, por sua vez, de um desrespeito, condicionado por recebimento de vantagem, à legalidade do serviço público.

## 5. TRADUÇÃO DOGMÁTICA: PACTO DE INJUSTO COMO COMBINAÇÃO DO PÚBLICO COM O PRIVADO (§§ 331 I, 333 I STGB) OU COMO COMBINAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA LEI COM VANTAGEM (§§ 332, 334 STGB)

5.1. A concepção aqui desenvolvida acerca da qualidade fundamental da corrupção é transportável facilmente para a esfera da dogmática. Como porta de entrada atua o conceito normativo de *pacto de injusto*, que representa, segundo a concepção dominante na Alemanha, o cerne dos delitos de corrupção<sup>32</sup>. Normalmente, caracteriza-se o pacto de injusto como “relação de equivalência”<sup>33</sup> ou como combinação entre vantagem e exercício do serviço público (ou ação funcional). Essa caracterização tem sido crescentemente

31 O aspecto do abuso de poder destacam também Kindhäuser ZIS 2011, 462: “combinação de uma vantagem com o exercício de um concedido poder de decisão”; Sinner, in: Matt/Renzikowski (org.), StGB Kommentar, 2013, § 331 nm 4; T. Zimmermann ZStW 124 (2012), 1023 (1027).

32 Por exemplo Volk, GS Zipf, 1999, S. 419 (420); T. Zimmermann ZStW 124 (2012), 1023 (1032): “coração”; Rosenau, SSW-StGB § 331 nm 27.

33 RGSt2, 129 (129): “equivalente ou contraprestação”; RGSt77, 75 (76): “contraprestação”; BGH NSiZ-RR 2007, 309: “relação de reciprocidade”; Korte, MüKo-StGB 4. ed. § 331 nm 93; Schönemann, FS Otto, 2008, p. 777 (782): “relação sinalagmática”.

vista como incompleta. Novas abordagens acrescentam a essa, por assim dizer, relação “lógica” um componente normativo: a combinação deve ser “irregular”<sup>34</sup> ou “não-permitida”<sup>35</sup>. O conteúdo dessa irregularidade ou não-permissibilidade permanece, em regra, vago<sup>36</sup>. Neste ponto, as reflexões acima desenvolvidas podem auxiliar. A partir delas podem-se extrair conclusões para o conteúdo do pacto de injusto, tanto no caso da corrupção simples como no da corrupção com infração funcional.

Na corrupção simples, a irregularidade na combinação entre exercício do serviço e vantagem reside no *atrelamento do público com o privado*. Isso quer dizer, vantagens que se movem no plano do público não são capazes de caracterizar o pacto de injusto<sup>37</sup>. Apenas a combinação com vantagens privadas, para o próprio funcionário ou para terceiros, constitui corrupção simples.

De outro lado, como o injusto da *corrupção com infração funcional* encontra-se na violação condicionada por vantagem da legalidade do serviço público, o respectivo pacto de injusto não exige um componente normativo que vá além dessa relação lógica. Toda combinação entre vantagem e ação funcional ilegal constitui um pacto de injusto no sentido da corrupção com infração funcional.

**5.2.** Por enquanto, apenas se tratou do que o servidor *recebe*: a vantagem. Todavia, o pacto de injusto caracterizador da corrupção só

34 Fundamentalmente *Volk*, GS Zipf, p. 421 s.; de acordo *Roxin*, FS Kargl, p. 463.

35 *Kuhlen* JuS 2011, 673 (673); de uma “relação de reciprocidade” e de um “contexto de injusto” (Unrechtszusammenhang) fala *Schuhr*, in: Spickhoff (org.), *Medizinrecht*, 2. Ed. 2014, § 338 StGB nm 44 ss., 53 ss.

36 Ver *Volk*, GS Zipf, p. 423: “Violação da regra segundo a qual enquanto funcionário público não pode vender decisões”, uma formulação que apresentaria um claro teor caso se conhecesse a substância da regra (o que *Volk*, como o primeiro, afirma, p. 425 s.); segundo *Kuhlen* JuS 2011, 673 (677) o componente lógico indicia o componente normativo; o indicio perde força no caso de transações socialmente adequadas ou na hipótese de colisão com valores de outros ramos do direito. Uma outra possibilidade seria uma concepção de acessoriedade, em relação ao direito administrativo, do componente normativo (a favor disso principalmente *T. Zimmermann* ZStW 124 [2012], p. 1023 [1027 ss.]) – uma abordagem que deságua num dilema: elevar um injusto administrativo interno (logo disciplinar) ao status de injusto penal ou, caso se meramente conceba uma acessoriedade assimétrica (assim *Zimmermann*, ebd., p. 1029), depender de critérios externos desconhecidos para contornar a assimetria.

37 Do ponto de vista do resultado, próximo LG Bonn StV 2001, 292.

se completa quando se define o que o servidor *dá ou oferece*. O pacto de injusto não se completa se a vantagem é concedida apenas em razão da *posse* ou da *titularidade* do cargo<sup>38</sup>. É preciso que que a vantagem se combine, *ao menos*, com o *exercício da função*. É certo, como visto, que a mencionada Reforma de 1997, na Alemanha, promoveu um “afrouxamento” do pacto de injusto<sup>39</sup>. Enquanto antes, no crime de corrupção simples (§§ 331, 333 StGB), falava-se em ação funcional ou ato de ofício (*Diensthandlung*) – a exemplo da redação atual da corrupção com infração funcional (§ 332, 334 StGB), hoje se fala em exercício da função (*Dienstausübung*). Isso constitui uma das principais razões por que a discussão dogmática dos delitos de corrupção revitalizou-se nos últimos anos; registra-se sobretudo o esforço hermenêutico de muitos autores no sentido de limitar o alcance do tipo do recebimento indevido de vantagem<sup>40</sup>.

De todo modo, embora não seja pressuposto do pacto de injusto que a “contraprestação” do funcionário público seja um ato de ofício determinado e individualizado, a contrapartida da vantagem deve referir-se às funções que o funcionário efetivamente exerce. Imagine-se o seguinte exemplo: entre vários concorrentes para alugar um apartamento, o locador escolhe um professor universitário como locatário, justamente em razão da distinção representada por seu cargo como docente de uma universidade pública. Não se pode dizer, contudo, que a vantagem concedida (o contrato de locação) tem alguma conexão com o exercício da função do professor, ou seja, com o ensino ou com a pesquisa. Não se perfez, portanto, o pacto de injusto, não há corrupção.

Por outro lado, a corrupção com infração funcional, bem como a corrupção ativa no CP brasileiro (cf. abaixo V 2), pressupõem a promessa ou a realização de um *ato de ofício* do servidor. Não é necessário que o ato de ofício seja detalhadamente individualizado,

38 Cf. nesse sentido *Schünemann*, FS Otto, p. 787, 793.

39 Cf. *Kuhlen*, NK-StGB § 331 nm 65, 80; *Fischer*, StGB § 331 nm 22 ss.

40 Por todos *Schünemann*, FS Otto, p. 777 ss.; *Roxin*, FS Kargl, p. 459 ss.

de modo que se possa saber data, local e modo de execução. No entanto, é preciso que se saiba em que sentido ou que tipo de ato de ofício o funcionário deve realizar<sup>41</sup>. Por exemplo, é suficiente que um funcionário do Detran assegure a um particular que irá, de algum modo, cuidar para que suas multas sejam perdoadas ou desapareçam dos registros do órgão público, embora ainda não se saiba como e quando isso ocorrerá.

**5.3.** Com isso, dispõe-se de uma trilha suficientemente clara para solucionar todos os mencionados difíceis casos dos últimos anos.

**5.3.1.** Praticamente todos os casos de *financiamento externo de pesquisa universitária* devem permanecer fora do direito penal da corrupção. A vantagem que é solicitada não se refere à esfera privada do funcionário público pesquisador, mas sim à própria pesquisa universitária, com o que falta uma combinação entre privado e público. Ao contrário do que decidiu o BGH<sup>42</sup>, não importa se o processo de requerimento e autorização desse financiamento foi levado a cabo de acordo com as respectivas normas universitárias<sup>43</sup>. Além disso, não se vislumbra de que forma uma irregularidade administrativa interna, que a princípio fundamenta apenas um injusto disciplinar, se transforma em uma corrupção criminalmente punível<sup>44</sup>. É evidente, no entanto, que pagamentos dirigidos a professores, ocultados, por ex., sob a forma de contratos consultoria (que se movem no plano privado), no intuito de influenciar as decisões de compra de medicamentos ou aparelhos por eles tomadas dentro da universidade, são uma oferta de

41 Cf. *Kuhlen*, NK-StGB § 331 nm76; referências de direito brasileiro abaixo 80.

42 BGHSt 47, 296 (306 ss.); BGH wistra 2003, 303 (305); NSTZ-RR 2003, 171; na doutrina *Kuhlen* JR 2003, 231 (234 s.); Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB § 331 nm 42; *Korte*, MüKo-StGB § 331 nm 124; *Fischer*, StGB § 331 nm 27 d.

43 De todo modo como indicio de que as vantagens não se movam apenas no plano do público.

44 A argumentação referida ao bem jurídico desenvolvida pelo BGH, conforme a qual a observância do procedimento previsto nas normas universitárias sobre a arrecadação de fundos de terceiros não abala a confiança na imparcialidade e na não-comercializabilidade do agir funcional (BGHSt 47, 295, 303), baseia-se numa ficção de que um procedimento administrativo interno pode produzir efeitos externos. A partir da perspectiva aqui defendida, a condenação no chamado “Caso de Heidelberg”, que se apóia na não observância desse procedimento, (BGHSt 47, 295, 303 ss.), afigura-se equivocada.

vantagem punível<sup>45</sup>.

**5.3.2.** *Ingressos para jogo de futebol*, que são enviados a servidores públicos que exercem função representativa, constituem vantagens que se movem na esfera pública, nomeadamente no cumprimento dessa função; fica, portanto, excluída a corrupção simples<sup>46</sup>. Poder-se-ia replicar que o funcionário se beneficia dos ingressos como pessoa privada, ao poder desfrutar de um jogo de futebol. Isto não é apenas uma contingência, uma vez que não pode importar, para a punibilidade, se o servidor é ou não fã de futebol. Além disso, a pertinência da entrega de ingressos à esfera pública confirma-se pela circunstância de que não se afigura absurdo que o servidor portador de tarefas representativas se veja ressarcido pela instituição à qual pertence no preço dos ingressos, caso não os receba gratuitamente<sup>47</sup>.

**5.3.3.** Solução similar se pode dar à hipótese das *fotos escolares*: A vantagem representada pelo laptop beneficia a escola, permanecendo, por conseguinte, na esfera pública, de modo que não há de se falar em corrupção simples<sup>48</sup>. Um trunfo da abordagem aqui defendida é poder declarar impuníveis de forma evidente aqueles casos em que “ninguém é lesado e todas as partes saem ganhando”<sup>49</sup>, de modo que “na verdade, a não punibilidade deveria revelar-se manifesta”<sup>50</sup>.

**5.3.4.** No caso das *doações para campanhas eleitorais*, com base no que foi dito, o ponto de vista decisivo para a não punibilidade não será o princípio da igualdade do voto (*Wahlgleichheit*), ao qual se reportou o BGH, sob a alegação de que o candidato que, sendo funcionário público, tenta a reeleição não poderia ser prejudicado

45 Ver sobre isso também *Dietrich/Schatz* MedR 2001, 614 (617).

46 Com o mesmo resultado *Roxin*, FS Kargl, p. 474 s.

47 Essa reflexão também em *Trüg* NJW 2009, 196 (198).

48 Do ponto de vista do resultado, igualmente *Roxin*, FS Kargl, p. 474 s. Caso, como faz o BGH, se apóie na circunstância de que falta um fundamento jurídico para a arrecadação da vantagem (BGH StV 2012, 22 nm 23 ss.), deriva-se, inaceitavelmente, da existência de um injusto administrativo um injusto penal.

49 Assim *Roxin*, FS Kargl, p. 473 sobre a promoção de fotos escolares.

50 Assim *Kuhlen* JR 2010, 148 (154), sobre o caso dos ingressos de futebol; de acordo *Roxin*, FS Kargl, p. 472.

em comparação com outros candidatos que ainda não revestem a qualidade de funcionário público e que, portanto, não podem ser autores de delito próprio<sup>51</sup>. Relevante é, na verdade, o fato de que a campanha eleitoral – ao menos no interior de determinados limites, a serem fixados de maneira mais específica, sobretudo quando foram respeitadas as normas da lei eleitoral<sup>52</sup>—deve ser vista como pertencente à esfera pública.

**5.4.** As reflexões aqui desenvolvidas podem, sem dificuldades, solucionar *outros vários grupos de casos*. Um caso claro de corrupção simples representa a hipótese do funcionário dos correios que recebe contribuições em dinheiro para uma associação de tênis de mesa<sup>53</sup>. A troca entre um pagamento ao estado ou a uma instituição de utilidade pública e uma suspensão do processo pelo Ministério Público (§ 153a I StPO) não constitui nenhum pacto de injusto<sup>54</sup>, pois essa troca não abandona a esfera pública; diferente seria o caso, se a esposa do promotor público dirigisse a instituição de utilidade pública. O fato de a vítima interessada nas investigações encher o tanque do carro do policial investigador tampouco é punível, não porque a vantagem é “meio” e não equivalente do exercício funcional<sup>55</sup>, mas sim porque aqui público se conecta com público.

## 6. CONSEQUÊNCIAS

### 6.1. RELAÇÃO COM OUTROS DELITOS

As ideias aqui desenvolvidas permitem também reflexões sobre a

51 Assim porém BGHSt 47, 275 (288 ff.); também *Saliger/Sinner* NJW 2005, 1075; *Dölling* JR 2005, 519 s.

52 Doações irregulares, que alimentam um “caixa-dois”, podem eventualmente realizar outros injustos, mas não, por si só, implicam em corrupção. Sobre isso cf. abaixo V 1 7.

53 BGHSt 15, 286.

54 Igualmente, em resultado, *Roxin*, FS Kargl, p. 465; ver também *Volk*, GS Zipf, p. 420; *Schünemann*, FS Otto, S. 784 s.; *Bock/Borrmann* ZJS 2009, 625 (631 s.).

55 OLG Zweibrücken JR 1982, 381; igualmente *Kuhlen* NSTZ 1988, 433 (439); *Paster/Sättele* NSTZ 2008, 366 (373); *Korte*, MüKo-StGB § 331 nm 94. Na decisão do OLG Zweibrücken aparece o ponto de vista aqui considerado relevante, no entanto: O policial não teria se utilizado da vantagem “para fins pessoais, mas para o próprio exercício da função”.

relação dos delitos de corrupção entre si bem como com outros tipos penais da parte especial.

**6.1.1** Primeiro, elas conduzem a uma posição diferenciadora na clássica controvérsia a respeito da relação entre *recebimento indevido de vantagem e corrupção com infração funcional*. Não se pode nem, desde um clássico ponto de vista, falar em uma relação de aliud<sup>56</sup>, nem se deve enxergar a corrupção com infração funcional, acompanhando a opinião hoje dominante, como uma simples qualificação da corrupção simples<sup>57</sup>. A corrupção com infração funcional pode ser considerada uma qualificadora, apenas quando à ação funcional ilegal se conjuga uma vantagem privada. Quando a combinação é com uma vantagem pública, realiza-se apenas a corrupção com infração funcional, sem que se possa afirmar a realização do injusto da corrupção simples. As consequências dessa concepção diferenciadora para a relação de concurso de crimes entre ambos os delitos são uma pergunta que deve ser esclarecida em outra oportunidade.

**6.1.2.** Com base nas presentes reflexões pode-se desenvolver um caminho para a elucidação da questão a respeito de um *delito geral de corrupção*<sup>58</sup>, tal como previsto hoje no Reino Unido através do Bribery Act 2010<sup>59</sup>. A caracterização aqui apresentada de ambas as modalidades de corrupção como instâncias de abuso de poder condicionado por recebimento de vantagem nos leva a um ceticismo quase intransponível em relação à figura de um delito geral de corrupção<sup>60</sup>. É certo que se pode, em um nível mais elevado

56 Assim BGH JZ 1959, 375 com um comentário concordante neste ponto de *Art. Kaufmann*; *Bockelmann* ZStW 72 (1960), 251 (257); *Henkel* JZ 1960, 507 (508 s.); *Baumann* BB 1961, 1058.

57 Por todos *Schönke/Schröder/Heine/Eisele*, StGB § 332 nm 1.

58 *Ahlf*, Kriminallistik 1996, 154 ff., 156; *Jähnke*, Verhandlung des 61. DJT, 1996, Bd. II/2, L 87 ss, L 89.

59 C. 23, 1-5. Disponível em: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga\\_20100023\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf) (acesso em 11.03.2016). Uma análise informativa e crítica da lei fornece *Sullivan*, in: *Holder/Alldridge* (org.), *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*, 2013, p. 13 ss.

60 *Volk*, GS Zipf, p. 428; *Dölling*, op. Cit., C 53; *Kindhäuser* ZIS 2011, 468; *Saliger*, FS Kargl, p. 498; cf. também *Alldridge*, *Criminal Law Forum* 11 (2001), p. 299 ss.; *Green*, in: *Holder/Alldridge* (org.), *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*, 2013, p. 39 ss.

de abstração, sempre construir um supra-conceito mais amplo, o qual aparentemente reúne fenômenos heterogêneos sob um denominador comum – por exemplo, a troca ilegal de vantagens<sup>61</sup> ou a serventia, condicionada por vantagens, em face de dois senhores<sup>62</sup>. Há de se ter em conta, porém, que o poder estatal, por diversas razões, sobretudo devido à sua pretensão de legitimidade, apresenta uma qualidade especial em comparação com outras formas de mero poder “social”<sup>63</sup>. Em virtude disso, importantes diferenças são turvadas quando se fala em um delito geral de corrupção que compreenda situações ou contextos extra-estatais<sup>64</sup>.

**6.1.3.** À luz das considerações acima desenvolvidas, também se pode rever a figura da *corrupção comercial ou corrupção privada*. No § 299 StGB não está presente o injusto específico da corrupção, já à míngua do elemento abuso de poder<sup>65</sup>. A suspeita de que – ao menos parcialmente<sup>66</sup> – não se trata de nada diverso do que uma infidelidade patrimonial (*Untreue*) mal-entendida, parece inescapável (tanto mais após reforma do fim de 2015, com a introdução do modelo “principal-agente” no § 299 I Nr. 1 StGB<sup>67/68</sup>).

61 Volk, GS Zipf, p. 421.

62 Saliger, FS Kargl, p. 496 ss. – Volk e Saliger apontam eles próprios para o caráter formal de seus conceitos de corrupção e rejeitam também, por isso, a ideia de um delito geral de corrupção (cf. as referências acima).

63 Greco, Feuerbach... op. cit, p. 128 s.; *idem*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, p. 645.

64 Para um conceito de corrupção mais restrito, que “restringe ao campo mais estreito do abuso da função administrativa ou política” também *Hettinger* NJW 1996, 2263 (2268).

65 *Hettinger* NJW 1996, p. 2263 (2273). Poder-se-ia, contudo, enxergar na ação do empregado ou representante que toma uma decisão relevante para a empresa (concerente à aquisição de produto ou serviço), motivado pela obtenção de uma vantagem privada, como um abuso do poder que lhe foi conferido pela empresa. No entanto, esse ponto constitui possivelmente uma controvérsia entre os dois coautores deste artigo, a qual não precisa ser aqui desenvolvida ou dirimida. Além disso, se esse possível abuso de poder (privado) é suficiente para fundamentar um injusto penal, é uma outra questão que deve ser discutida em outra oportunidade.

66 Se a parte referente à concorrência é melhor fundamentada, pode-se questionar (sobre isso adicionalmente sobretudo *Roxin*, FS Rössner, p. 908 s.; ver também *Koepsel*, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, 2006, p. 62 ss., 91 ss., 111 s.: Enfraquecimento do princípio da melhor performance (Leistungsprinzip), constitutivo para a concorrência; de acordo *Rönnau* StV 2009, 302 [304]; *Saliger*, FS Kargl, p. 500 s.); está claro, porém, que se trata de coisa diversa do injusto da corrupção.

67 Criticamente, por todos, *Schünemann* ZRP 2015, 68.

68 Com a reforma do § 299 StGB mencionada acima, o legislador introduziu, ao lado do já existente modelo concorrenciais de punibilidade da corrupção privada – cujo bem jurídico

**6.1.4.** Também a chamada *corrupção na saúde* não é, por esses mesmos motivos, a rigor, corrupção. Entretanto, ela é suficientemente semelhante ao fenômeno acima descrito, de modo a ao menos ser compreensível que se fale em corrupção. Afinal, médicos também ostentam uma posição de poder em relação a seus pacientes, a qual se diferencia, é verdade, da posição de poder do estado e seus funcionários. Contudo, da perspectiva do paciente, que padece de um mal e depende do tratamento médico, essa relação de poder é, em razão de sua inescapabilidade, algo similar à relação cidadão-estado. Por isso, há também na profissão médica tentativas de contenção do poder: médicos se comprometem a colocar suas vidas a serviço da humanidade, bem como a enxergar na saúde de seus pacientes o mais alto mandamento de seu agir. Eles são, portanto, num certo sentido também “servidores”. O abuso dessa posição de poder através do aceite de vantagens, por exemplo, da indústria farmacêutica, é, por isso, digno de punição<sup>69</sup>, em que pese o fato de que seria melhor utilizar uma denominação diversa da corrupção<sup>70</sup>.

**6.1.5.** Sobre a chamada *corrupção no esporte* quase nada precisa ser dito: tal coisa, conforme o conceito de corrupção aqui defendido, não há<sup>71</sup>.

**6.1.6.** A partir dessas considerações, talvez seja possível legitimar um tipo penal contra o *enriquecimento ilícito*<sup>72</sup>. Ainda que a proposta concreta formulada pelo MPF em suas “Dez medidas” seja passível de várias críticas, não parece implausível entender que o funcionário que enriquece durante o cargo gera forte suspeita de que esteja pervertendo o público em benefício privado, do que

(coletivo) protegido é a livre concorrência ou concorrência leal –, o modelo que visa proteger os interesses do empregador, ou seja, do empresário, chefe do empregado corrupto. Sobre os variados modelos de punibilidade da corrupção privada, cf. fundamentalmente *Vogel*, FS Weber, p. 394 ss.

69 Contrariamente, por outro lado, *Kindhäuser* ZIS 2011, p. 468 s.; *Saliger*, FS Kargl, p. 501 s.

70 Segundo a nossa posição, tem importância apenas secundária os pontos de vistas defendidos em BT-Drucksache 18/6446, p. 12.

71 Outra opinião *Saliger*, FS Kargl, 2015, p. 502 s.; como aqui, em resultado, *Kindhäuser* ZIS 2011, 469.

72 Cf. *Greco*, Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito, in: Boletim IBCrim Ano 20 n.º 277 (2015), p. 7 e s.

derivaria, ao menos, um direito da população de esclarecimento a respeito da correção ou não dessa suspeita. Como o tipo deveria ser construído, e, em especial, se ele supera ou não o crivo do princípio *nemo-tenetur-se-ipsam-accusare*, merece ser investigado em sede monográfica.

**6.1.7.** Diversamente, a proposta de introdução de um tipo contra o chamado “Caixa 2” não encontra guarida nas considerações aqui desenvolvidas, o que não significa que não seja possível aduzir outras considerações em favor de um tal tipo. Parece-nos que a constituição de um Caixa 2 é, no máximo, um ato preparatório para o cometimento de um número indeterminado de delitos, que podem ser de corrupção ou não, de modo que essa conduta é, no máximo, empírica, e não conceitualmente próxima da corrupção. Apontamos aqui apenas que também parece difícil legitimar a punibilidade do Caixa 2 a partir do bem jurídico patrimônio da empresa afetada<sup>73</sup>, através do delito de infidelidade patrimonial<sup>74</sup>, contrariamente ao que considera a jurisprudência alemã<sup>75</sup>.

## 6.2. CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO BRASILEIRO

Não se pretende aqui proceder a uma interpretação completa e tampouco exaustiva dos tipos penais de corrupção existentes na ordem jurídica brasileira. Há diversos problemas que os tipos a serem considerados encerram que não poderão ser tratados aqui, como a intrincada questão do conceito de funcionário público e do conceito de ato de ofício<sup>76</sup>—damesma forma que não foram tratados na parte referida ao direito alemão. Cuida-se, nesta sede, apenas de esboçar uma interpretação básica dos crimes de corrupção à luz das reflexões desenvolvidas no presente estudo.

73 Próximo, por todos, *Schünemann*, Leipziger Kommentar zum StGB, 12ª. ed., 2012, § 266 nm. 179.

74 Sobre esse delito cf. *Leite/Teixeira*, neste volume.

75 BGHSt 55, 266 (282 e s.).

76 Sobre o tema, o excelente estudo de *Quandt*, RBCC 106 (2014), p. 181 ss.

### 6.2.1. Estrutura dos delitos de corrupção

**6.2.1.1.** Como se sabe, no direito brasileiro, pune-se a corrupção através de dois tipos penais: o art. 317 (corrupção passiva) e o art. 333 (corrupção ativa), ambos do CP. O tipo art. 317 descreve a conduta punível do funcionário público: “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”. Prevê o § 1º desse dispositivo: “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”. O parágrafo segundo/ § 2º traz uma forma privilegiada do crime de corrupção com infração funcional, que dispensa, no entanto, o elemento da vantagem e pune, com detenção de três meses a um ano, 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 ativa, inscrita no *caput* do art. 333, compreende a ação de “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. A exemplo da modalidade passiva, o § 1º do art. 333 também prevê um aumento de pena na hipótese de o funcionário retardar ou omitir ato de ofício ou praticá-lo infringindo dever funcional.

**6.2.1.2.** Percebe-se que o legislador brasileiro erigiu expressamente como delito básico de corrupção o equivalente ao recebimento indevido de vantagem (ou corrupção simples) do código penal alemão (§§ 331, 333 StGB). A corrupção com infração funcional, condicionada por um recebimento de vantagem, entre nós não chega a constituir um tipo penal qualificado autônomo, ou seja, não inaugura um novo marco penal, levando apenas a um aumento de pena. A figura privilegiada pode ser considerada um delito de corrupção *sui generis*, pois ausente o elemento típico da corrupção que é o

auferimento de vantagem por parte do servidor público, e corresponde ao antigo crime de suborno presente no código criminal do Império (art. 133) e no código penal de 1890 (art. 215)<sup>77</sup>.

**6.2.1.3.** É curioso perceber que a redação desses dispositivos indica que o tipo da corrupção passiva é mais amplo do que o tipo da corrupção ativa, pois este exige que o corruptor busque *determinar* o funcionário público a praticar, omitir ou retardar *ato de ofício*, ao passo que o tipo da corrupção passiva pressupõe apenas que o servidor solicite ou receba vantagem indevida em *razão do cargo*, ainda que fora da função ou antes de assumi-la. Ou seja, não é mais pressuposto da corrupção passiva, como o era em nossos códigos anteriores<sup>78</sup>, que a vantagem se combine com um ato de ofício do funcionário público. Em nosso código atual, nem mesmo se utiliza do termo mais abrangente “exercício da função”, como previsto no tipo do recebimento indevido de vantagem do código penal alemão.

**6.2.1.4.** A rigor, é possível, ainda, que num caso concreto, mesmo com o efetivo recebimento da *vantagem*, o tipo da corrupção passiva se realize *sem a realização da corrupção ativa*<sup>79</sup>. Seria a hipótese em que o particular oferece uma vantagem para apenas criar uma boa relação com o funcionário público, sem almejar no momento, no entanto, que este pratique ou omita um determinado ato de ofício.

## 6.2.2. O pacto de injusto: relação entre vantagem e ato de ofício ou exercício do cargo ou função

**6.2.2.1.** Assim, à primeira vista, sugere-se que a relação suficiente para a realização do tipo da corrupção passiva não é entre vantagem

<sup>77</sup> Ambos os textos em *Pierangeli*, Código Penais do Brasil, Evolução histórica, 2. Ed., 2004. Sobre isso cf. *Salvador Netto*, Revista dos Tribunais 933 (2013), p. 47-59 (Edição Online, p. 3).

<sup>78</sup> Art. 130, Código Criminal do Império do Brasil; e Art. 214, Código Penal de 1890.

<sup>79</sup> Reconhecendo essa possibilidade também *Salvador Netto*, Revista dos Tribunais 933 (2013), p. 47-59 (Edição Online, p. 3). O inverso, a realização da corrupção ativa sem a realização da corrupção passiva, é mais natural e mais comum, salvo engano, na maioria dos códigos penais modernos, que punem já a mera oferta de vantagem ao servidor, mesmo que este se recuse a recebê-la.

e exercício da função, tampouco entre vantagem e ato de ofício, mas meramente entre vantagem e a *posse ou titularidade do cargo ou da função*. Isso quer dizer que o tipo poderia realizar-se mesmo na ausência de qualquer expectativa de que o funcionário vá praticar ou omitir um ato de ofício *no futuro*, diferentemente da corrupção ativa, cujo tipo traz o verbo *determinar* e o substantivo *ato de ofício*.

**6.2.2.2** No entanto, diversamente do que sugere uma leitura mais literal do tipo, deve-se exigir ao menos que a vantagem seja oferecida, prometida ou concedida com vistas a influenciar ou remunerar o exercício da função por parte do servidor. Como visto, o pacto de injusto, elemento fundamental do delito de corrupção, só se completa com a (possibilidade de) contraprestação do funcionário público. Assim, também na ordem jurídica brasileira, o exemplo acima do professor universitário que busca alugar um apartamento e o consegue em razão de sua posição também não se afiguraria como corrupção. Embora de maneira um tanto quanto confusa<sup>80</sup>, o STF recentemente manifestou-se em sentido semelhante, ao apontar para a exigência de que haja uma conexão entre a vantagem e ao menos um ato de ofício *em potencial* do funcionário público<sup>81</sup>. Isso não é nada diverso do que exigir uma conexão entre vantagem e exercício da função.

Portanto, a locução “em razão do cargo”, presente no art. 317, CP, deve ser entendida como *em razão do exercício do cargo*.

## 6.2.3. Função restritiva da elementar típica “vantagem indevida”

**6.2.3.1.** Há, ainda, um importante elemento no tipo da corrupção passiva que permite restringi-lo. O art. 317, caput, fala em *vantagem indevida*. Deve-se interpretar o elemento “vantagem indevida”, como se fez na análise do direito alemão, a partir do injusto do

<sup>80</sup> Como registra *Quandt*, RBCC 106 (2014), p. 201 ss.

<sup>81</sup> STF AP 470/MG, Relator: Min. Joaquim Barbosa, referência em *Quandt*, RBCC 106 (2014), p. 203.

recebimento indevido de vantagem fixado acima. Viu-se que esse injusto reside no abuso do poder do servidor público que promove a confusão entre público e privado, ao fazer a execução de seu serviço depender de fatores pessoais.

Assim, a interpretação que aqui se propõe permite restringir o tipo, declarando impunível o recebimento de vantagem que fica adstrita à esfera pública, ou seja, que não pode ser considerada vantagem pessoal do funcionário. Assim, indevida é somente a vantagem que se move na esfera privada do servidor. Por exemplo, a doação, por parte de uma empresa, de um sistema de computadores a uma universidade federal, através do reitor, não seria um caso de corrupção, mesmo que a empresa com isso nutra a expectativa de as pesquisas desenvolvidas pela universidade lhe venham de certa maneira, indiretamente, favorecê-la. Além disso, a princípio, todos os casos julgados pela jurisprudência alemã tratados acima, caso ocorressem no Brasil, não poderiam ser qualificados como corrupção também à luz de nossa ordem jurídica.

**6.2.3.2** Através do conceito de vantagem indevida torna-se bastante natural excluir do alcance dos tipos penais da corrupção passiva e ativa aqueles casos considerados *socialmente adequados* – como também o faz a dogmática alemã<sup>82</sup>. A velha ideia de adequância social no direito penal<sup>83</sup>, deve-se reconhecer, já demonstrou sua imprecisão e suas insuficiências<sup>84</sup>. No entanto, aqui, por ora, devemos recorrer a ela para excluir do campo de incidência dos delitos de corrupção casos que manifestamente não são dignos de punição. Pense-se no caso do médico da rede pública que recebe um generoso presente da família do paciente que curou ou dos pais da criança que ajudou a parir; ou na situação em que pais de alunos da rede pública dão

82 Cf. *Kargl*, ZStW 114 (2002), p. 779 ss.; mais referências em *Sinner*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB § 331 nm 34.

83 *Locus classicus* em *Welzel*, ZStW 58 (1939), p. 514 ss.; ver o desenvolvimento da ideia em *Hirsch*, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, ZStW 74 (1962), p. 78 e ss.

84 Cf. por todos *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Ed., 2006, § 10 nm 36 ss.

presentes de natal aos professores<sup>85</sup>. Em casos como esses, o funcionário recebe uma vantagem em razão do exercício da função, mas não se pode classificar a vantagem como indevida.

## 7. CONCLUSÃO

Corrupção é abuso de poder condicionado por vantagens. No recebimento de vantagens (em especial, na corrupção simples, aqui também chamado de recebimento indevido de vantagens) relativiza-se a separação constitutiva do estado liberal entre público e privado, ao se perversar a coisa pública em benefício privado. Disso resulta que apenas vantagens que possam ser atribuídas à esfera do privado são capazes de fundamentar o pacto de injusto da corrupção simples; a combinação entre público e público, que se tem nos casos mais problemáticos dos últimos anos (arrecadação de recursos de terceiros, doações eleitorais, ingressos para jogo de futebol e promoção de fotos escolares) não constituem corrupção simples. A corrupção com infração funcional, de outro lado, é uma agressão à legalidade do serviço público, que é vinculado à condição de que toda forma de vantagem, justamente aquelas que devido a seu alinhamento ao bem comum são atribuíveis à esfera pública, somente podem ser perseguidas no interior do âmbito delineado pela lei.

Por fim, com arrimo nas teses desenvolvidas no presente texto, foi possível esboçar uma interpretação dos tipos penais de corrupção existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Chegou-se à conclusão que, no tipo da corrupção passiva – que é consideravelmente mais amplo do que o tipo da corrupção ativa –, a expressão “em razão do cargo” deve ser entendida como “em razão do exercício do cargo”. Ademais, como “vantagem indevida” deve ser vista apenas a vantagem que se move do plano do privado e que não pode ser considerada socialmente adequada.

85 Esse último exemplo em *Kuhlen*, JuS 2011, p. 677.

**Legenda:**

**BGH** = Bundesgerichtshof (Corte Federal)

**FS** = Festschrift (Livro em homenagem a determinado autor (a)/ professor (a))

**GS** = Gedächtnisschrift (Livro em memória de determinado autor (a)/ professor (a))

**JuS** = Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Refendariat

**JZ** = Juristische Zeitung

**JR** = Juristische Rundschau

**LG** = Landgericht (Tribunal Estadual)

**MedR** = Medizinrecht (Revista)

**Müko** = Münchner Kommentar (Comentário ao código penal)

**NJW** = Neue Juristische Wochenschrift

**NSStZ** = Neue Zeitschrift für Strafrecht

**NK** = Nomos Kommentar (Comentário ao código penal)

**Nm** = Número de margem

**RBCC** = Revista Brasileira de Ciências Criminais

**StGB** = Strafgesetzbuch (Código Penal da Alemanha)

**StV** = Strafverteidiger (Revista)

**Wistra** = Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

**ZIS** = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

**ZRP** = Zeitschrift für Rechtspolitik

**ZStW** = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

**Capítulo 3****A MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA OU DA ATIVIDADE ECONÔMICA: O RISCO DE REITERAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR****Bibiana Fontella<sup>1</sup>**

**Resumo:** Em 04 de maio de 2011 o legislador brasileiro acrescentou ao texto do Código de Processo Penal medidas cautelares alternativas à prisão. Uma das medidas ali elencadas é a suspensão do exercício da função pública ou da atividade econômica, quando houver justo receio da sua utilização para novas práticas delitivas. O risco de reiteração como fundamento de medidas cautelares já foi amplamente questionado, pois, poderia estar em dissonância com o princípio da presunção de inocência, basilar de um Processo Penal que se pretenda democrático. O justo receio de novas práticas delitivas se mostra incoerente com a presunção de inocência porque haveria, em tal argumento, características de prevenção especial, fim específico da pena e de acordo com o referido princípio não poderia haver no Processo Penal qualquer tipo de antecipação de pena. Diante de tal finalidade e da ausência de prazo fixado em lei, é possível que essa medida cautelar funcione como uma forma de afastamento definitivo de cargos públicos, bem como de cassação de mandatos eletivos. Isso sem a observância do devido processo legal.

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada Criminal.