

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

MARCO ANTONIO GHANNAGE BARBOSA

**A INTERSEÇÃO ENTRE DOAÇÃO ELEITORAL E CORRUPÇÃO:
CRITÉRIOS PARA DISTINÇÃO ENTRE AS CONDUCTAS E DEFINIÇÃO DO
COMPORTAMENTO PENALMENTE RELEVANTE**

SÃO PAULO

2021

MARCO ANTONIO GHANNAGE BARBOSA

**A INTERSEÇÃO ENTRE DOAÇÃO ELEITORAL E CORRUPÇÃO:
CRITÉRIOS PARA DISTINÇÃO ENTRE AS CONDUTAS E DEFINIÇÃO DO
COMPORTAMENTO PENALMENTE RELEVANTE**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado Profissional em Direito, da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração:
Direito Penal.

Orientadora: Prof^ª Dra. Raquel Lima Scalcon

SÃO PAULO

2021

Barbosa, Marco Antonio Ghannage.

A interseção entre doação eleitoral e corrupção: critérios para distinção entre as condutas e definição do comportamento penalmente relevante / Marco Antonio Ghannage Barbosa. - 2021.

f.105

Orientador: Raquel Lima Scalcon.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Direito penal. 2. Brasil. [Código penal (1940)]. 3. Fundos para campanha eleitoral. 4. Corrupção na política. I. Scalcon, Raquel Lima. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 343

Ficha Catalográfica elaborada por: Isabele Oliveira dos Santos Garcia CRB SP-010191/O

Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

MARCO ANTONIO GHANNAGE BARBOSA

**A INTERSEÇÃO ENTRE DOAÇÃO ELEITORAL E CORRUPÇÃO:
CRITÉRIOS PARA DISTINÇÃO ENTRE AS CONDUITAS E DEFINIÇÃO DO
COMPORTAMENTO PENALMENTE RELEVANTE**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado Profissional em Direito, da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração:
Direito Penal

Banca examinadora:

Prof^ª Dra. Raquel Lima Scalcon (Orientadora)
FGV DIREITO-SP

Prof. Dr. Marcelo Costenaro Cavali
FGV DIREITO-SP

Prof. Dr. Adriano Teixeira
FGV DIREITO-SP

Prof^ª. Dr^ª. Silvana Batini Cesar Góes
FGV DIREITO-RJ

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não seria possível sem o apoio de diversas pessoas e instituições, para as quais deixo meus sinceros agradecimentos.

Aos meus pais, Sérgio e Maria Helena, por todo amor, suporte e por me ensinarem o hábito do estudo. Obrigado sempre.

Aos meus irmãos, Mário Sergio e Maria Fernanda, por serem inspiração constante, pelo exemplo de competência e dedicação em tudo que fazem e pela paciência em me ouvirem falar sobre o presente trabalho.

À Renata, pela parceria, amor e dedicação, o que incluiu conversas sobre as diferentes ideias que surgiram durante a elaboração deste trabalho e pelo auxílio na revisão final do texto.

À minha orientadora, professora doutora Raquel Scalcon, pelos ensinamentos e disponibilidade de sempre ouvir e debater. Seu constante estímulo e auxílio foi imprescindível à pesquisa.

Agradeço aos meus colegas de mestrado – muitos agora amigos – e demais professores pela oportunidade de debate e aprendizado durante todo curso. Na linha de direito penal econômico, agradeço imensamente aos professores doutores Heloisa Estellita, Adriano Teixeira, Marcelo Cavali e Rodrigo de Grandis, além do competente Felipe Campana, que atuou como monitor nas disciplinas de direito penal econômico.

Também agradeço à coordenação do curso de mestrado profissional, na pessoa do professor doutor Mário Engler, pela organização e concessão de incentivos institucionais que permitiram minha participação no programa e conclusão do presente trabalho.

Aos integrantes da biblioteca da FGV/SP, pela disponibilidade e importante auxílio na obtenção de material relevante para o desenvolvimento da pesquisa.

Por fim, ao Ministério Público Federal, pelos incentivos institucionais que contribuíram para a elaboração do presente trabalho e por permitir o convívio com valorosos colegas e amigos. Agradeço ao procurador da república Douglas Guilherme Fernandes, também colega de mestrado, pelo auxílio e constante interlocução. E ao procurador da república Lúcio Mauro Carloni Fleury Curado, colega da Procuradoria da República no Município de São Carlos, pela interlocução e parceria nas atividades institucionais, que também contribuíram para a finalização deste trabalho.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo que reconhece a possibilidade de realização do tipo penal de corrupção no contexto de doações eleitorais, manifesta preocupação com o risco de criminalização de legítimas hipóteses de financiamento de campanhas eleitorais e partidos políticos. No julgamento de casos penais, o Tribunal admite que não há linhas claras nesse campo, justamente porque a esfera política parece admitir a troca recíproca entre vantagens ou atos políticos. A afirmação parece contrariar a ideia de que a lei penal define de modo claro o que é corrupção. Afinal, é possível a distinção entre as condutas? Em caso afirmativo, quais são os critérios determinantes? Para responder essa questão, o trabalho parte da redação do artigo 317 do Código Penal. Em seguida, passa por diferentes teorias sobre corrupção, que pretendem explicar o fundamento do delito ou o caráter especificamente desvalioso da conduta, e chega na ideia de pacto de injusto ou *quid pro quo* da corrupção como relação ou conexão entre exercício da função pública e vantagem privada. Em caso de vantagem pública/política, o trabalho defende que o pacto de injusto exige o exercício da função política com violação à legalidade em sentido amplo (“corrupção própria”). O trabalho considera que doação eleitoral regular – sob a ótica da ordem constitucional e eleitoral – pode ser considerada vantagem pertencente à esfera política. Nessa linha, somente se conectada com o exercício da função política com violação à legalidade em sentido amplo poderá se amoldar ao tipo penal de corrupção passiva. A conclusão é que esses critérios podem ser usados para a solução de casos controversos, sem deixar de reconhecer a dificuldade na interpretação e aplicação de alguns de seus elementos, como esfera “política”, “não política” e análise da violação à legalidade no exercício da função.

Palavras-chave: Direito Penal. Corrupção política. Artigo 317 do Código Penal. Financiamento eleitoral. Pacto de injusto. *Quid pro quo*.

ABSTRACT

While recognizing the possibility of bribery in the context of campaign contribution, the Supreme Court expresses concern about the risk of criminalization of legitimate hypotheses of financing electoral campaigns and political parties. The Court recognizes that there is no clarity on this subject when judging criminal cases. The statement seems to contradict the idea that criminal law clearly defines what bribery is. After all, is it possible to differentiate between these behaviors? If so, what are the fundamental criteria? To answer this question, this paper starts with the definition of article 317 of the Criminal Code. Then, it covers different bribery theories that seek to explain the basis of the offense or the specifically devaluing character of the behavior and concludes with the idea of *quid pro quo* of bribery as a relationship or connection between the exercise of public function and private advantage. In the case of public/political advantage, it argues that the *quid pro quo* requires the exercise of the political function with violation of legality in the broad sense. The paper considers that a regular campaign contribution can be acknowledged as a political advantage from the constitutional and electoral law perspectives. Thus, if only associated with the unlawful exercise of political functions it would fit as passive bribery. In conclusion, these criteria can be used to solve controversial cases while recognizing the difficulty in defining the meaning of some elements, such as the “political” and “non-political” sphere, and the analysis of the unlawful exercise of political functions.

Keywords: Criminal Law. Bribery. Political corruption. Article 317 of the Criminal Code. Campaign contribution. *Quid pro quo*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CASOS	11
3 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA	12
3.1 DIAGNÓSTICO PRELIMINAR E QUESTÕES EM ABERTO	17
4 DEFINIÇÃO LEGAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA	21
4.1 REDAÇÃO LEGAL E LIMITES INTERPRETATIVOS	21
4.2 O CANDIDATO E A CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO (CANDIDATO PODE SER AUTOR DO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA?)...23	
4.3 “ATO DE OFÍCIO” E “EM RAZÃO DA FUNÇÃO”	27
4.3.1 A exigência de ato de ofício no “Caso Collor”	28
4.3.2 O ato de ofício no “Caso Mensalão”	30
4.4 “PACTO DE INJUSTO” COMO RELAÇÃO ENTRE VANTAGEM E EXERCÍCIO DA FUNÇÃO.....	35
4.5 O PROBLEMA DA (IN)DETERMINAÇÃO DO FEIXE DE ATRIBUIÇÕES DA ATIVIDADE PARLAMENTAR	38
4.6 A ETAPA SUBSEQUENTE: O PROBLEMA DA DOAÇÃO ELEITORAL “PERSUASIVA” OU CONECTADA COM O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO	45
4.7 A POSSÍVEL SOLUÇÃO POR MEIO DA INTERPRETAÇÃO DO TERMO “VANTAGEM INDEVIDA”	46
4.8 SÍNTESE CONCLUSIVA	49
5 O FUNDAMENTO DO INJUSTO PENAL DE CORRUPÇÃO	51
5.1 INTRODUÇÃO.....	51
5.2 APONTAMENTOS SOBRE O BEM JURÍDICO TUTELADO E A ESTRUTURA DO DELITO	51
5.3 O DESVALOR DA CONDUTA E A CONSTRUÇÃO DA NORMA DE CONDUTA PENAL.....	54
5.4 TEORIA DA MERCANTILIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA	56
5.5 O INJUSTO DA CORRUPÇÃO COMO UTILIZAÇÃO DE UM CARGO PÚBLICO PARA BENEFÍCIO PRIVADO.....	58
5.6 A TEORIA DO “VALOR EXTERNO”: CORRUPÇÃO COMO CRUZAMENTO DE FRONTEIRA ENTRE DISTINTAS ESFERAS DE VALOR.....	62

5.7 A TEORIA DA DESLEALDADE	67
5.8 SÍNTESE CONCLUSIVA	77
5.9 TOMADA DE POSIÇÃO E DEFINIÇÃO DO DELITO DE CORRUPÇÃO	79
6 A DELIMITAÇÃO DAS DISTINTAS ESFERAS DE VALOR	85
6.1 O CASO DA DOAÇÃO ELEITORAL: VANTAGEM PRIVADA OU POLÍTICA?	85
6.1.1 Introdução	85
6.1.2 Doação eleitoral regular como vantagem pertencente a esfera política	85
6.1.3 Doação eleitoral irregular como vantagem pertencente a esfera privada.....	91
6.2 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA/POLÍTICA COM VIOLAÇÃO AOS LIMITES NORMATIVOS (OU ATUAÇÃO COM INFRAÇÃO DE DEVER FUNCIONAL).....	92
7 CONCLUSÃO.....	94
8 RESOLUÇÃO DE CASOS	100
REFERÊNCIAS	101

1 INTRODUÇÃO

Doação eleitoral e delito de corrupção passiva são condutas distintas. A primeira, legítima hipótese de financiamento de campanhas eleitorais ou partidos políticos. A segunda, conduta penalmente proibida pelo artigo 317 do CP. No entanto, não raro se discute a possibilidade de utilização de doações eleitorais para a prática de delitos de corrupção. Em tais casos, apresenta-se nebulosa a tarefa de distinção entre as condutas, principalmente porque há coincidência parcial entre os elementos definidores de cada uma delas (item 3). A partir desse diagnóstico preliminar, o trabalho parte para a análise do contorno formal do delito de corrupção passiva – tal como definido na lei penal brasileira – a fim de compreender a distinção entre as condutas. No entanto, após a análise de cada um dos elementos previstos no artigo 317 do CP, o trabalho conclui que esse contorno, por si só, é insuficiente para a delimitação do campo abrangido pela proibição do tipo penal, a exigir explicações complementares (item 4).

Essa constatação suscita o problema dogmático de definição do delito de corrupção. Ao lado do contorno formal do delito, o trabalho passa analisar algumas propostas teóricas sobre o fundamento e conteúdo de injusto do delito de corrupção, com intuito de obter uma definição a partir da qual se possa extrair critérios para a distinção *ex ante* entre doação eleitoral e conduta abrangida pela proibição do delito de corrupção (item 5).

Com base na proposta que considera o delito de corrupção como uma específica forma de distúrbio em uma relação “principal-agente” motivada por uma vantagem indevida, chega-se ao conceito normativo de *pacto de injusto* como relação entre o exercício da função pública/política e a solicitação, aceitação ou recebimento de *vantagem privada*. Em caso de *vantagem pública/política*, o *pacto de injusto* exige, como contrapartida, o exercício da função política em violação à juridicidade – atuação com infração de dever que emana do cargo ou função.

Em seguida, com base nessa definição, o trabalho passa a analisar se e quando uma doação eleitoral pode ser considerada como algo de valor pertencente à esfera política (item 6). A hipótese defendida é que doação eleitoral regular – sob a ótica da legislação eleitoral – pode ser considerada como pertencente ao campo político. Assim, para a configuração do delito de corrupção, exige-se a conexão entre essa vantagem (doação eleitoral regular) e o exercício da função política com infração de dever funcional. A análise desse último elemento é dificultada pela ampla discricionariedade da função política. Em razão disso, em busca de critérios concretos, o trabalho propõe que a atuação funcional com violação à impessoalidade pode indicar o desvirtuamento do exercício da função pública em favor de interesse privado não

permitido pelo cargo ou função e, com isso, representar hipótese de atuação pública com infração de dever funcional. Em contrapartida, doação eleitoral irregular – sob a ótica da legislação eleitoral – é considerada vantagem privada, de modo que o pacto de injusto da corrupção se realiza se essa vantagem estiver conectada com o exercício da função política, ainda que tenha como resultado a prática de atos políticos lícitos. Por fim, apresentamos uma síntese das conclusões do trabalho (item 7), seguida da utilização dos critérios sugeridos para a resolução dos casos hipotéticos (item 8).

2 CASOS

Caso 1. Parlamentar federal, candidato à reeleição, recebe contribuição para sua campanha eleitoral acima do limite permitido, em dinheiro, sem o devido registro na conta da campanha eleitoral e sem posterior declaração em processo de prestação de contas eleitoral.

Variante: a doação eleitoral irregular foi recebida pelo parlamentar em troca de promessa de votação em favor de determinado projeto de lei.

Caso 2. Parlamentar federal, candidato à reeleição, recebe contribuição para sua campanha eleitoral de modo regular – sob a ótica da legislação eleitoral –, em troca de promessa de votação em favor de determinado projeto de lei que, de algum modo, é de interesse do doador.

Caso 3. Prefeito, candidato à reeleição, recebe doação eleitoral regular para sua campanha eleitoral, mediante promessa de agir para “direcionar” edital de procedimento licitatório em benefício do empresário doador.

Caso 4. Parlamentar federal, candidato à reeleição, recebe contribuição para sua campanha eleitoral de modo regular, em troca de sua atuação para influenciar membro do Tribunal de Contas de determinado Estado a adotar providências, em procedimento próprio que tramita perante a Corte de Contas, a fim de atender interesse do empresário doador, consistente em aprovação de projeto executivo de obra pública sem menção a irregularidades existentes em referido projeto¹.

¹ Caso inspirado no Inquérito 4141. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4141*, Primeira Turma. Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 12/12/2017, DJe 22-02-2018).

3 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Ao longo das últimas décadas, em diversas ocasiões², o Supremo Tribunal Federal se deparou com a seguinte questão: como diferenciar uma contribuição para campanha eleitoral de uma “propina” oferecida, solicitada ou recebida no contexto de um delito de corrupção?

No antigo caso da AP 307 (“caso Collor”), por exemplo, julgado pelo STF em 13/12/1994, um dos fatos apontados na denúncia, elaborada pela Procuradoria Geral da República, foi a configuração de crime de corrupção passiva em razão da solicitação de dinheiro para campanha eleitoral de determinado candidato a Deputado Federal³. Além disso, conforme observa BATINI, ao se defender de idêntico crime, a defesa do ex-presidente Collor afirmou que o dinheiro que abastecia suas contas pessoais era fruto de sobras expressivas de campanha⁴. Com isso, pretendia dizer que não aceitou “propina” em razão do exercício da função de presidente da república, mas apenas doação eleitoral não devidamente contabilizada e utilizada em campanha eleitoral. Nesse caso, a distinção entre corrupção e doação eleitoral centralizou-se no debate acerca da exigência de específico “ato de ofício” – ato inserido no feixe de atribuições do agente público – que seria praticado em troca dos valores recebidos a título de contribuição para campanha eleitoral. Na ocasião, entendeu-se pela não configuração do delito de corrupção, porque não estaria demonstrada a relação entre a vantagem (doação eleitoral) e específico ato de ofício que seria praticado pelo agente político em favor do doador⁵.

Anos depois, no conhecido caso da AP 470 (“caso mensalão”), o delito de corrupção foi novamente apreciado em conexão com campanhas eleitorais. As defesas de alguns réus, por exemplo, alegaram que as vantagens recebidas se referiam a acertos de contas relativos a despesas eleitorais não declaradas, o que configuraria a prática de recebimento de doação eleitoral não contabilizada, mas não delito de corrupção⁶. Novamente, a discussão sobre a configuração ou não do delito de corrupção foi centralizada na relação entre vantagens recebidas, incluindo aquelas sob forma de contribuição para campanha eleitoral, e ato de ofício inserido na esfera de atribuição dos agentes políticos.

² A título de exemplo, vale citar os seguintes casos: AP 307; AP 470; AP 996; IQ 4141, dentre outros.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 307*, pág. 03 do acórdão. Relator(a): ILMAR GALVÃO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995.

⁴ GOES, Silvana Batini Cesar. *Corrupção e eleições: o que o Direito Eleitoral tem a dizer*. In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SALGADO, Daniel de Resende; ARAS, Vladimir (Coord.). *Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 237.

⁵ Sobre a exigência de ato de ofício para a definição do delito de corrupção passiva, conferir abaixo item 2.3.

⁶ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do “mensalão” (APn 470/MG do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 106, p. 02, jan./mar. 2014.

Em julgamentos mais recentes, após a denominada “operação lava jato”, o mesmo problema reapareceu em diversos acórdãos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, vale citar a AP 996, apreciada pela 2ª Turma do Tribunal⁷; o Inquérito 4141, apreciado pela Primeira Turma do STF⁸; e a AP 1003, apreciada pela Segunda Turma do STF⁹. Dentre as diversas questões suscitadas, um traço comum é a acusação de recebimento de “propina” disfarçada de doação para campanha eleitoral.

Na AP 996, por exemplo, dentre os diversos fatos envolvidos, uma das condutas analisadas foi a acusação de que determinado agente político solicitou e aceitou vantagem indevida “*sob a falsa rubrica de doação eleitoral oficial*”¹⁰, em troca de atuar, no exercício do cargo de deputado federal, em favor da manutenção de determinada pessoa no cargo de diretor de uma empresa estatal que, por sua vez, atenderia os interesses do grupo doador perante a estatal.

Novamente, a primeira questão enfrentada pelo Tribunal, na análise do tipo objetivo do delito de corrupção passiva, foi a relação entre a vantagem recebida (doação eleitoral) e sua conexão com o exercício do mandato. Mesmo após afirmada a relação entre vantagem recebida e exercício da função política (ou prática de ato de ofício), restou a dúvida em saber se a conduta poderia ou não ser incluída no tipo penal de corrupção. O debate jogou luz sobre a dificuldade em se aplicar o tipo penal de corrupção no contexto político eleitoral, principalmente porque seria inerente ao funcionamento da democracia representativa o oferecimento e recebimento de doações eleitorais para apoiar determinada linha de atuação política, muitas vezes de interesse do doador.

O Tribunal debateu, especificamente, a possibilidade de doação eleitoral regular – sob a ótica da legislação eleitoral – ser, em realidade, “propina” recebida no contexto de um delito de corrupção. Houve consenso sobre a possibilidade, ao menos teórica, de distinguir doação eleitoral regular de corrupção. Ou seja, nesse ponto, a premissa teórica aceita pelo julgado é de que uma vantagem recebida sob a roupagem de doação eleitoral “oficial” pode ser, em realidade, vantagem indevida configuradora de um delito de corrupção.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 996*. 2ª Turma, Relator Ministro Edson Fachin, data do julgamento: 29/05/2018.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.141*, Relator Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 12/12/2017, publicado em 23/02/2018.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 1003*, Relator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, julgado em 19/06/2018, DJ nº 128 do dia 28/06/2018.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 996*, 2ª Turma, Relator Ministro Edson Fachin, pág. 12 de 486. Data do julgamento: 29/05/2018.

Ocorre que esse consenso quanto a premissa foi acompanhado de divergência quanto aos critérios teóricos necessários para a delimitação do comportamento penalmente relevante, bem como sobre os possíveis impactos da regulação extrapenal (eleitoral) nessa tarefa. Mais precisamente, sobre como distinguir, qual o elemento decisivo ou critério relevante para se fixar a fronteira entre corrupção e legítima participação financeira em campanha eleitoral.

Do voto do Ministro Gilmar Mendes extrai-se o seguinte:

[...]

tenho que, em tese, doações contabilizadas até podem ser vantagem indevida, para fins do tipo penal da corrupção (art. 317 do CP). O político não pode colocar o seu mandato à disposição de quem se dispuser a pagar o preço, via caixa um ou dois.

Mas há diferenças relevantes entre receber doação contabilizada e declarada e receber vantagens disfarçadas.

Na vantagem oculta, pode ser suficiente que o mandatário se comprometa a agir no interesse do corruptor, ainda que praticando atos lícitos.

Na doação conspícua, é necessário que o candidato se comprometa a, no exercício do mandato, praticar atos ilícitos, ou permitir que atos ilícitos sejam praticados, em razão da doação. Isso porque, ao menos em larga medida, as doações eleitorais servem justamente para que aqueles que apoiam o programa do candidato possam contribuir para a sua realização.

Esse é um dado importante, que não pode ser escamoteado. Um candidato poderia ser apoiado por empresas que estivessem de acordo com sua linha de atuação política. Em que medida, estaria aí a justificativa da criminalização? Tem que haver um liame, um nexo de causalidade.

Imagine-se um candidato que defenda, porventura, a transposição das águas do Rio São Francisco. Se as empresas se propusessem a doar, onde se projetaria o crime de corrupção passiva?

Ou outro candidato que defenda interesses do meio ambiente e que recebe doações de entidades ligadas a questões ambientais. Um ato de ofício em defesa desse feixe de interesses seria criminalizável?

Temos linhas lindeiras muito pouco claras nesse universo.

Entendo que o candidato que recebe doação para seguir um programa político lícito, caso eleito, não pratica crime algum.

Além disso, há uma diferença processual relevante quanto à prova a ser exigida da acusação.

A prova da doação oculta é um elemento consideravelmente mais forte para a demonstração de eventual corrupção. Ainda assim, mesmo oculta, a contribuição pode não indicar corrupção, se não for feita em razão da função pública.

[...]

Uma doação feita às claras tem um verniz de legalidade, impondo à acusação um especial ônus probatório. Não é como se o candidato tivesse sido flagrado recebendo uma mala preta cheia de dólares na madrugada¹¹.

A regularidade eleitoral da conduta, na visão do voto analisado, deve produzir efeitos sobre o juízo propriamente penal. Diante da dificuldade de se distinguir legítimo apoio político mediante financiamento de campanha eleitoral de um delito de corrupção, o voto sugere que, em caso de doação eleitoral regular, ou seja, recebida de acordo com as regras eleitorais, essa

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 996*, 2ª Turma, Relator Ministro Edson Fachin, pág. 434/435 de 486. Data do julgamento: 29/05/2018.

vantagem (doação) somente poderá ser considerada “propina” se o candidato se comprometer a, *“no exercício do mandato, praticar atos ilícitos, ou permitir que atos ilícitos sejam praticados, em razão da doação”*.

A regularidade eleitoral da conduta teria o efeito, nessa visão proposta no voto, de restringir a amplitude do delito de corrupção, ao se exigir a identificação de ato ilícito, no exercício do cargo pelo agente político, em troca da doação recebida. Ao contrário, a doação eleitoral irregular, notadamente a “oculta” ou clandestina, poderia ser considerada vantagem indevida de um delito de corrupção se seu beneficiário se comprometer a agir, no exercício do cargo, *“no interesse do corruptor, ainda que praticando atos lícitos”*.

O Ministro Relator Edson Fachin, por sua vez, reafirmou a premissa de que a doação eleitoral, ainda que devidamente declarada à justiça eleitoral, pode ser, em realidade, meio apto à configuração do delito de corrupção passiva. Nesse ponto, o voto aponta que:

De fato, o atendimento às formalidades exigidas pela legislação eleitoral acerca do financiamento de campanhas é requisito para seja aferida a regularidade do certame, de acordo com as normas que visam tutelar o equilíbrio entre os candidatos que deve nortear a disputa por mandatos eletivos

[...]

As normas que regulam a fiscalização do financiamento de campanhas, entretanto, não cuidam dos motivos que ensejaram a doação de recursos a determinado candidato, a qual, como é cediço, deve ser presumida lícita até que se prove o contrário [...]

Após citar o julgamento da ADI 4.650, pelo Pleno do STF, que declarou a inconstitucionalidade de dispositivos legais que permitiam doações por pessoas jurídicas, sob o argumento de lhes faltar capacidade para o exercício da cidadania, o Ministro Fachin continuou:

É certo que no caso em apreço não se discute a legalidade da doação eleitoral feita por pessoa jurídica, pois, à época dos fatos, tal liberalidade era permitida pela legislação de regência.

Entretanto, os fundamentos declinados no precedente citado evidenciam que a doação eleitoral legítima pressupõe manifestação livre da vontade do doador em apoiar as ideias e projetos divulgados pelo candidato donatário, como corolário do exercício da cidadania que fundamenta o Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil.

Mas se os motivos que deram ensejo à liberalidade em favor do candidato violarem determinado bem jurídico tutelado pelo ordenamento pátrio, o fato de a doação ter sido registrada e chancelada pela Justiça Eleitoral não afasta a incidência da sanção prevista em lei para o malferimento pretérito.

Em outras palavras, a doação eleitoral, se não realizada com o propósito de apoiar os ideais propagados pelo candidato ou partido político beneficiário, travestindo-se de adimplemento de vantagem negociada no contexto de prática delitiva, passa a ser

qualificada como liberalidade indevida, pois viciada pela simulação que a nulifica, nos termos do art. 167, § 1º, II, do Código Civil, que dispõe...¹².

Pelo que se extrai do voto, o critério relevante seria a finalidade da doação: se destinada a apoiar ideias e projetos divulgados pelo candidato, tratar-se-ia de doação eleitoral regular; ao contrário, caso não verificada essa finalidade, pode ser tida como adimplemento de vantagem negociada no contexto de prática delitiva, caso existente a relação entre o valor recebido e o exercício da função política.

E na análise dessa finalidade da doação, o Ministro levou em conta indicadores do caso concreto: (i) contato ou afinidade entre o candidato e empresa doadora; (ii) atuação da empresa no ramo abrangido pelo programa político defendido pelo candidato; (iii) doação realizada por intermédio de pessoa sem outra vinculação com a agremiação partidária donatária, senão a administração de recursos ilícitos oriundos da empresa estatal.

Com base nesses indicadores, o voto concluiu que *“a conduta do acusado era destituída de qualquer propósito democrático, sendo inviável extrair, desse contexto, a espontaneidade da doação para fins estritamente eleitorais”*¹³.

Na mesma linha, o Ministro Celso de Melo, na condição de revisor, compreendeu que houve anterior ajuste para o recebimento de vantagem indevida em troca de ato de ofício praticado pelo parlamentar federal. A doação eleitoral oficial foi apenas o meio utilizado para operacionalizar o recebimento da propina devida pela empresa que mantinha contrato com o ente estatal. O critério utilizado para a distinção, portanto, foi o anterior acordo de recebimento de propina, de modo que a doação eleitoral foi *“tão somente utilizada como túnel para o escoamento da verba geneticamente contaminada, em sua origem, pela nota da delituosidade”*¹⁴. E essa conclusão pelo recebimento de “propina” e não doação eleitoral legítima ocorreu com base na análise do material probatório relacionado ao meio de negociação entre doador e agente beneficiário, além do contexto em que inserido, no mesmo sentido do voto do relator.

Em sentido oposto, o voto do Ministro Dias Toffoli entendeu que se tratou de doação eleitoral transparente, devidamente contabilizada e declarada à Justiça Eleitoral, sendo irrelevante a ausência de vínculo programático ou afinidade ideológica entre doador e donatário. No caso, o voto observou que o agente político, beneficiário da doação eleitoral,

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 996*, 2ª Turma, Relator Ministro Edson Fachin, pág. 182-183 de 486. Data do julgamento: 29/05/2018.

¹³ Ibid., p. 193-194.

¹⁴ Ibid., p. 294.

ajustou com seu partido político o valor da doação em favor de sua campanha eleitoral. A agremiação partidária informou que determinada empresa estava disposta a doar e, em razão disso, o candidato informou ao partido que a doação poderia ser feita diretamente à sua campanha, com os devidos registros contábeis e posterior declaração à Justiça Eleitoral.

O Ministro observou, ainda, que não houve contato ou acordo direto entre doador e donatário, concluindo que não se trataria de “*vantagem indevida, e mesmo de que o parlamentar não teria ciência de sua eventual origem espúria*”¹⁵. Afastou, assim, o delito de corrupção passiva em relação a essa conduta específica.

Ao final, por maioria, vencidos o relator e revisor, a 02ª Turma do STF afastou a configuração do delito de corrupção no caso concreto, em relação à vantagem recebida por meio de doação eleitoral oficial, sob o fundamento de que “*o conjunto probatório não autoriza o juízo condenatório*”. No entanto, a nosso ver, não é possível extrair dos votos o critério teórico prevalecente no colegiado para a distinção entre corrupção e doação eleitoral, em que pese a indicação de alguns critérios nos votos individualmente considerados.

Daí se vê a dificuldade conceitual para a diferenciação entre doação eleitoral e “propina”. Os debates revelam ausência de consenso quanto ao critério teórico necessário à posterior conclusão sobre a (a)tipicidade da conduta concreta analisada. Conforme afirmado no voto do Ministro Gilmar Mendes, “*temos linhas limdeiras muito pouco claras*” nesse campo.

3.1 DIAGNÓSTICO PRELIMINAR E QUESTÕES EM ABERTO

A conexão entre doação eleitoral e corrupção, nesses julgados, foi apreciada sob diferentes perspectivas. Em uma tentativa de síntese, os diferentes argumentos podem ser assim agrupados: (a) contribuição eleitoral não pode ser vantagem indevida de um delito de corrupção, porque falta a relação entre o valor recebido e a promessa de ato praticado no exercício da função política (ou ato de ofício), relação definidora do delito de corrupção. Ou seja, doação eleitoral é unilateral e destinada à campanha eleitoral, e não oferecida ou aceita em troca de um ato de ofício determinado ou em troca do exercício da função, tema debatido no “caso Collor” e “caso Mensalão”; (b) contribuição eleitoral não contabilizada ou irregular sob a ótica da legislação eleitoral indica a prática de delito de corrupção, desde que demonstrada sua relação com ato praticado no exercício do mandato; (c) doação eleitoral regular, justamente por ser permitida, de acordo com as regras eleitorais, não poderia constituir, ao mesmo tempo,

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 996*, 2ª Turma, Relator Ministro Edson Fachin, pág. 378 de 486. Data do julgamento: 29/05/2018.

elemento de um injusto penal, salvo se for aceita ou recebida em troca de um ato ilícito a ser praticado no exercício da função política; (d) Como contraponto ao argumento anterior, em que pese regular sob a ótica da legislação eleitoral, a conduta pode estar inserida no contexto de um delito de corrupção, que possui conteúdo material próprio. A finalidade da doação, para certo ponto de vista, seria o elemento decisivo. Se destinada a simplesmente apoiar ideias e projetos prévios do candidato, a vantagem se daria no contexto de legítima doação eleitoral. Por outro lado, se não verificada essa finalidade eleitoral, haveria a configuração de delito de corrupção, caso existente a conexão entre vantagem (doação eleitoral) e exercício da função política em disputa. A regularidade extrapenal da conduta, nessa visão, não afastaria a possibilidade de prática do delito de corrupção nem teria aptidão para alterar seus elementos configuradores ou restringir sua amplitude.

Os casos fornecem pistas de que o problema vai além da divergência de interpretação sobre os elementos do enunciado da lei penal. Ao ser aplicado em contexto político eleitoral, o tipo penal de corrupção se relaciona com condutas que podem ser compreendidas como inerentes ao funcionamento da democracia representativa, como os acordos políticos, troca de votos entre parlamentares (“*logrolling*”), defesa por parlamentares de interesses de grupos que representam e que contribuíram para sua campanha eleitoral ou seu partido político.

Essa dificuldade, em saber o que é corrupção e como esse delito se relaciona e se diferencia de certas práticas políticas legítimas, não é um dilema exclusivamente brasileiro, ainda que aqui o tema tenha despertado maior interesse prático, diante dos inúmeros casos levados à julgamento perante nossos Tribunais. Ao tratar da realidade norte americana, Hellman¹⁶ constrói sua teoria da corrupção tendo em conta justamente esse papel crítico que o tipo penal de corrupção desempenha ao ser aplicado em contexto político eleitoral, o que é ilustrado pela preocupação externada, de passagem, pela Suprema Corte Americana ao apreciar o caso *McDonnell v. United States*, no ano de 2016.

Conforme esclarecido por Hellman, o Ministro Presidente Roberts, nesse julgamento, expressou a preocupação de que uma concepção expansiva do delito poderia criminalizar a normal operação do governo representativo¹⁷, o que parece ser uma preocupação similar àquela apontada por alguns ministros do STF nos exemplos trazidos acima. O dilema é justamente

¹⁶ HELLMAN, Deborah. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, v. 38, n. 6, p. 1947-1942, ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2828840>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁷ “The Chief Justice worries that an expansive conception of ‘official act’ will criminalize the normal operation of representative government as ‘[o]fficials might wonder whether they could respond to even the most commonplace requests for assistance, and citizens with legitimate concerns might shrink from participating in democratic discourse.’ (HELLMAN, Deborah. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, v. 38, n. 6, p. 1949, ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2828840>. Acesso em: 30 set. 2021).

esse: ao mesmo tempo que se conhece a proibição prevista no tipo penal de corrupção em contexto político eleitoral, admite-se a troca de vantagens, incluindo contribuição para campanha eleitoral, no e para o desempenho da função política.

Nosso diagnóstico preliminar, acompanhando Hellman, é que os diferentes argumentos sintetizados acima e o problema da interseção entre corrupção e funcionamento concreto da democracia representativa pressupõe uma definição teórica sobre o que é o delito de corrupção. É essa definição, a nosso ver, não se esgota na análise dos contornos formais do delito. É necessária a identificação do fundamento material sobre o qual se constrói a teoria da corrupção. A nosso ver, com razão Rusca¹⁸, Green¹⁹, Greco e Teixeira²⁰ ao compartilharem a ideia de que o que deve ou não ser incluído como corrupção depende das razões pelas quais a corrupção é desvalorada.

É a partir daí que o problema central da distinção entre doação eleitoral e corrupção pode ser enfrentado. Dito de outro modo, há duas perspectivas diversas e complementares que devem ser consideradas: (i) o contorno formal do delito de corrupção passiva, representada pela definição legal de seus elementos: “vantagem indevida” solicitada, aceita ou recebida “em razão” da função. Aqui será possível apreciar o argumento no sentido de que determinada doação eleitoral não se confunde com corrupção, por faltar a relação entre doação eleitoral e determinado ato oficial inserido no feixe de atribuições do agente político²¹; (ii) a identificação do substrato material do delito, assim entendido como o fundamento da reprovabilidade da conduta ou “*onde se encontra a razão de sua punibilidade*”²², a partir do qual se desenvolvem as teorias da corrupção²³.

Por fim, vale destacar que a vedação de contribuição eleitoral por pessoa jurídica, definida pelo STF na ADI 4650, não afasta o interesse no tema da doação eleitoral e corrupção no contexto brasileiro. Remanesce a possibilidade legal de financiamento privado de campanha eleitoral por pessoas físicas, dentro de certos limites. E não se pode excluir a possibilidade fática de contribuição eleitoral por pessoas jurídicas ou físicas em desrespeito à regulação eleitoral. Além disso, também não se pode excluir possíveis alterações constitucionais ou legislativas

¹⁸ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. Madrid: Marcial Pons. 2020. p. 44.

¹⁹ GREEN, Stuart P. (Edit.). *What's wrong with bribery*. In: DUFF, Antony; GREEN, Stuart P. *Defining crimes: essays on the criminal law's special part*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 143-167. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228243346_What's_Wrong_With_Bribery. Acesso em: 30 set. 2021.

²⁰ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 25.

²¹ Conferir abaixo item 4.

²² GRECO, op. cit., p. 25.

²³ Conferir abaixo item 5.

visando ampliar os limites do financiamento privado, incluindo a permissão, novamente, de doação eleitoral por pessoas jurídicas (o que seria problemático diante da decisão do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade). Em qualquer caso, remanesce o problema de fundo, que o presente trabalho se propõe a enfrentar.

4 DEFINIÇÃO LEGAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA

4.1 REDAÇÃO LEGAL E LIMITES INTERPRETATIVOS

O Código Penal (CP) prevê o delito de corrupção em dois dispositivos. Dentro do capítulo relacionado aos crimes praticados por funcionário público contra a Administração, o artigo 317, *caput*, do CP, ao definir a corrupção passiva, pune a conduta de “*solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem*”.

Prevê o § 1º desse dispositivo hipótese de aumento da pena “*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 § 2º, por sua vez, prevê hipótese específica de conduta com infração funcional, mas que dispensa o elemento vantagem. É a hipótese do funcionário que “*pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem*”. Neste último caso, a pena é menor, de detenção de três meses a um ano.

Por sua vez, o artigo 333 do CP, dentro do capítulo “dos crimes praticados por particular contra a administração em geral”, prevê o delito de corrupção ativa, que pune a conduta de “*oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício*”.

A redação legal prevê a modalidade básica do delito de corrupção passiva de modo mais amplo do que a corrupção ativa, superando o modelo da *peita* e do *suborno*, definidos nos Códigos do Império e da República, que exigia expressamente a prática de ato de ofício também para a corrupção passiva²⁴. Daí se tem que uma modalidade de corrupção (ativa ou passiva) não corresponde necessariamente à outra. A corrupção ativa é mais restrita ao exigir expressamente que a vantagem seja oferecida ou prometida para determinar o funcionário público a “*praticar, omitir ou retardar ato de ofício*”. Na modalidade básica do delito de corrupção passiva, o legislador exige apenas que a “vantagem indevida” seja aceita, solicitada ou recebida, pelo funcionário público, *em razão da função*.

A relação assimétrica entre as duas modalidades de corrupção (ativa e passiva) gerou dúvidas para sua aplicação prática. A primeira, diz respeito a amplitude e interpretação do delito de corrupção passiva a partir da relação entre vantagem indevida solicitada, aceita ou recebida

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 307*, pág. 611 do acórdão, voto do Min. Sepúlveda Pertence. Relator(a): ILMAR GALVÃO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995.

e o exercício da função pública. Uma interpretação ampliativa do termo “em razão dela” (função pública) poderia resultar na incidência do delito de corrupção para qualquer hipótese de contribuição para campanha eleitoral.

Para ilustrar o problema, considere o seguinte exemplo de uma hipótese de doação eleitoral comum: eleitor X mora em determinada região em que não há adequado serviço de saneamento de água e esgoto. O eleitor entende que a concessão desse serviço público é o melhor caminho para sua ampliação e melhoria. O parlamentar federal Y, candidato à reeleição, defende abertamente a concessão do setor e acha que o Município Z, onde mora o eleitor X, deveria seguir esse caminho. Em razão disso, para aumentar a chance de Y vencer a eleição, e visando a algum ato político na esfera de atribuição do parlamentar em favor da concessão, como a edição de ato legislativo sobre o tema, incluindo eventuais medidas em relação ao Município onde reside, o eleitor X realiza uma contribuição para a campanha eleitoral, dentro do limite legal, em favor da campanha do candidato, que é devidamente recebida, incluída no registro contábil e, por fim, apresentada e aprovada em regular processo de prestação de contas perante a Justiça Eleitoral.

O caso acima, intuitivamente, parece revelar hipótese de regular manifestação de apoio a determinado candidato, não guardando relação com o delito de corrupção. No entanto, há coincidência formal entre o comportamento narrado e alguns dos elementos do preceito legal que pretende definir o delito de corrupção, a depender da interpretação da expressão *em razão da função*: o candidato X recebeu, “em razão da função” política que viria a ser exercida, determinada vantagem financeira. Partindo da premissa que esse simples exemplo de doação eleitoral é algo diverso do delito de corrupção, é necessário explicarmos os elementos diferenciadores a partir da definição legal do delito de corrupção.

Uma definição do delito deve ser apta a explicar por que essa simples hipótese de doação eleitoral ordinária não se confunde com corrupção. É natural que, como ponto de partida, a conduta seja analisada a partir da interpretação de cada elemento do texto legal, a fim de verificarmos se a descrição fática se amolda ao tipo penal. Nesse sentido, caberia analisar, primeiro, a condição de funcionário público do agente político candidato à reeleição. Segundo, se essa doação foi oferecida e recebida “em razão da função” política. Por fim, se a doação eleitoral pode ser considerada “vantagem” e qual o sentido da locução “indevida”. É o que faremos abaixo.

4.2 O CANDIDATO E A CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO (CANDIDATO PODE SER AUTOR DO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA?)

No exemplo hipotético da doação eleitoral ordinária apresentado acima, consideramos que o beneficiário da doação era agente político candidato à reeleição. Com isso, não há dúvida de sua condição de funcionário público, considerando a amplitude da definição prevista no art. 327, §1º do CP.

A lei considera funcionário público, para efeitos penais, quem, “*embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública*”. O §1º do art. 327 do CP, por sua vez, traz a figura do funcionário público por equiparação, ao afirmar que se equipara 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*”.

O estudo completo da condição de funcionário público para fins penais foge dos limites do presente trabalho, considerando a complexidade da interpretação de cada um de seus elementos, como “entidade paraestatal”, “atividade típica da Administração Pública” e mesmo a expressão “função pública”²⁵. Nosso objetivo, neste momento, é apenas apresentar o problema, considerando que “*essa qualificação pessoal objetiva – a condição de funcionário público – é a ‘porta de entrada’ do subsistema de tutela penal da Administração Pública contra agressões internas*”²⁶, no qual está inserido o delito de corrupção.

A tutela penal da Administração Pública, no direito brasileiro, engloba não apenas a função administrativa, como também a legislativa e judiciária²⁷. Esse entendimento está alinhado à Convenção Interamericana contra a Corrupção, que relaciona função pública com função estatal. E sua definição de funcionário público engloba o sujeito eleito para desempenhar função ou atividade em nome do Estado²⁸. Por isso, não há maior polêmica em se afirmar – diante do disposto no artigo 327 do CP – a condição de funcionário público de determinado agente político.

²⁵ SCALCON, Raquel Lima. O Conceito Penal de Funcionário Público no Direito Brasileiro e Alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo empregado público em empresas estatais (artigo 327, caput, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, v. 72, p. 113, jan./mar. 2019.

²⁶ *Ibid.*, p. 113.

²⁷ *Ibid.*, p. 119.

²⁸ Artigo I da Convenção Interamericana contra a Corrupção: “Função pública” toda atividade, temporária ou permanente, remunerada ou honorária realizada por uma pessoa física em nome do Estado ou a serviço do Estado ou de sua; entidades, em qualquer de seus níveis hierárquicos. “Funcionário público”, “funcionário de governo” ou “servidor público” qualquer funcionário ou empregado de um Estado ou de suas entidades, inclusive os que tenham sido selecionados, nomeados ou eleitos para desempenhar atividades ou funções em nome do Estado ou a serviço do Estado em qualquer de seus níveis hierárquicos.

Problema maior é a hipótese de candidato que não concorre à reeleição, ou seja, pessoa que ainda não exerce a função pública em disputa. O primeiro ponto a considerar é se ele pode ser sujeito ativo do delito de corrupção passiva diante da expressão “*ainda que fora da função e antes de assumi-la, mas em razão dela*”, prevista no art. 317, “caput”, do CP.

A mera possibilidade de desempenho de mandato eletivo, decorrente da disputa eleitoral, já atrai a incidência do subsistema penal de proteção do exercício da função pública? Ou a lei exige uma relação de certeza ou, ao menos, de probabilidade entre a situação jurídica do indivíduo e o efetivo exercício da função ou cargo?

Em monografia sobre o tema, Bello entende, de partida, que o mero candidato não é funcionário público e, se não for eleito, não se torna funcionário público, de modo que não poderá ser sujeito ativo do delito de corrupção passiva²⁹. Em sua visão, aquele que não se torna funcionário público não poderá ser equiparado a tal, sob pena de interpretação extensiva do dispositivo legal, o que não pode ser admitido diante do princípio da legalidade penal.

Segundo a autora, além desse óbice de “ordem formal”, há outro óbice de natureza material. Ao se considerar que corrupção é uma especial forma de abuso de poder público, o candidato que não é efetivamente eleito não possui poder do qual possa abusar. O candidato não eleito não pode potencialmente lesar a Administração Pública, pelo simples fato de que ele não a representa. O candidato nessa condição – não eleito – não recebeu a delegação de poder para atuar em nome de seus representados ou da sociedade de modo geral. Por isso, à luz dos delitos praticados por funcionário público contra a Administração Pública, sua conduta é atípica³⁰.

Ocorre que ao definir o tipo penal de corrupção passiva, o artigo 317, “caput”, do CP, prevê a expressão “*ainda que fora da função e antes de assumi-la, mas em razão dela*”. Segundo Bello, esse trecho se aplica a funcionários públicos que ainda não assumiram determinada função dentro de uma instituição, mas já têm expectativa de assumi-la. Ou seja, o sujeito já possui a condição de funcionário público, como alguém nomeado para determinado cargo, mas que ainda não desempenha a função. Ainda assim, subsiste o questionamento a respeito da possibilidade de alguém que, no momento da solicitação, aceitação ou recebimento de vantagem, não apenas não exercia a função, como também ainda não era funcionário público,

²⁹ BELLO, Ludmila Carvalho Gaspar de Barros. *A responsabilidade criminal do candidato a cargo eletivo e o crime de corrupção passiva*. 2021. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021. p. 112-113.

³⁰ *Ibid.*, p. 114.

mas vem a se tornar em determinado momento (como pode ser o caso do candidato a determinado cargo eletivo)³¹.

A nosso ver, uma interpretação literal ou gramatical do disposto no artigo 317, “caput”, do CP, tende a se contentar com a mera possibilidade de desempenho futuro da função, abrangendo a figura do candidato (eleito ou não eleito). Ou seja, o candidato é formalmente um potencial ocupante do cargo e isso seria suficiente para o tornar sujeito ativo do delito de corrupção, em razão da expressão “*ainda que fora da função e antes de assumi-la*”.

Outra interpretação possível, adotada por Bello, é dizer que o candidato não eleito não é e não se torna funcionário público em nenhum momento, de modo que não pode ser considerado sujeito ativo do delito de corrupção passiva, pelas razões de ordem formal e material apontadas acima. Por outro lado, o candidato eleito se torna funcionário público, o que afastaria o óbice apontado.

Ainda assim, em referida monografia, Bello aponta que o “*telos do tipo não é tutelar a conduta daquele que tem a pretensão de se tornar funcionário público, e sim aquele que de fato o é*”. Com isso, aponta que a expressão “*antes de assumi-la*”, prevista no artigo 317 do CP, abarca situações em que “*há uma expectativa concreta de que o agente se torne funcionário público*”. Ou seja, “*não há formalmente essa condição, mas existe um grau de certeza na assunção da função. Embora não tenha ocorrido a posse, o conceito funcional de exercício da função está preenchido*”³².

Para esse ponto de vista, é necessário um grau de certeza na assunção da função para atrair a aplicação do art. 317 do CP. É a situação, por exemplo, do candidato aprovado em determinado concurso público e nomeado, mas que ainda não assumiu o desempenho concreto da função.

No caso de candidato a cargo eletivo, referida certeza na assunção da função pública somente ocorre a partir do resultado da eleição. Nessa visão, enquanto possui a condição de candidato, no curso do pleito eleitoral, a conduta do sujeito não pode ser abrangida pelo art. 317 do CP. E após o resultado da eleição, momento em que há certeza sobre a assunção da função pública, a conduta de aceitar, solicitar ou receber vantagem indevida já ocorreu.

³¹ BELLO, Ludmila Carvalho Gaspar de Barros. *A responsabilidade criminal do candidato a cargo eletivo e o crime de corrupção passiva*. 2021. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021. p. 115.

³² Ibid., p. 119.

O delito se consuma quando o sujeito realiza um dos três verbos previstos no tipo penal de corrupção passiva. E se isso ocorre em momento anterior ao resultado da eleição, para essa visão, o fato é necessariamente atípico à luz do art. 317 do CP, por faltar a condição de funcionário público e por faltar o grau de certeza necessário para atrair a expressão “*ainda que fora da função e antes de assumi-la*”. Em relação ao momento de consumação do delito, não há dúvida acerca da impossibilidade de alteração desse momento para após o resultado da eleição, se a conduta de aceitar, solicitar ou receber vantagem indevida (doação eleitoral) ocorreu em momento anterior.

Para esse ponto de vista, portanto, apenas o candidato à reeleição – que já desempenha a função pública em disputa – pode ser sujeito ativo do delito de corrupção passiva. Para os demais candidatos, a conduta de aceitar, receber ou solicitar doação eleitoral em troca do exercício da função política em disputa é objetivamente atípica, por faltar a condição de funcionário público³³.

Em nossa visão, o debate sobre o sentido e alcance da expressão “*ainda que fora da função e antes de assumi-la*” ainda parece estar em aberto. É saber se a expressão exige, de fato, o alegado grau de certeza ou se contenta com um juízo de possibilidade ou probabilidade na assunção da função pública, sob o fundamento de que o candidato teria aptidão para colocar em risco o desempenho da função estatal em disputa (ou ao contrário, se isso seria uma antecipação indevida da tutela penal, a reforçar o argumento do necessário “grau de certeza” na assunção da função).

De outro lado, a nosso ver, é importante considerar se o desempenho da “função” de candidato, por si só, é suficiente para a aplicação do conceito penal de funcionário público previsto no art. 327, § 1º do CP. Vale dizer, parece ser necessário considerar se a condição de candidato, por si só, caracteriza o exercício de uma função pública, ainda que transitória e sem remuneração.

A condição jurídica de candidato é precedida de um processo de registro, decidido pela Justiça Eleitoral, que tem por objetivo verificar a adequação do candidato ao estatuto jurídico das elegibilidades³⁴. A figura jurídica do candidato surge a partir do pedido protocolado junto a Justiça Eleitoral e se confirma com a posterior decisão no processo de registro, atraindo

³³ BELLO, Ludmila Carvalho Gaspar de Barros. *A responsabilidade criminal do candidato a cargo eletivo e o crime de corrupção passiva*. 2021. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021. p. 124.

³⁴ ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2020. p. 362.

diversas prerrogativas próprias dessa condição, a exemplo daquelas elencadas nos artigos 16-B; 16-D, § 2º; 22, § 1º, I; 22-A, § 3º; 43; 47, § 1º; 51 e 58, todos da Lei nº 9.504/97³⁵.

Nessa visão, a condição de candidato às eleições poderia se identificar materialmente com a realização de uma função estatal relevante, representada pelo desempenho de uma atividade submetida a um regime jurídico de direito público e essencial à manutenção do regime democrático³⁶. A função desempenhada pelo candidato, portanto, distingue-se do desempenho de uma função privada.

Nessa linha, caso afirmada a condição de funcionário público do candidato à luz do art. 327, § 1º, do CP, o possível delito de corrupção praticado pelo candidato se relacionaria com essa função específica. Vale dizer, a vantagem indevida aceita, solicitada ou recebida poderia ocorrer em troca do exercício da função pública de candidato. Essa interpretação atrai uma dificuldade adicional na interpretação dos demais elementos do tipo penal – que serão analisados na sequência –, em razão da indeterminação das funções de um candidato e da eventual possibilidade teórica de definir sua linha de atuação política levando em conta os interesses de seus doadores.

Diante desse contexto, para os fins do presente trabalho, consideraremos sempre a hipótese de candidato à reeleição, ou seja, que desempenha função política e aceita, solicita ou recebe contribuição em razão dessa função. Quando não se tratar de candidato à reeleição, pode ser controversa sua condição de funcionário público que, como visto, é a “porta de entrada” do subsistema de tutela penal da função pública contra agressões internas (desde dentro).

4.3 “ATO DE OFÍCIO” E “EM RAZÃO DA FUNÇÃO”

A lei penal, como visto acima, não prevê o elemento “ato de ofício” para a modalidade básica do delito de corrupção passiva. Esse ato é previsto apenas como elementar do delito de corrupção ativa e como causa de aumento do delito de corrupção passiva (conforme previsão do § 1º do art. 317 do CPB).

³⁵ Utilização de horário eleitoral gratuito; acesso a recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha; imposição, a qualquer instituição bancária, da obrigação de atender, em até 3 dias, pedido de abertura de conta, vedado o condicionamento a depósito mínimo ou à cobrança de taxas ou despesas de manutenção; existência de direito de resposta em qualquer veículo de comunicação social.

³⁶ Para aprofundamento sobre o conceito penal de funcionário público no âmbito das empresas estatais, conferir (SCALCON, Raquel Lima. O Conceito Penal de Funcionário Público no Direito Brasileiro e Alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo empregado público em empresas estatais (artigo 327, caput, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, v. 72, p. 110-145, jan./mar. 2019).

Ainda assim, tradicionalmente, parte dos autores brasileiros realiza a transposição, para a modalidade básica do crime de corrupção passiva, da exigência de que a vantagem indevida se refira a um ato de ofício. Com isso, ao interpretar a elementar “em razão da função”, essa visão acaba por igualar os pressupostos típicos da corrupção ativa e passiva. O funcionário público que solicita, aceita ou recebe vantagem, aí incluída a doação eleitoral, sem que esse valor tenha relação com um determinado ato de ofício a seu cargo ou função, não cometeria corrupção passiva. A não punição do particular – pela ausência de ato de ofício previsto no art. 333 do CP – se estenderia ao funcionário público.

Essa discussão afeta diretamente a amplitude do delito de corrupção passiva e traz consequências para o princípio da legalidade penal. Por isso, vale analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal em alguns casos emblemáticos, mencionados por ocasião da apresentação do problema, acompanhado da crítica de alguns autores.

4.3.1 A exigência de ato de ofício no “Caso Collor”

No antigo caso da AP 307/DF, o STF considerou que para a configuração do delito de corrupção passiva há necessidade de conexão entre vantagem indevida e um determinado ato de ofício na esfera de atribuições do funcionário público. A maioria dos Ministros seguiu posição majoritária da doutrina de então, que compreendia a definição legal do delito de corrupção passiva como a relação ou nexo entre vantagem indevida e determinado ato funcional de competência do funcionário (efetivamente realizado ou prometido).

Segundo parecer de Raul Zaffaroni apresentado pela defesa de um dos acusados, a maioria dos Ministros do STF considerou que a exigência de ato de ofício era necessária, principalmente, para distinguir o delito de corrupção da mera aceitação de dádivas ou presentes. Segundo o relator Min. Ilmar Galvão:

[...] inexistindo qualquer razão histórica para pensar-se que o nosso Código de 1940 seguiu o exemplo espanhol, o que levaria a ter-se de admitir que, nesse caso, o Código brasileiro pune a aceitação da dádiva de modo muito mais grave do que o Código filipino, o qual, não obstante tivesse fama de sangrento, se contentava com pena de multa.³⁷

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 307*, pág. 92 do acórdão. Relator(a): ILMAR GALVÃO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995.

O Ministro Sidney Sanches reforçou o argumento de que não exigir a identificação de determinado ato de ofício (comisso ou omissivo), em contraprestação às vantagens indevidamente recebidas pelo funcionário, significaria aceitar que os meros presentes e dádivas estariam abrangidos pelo tipo penal de corrupção. O voto apresenta o exemplo dos livros jurídicos enviados, gratuitamente, por editoras aos Ministros do Tribunal. Segundo o voto, “*a remessa é feita, embora por extrema cortesia, porque ocupamos um cargo público*”. Caso afastada a necessidade de determinação de ato de ofício prometido em contraprestação à vantagem recebida, esse exemplo poderia ser compreendido como delito de corrupção passiva. Argumenta o Ministro que não há corrupção no caso dos livros justamente porque os juízes não praticam ou prometem atos de ofício em retribuição a tais vantagens.

Na ocasião, a maioria dos votos reconheceu que a exigência de determinação de ato de ofício para a configuração do delito de corrupção passiva representava o entendimento dominante entre os autores brasileiros, a exemplo de Heleno Fragoso, Júlio Fabbrini Mirabete, Magalhães Noronha, Bento de Faria, Nelson Hungria, Celso Delmanto, Paulo José da Costa Júnior e Damásio de Jesus.

Além do argumento da necessária distinção entre a conduta de corrupção e o mero recebimento de presentes sem vinculação com a prática de atos funcionais, prevaleceu no STF, com base em parecer de Júlio Mirabete, também apresentado pela defesa de um dos réus, o argumento de que a exigência de ato de ofício estaria implícita na redação do art. 317, caput, do CP, tendo em vista que essa elementar estaria prevista nos delitos descritos em seus parágrafos, que representariam sua figura privilegiada e qualificada. Por coerência, se o art. 317, § 2º, do CP, exige “ato de ofício” para a figura privilegiada, deveria também ser exigido para a figura simples (mais grave).

A crítica é que a figura privilegiada sequer prevê o recebimento de vantagem indevida, tratando-se de delito, portanto, com estrutura típica diversa, o que foi observado pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence no mesmo julgamento, argumento não acolhido ou mesmo enfrentado pela maioria. Nesse voto vencido, foi defendido o argumento de que o entendimento prevalecente – de se exigir a identificação de específico ato funcional para configuração da corrupção passiva – é decorrente de um transplante indevido realizado pelos autores brasileiros da doutrina estrangeira, construída, por sua vez, com base em legislações de outros países que expressamente exigem a elementar ato de ofício, como ocorre com o Código Penal Italiano, o que não encontra correspondência no texto da lei brasileira³⁸.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 307*, pág. 605 do acórdão, voto do Min. Sepúlveda Pertence. Relator(a): ILMAR GALVÃO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995.

O voto destaca que “a fórmula da lei brasileira é singular, quase solitária, no Direito comparado”. Após analisar o texto de diversas legislações, observou que o Código Penal de 1940 optou pela corrente minoritária, “que não exige que a contraprestação do funcionário à vantagem cogitada seja um ato de ofício predeterminado”. Além da comparação com a legislação estrangeira, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence anotou que o legislador de 1940 expressamente rompeu com a fórmula prevista no Código do Império e Código Penal de 1890, e conclui:

Não posso, assim, ignorar a ruptura do art. 317 do C. Penal de 1940, a um só tempo, com a quase unanimidade do direito comparado e com todos os antecedentes legislativos brasileiros, e continuar a reclamar, na interpretação da lei vigente, para a caracterização da corrupção passiva, a predeterminação do ato de ofício visado, como se nada se tivesse alterado no direito positivo brasileiro a interpretar e aplicar³⁹.

Em que pese o voto divergente, o Pleno do STF concluiu que a configuração do delito de corrupção passiva pressupõe a conexão entre vantagem indevida solicitada, aceita ou recebida e um determinado ato de ofício na esfera de atribuições do funcionário público. A partir dessa definição, doação eleitoral se distinguiria do delito de corrupção justamente por ser unilateral, ou seja, a doação eleitoral não é recebida ou solicitada em troca de determinado ato de ofício prometido pelo agente político donatário. A *contrario sensu*, caso verificada essa relação de troca entre doação eleitoral e ato de ofício, se estaria diante de uma conduta de corrupção.

4.3.2 O ato de ofício no “Caso Mensalão”

Em estudo sobre o acórdão da APn 470/MG do Supremo Tribunal Federal, no processo conhecido como “mensalão”, Quandt observa que a relação entre vantagem indevida e ato de ofício também foi um dos aspectos centrais do debate sobre a definição dos crimes de corrupção passiva e ativa⁴⁰.

Diversos Ministros do STF, no referido julgado, fizeram questão de afirmar que estavam mantendo a orientação firmada anteriormente pelo Pleno, no julgamento da AP 307/DF (caso Collor), em que não se reconheceu a prática do delito de corrupção com fundamento na ausência

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 307*, pág. 611 do acórdão, voto do Min. Sepúlveda Pertence. Relator(a): ILMAR GALVÃO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995.

⁴⁰ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do “mensalão” (APn 470/MG do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, p. 181-214, jan./mar. 2014.

de descrição da relação entre vantagem indevida e ato de ofício. No caso mensalão, os Ministros destacaram, de todo modo, que não se exige que o ato de ofício seja efetivamente omitido ou praticado, bastando a perspectiva da sua prática ou omissão.

Conforme destacado por Quandt, em que pese a obscuridade de alguns votos, é possível concluir que o STF adotou a orientação de exigir a relação entre a propina e um ato de ofício, mas dispensar a efetiva realização desse ato. Ou seja, o entendimento sinaliza que não é necessário indicar a efetiva realização de ato de ofício, mas a vantagem precisa se relacionar, ainda que em perspectiva, com algum ato de ofício potencial.

No ponto que nos interessa, o caso da APn 470/MG tratou da “compra de votos de parlamentares”. Os congressistas recebiam dinheiro em troca de “*seu apoio e de seus correligionários aos projetos de interesse do Governo Federal na Câmara dos Deputados*”. Não havia ilicitude, em si, no ato dado em troca pelos parlamentares (votos em projetos legislativos). A discussão sobre o ato de ofício não diz respeito a ilicitude ou não do ato em si, mas sim sobre a prescindibilidade ou não de sua precisa indicação e determinação. Por exemplo, se é necessário relacionar a vantagem recebida pelo agente político com a votação em projeto legislativo específico e determinado ou se, ao contrário, basta a potencialidade da prática de algum ato inserido em seu feixe de atribuições, como o apoio político – expressado mediante voto de parlamentar – em favor de projetos de interesse do governo, ainda incertos e não determinados. Nesse exemplo, o parlamentar aceita vantagem para proferir voto em favor de projeto legislativo de interesse do governo se e quando isso for necessário.

No caso “mensalão”, pelo que se extrai do julgado, embora tenha havido o reconhecimento da prática da corrupção passiva porque os parlamentares receberam dinheiro, “tendo em vista a prática de atos de ofício”, conforme observa Alamiro Salvador:

[...] afastou-se daquela exigência mais veemente de apontar, especificamente, quais foram os específicos atos praticados pelos parlamentares em contrapartida das vantagens indevidas recebidas. Na realidade, manteve-se o ato de ofício apenas em termos de linguagem, de retórica, porém não mais tornou a sua perfeita identificação um elemento imprescindível para a imputação das práticas de corrupção ativa e passiva. Dito de outro modo, os julgadores de certa forma deixaram de lado maiores preocupações em declinar as efetivas provas, por exemplo, acerca de quais votações tiveram parlamentares expressando seu posicionamento em razão de um interesse maculado pelas dádivas recebidas.

O autor considera que esse entendimento pode ser racionalizado a partir da ampla discricionariedade da função parlamentar desempenhada. Ou seja, ainda que não se identifique o projeto de lei específico que seria votado em troca da vantagem recebida, o parlamentar não pode receber dinheiro para o desempenho da sua função, não pode “vender” a própria função

parlamentar como um tudo, conceito esse defendido tradicionalmente pela doutrina, ao definir corrupção como “venalidade da função pública”. Segundo Alamiro Salvador:

Na realidade, o que parece foi que o STF direcionou-se para uma perspectiva mais subjetiva da corrupção, abandonando a dependência absoluta entre corrupção e ato de ofício e, ao mesmo tempo, trilhando um entendimento que tende a aperfeiçoar a peita exclusivamente pelo recebimento de vantagem em razão do cargo. Nessa concepção, o ato de ofício torna-se apenas potencial, presumível, sendo a corrupção um mercadejar que se esgota na venalidade da função. O ato de ofício, portanto, converte-se em questão de menor importância em termos estritamente jurídicos para o processo de tipificação. Levando tal aspecto ao limite, poder-se-ia dizer que a mensagem que se quis transmitir foi a de que parlamentares não podem receber dinheiro em razão do cargo, ainda que inexista - ou não se comprove - um liame direto com a votação, v.g., do projeto de lei A ou B.

O mesmo autor complementa:

Sobre este ponto, talvez uma ideia possa ser lançada. A dependência existente entre o delito de corrupção e a prática de ato de ofício correlata é diretamente proporcional ao grau de discricionariedade que detém o cargo ocupado pelo servidor público. Isto é, nos casos de funcionários com estreitas margens de atuação, como, por exemplo, a prática de restritos atos administrativos vinculados, parece ser mais crucial a preocupação, até em nome da segurança jurídica, com a relação (o sinalagma) entre vantagem indevida e ato de ofício praticado. Já em cargos nitidamente políticos aflora com maior clareza esta ilícita mercancia com a função, em si mesma considerada, esvaindo-se a dependência pontual entre a benesse e o exercício de algum ato. Evidente que em todos os casos, é necessário que o servidor e o particular almejem a prática de atos relacionados com a função exercida pelo *intraneus*. O novo colorido reside no fato de (ao se tratar de agentes políticos) bastar, tão somente, a potencialidade de algum ato inerente à função, e não a promessa ou a prática de específico ato. Assim sendo, trata-se, o quanto exposto, de uma possibilidade de compreender, tantas vezes nas entrelinhas, a decisão do STF na APn 470/MG.

Ao se argumentar que não é necessária a efetiva individualização de determinado ato de ofício, a corrupção passa a abranger o recebimento de vantagem em troca do exercício da função em si, ainda que não se individualize o objeto desse acordo (qual específico ato de ofício está conectado com a vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário público). Nessa visão, ao contrário do que foi pressuposto por alguns votos proferidos no “caso Collor”, abandonar a exigência de ato de ofício específico e determinado não significa igualar o delito de corrupção ao mero recebimento de presentes ou dádivas sem qualquer relação com o exercício da função pública.

Diante da especificidade da corrupção política, portanto, o STF, ao menos a partir do “caso mensalão”, passou a considerar inadequado, para a configuração do delito de corrupção passiva, a exigência de ato de ofício específico e individualizado. Em seu lugar, passou a falar

em “ato de ofício em potencial”, a fim de relacionar a vantagem com o exercício da função pública, não se contentando com a mera titularidade do cargo ou função.

Na doutrina, a transposição acrítica do elemento ato de ofício para o delito de corrupção simples deixou de ser unanimidade. Primeiro, porque esse entendimento desconsidera a redação da lei penal, que claramente estabeleceu a assimetria entre os delitos de corrupção passiva e ativa. O art. 333 do CP exige expressamente um “ato de ofício”, ao passo que o art. 317, “caput”, do CP menciona a elementar “em razão da função”.

Outra crítica fundamental é que a exigência de ato de ofício concreto na corrupção passiva “*acaba por deixar descoberto setor sensível da Administração Pública, a saber: o setor em que atuam altos funcionários com ampla margem de discricionariedade*”⁴¹, realidade que se deparou o STF no “caso Mensalão”. Nesse setor, muitas vezes não se tem a individualização precisa do ato objeto da mercancia, mas pode se verificar que a vantagem é recebida, solicita ou aceita em razão do exercício da função.

Conforme destacado por Quandt, a exigência de ato de ofício específico afastaria da incidência penal a “compra de boas relações”, que também representa a mercancia da função pública ou a relação entre a vantagem e o exercício da função. Ao criticar o entendimento que exige o ato de ofício também para o delito de corrupção passiva simples, o autor aponta que:

O problema dessa construção é que a concepção da corrupção como ato de venalidade não é incompatível com a ideia de venda da própria função, ou melhor, da própria aptidão para praticar atos de ofício: assim como o funcionário pode vender um ato, ele pode vender a si mesmo, pondo-se no bolso de quem se dispuser a pagar o preço⁴².

Em realidade, a posição do ato de ofício certo e determinado acaba por deixar impune casos mais graves de corrupção, praticados por agentes políticos ou funcionários do “alto escalão” da Administração em que não se tem precisamente atos de ofício predeterminados, mas que o próprio exercício da função pode ser desfigurado no interesse do corruptor. É o caso do exemplo trazido por Quandt, de magistrado que regularmente recebe propina para proferir sentenças favoráveis a determinada pessoa. No exemplo, não há identificação de processo específico, mas o valor é recebido para a prolação de sentenças favoráveis quando isso se mostrar necessário. Nessa linha de ideias, ao se exigir sempre a identificação de um ato de

⁴¹ LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. GRECO, Luís. A amplitude do tipo penal da corrupção passiva: comentários ao Resp nº 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. *Jota*, 26 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁴² QUANDT, Gustavo de Oliveira. *O crime de corrupção e a compra de boas relações*, em *Crime e Política*. Organizadores: Alaor Leite e Adriano Teixeira. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 69.

ofício concreto, os tipos penais de corrupção ativa e passiva seriam inoperantes “*contra os casos mais graves de simbiose entre o público e o privado, limitando-lhes a eficácia e relegando-os sobretudo para a punição de banalidades cotidianas*”⁴³.

Para além desse efeito indesejável, Quandt examina se há algum fundamento material que poderia explicar essa exigência de prática de ato de ofício para as duas modalidades de corrupção, passiva e ativa. Um argumento possível, segundo o autor, é que a exigência do elemento ato de ofício seria uma maneira de evitar a punição do particular como partícipe do delito de corrupção passiva, o que afrouxaria o requisito ato de ofício previsto para a punição do particular.

O mesmo autor aponta que o argumento não convence, porque dificilmente se poderia dizer que a conduta de oferecer ou prometer constitui participação na conduta de receber ou aceitar⁴⁴. Também não parece viável dizer que a conduta do particular seria instigação da conduta praticada pelo funcionário público, justamente porque os sentidos das condutas são opostos, e não convergentes. Segundo o autor, “*aquela convergência de vontades tradicionalmente exigida pela doutrina para o reconhecimento do concurso de agentes talvez dependa, antes de tudo, de uma convergência de sentidos das condutas*”.

Além disso, continua o mesmo autor, o próprio legislador separou as condutas do particular e do funcionário público em dispositivos diferentes, com verbos diferentes (o que é natural) e com requisitos típicos diferentes, o que pode ser entendido como uma cláusula de barreira para punição do particular – que oferece a vantagem – como partícipe da corrupção passiva⁴⁵. A autonomia entre os delitos é amplamente reconhecida pela doutrina, com a separação das condutas do particular e do funcionário público, a revelar que “*é falho o argumento do concurso de agentes para explicar a transposição, para o crime de corrupção passiva, da exigência de que a vantagem indevida se refira a um ato de ofício*”⁴⁶.

O autor demonstra, portanto, que não há fundamento material para a exigência de ato de ofício também para a corrupção passiva, notadamente porque a relação entre vantagem indevida e exercício da função pública pode ser exigida sem confundir seu conteúdo com eventual identificação de objeto específico, representado por ato de ofício determinado e individualizado.

⁴³ QUANDT, Gustavo de Oliveira. *O crime de corrupção e a compra de boas relações*, em *Crime e Política*. Organizadores: Alaor Leite e Adriano Teixeira. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 56-57.

⁴⁴ Ibid., p. 64.

⁴⁵ Ibid., p. 65.

⁴⁶ Ibid., p. 66.

Com isso se tem que a exigência de ato de ofício também para o delito de corrupção passiva simples (i) desconsidera o teor da lei penal e (ii) não é ancorada em fundamento material apto a justificar essa exigência.

4.4 “PACTO DE INJUSTO” COMO RELAÇÃO ENTRE VANTAGEM E EXERCÍCIO DA FUNÇÃO

Evidenciado o problema da identificação da corrupção como venda de ato de ofício, a interpretação alternativa relaciona a locução “em razão da função” com o exercício da função pública, afastando-se também do outro extremo, que se contentaria com a mera titularidade de determinado cargo. Como visto, a interpretação que sequer exige o exercício da função tende a igualar o delito de corrupção com o recebimento de qualquer vantagem não devida, como presentes, dádivas e doações eleitorais⁴⁷, conferindo uma amplitude que desnatura o conteúdo de injusto da corrupção, conforme veremos também ao identificarmos o fundamento material do delito, além de possível violação ao próprio limite semântico da expressão em razão da função (“em razão dela”).

Nessa linha, segundo Greco, Teixeira e Leite, a expressão “em razão dela” (função pública) não pode se confundir com a mera titularidade do cargo público. Segundo os autores, caso se adote essa ampla interpretação, “*o crime será de mero enriquecimento ilícito, delito inexistente em nossa ordem jurídica. Corrupção é mais do que enriquecimento ilícito*”⁴⁸. Em parecer ofertado e juntado pela defesa de um dos réus da AP 1002 STF, Greco e Leite afirmam que há de se estabelecer um limite semântico intransponível, sob pena de se incorrer em vedada analogia, o que “*no debate se designa como sentido literal possível*”.

Esse limite, após a mudança do enunciado legal de “ato de ofício” para em razão da função (“em razão dela”), segundo os autores no referido parecer, é a “*pertinência dos atos potencialmente mercadejados ao feixe de atribuições do funcionário público*”. Citando Hungria, endossam o posicionamento de que o ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do *intraneus*, “*pois só neste caso pode deparar-se com um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração*”.

⁴⁷ O sentido e alcance da expressão “indevida” será abordado abaixo, item 3.6.

⁴⁸ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís. A amplitude do tipo penal da corrupção passiva: comentários ao Resp nº 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. *Jota*, 26 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018>. Acesso em: 22 set. 2021.

Nessa visão, o delito de corrupção passiva não se confunde com o recebimento de vantagem indevida em razão, tão somente, da titularidade de determinado cargo ou função pública. A criminalização dessa conduta pode ser objeto de discussão autônoma, como ocorre com o debate em torno de criação do delito de enriquecimento ilícito de funcionários públicos. Mas corrupção possui fundamento diverso e pune uma forma específica de ilicitude, que não se confunde com o recebimento de vantagem pelo funcionário público sem comprovação da licitude de sua origem. Essa conduta, como visto, pode representar ilicitude autônoma e eventualmente justificar a criação de delito específico, debate que foge dos limites do presente trabalho.

No limite, essa interpretação do termo “em razão da função” amplia o delito de corrupção sobre diversas situações cotidianas que não guardam relação com corrupção, como demonstra o exemplo dos livros jurídicos recebidos por juízes e ministros de Tribunais. Greco e Teixeira apresentam outro exemplo⁴⁹: 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. Na mesma linha, podemos pensar no exemplo de um professor de determinada escola pública que recebe presentes dos alunos no fim do ano, justamente em razão do cargo ocupado.

Em igual sentido, a doação eleitoral também é realizada levando em conta o cargo em disputa. Ou seja, uma contribuição para campanha eleitoral sempre representa uma vantagem oferecida, recebida, solicitada ou aceita “em razão do cargo” ou função.

Com isso se chega à ideia de que o termo “em razão da função” somente pode ser interpretado como “em razão do exercício da função”. Sobre esse aspecto, Greco e Teixeira esclarecem que nossa corrupção simples (art. 317, *caput*, do CP) é equivalente ao tipo penal de *recebimento indevido de vantagem* na Alemanha (§§331, 333 StGB), que descreve a conduta do funcionário público que solicita, aceita promessa ou recebe efetivamente uma vantagem, para si ou para terceiro, “*para o exercício de seu cargo ou função*”; e a conduta respectiva, no polo ativo, do sujeito que oferece, promete ou efetivamente concede tal vantagem.

Ao lado desse delito, segundo os autores, os §§332, 334 StGB tornam puníveis a conduta do funcionário público que solicita, aceita promessa ou efetivamente recebe vantagem, para si ou terceiro, para realizar ou pelo fato de ter realizado um *ato de ofício, em violação de seus*

⁴⁹ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 34.

deveres funcionais; no polo ativo, pune a conduta do sujeito que atende a solicitação, promete ou efetivamente assegura a vantagem ao funcionário⁵⁰.

O primeiro crime dispensa a violação de um dever funcional; é chamado de corrupção simples (modalidade ativa e passiva) ou crime de recebimento indevido de vantagem. A segunda modalidade, que exige violação de um dever funcional, é designada de “corrupção com infração funcional”⁵¹.

Os autores esclarecem que, em relação ao tipo penal de recebimento indevido de vantagem, previsto para os servidores públicos em geral, a partir da Lei de Combate à Corrupção de 1997,

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 ela 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.

Essa relação entre vantagem e exercício da função é entendida, conforme explicam Greco e Teixeira, pela expressão *pacto de injusto*. Nessa visão, não se define corrupção como a relação entre vantagem indevida e ato de ofício, mas com base nesse componente normativo chamado *pacto de injusto* que, segundo os autores, representa a concepção dominante na Alemanha.

O conceito de *pacto de injusto* expressa a relação entre vantagem indevida e *exercício da função pública*, imprescindível para a configuração do delito de corrupção. Esse componente pode expressar o sentido e alcance do enunciado da nossa lei penal “em razão da função”, por se situar entre os dois extremos – exigência de ato de ofício determinado no espaço e tempo, de um lado, e mera titularidade ou posse no cargo ou função, de outro – e não desnatura a característica do injusto penal de corrupção, voltado à proteção do exercício da função pública.

Com isso se pode excluir, desde já, da definição do delito de corrupção – mesmo sem termos ainda compreendido inteiramente o que fundamenta a reprovação dessa conduta – vantagens indevidas solicitadas, recebidas ou aceitas que não possuam qualquer relação com o exercício da função pública, como ocorre nos exemplos de presentes recebidos por professores de escolas públicas ou mesmo doação eleitoral oferecida ou recebida sem qualquer relação de

⁵⁰ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 26.

⁵¹ *Ibid.*, p. 26.

troca ou contrapartida com o efetivo exercício da função política pelo agente beneficiado. Esse parece ser o entendimento acolhido pelo STF em seus julgados mais recentes⁵².

Ocorre que, no contexto político, não é simples verificar se determinado ato tem pertinência com o feixe de atribuições do agente político, justamente porque é aparentemente indeterminável os atos inseridos na esfera de competência de um parlamentar ou governante. Também não é livre de controvérsia saber se a ascendência política ou influência do agente político sobre a atuação concreta de outro funcionário público, integrante da burocracia estatal, é ato inserido no espectro de atribuições do agente. O exemplo da atividade parlamentar, abordado abaixo, ilustra essa dificuldade prática e aponta possíveis soluções.

4.5 O PROBLEMA DA (IN)DETERMINAÇÃO DO FEIXE DE ATRIBUIÇÕES DA ATIVIDADE PARLAMENTAR

A determinação dos atos inseridos no espectro de atribuições do agente político é, como visto, questão essencial à configuração do delito de corrupção passiva. O exemplo extraído da AP 1.002, apreciada pelo STF, ilustra a dificuldade prática dessa tarefa em razão da amplitude dos atos inseridos no feixe de atribuições do agente político. No caso, a acusação apontou, em síntese, que determinado parlamentar federal recebeu vantagem econômica indevida em troca de “apoio político” para manutenção de diretor de empresa estatal (Petrobrás), além de atuar na intermediação e agendamento de reunião entre o diretor da empresa estatal – com quem tinha bom relacionamento “político” – e grupo empresarial prestador de serviços à referida sociedade de economia mista, resultando em posterior acordo de revisão tarifária dos serviços prestados⁵³.

⁵² A título de exemplo, vale conferir a AP 1002 e AP 1003. Na AP 1002, o relator Min. Edson Fachin consignou que *“ainda que o retardamento, a prática ou a omissão do ato de ofício em infração ao dever funcional seja previsto como uma causa de especial aumento de pena do crime de corrupção passiva, é imprescindível à configuração do ilícito que a vantagem indevida solicitada, recebida ou prometida e aceita pelo agente pública sirva, ao menos, como contraprestação à possibilidade de sua atuação viciada no espectro de atribuições da função pública que exerce ou venha exercer”*... em outro trecho de seu voto observa que *“a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que a perfeita subsunção da conduta ao tipo penal exige a demonstração de que o favorecimento negociado pelo agente público encontre-se no rol das atribuições previstas para a função que exerce”*. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 1.002, Relator Min. Edson Fachin, 02ª Turma, 10/12/2019. p. 23 de 427).

Por outro lado, em julgado anterior, proferido pela 01ª Turma do STF, na AP 695/MT, Relatora Min. Rosa Weber, em 06/09/2016, a ementa do julgamento menciona que configura o delito de corrupção passiva o recebimento de vantagem financeira pelo funcionário público “sem explicação causal razoável”. No entanto, no inteiro teor do acórdão, é possível verificar que se afirmou que o delito de corrupção passiva exige o liame entre recebimento de vantagem e exercício do mandato parlamentar, o que estaria provado no caso concreto, em razão da relação entre vantagem financeira recebida por parlamentar federal e apresentação de emendas parlamentares concreta e potencialmente benéficas aos interesses do grupo corruptor. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, AP nº 695/MT, Rel. Min. Rosa Weber, Voto Min. Luiz Fux, j. 06/09/2016).

⁵³ No julgado, apontou-se que a revisão da “tarifa” do contrato foi legítima, ou seja, a revisão era efetivamente devida ao grupo interessado, contou com participação e análise de outros setores da empresa estatal e não

No ponto que nos interessa, a questão que ilustrativamente se coloca é saber se a “sustentação política” para manutenção de pessoas em cargos da Administração ou “agendamento de reuniões” em favor de determinado grupo pode ser considerado ato inserido no feixe de atribuições da atividade parlamentar. Como visto, para a aplicação do delito de corrupção, é imprescindível a relação entre vantagem e, ao menos, a possibilidade de prática de atos no exercício da função política (ou inseridos no feixe de atribuições do agente).

O STF, no referido julgado, considerou – seguindo a linha adotada em outros julgamentos – que as atribuições parlamentares “*não se resumem à apreciação e a proposições de atos legislativos, mas vão além disso, franqueando-se aos congressistas participação ativa nas decisões de governo*”. Essa visão acerca da atuação parlamentar leva em conta as peculiaridades do sistema presidencialista brasileiro, denominado por Sérgio Abranches de “presidencialismo de coalização”⁵⁴. O STF costuma analisar o feixe de atribuições dos parlamentares a partir dessa dinâmica própria do presidencialismo brasileiro, em que o Executivo forma coalizões para obtenção de apoio parlamentar para viabilizar a “governabilidade”.

Esse espaço de negociação e disputa, voltado a formação da coalização do governo, alcança a nomeação e distribuição de cargos estratégicos no Executivo, incluindo muitas vezes a indicação de nomes para cargos de diretoria em empresas estatais. Considerando essa dinâmica entre Executivo e membros do Poder Legislativo, o STF considera que:

[...] a própria configuração constitucional do regime presidencialista brasileiro confere aos parlamentares um espectro de poder para além da mera deliberação a respeito de atos legislativos, tanto que a participação efetiva de parlamentares nas decisões de governo, indicando quadros para o preenchimento de cargos no âmbito do poder executivo, é própria da dinâmica do sistema presidencialista brasileiro, que exige uma coalizão para viabilizar a governabilidade⁵⁵.

A possibilidade de atuação parlamentar para indicação de cargos no âmbito do poder executivo não é prevista formalmente em ato normativo. No entanto, o STF, a partir dessa visão

com a atuação exclusiva do diretor que realizou a reunião com os interessados, a pedido do parlamentar federal. As condutas do parlamentar e diretor da empresa podem ser assim resumidas: o parlamentar federal agendou e viabilizou a reunião entre o grupo empresarial e a diretoria da empresa estatal, aproveitando-se de sua “influência política” junto a diretoria da Petrobrás. O diretor da empresa, por sua vez, recebeu e encaminhou o pleito de revisão tarifária do grupo empresarial aos demais setores da empresa, que processaram o pedido e – após a manifestações de setores técnicos diversos – proferiram decisão final em sentido favorável ao pleito, com a revisão da tarifa para o serviço prestado pelo grupo privado à estatal.

⁵⁴ DE ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de Coalização: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 1.002*, Relator Min. Edson Fachin, 02ª Turma, 10/12/2019. p. 26 de 427.

“realista” da função parlamentar no sistema presidencialista brasileiro – ainda que o parlamentar não tenha qualquer poder formal de efetiva nomeação ou manutenção do agente no cargo –, admite que tal ato está inserido no feixe de atribuições de um parlamentar. Por isso, caso conectado com o recebimento de vantagem indevida, pode configurar a prática do delito de corrupção. São atos, portanto, que, na visão do STF, não estão inseridos formalmente nas atribuições da função, mas estão consagrados na prática constitucional, regimental e “congressual”⁵⁶.

Em relação a esse aspecto de determinação da função política, parecer confeccionado por Luis Greco e Alaor Leite, apresentado pela defesa de um dos réus da AP 1002, aponta o risco de uma interpretação “sociologizante” da função política, que poderia conferir uma amplitude indevida ao delito de corrupção em contexto político. Os autores, a partir de uma interpretação sistemática da proteção penal escalonada do exercício da função pública prevista no CP brasileiro, apresentam uma distinção entre mercancia (i) do exercício da função, (ii) de prestígio, ou de (iii) influência no exercício de função alheia. Os autores sustentam que a corrupção somente tem a ver com a “venda” do exercício da própria função, ficando de fora do tipo penal a “venda” de prestígio ou influência, que eventualmente pode ser alcançada por tipos penais diversos.

A proteção penal do exercício da função, segundo os autores, leva em conta o especial acesso que o potencial autor do delito possui em relação ao exercício da função. A proteção mais intensa ao exercício da função é precisamente a corrupção passiva, visto que é o próprio detentor do plexo de atribuições, ou seja, aquele que tem em suas mãos – sem qualquer intermediário – o exercício da função, quem conecta a função a uma vantagem indevida (assim também ocorre com a concussão). Há outras formas de agredir o escorrido exercício da função pública, construídas como delitos comuns, precisamente porque o potencial autor não possui especial acesso ao bem jurídico “exercício da função”, como se dá com o tipo penal de corrupção ativa.

Os autores – no citado parecer – alegam que a comparação com o delito de tráfico de influência auxilia na tarefa de delimitação do exercício da função pública. Sustentam que no tráfico de influência há uma antecipação de tutela do exercício da função: o autor do delito mercadeja influência sobre um funcionário no exercício de suas funções, o que gera um perigo (abstrato) a esse bem jurídico. O funcionário público que efetivamente exerce a função, ou seja, que tem acesso direto a função, sequer participa ou tem contato com a proposta de vantagem

⁵⁶ O que foi observado desde a AP 470 (“caso mensalão”), pág. 4445 do acórdão, conforme citado na AP 1002 referida acima.

indevida, o que é diferente da corrupção ativa. Há uma distância entre autor do delito e exercício real da função. O que se vende é a potencial influência sobre outro.

Na visão dos autores, o cerne da corrupção abrange apenas a mercancia do exercício da própria função. A influência sobre o exercício de função alheia estaria fora do âmbito de proteção do delito de corrupção, podendo ser capturada por outros tipos penais menos graves, como tráfico de influência. A distinção é relevante para saber se, em determinado caso concreto, estamos diante da venda de influência sobre função alheia ou venda do exercício da própria função política titularizada pelo agente. Na visão dos autores, muitas vezes alegação genérica de “ascendência política” se assemelha mais à influência sobre função alheia do que ato inserido no feixe de atribuições de um parlamentar.

Assim, continua a tese defendida pelo parecer, essa interpretação mais “realista” da função parlamentar não prescinde da indicação de atos que se inserem no feixe de atribuições do agente, sob o risco de chegarmos em uma responsabilidade penal apenas pela posição ocupada no parlamento, prestígio ou influência que determinado parlamentar possui dentro de um partido político ou bancada. O risco apontado pelos autores é chegarmos a uma “solução radical” de desvincular a vantagem com o exercício da função, caso se considere que a função abrange qualquer atividade que, do ponto de vista fático, o político pode praticar e que possui algum valor no mercado, ainda que não tangencie o exercício da função parlamentar.

Segundo os pareceristas, *“captar elementos da vida real que escapem ao conteúdo semântico dos termos legais significa praticar analogia”*. Por isso, sugerem a distinção de três momentos da função dos membros do congresso nacional, levando em conta o sistema de proteção penal escalonada da higidez da função pública. São eles:

a) Prestígio

Os autores definem prestígio como algo que se conecta e se incorpora à pessoa, independente do cargo ou função pública ocupada. É uma espécie de irradiação decorrente da pessoa ou atividades exercidas, incluindo eventualmente dados profissionais, pessoais ou biográficos, ou mesmo a expertise técnica que o credencia para uma certa atividade. É menos um ato, mais uma qualidade.

Greco e Leite, em referido parecer, sugerem um exercício de eliminação hipotética: se subtrair mentalmente a função desempenhada, ainda assim seria possível praticar o ato almejado por aquele que oferece vantagem? Se sim, estar-se-á diante de mercancia de prestígio, atípica, por não guardar relação com o exercício atual da função.

b) Influência

A influência se conecta com o exercício da função de um terceiro (funcionário que detém em suas mãos o exercício concreto da função). Não é um dado perene, que se liga a pessoa com o tempo. Mas um ato concreto, disposto no tempo e espaço. Segundo os autores, o sujeito que age para influir no exercício concreto da função de terceiro pode incidir, em tese, nos artigos 332 ou 357, ambos do CP, mas não no delito de corrupção passiva.

c) Exercício da função propriamente dito

O exercício da função diz com “feixe atual de atribuições que aquele funcionário específico detém em suas mãos atualmente”, segundo destacam os autores. A mercancia desse exercício é que cuida o art. 317 do CP. E isso é passível de determinação *ex ante* por critérios formais, em vários setores da vida pública. No exemplo dos autores, um juiz de direito de Palmas/Tocantins não pode mercadejar sentença de um juiz de Foz do Iguaçu/Paraná. Nessa hipótese, pode eventualmente haver mercancia (atípica) de prestígio ou eventualmente (típica) de influência.

Também é certo que o exercício da função de magistrado não se esgota nas sentenças que profere, mas se projeta em atos materiais ligados ao exercício da sua função, como marcação de audiência ou coordenação dos trabalhos na vara correspondente. Ou seja, vai além das especificações formais dos atos inseridos no desempenho da função.

Os autores apontam, nesse contexto, que a distinção entre *prestígio*, *influência* e *exercício da função propriamente dito* é a chave interpretativa para analisar a corrupção política que, por força do art. 317 do CP, se verificará somente em caso de mercancia do exercício da função. No caso dos membros do Congresso a situação é complexa, eis que “*o multifacetário feixe de atribuições dos parlamentares não se deixa definir ex ante*”. Os autores consideram que os parlamentares exercem mandatos em caráter precário, sujeito ao sufrágio, e vocalizam interesses privados existentes na sociedade no interior do Parlamento. Sua atuação é, portanto, pessoal e não se resume a representar a “vontade objetiva da lei”, tendo em vista que o parlamentar atua mesmo para a alteração legislativa e ao atendimento de anseios privados, o que implica em atividades várias, como a realização de reuniões, audiências, composição de interesses etc. Os autores apontam que a definição da função parlamentar possui, assim, um aspecto formal e um aspecto material.

O parecer destaca que o “*aspecto formal aparece definido em atos normativos, mais ou menos genéricos – por exemplo, no Regimento Interno da Câmara dos Deputados*”. Abrange o voto parlamentar, a composição do gabinete, funções como presidente de Mesa, Líder de

partido etc. Essas atribuições se inserem claramente no exercício do mandato e, por isso, podem constituir objeto do delito de corrupção passiva.

Por sua vez, o “*aspecto material diz a antessala do exercício da efetivo da função*”, como “*conectar a formação de bloco parlamentar para votar em determinado sentido*”; forçar o adiamento de debate de certas matérias no Congresso etc. Segundo os autores, a função não se esgota em sua faceta formal, mas jamais pode ser descontada do exercício atual da função. A nosso ver, é possível inserir aqui a relação entre o parlamentar e representantes do Poder Executivo, como a indicação de cargos e definição de pautas prioritárias, considerando a dinâmica peculiar de nosso sistema de governo presidencialista.

Por fim, os autores concluem que o que “*escapar do exercício formal e material da função poderá ser atípica mercancia de prestígio ou eventualmente típico tráfico de influência (art. 332 CP), mas nunca corrupção passiva*”. A nosso ver, ainda pode haver controvérsia acerca da influência do parlamentar em outros setores da Administração e do governo. Caso se admita que a função parlamentar engloba a influência na definição de pautas e ações em órgãos da Administração, é possível pensar que a mercancia dessa influência se confunde com o aspecto material do exercício da própria função parlamentar no contexto político brasileiro.

Nessa hipótese, a influência seria decorrência direta do exercício da função política. Vale dizer, o agente político venderia sua influência que decorre e confunde-se com o próprio exercício da função política, que abrangeria a atuação ou influência concreta do parlamentar sobre outros funcionários públicos, normalmente integrantes da burocracia estatal, para o acolhimento de interesses específicos do agente corruptor ou terceiro.

Debate similar ocorre no direito espanhol, na análise do elemento de conexão entre função pública e vantagem recebida pelo funcionário público, especialmente em relação ao artigo 422 do Código Penal Espanhol, que define um dos delitos de “cohecho” previstos no ordenamento penal daquele país. O delito pune a conduta do funcionário público que recebe vantagem (“dádiva” ou “regalo”) em consideração a seu cargo ou função⁵⁷. Conforme esclarece Cardoso, na avaliação desse elemento, há discussão se o interesse do particular que ofereceu a vantagem deve estar inserido dentro do âmbito concreto de competência do sujeito ativo do delito ou se é suficiente que os interesses do particular se encontrem dentro “círculo de

⁵⁷ Art. 422 do Código Penal Espanhol: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años”.

influência” do funcionário⁵⁸. O caso brasileiro é um pouco diverso, porque temos um único tipo penal de corrupção passiva para abarcar as diversas modalidades de condutas correspondentes (corrupção própria ou imprópria, por exemplo).

De todo modo, no caso espanhol, na interpretação da expressão “acto del cargo”, prevista nos outros tipos penais de *cohecho*, alguns autores apontam que não há norma que habilite ou outorgue competência ao funcionário para praticar atos contrários ao direito, de modo que não é viável limitar a corrupção à venda de atos inseridos e previstos formalmente na esfera de competência administrativa do agente. Assim, para essa visão, o tipo penal abrange atos que tenham relação funcional com o cargo ou função, não necessariamente relação com competências administrativas específicas.

Exige-se que o sujeito ativo possa atuar “desde o cargo” ou em razão da especial facilidade decorrente do cargo. Segundo os autores, essa interpretação é adotada pelo Supremo Tribunal Espanhol, que não exige que o funcionário público seja especificamente competente para realizar o ato objeto da “propina”, mas que o ato seja facilitado por sua vinculação ao cargo ou função. Essa exigência de vinculação ou filiação ao cargo ou função é traduzida pela ideia de “*círculo de influência*” do funcionário público, ligada ao especial acesso decorrente do exercício da função⁵⁹.

Para essa visão, permanece imprescindível o acordo ou pacto entre as partes: a oferta e aceitação de vantagem, em troca de algo inserido na esfera de competência ou círculo de influência decorrente do exercício da função pública, que interessa ao particular corruptor. A ideia de “círculo de influência” profissional não pretende punir a conduta de simplesmente aceitar um presente. Cardoso esclarece que o tipo penal pune a conduta de receber vantagem colocando em perigo a integridade da função pública, representada pela conexão entre vantagem oferecida pelo particular e aceita pelo funcionário público em cujo círculo de influência profissional – que decorre do exercício da função, portanto – encontram-se os interesses do particular⁶⁰.

A nosso ver, o exercício da função política não pode ser compreendido dentro de um rol específico de competências “administrativas”, justamente por se tratar de prática de atos políticos, com alto grau de generalidade e indeterminação. Por isso, não parece fugir do “sentido literal possível” considerar que a expressão “em razão dela” (em razão da função ou cargo),

⁵⁸ CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019. p. 117.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 118-119.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 122.

previsto no art. 317 do CP, abrange o círculo de influência decorrente do exercício da função política, compreendida de acordo com a prática constitucional, regimental e “congressual” brasileira, conforme já admitido pelo STF.

Independentemente da posição adotada, nos parece que não há dúvida de que, em determinado caso concreto, não basta a mera ocupação da função política e posição dentro de determinado partido político. É necessário demonstrar, concretamente, como o exercício dessa posição expressa o próprio exercício da função política, seguida da relação (elemento de conexão) com a vantagem indevida aceita, solicitada ou recebida.

Por fim, não se pode confundir a competência do Congresso Nacional, como aquela de fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluídos o da administração indireta – prevista no art. 49, X, e art. 70, ambos da CF – com o dever concreto de agir de um parlamentar individualmente considerado e, ainda, de sua possibilidade física de agir. Um dever geral atribuído ao ente coletivo não se confunde com um dever concreto de um parlamentar individualmente considerado, conforme observam Greco e Leite no referido parecer anexado na AP 1.002 do STF.

4.6 A ETAPA SUBSEQUENTE: O PROBLEMA DA DOAÇÃO ELEITORAL “PERSUASIVA” OU CONECTADA COM O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO

A definição de corrupção como relação entre vantagem indevida e efetivo exercício da função não parece ainda ser suficiente para explicar o caso da doação eleitoral. Ainda que se adotasse a interpretação mais restritiva, de exigir a identificação precisa de determinado ato de ofício, essa definição também não explicaria completamente a distinção entre corrupção e doação eleitoral.

Para exemplificar, considere a seguinte variação do caso hipotético da doação eleitoral ordinária: eleitor X condicionou sua doação eleitoral a prática, pelo candidato, de ato de ofício consistente em votar favoravelmente à determinado projeto de lei, em tramitação no Congresso Nacional, em favor da concessão do serviço de saneamento básico. O candidato Y, ciente dessa condição e defensor dessa proposta, manifestou sua concordância e recebeu a doação eleitoral.

Nesse caso, há demonstração da relação de troca entre vantagem recebida (doação eleitoral) e exercício da função política. Podemos considerar que, concretamente, houve o acordo entre doador e candidato, que condicionou a contribuição para campanha eleitoral à atuação em favor de determinado projeto de lei. No exemplo, ainda, há delimitação de ato inserido que seria praticado e inserido formalmente no feixe de atribuições do parlamentar, que

motivou a doação eleitoral oferecida e recebida. Ainda assim, parece problemático dizer que as condutas praticadas configuram delito de corrupção, ainda que se trate de vantagem oferecida e recebida em troca de ato de ofício.

Nesse ponto, tendo em conta a redação da lei penal, um possível argumento para explicar a regularidade da conduta poderia ser a interpretação do elemento normativo “vantagem indevida”. A intuição relacionada à ausência de relevância penal da conduta seria explicada por meio da interpretação desse elemento, o que também explicaria o possível papel da regulação extrapenal, a depender do que se entenda por vantagem “indevida”. Passamos analisar abaixo essa hipótese e sua (in)suficiência para a solução do problema proposto.

4.7 A POSSÍVEL SOLUÇÃO POR MEIO DA INTERPRETAÇÃO DO TERMO “VANTAGEM INDEVIDA”

O enunciado da lei penal não parece fornecer uma definição pronta do termo “vantagem indevida”. De início, o termo “vantagem” costuma ser admitido pela literatura como qualquer proveito pessoal em favor daquele que recebe, não se restringindo ao aspecto econômico. Conforme Leite e Teixeira:

... o conceito de vantagem é usualmente definido de forma ampla pela doutrina e pela jurisprudência. Em geral, define-se vantagem como qualquer prestação material ou imaterial que melhore de maneira objetiva e mensurável a situação econômica, jurídica ou apenas pessoal de um sujeito [...]. Receber uma ajuda pecuniária para tornar-se mais competitivo em uma eleição certamente constitui uma ‘vantagem’ no sentido da lei⁶¹.

Não há dúvida de que doação em dinheiro configura vantagem, tanto pelo seu aspecto econômico quanto pela possível aplicação em campanha eleitoral, em favor do candidato que a recebe durante o pleito eleitoral. Não há controvérsia quanto a esse aspecto.

Levando em conta os casos hipotéticos verificados anteriormente, notadamente o caso anterior da doação eleitoral “persuasiva”, a possível solução seria dizer que não se trata de delito de corrupção porque a vantagem recebida não pode ser considerada “indevida”. A regularidade eleitoral, em uma primeira visão, poderia ser o elemento decisivo para indicar que a vantagem não é indevida. Nessa hipótese, a *contrario sensu*, seria irregular e, portanto, crime de corrupção, o pagamento realizado em desconformidade com a legislação eleitoral ou com a

⁶¹ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 140-141.

regulação extrapenal de modo geral, desde que afirmada a anterior relação entre essa vantagem indevida e o exercício da função.

O problema inicial dessa abordagem é considerar que um dos elementos decisivos do delito de corrupção passa a ser a regularidade extrapenal da conduta, especificamente da vantagem aceita, solicitada ou recebida. O injusto penal parece se relacionar com uma especial forma de agressão ao exercício da função pública, não propriamente com a regularidade extrapenal da vantagem recebida. É possível considerar, partindo do mesmo exemplo acima da doação eleitoral, eventual desconformidade formal ou procedimental da doação eleitoral. Considere, por exemplo, que a doação foi realizada dentro dos limites legais, na conta específica da campanha e aberta para tal finalidade, mas o candidato, por lapso, não lançou a doação específica no processo de prestação de contas da campanha e, com isso, a Justiça Eleitoral não a aprovou.

Parece problemático, nesse contexto, analisar o elemento decisivo do injusto penal de corrupção de acordo com a eventual desconformidade da vantagem sob a ótica da legislação extrapenal. O argumento decisivo para rejeitar essa proposta, no entanto, parece ser mais simples. Não há dúvida de que vantagens lícitas sob a ótica da ordem normativa primária podem ser consideradas “propinas” no contexto de um delito de corrupção. Por óbvio, não há ilicitude extrapenal na conduta de, por exemplo, realizar uma transferência bancária ou de um imóvel em favor de alguém. Isso não significa que essas vantagens não podem ser consideradas “indevidas” no contexto de um delito de corrupção. A locução “indevida”, portanto, não pode ser interpretada como regular ou irregular sob a ótica extrapenal.

No caso da doação eleitoral, no entanto, a questão parece ser mais complexa, porque a ordem constitucional e eleitoral parece admitir a existência da relação entre doador e agente político, não apenas a operação específica de recebimento da vantagem, como no exemplo da transferência bancária ou de determinado imóvel. É dizer, se o sistema eleitoral autoriza que o candidato receba doação e defina livremente sua pauta de atuação política, como a conduta pode coincidir, ao mesmo tempo, com a definição do delito de corrupção? Ocorre que o problema de fundo, trazido pela questão, não parece estar na específica interpretação da característica “indevida” da vantagem a partir de sua eventual irregularidade extrapenal. A questão da doação eleitoral admitida aponta para uma possível relação de troca ou prática política legítima, não apenas específica licitude extrapenal da vantagem isoladamente considerada.

Outro argumento possível, ainda em busca de um sentido para o termo “vantagem indevida”, é dizer que a vantagem é indevida quando o *“funcionário a ela não tinha direito,*

como no caso de uma dívida ou qualquer outra pretensão jurídica legítima⁶²”. Por meio dessa interpretação, vantagens devidas – como pagamento de dívida em favor do funcionário público – ficariam excluídas do tipo penal, ainda que condicionadas ao exercício da função ou prática de ato de ofício. Essa abordagem afastaria da incidência do tipo penal essas hipóteses de valores devidos ao funcionário (ou seja, titular de pretensão jurídica legítima em relação ao valor solicitado ou recebido), o que também não deixa de ser controverso, notadamente se considerarmos a possibilidade de instrumentalização do exercício da função para o recebimento de valores privados devidos ao funcionário público.

Voltando ao caso hipotético, nessa visão, a doação eleitoral sempre se caracterizaria como “vantagem indevida”, tendo em vista que o agente político não tem uma pretensão jurídica legítima para recebê-la. Trata-se, no limite, de doação permitida pela legislação eleitoral, se cumpridos os parâmetros ali previstos. Nesse caso, a conduta ainda teria total correspondência com os elementos descritos na lei penal: recebimento de vantagem indevida em razão do exercício da função política. A diferença entre corrupção e doação eleitoral, portanto, ou não seria possível ou necessitaria ser explicada por elementos complementares.

Por fim, seria possível interpretar a locução “indevida” como um elemento de valoração global do fato⁶³. Ou seja, a vantagem “indevida” é aquela que não pode ser solicitada, aceita ou recebida pelo funcionário público em razão da função pública (ou como contrapartida a um ato de ofício), sem sabermos ainda exatamente o que determina essa característica. Nessa visão, o caráter indevido é analisado em comparação com a conduta como um todo. O real sentido e alcance do caráter “indevido” da vantagem, portanto, somente pode ser extraído após a conclusão sobre o fundamento de reprovabilidade da conduta⁶⁴.

Esse problema de definir “o que não pode ser pago” é o que levou a doutrina, segundo Quandt, a “identificar as vantagens que não podem ser pagas relacionando-as com a venda de ato de ofício”⁶⁵ ou com o efetivo *exercício da função*. Como visto, há vantagens que se

⁶² LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 141.

⁶³ A expressão indica elementos do tipo que exigem um juízo de valoração sobre a reprovabilidade da conduta. Esse juízo de reprovabilidade ou juridicidade da conduta aproxima a análise de sua tipicidade e antijuridicidade. Por exemplo, a vantagem que é justificável ou adequada deixaria de ser “indevida”, o que excluiria a própria tipicidade da conduta. Segundo Roxin, “*allí donde el legislador utiliza circunstancias de valoración global del hecho son inseparables los elementos del tipo y otros elementos del injusto...*”. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción: Diego Manuel Luzón Pena e outros. Madrid: Civitas, 1997. p. 299-300).

⁶⁴ Conferir abaixo, item 5.

⁶⁵ QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE; Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 67.

relacionam com o exercício da função (ou prática de ato de ofício) e, ainda assim, não são consideradas “indevidas”, a reforçar a ideia de que essa expressão somente pode ser analisada após a conclusão sobre o caráter especificamente desvalioso da corrupção como um todo, o que reforçaria a conclusão de que se trata de um elemento de valoração global do fato.

Com isso parece ser possível concluir que essas propostas interpretativas acerca da característica “indevida” da vantagem não fornecem critérios relevantes para diferenciar o campo abrangido pela proibição do delito de corrupção dos casos de trocas políticas legítimas, incluindo a hipótese de doação eleitoral para apoiar ou influenciar determinada atuação política do agente político beneficiário.

Diante disso, a definição provisória extraída da interpretação literal possível do enunciado legal do delito de corrupção passiva não explica o critério determinante para a solução do problema proposto. A definição vista até aqui não explica o fundamento da reprovabilidade da conduta, o que pode ser traduzido pela seguinte pergunta: por que é errado aceitar, solicitar ou receber vantagem em troca do exercício da função pública? Ao avançarmos nessa questão, pretendemos conhecer o conteúdo de injusto do tipo penal de corrupção e, a partir daí, extrair o critério decisivo para sua distinção em relação a hipótese de doação eleitoral (regular ou irregular, sob a ótica da lei eleitoral).

4.8 SÍNTESE CONCLUSIVA

O problema da distinção entre doação eleitoral e corrupção está presente na prática processual brasileira. O diagnóstico preliminar do presente trabalho é que não parece haver consenso quanto ao critério teórico decisivo para a delimitação da fronteira entre a matéria abrangida pelo campo de proibição penal e as doações eleitorais admitidas pelo sistema político.

A hipótese é que a questão, para ser adequadamente enfrentada, passa pela necessária definição do delito de corrupção. Isso pressupõe, por sua vez, duas perspectivas de análise, consistentes na (i) definição dos contornos formais do delito e (ii) identificação de seu substrato material ou fundamento de reprovabilidade.

O primeiro aspecto – contorno formal do delito de corrupção passiva – é amplamente debatido nos julgamentos analisados e resolve parte do problema proposto. É a partir dessa perspectiva inicial que se identifica a relação entre vantagem indevida e exercício da função pública, que pode ser representada pelo conceito normativo *de pacto de injusto*. A partir dessa fórmula é possível diferenciar a prática do delito de corrupção de presentes ou vantagens recebidas, incluindo doações eleitorais, que não são aceitas, solicitadas ou recebidas em

conexão com o exercício da função pública. A ausência dessa relação bilateral entre doador e agente político ou relação de troca entre vantagem e exercício da função (*quid pro quo*) afasta a hipótese de delito de corrupção.

Saber o que está abrangido pelo exercício da função pública, portanto, é aspecto central para a definição do delito. A função política é exercida com ampla margem de discricionariedade e indeterminação dos atos que potencialmente possuem relação com o exercício da função. Essa amplitude e indeterminação produz reflexos sobre o juízo de tipicidade objetiva da conduta. A solução passa pela delimitação do feixe de atribuições de cada função política analisada em determinado caso concreto, que deve levar em conta as atribuições formais e materiais do cargo. A amplitude do delito de corrupção e o respeito à legalidade penal está relacionada com a delimitação concreta dos atos da vida do agente político que devem ser considerados como manifestações do exercício de sua função.

Nesse contexto, a relação entre vantagem indevida e exercício da função afasta do campo de incidência penal contribuições para campanhas eleitorais oferecidas, aceitas, solicitadas ou recebidas que não tenham como contrapartida o respectivo exercício da função política, ainda que se trate de doação irregular sob a ótica da legislação eleitoral. O delito de corrupção não se confunde com o delito – inexistente no ordenamento jurídico brasileiro – de enriquecimento ilícito ou mesmo de financiamento ilícito de campanhas eleitorais ou partidos políticos.

Contudo, essa definição provisória – extraída da interpretação dos elementos do enunciado legal – não resolve todos os casos em que a doação eleitoral está conectada com o exercício da função política (ou com a prática de ato inserido no feixe de atribuições do agente político beneficiado). Nessas hipóteses, há coincidência entre os elementos definidores do tipo penal e a conduta, mas não se tem necessariamente a prática de um delito de corrupção, como ocorre no exemplo da doação eleitoral oferecida e aceita para a defesa de determinado projeto político. Essa constatação parece exigir uma explicação complementar para a definição do delito, relacionada ao fundamento da reprovabilidade da corrupção, o que passa a ser investigado no tópico seguinte.

5 O FUNDAMENTO DO INJUSTO PENAL DE CORRUPÇÃO

5.1 INTRODUÇÃO

A definição legal ou contorno formal do delito de corrupção, como visto no tópico anterior, não enfrenta a seguinte questão: por que é errado aceitar, solicitar ou receber vantagem indevida para o exercício da função pública? O que fundamenta esse injusto penal?

Uma resposta inicial pode ser buscada a partir do denominado princípio da lesividade ou na teoria do bem jurídico. Nessa visão, o tipo penal tem a função instrumental de proteção subsidiária de determinados bens jurídicos⁶⁶. Sinteticamente, a conduta que não lesiona ou produz risco de lesão ao bem jurídico tutelado deve estar fora do campo de proibição penal.

Além da identificação do bem jurídico tutelado, uma outra abordagem poderia considerar o desvalor em si da conduta de corrupção: ainda antes de ser definida como delito pelo legislador penal, a conduta envolve um ilícito merecedor de castigo. E isto pode estar presente independente de regulação legal – *mala in se* – ou pode derivar do descumprimento de normas legais extrapenais – *mala prohibita*.

Seguimos abaixo com breves considerações sobre cada uma dessas abordagens para a identificação do fundamento e posterior definição do conteúdo de injusto da corrupção passiva.

5.2 APONTAMENTOS SOBRE O BEM JURÍDICO TUTELADO E A ESTRUTURA DO DELITO

Os delitos de corrupção ativa e passiva estão inseridos dentro do título relacionado aos crimes contra a administração pública. Fazem parte, assim, do denominado microsistema de tutela penal da administração pública, conceito esse que deve ser identificado com as funções do Estado⁶⁷.

Segundo Scalcon, ao tratar do problema do conceito penal de funcionário público, a noção puramente formal de Administração Pública deve ceder espaço a uma noção material que dê coerência interpretativa e justifique a intensidade da intervenção penal⁶⁸. A autora aponta

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción Diego Manuel Luzón Peña e outros. Madrid: Civitas, 1997. p. 51, 65-67.

⁶⁷ DE SOUZA, Luciano Anderson. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 51.

⁶⁸ SCALCON, Raquel Lima. O Conceito Penal de Funcionário Público no Direito Brasileiro e Alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo empregado público em empresas estatais (artigo 327, caput, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, n. 72, p. 120, jan./mar. 2019.

que a tutela penal da Administração Pública deve ser compreendida como proteção contra a perturbação e a interferência relevantes na realização dos fins do Estado pela Administração Pública, identificada materialmente pelo desempenho de uma atividade submetida a um regime jurídico de direito público, independentemente da forma jurídica eleita para tanto.

A doutrina tradicional, representada por Hungria, apontava que o bem jurídico tutelado é a “*normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública*”⁶⁹.

Essa visão tradicional é criticada justamente por não ressaltar esse aspecto funcional da Administração Pública. É a ideia de que os poderes são instrumentais, porque somente podem ser usados para a promoção dos fins para os quais foram criados⁷⁰. Por isso, modernamente, afirma-se que o bem jurídico tutelado é a administração em sentido funcional, isto é, a administração enquanto instrumento a serviço dos cidadãos⁷¹.

Segundo Schünemann, a teoria do bem jurídico tem um importante papel no plano da interpretação do tipo penal, para além de atuar como limite negativo para a atividade do legislador penal. Em sua visão, ainda quando não utilizado na ambiciosa tarefa de “*confrontar a lei com o grosso calibre do reproche de inconstitucionalidade*”, para se fixar a matéria de proibição, é necessário, através do trabalho exegético, passar pelos estágios da “*determinação do bem jurídico protegido e da estrutura do delito dele dependente*”⁷².

Ocorre que, em nosso caso, essa função interpretativa do bem jurídico não é suficiente para especificar o conteúdo de injusto do tipo penal de corrupção, ao menos caso se considere genericamente que o bem jurídico se confunde com as consequências da conduta para o regular funcionamento da atividade estatal. Outros delitos previstos no capítulo dos crimes contra a administração pública podem afetar o mesmo bem jurídico, representado por essa regularidade funcional da administração estatal posta a serviço dos cidadãos.

O ponto é que a criação de risco ao regular desempenho da atuação estatal – que deve se dar em favor dos cidadãos – pode se dar de inúmeras maneiras, algumas não abrangidas pelo tipo penal de corrupção. Por isso, não se pode extrair dessa noção geral de risco ao bem jurídico tutelado o elemento decisivo para a compreensão do conteúdo da norma de conduta do delito de corrupção.

⁶⁹ DE SOUZA, Luciano Anderson. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 82.

⁷⁰ SCALCON, op. cit., p. 119.

⁷¹ DE SOUZA, op. cit., p. 85.

⁷² SCHÜNEMANN, Bern. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 41.

O injusto da corrupção está ligado a certa atividade que, por si só, representa risco ao exercício da função pública. Nesse sentido, vale pensar no caso da denominada corrupção “imprópria”, em que o funcionário público solicita, aceita ou recebe vantagem indevida em troca de um ato praticado de acordo com seus deveres funcionais. Ou seja, recebe propina para “fazer a coisa certa”. Objetivamente analisado, o ato produzido pelo funcionário público é idêntico ao ato que seria produzido caso não intermediado pelo recebimento da propina. Ao que parece, é o procedimento de produção do ato oficial – atrelar o exercício da função ao recebimento da vantagem indevida – que torna a conduta penalmente proibida. A questão parece ser a razão pela qual a solicitação, aceitação ou recebimento de vantagem torna a conduta – que poderia resultar objetivamente no mesmo ato oficial ou decisão sem a vantagem – penalmente proibida. Por que e como isso afeta o regular funcionamento da atividade estatal posta a serviço dos cidadãos?

O tema é abordado por Greco e Teixeira do seguinte modo:

Ocorre que a questão do bem jurídico tem a ver primariamente com o injusto (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 falseia a vontade estatal de maneira mais efetiva que o oferecimento de vantagens, prejudica o correto exercício das funções administrativas ou a confiança da coletividade nesse exercício? 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 propriedade⁷³.

Os autores chegam a identificar que 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 “sobrecarregado pela ideia de resultado” (erfolgslastige), 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 vantagens⁷⁴.

⁷³ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 27.

⁷⁴ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 28.

Em razão disso, sem negar o papel da teoria do bem jurídico para limitar a intervenção penal, parece relevante colocar em destaque o caráter especificamente desvalioso da conduta para, em seguida, compreendermos como potencialmente afeta o regular funcionamento da atividade estatal.

5.3 O DESVALOR DA CONDOTA E A CONSTRUÇÃO DA NORMA DE CONDOTA PENAL

A norma de conduta penal é construída com referência às valorações sociais e normativas prévias. Segundo Robles Planas, os enunciados legais são uma espécie de “programa abstrato”. Nem as normas de conduta nem as normas de sanção aparecem formuladas diretamente nos enunciados legais. Desses enunciados se extraem apenas protonormas de sanção e protonormas de conduta. São o primeiro passo para obtenção da norma concreta. Mas, por si só, não são suficientes para decisão que deve tomar o juiz (no âmbito da norma de sanção) ou o cidadão (no âmbito da norma de comportamento)⁷⁵.

Por força do princípio da legalidade, tido como garantia fundamental em um Estado Democrático de Direito⁷⁶, a norma de conduta jurídico penal deve ser prevista em lei, ainda que com ela não se confunda. O legislador penal seleciona as condutas merecedoras de sanção penal, orientando-se pela ordem primária pré-penal oriunda do direito civil e do direito público, o que deixa claro o caráter acessório do direito penal⁷⁷.

Isso significa reconhecer que aquilo que é permitido ou proibido não é fixado autonomamente pelo direito penal, sem considerar os bens jurídicos previamente configurados pelo Direito e a regulação jurídica já incidente sobre determinada realidade social que será referida pela norma penal⁷⁸. E isso se dá de modo mais intenso em situações em que Direito Penal cuida de realidades amplamente reguladas por outros setores, como o setor financeiro,

⁷⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo. Normas de conducta. In: *Indret*, 01.2019. p. 8. Disponível em: <https://indret.com/normas-de-conducta/>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁷⁶ Artigo 5º, XXXIX, da CF/88: “não há crime sem lei anterior que o defina”.

⁷⁷ RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Org.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 70-71.

⁷⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial: Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. In: *Indret*, n. 2/2009. Disponível em: <https://indret.com/imputacion-objetiva-en-el-derecho-penal-economico-y-empresarial/>. Acesso em: 30 set. 2021.

econômico, tributário etc. E é o que ocorre, de modo geral, com o direito penal econômico⁷⁹. Essa observação parece relevante para a compreensão do conteúdo de injusto do tipo penal de corrupção e sua distinção em relação as hipóteses de contribuições eleitorais.

A realidade social e normativa prévia condiciona o legislador penal. Mas por ser um “programa abstrato” e considerando os limites da linguagem, o enunciado legal não incorpora em seu texto toda diversidade de valorações sociais e normativas oriunda da realidade previamente existente. Por isso, não é capaz de formular inteiramente a norma de conduta penal⁸⁰. Em alguns casos, e por razões diversas que não cabe aqui aprofundar, o legislador expressamente faz remissão a essa realidade extrapenal⁸¹.

Ocorre que essa remissão não se resume aos casos de acessoriedade (ou assessoriedade) a determinado ato ou regulação administrativa. Essas valorações sociais e normativas prévias se projetam sobre a definição da norma de conduta penal como um todo. Afirmada a insuficiência da lei penal para esgotar o processo de definição da norma de conduta penal no caso concreto, a realidade normativa prévia serve de pauta para a interpretação e definição dos componentes ou elementos do injusto penal e de seu objeto de proteção.

Segundo Pastor Muñoz, isso é algo conhecido da dogmática penal. No âmbito dos delitos imprudentes (culposos), por exemplo, a análise da “*violação do dever de cuidado*” é essencial para a definição da conduta culposa, mas a determinação final de seu conteúdo não se encontra na lei penal. No delito omissivo, a definição concreta da posição de garante não pode ser feita somente com a interpretação dos elementos da lei penal.

⁷⁹ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 34. Segundo a autora, “*em função do caráter subsidiário do direito penal e de seu papel secundário daí decorrente, há um necessário alinhamento das normas penais com as extrapenais. Esse alinhamento ou conexão variará em intensidade em conformidade com a existência e densidade da regulação jurídica prévia extrapenal. Inexistirá alinhamento ali onde não existam normas jurídicas, e existirá alinhamento intenso ali onde exista densa regulação jurídica*”. A autora concluiu que os fatos sobre os quais se aplicam as normas do direito penal econômico são altamente regulados (e autorregulados), de modo que a intensidade da acessoriedade do direito penal em relação à regulação econômica é particularmente alta.

⁸⁰ PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Riesgo permitido y principio de legalidade*. La remisión a los estándares sociales de conducta em la construcción de la norma jurídico-penal. Barcelona, Espanha: Atelier, 2019.

⁸¹ No caso de remissão expressa, por meio da técnica de reenvio, essa conexão com a regulação extrapenal fica mais evidente, justamente pela remissão específica às normas administrativas (regulamentos, portarias etc.), atos administrativos concretos (autorizações, licenças, permissões etc.) ou conceitos jurídicos regulados, hipótese que se convencionou chamar de acessoriedade ou assessoriedade administrativa. Sobre o tema, (GRECO, Luis. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 58, 2006; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal*. Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: Emais Editoria, 2020).

Em nosso caso, ao afirmarmos que é essencial compreender o desvalor em si da conduta de corrupção, temos que levar em conta que essa reprovabilidade da conduta ou desvalor é extraído com referência a essa valoração social e normativa prévia, não formulada inteiramente pela lei penal.

A conduta de corrupção, nesse sentido, representaria uma violação intrínseca de uma norma ou pauta de comportamento socialmente compartilhada, posteriormente refletida na lei penal. A norma é vista em uma perspectiva intersubjetiva, considerando a configuração dos espaços de liberdade socialmente estabelecidos. O artigo 317 do CPB, nessa visão, seria a fórmula legislativa encontrada para expressar essa violação. Assim como a fraude, a subtração de patrimônio alheio, a corrupção seria uma especial forma de agressão não admitida, por violar os espaços de liberdade de terceiros ou por representar um desempenho inadequado do espaço de liberdade admitido para aquele que assume uma posição jurídica especial, como é o caso dos funcionários públicos.

A violação da norma é apresentada como limite negativo para a intervenção penal. Como contrapartida, o que estiver inserido nesse espaço de liberdade socialmente ou intersubjetivamente delimitado está fora do campo penal, ainda que haja coincidência com os contornos formais de determinado delito. Esse substrato material se apresenta como uma barreira deontológica para a intervenção penal, o que pode compor o denominado “risco permitido”.

No ponto que nos interessa, é necessário prosseguirmos na tentativa de identificação desse desvalor em si da conduta de corrupção. Para tanto, seguimos abaixo com a análise de teorias da corrupção que parecem explicar esse aspecto.

5.4 TEORIA DA MERCANTILIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA

A doutrina parece aceitar amplamente a ideia que o delito de corrupção trata de uma “*venalidade da função pública, de sua mercancia motivada pela lucratividade*”⁸².

Como visto, há amplo debate jurisprudencial e doutrinário relacionado ao objeto da mercancia, ou seja, se o delito de corrupção passiva abrange a venda da função pública ou somente a venda de ato de ofício determinado ou determinável. Mas o que essa perspectiva parece apontar é que o mal da conduta está em mercantilizar algo que não poderia estar sujeito a trocas

⁸² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, v. 933, p. 47-59, jul. 2013.

econômicas. Não se pode transformar função pública ou política em ato de mercado. E isto seria algo incorreto, fundamentalmente, porque afetaria a legitimidade do governo⁸³.

Segundo esclarece Rusca, para a teoria da mercantilização, em um sistema regido pelas leis de mercado, a decisão dependeria apenas de razões econômicas e não haveria aplicação da lei de modo igual para todos. Isso se aplicaria também ao sistema político em que a elaboração das leis e atos de governo se decidam por dinheiro. Se os únicos capazes de influenciar o governo forem as pessoas com poder econômico, “*todo el procedimiento democrático de sanción de las leyes y elección de las autoridades sería una quimera*”⁸⁴.

O mesmo autor esclarece a crítica à teoria. A principal é que a teoria da mercantilização inclui na mesma categoria condutas que são diferentes, como a proibição de exploração econômica da prostituição ou a venda de órgãos. Nesses casos, a proibição das condutas também se fundamenta na “venda” ou intercâmbio de algo que não deve seguir as leis de mercado. Por isso, nessa visão crítica, a teoria da mercantilização não fornece o critério específico caracterizador da corrupção.

Em relação ao nosso problema investigado, a dificuldade seria justamente saber quando estamos diante de uma mercantilização da função política apta a configurar o delito de corrupção. Ao que parece, dizer que a ilicitude está em transformar um ato político em um ato de mercado não explica o critério para a diferenciação, principalmente para o caso da doação eleitoral, em que o recebimento da vantagem é da essência da atividade.

Como vimos anteriormente, os defensores da exigência do ato de ofício também para a corrupção passiva tendem a apontar que a venalidade está presente quando a vantagem se relaciona com determinado ato de ofício. Ao se definir o objeto do “acordo espúrio”, esclareceríamos o sentido da definição de venalidade da função (ou ato). Ou seja, o ato político transforma-se em ato de mercado quando há essa relação entre esse ato e o recebimento de vantagem. Ocorre que o argumento é incompleto, ainda que não equivocado. A atividade política admite certos tipos de intercâmbio de atos praticados no exercício da função, o que inclui o recebimento de doações eleitorais em razão do exercício da função política objeto da disputa eleitoral. Por isso, ao ser aplicado em contexto político eleitoral, o conceito de mercantilização é incompleto por não especificar as situações nas quais o recebimento de vantagem configura corrupção.

⁸³ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 52. Segundo o autor, a perspectiva da mercantilização é desenvolvida principalmente por Peter Alldridge.

⁸⁴ Ibid., p. 50. Ainda segundo o autor, “*por consiguiente, para que un régimen político pueda ser considerado democrático, el dominio del mercado no puede alcanzar el ámbito de las decisiones del Estado*” (p. 55).

Ao lado da teoria da mercantilização, alguns autores costumam apontar que a conduta de corrupção indica uma confusão de interesses, “*uma interposição de interesses privados de natureza econômica (do funcionário público e de um terceiro) sobre o interesse público, que gera o enriquecimento pessoal do agente público corrupto*”⁸⁵.

Conforme observado por Alamiro Salvador, uma das características comuns na trajetória histórico-jurídica do delito de corrupção é “*o laço espúrio estabelecido entre o ambiente público e privado*”⁸⁶. É nessa ideia de confusão entre o público e privado que alguns autores fundamentam o conteúdo de injusto da corrupção passiva.

5.5 O INJUSTO DA CORRUPÇÃO COMO UTILIZAÇÃO DE UM CARGO PÚBLICO PARA BENEFÍCIO PRIVADO

Para essa concepção, o injusto da corrupção passiva está ancorado na utilização de um cargo público para o interesse privado do agente público ou, em outras palavras, a exploração do poder público para o próprio benefício. E isso está presente tanto quando o funcionário recebe um suborno para tomar uma decisão contrária aos seus deveres, como quando o faz para tomar uma decisão correta⁸⁷.

Segundo Rusca, James Lindgren desenvolveu a fundamentação da teoria, esclarecendo que, na *common law*, as leis mais antigas sobre corrupção surgiram a partir da preocupação com a ganância dos funcionários públicos e o modo em que obtinham sua renda, mas não guardavam relação com o problema da distorção que o recebimento da vantagem indevida poderia provocar na tomada de decisões. A corrupção se aproximaria de um modo de abuso de autoridade, por meio do qual os funcionários se aproveitam dos cidadãos e os privam de seus bens. O funcionário converte o poder que decorre do cargo (e, portanto, não lhe pertence) para seu benefício pessoal.

O injusto da corrupção, nessa visão, consiste na exploração e abuso do poder público em benefício privado. Essa visão guarda relação com a ideia de exploração de interesses de terceiros para benefício pessoal (o funcionário assume o cargo público para defender interesses de

⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume II – parte especial*. 6. ed. Baseada na 16. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*.

⁸⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, v. 933, p. 47-59, jul. 2013.

⁸⁷ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 48.

terceiros, não para benefício pessoal). Para Lindgren, este aproveitamento parasitário do poder público pelos funcionários públicos é o que explica o injusto da corrupção⁸⁸.

Rusca entende que essa perspectiva possui similitudes com o enfoque que concebe o injusto da corrupção como um abuso de poder através da perversão do público com o privado, defendido por Greco e Teixeira, em relação ao “injusto de recebimento indevido de vantagem” na Alemanha (§§331, 333 StGB), o que corresponde a corrupção simples do nosso ordenamento jurídico (art. 317, “caput”, do CP).

Em relação ao delito de corrupção simples, esses autores apontam que funcionários públicos, enquanto braços do Estado, são detentores de poder. Uma premissa liberal é que o poder sempre carece de legitimação e justificação. A função ou serviço público é uma atividade fiducial, no interesse de terceiros. Para garantir que o funcionário permaneça fiel a seu serviço, precisa dissociar-se da esfera pessoal ou privada. Segundo os autores, “*nada contradiz mais diretamente essa ideia do que o fato de o servidor fazer o exercício de sua função depender de fatores pessoais*⁸⁹”. E concluem que problemática é não só a interferência pública em assuntos privados, mas também a interferência privada na consecução de tarefas públicas:

Em suma: o servidor do Estado, que conecta seus serviços a vantagens, sejam essas para ele mesmo ou para terceiros, abuso 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*⁹⁰.

O foco da abordagem de Greco e Teixeira, a nosso ver, parece ser a proteção da esfera de liberdade dos cidadãos que seria afetada com o “*abuso de poder condicionado por vantagem*”. A preocupação central não parece estar no patrimônio ou enriquecimento indevido do funcionário público, mas no risco que essa obtenção de vantagem privada representa para o exercício do poder público e, em consequência, à esfera de liberdade dos cidadãos. A “relação interna” da vantagem com o abuso de poder é expressada, na corrupção simples, pela perversão da coisa pública em um benefício privado. A vantagem ou o benefício privado é o elemento essencial da corrupção simples na medida em que é suficiente para representar o *exercício indevido do poder* pelo agente, investido para tanto por delegação de seu titular. E isso coloca em risco a organização do estado liberal e a esfera de liberdade dos indivíduos (terceiros), ainda

⁸⁸ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 50.

⁸⁹ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 29.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 29-30.

que o ato final praticado pelo funcionário público – isoladamente considerado e dado como contrapartida à vantagem recebida – seja lícito ou esteja de acordo com os deveres do cargo.

Uma consequência da abordagem de Greco e Teixeira é que o injusto da corrupção simples não se refere a qualquer vantagem pessoal relacionada à função, mas apenas *ao recebimento, aceitação ou solicitação de vantagens que não se movem na esfera pública*. Concluem os autores, para a corrupção simples:

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. Apenas a combinação com vantagens privadas, para o próprio funcionário ou para terceiros, constitui corrupção simples⁹¹.

A relação indevida entre troca de vantagem e exercício da função, portanto, seria restrita à vantagem privada, que está fora da esfera pública. Qualquer vantagem que se move no plano da esfera pública, ainda que oferecida ou recebida em troca do exercício da função ou da prática de ato de ofício, não constitui corrupção simples, em que pese poder configurar corrupção com infração funcional⁹².

⁹¹ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 33.

⁹² *Ibid.*, p. 29-33.

Os autores entendem que o injusto da corrupção com infração funcional, equivalente ao art. 317, § 1º, do CPB, prende-se a uma mesma raiz: ideia liberal de necessidade de justificação de toda posição de poder. No entanto, no caso da corrupção com infração funcional, a separação entre a esfera pública e privada coloca-se em segundo plano, considerando que o ato praticado em violação funcional representa uma violação à legalidade que, por si só, evidencia o abuso de poder em prejuízo da liberdade dos subordinados. Conforme esclarecem os autores: “*o poder deve pôr-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 por meio da lei. Com isso se chega à ideia central por trás da corrupção com infração funcional: a vinculação do serviço público à lei (e ao direito), portanto, o princípio da legalidade do Estado ou da administração pública*”.

Os autores indagam, contudo, por que o menoscabo da legalidade da administração, ocasionado pela corrupção, deve ocorrer por meio de vantagens. Por qual razão outros métodos, possivelmente mais efetivos, de influenciar o detentor de poder são aqui excluídos? A especificidade da violação da legalidade por meio de vantagem, segundo os autores, está no especial perigo que a aspiração dessas vantagens indevidas representa para o Estado que aspira realizar o bem comum, mas que está vinculado a fazê-lo somente no interior das fronteiras da lei. Segundo os autores, “leis são programas condicionais e não programas finalísticos”. Vantagens fazem de um programa condicional um programa finalístico; “elas contradizem, assim, de forma frontal a ideia de vinculação à lei” [...] “*O injusto da corrupção com infração funcional reside, conseqüentemente, no abuso de poder por meio do desrespeito, condicionado por um recebimento de vantagem, à ideia de legalidade do serviço público*”. Os autores concluem que “*como o injusto de 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*”.

A crítica a essa abordagem parte de Rusca⁹³, ao afirmar que a teoria não explica o caráter especificamente desvalioso da corrupção, tendo em vista que esse abuso do poder público pelo recebimento de vantagem privada está presente em diversos outros delitos praticados contra a administração pública. A título de exemplo, cita o delito de peculato, por meio do qual o funcionário público desvia ou se apropria de valor que tem posse em razão do cargo público. Ou seja, obtém um benefício privado em razão do exercício da função pública.

Rusca aponta, ainda, que a teoria não é suficiente para distinguir a conduta de corrupção de outros tipos de contribuições ou vantagens recebidas, como presentes ou doações eleitorais, tendo em vista que nesses casos também há um benefício privado atrelado ou decorrente da função pública. Em sua visão, a teoria é insuficiente por não destacar o acordo expresso ou implícito por meio do qual o funcionário público se compromete a agir em favor do doador e, em razão disso, não permite distinguir corrupção de doação eleitoral ou presentes⁹⁴.

A nosso ver, essa última crítica desconsidera que a qualidade fundamental da corrupção – expressada pela teoria da perversão da coisa pública em um benefício privado – é apresentada para esclarecer o conteúdo do conceito normativo de “pacto de injusto”, que pressupõe a relação de equivalência entre vantagem e exercício da função pública. Ou seja, os autores reconhecem como necessária a relação bilateral sem a qual não haveria delito de corrupção, o que torna insubsistente a crítica nesse particular aspecto.

De outro lado, a crítica possível parece estar na aplicação dessa teoria para esclarecer o caráter especificamente desvalioso da corrupção nos casos de doações eleitorais oferecidas e recebidas em razão do exercício da função pública. É o caso, por exemplo, do agente político que aceita uma contribuição para sua campanha eleitoral em troca da defesa de projeto legislativo que reflete o interesse de determinado grupo doador. Constatada a relação de equivalência entre vantagem recebida e exercício da função política, a doação eleitoral deve ser considerada vantagem privada ou pública e, em consequência, delito de corrupção ou prática política legítima? Essa questão central será retomada abaixo, tendo em vista que também se coloca na denominada “teoria do valor externo”, desenvolvida para explicar o conteúdo do delito de corrupção e sua distinção em relação as trocas políticas legítimas.

⁹³ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 51.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 51.

5.6 A TEORIA DO “VALOR EXTERNO”: CORRUPÇÃO COMO CRUZAMENTO DE FRONTEIRA ENTRE DISTINTAS ESFERAS DE VALOR

Uma proposta aparentemente coerente com a anterior é apresentada por HELLMAN⁹⁵, ao analisar o problema da aplicação do delito de corrupção no contexto político eleitoral norte-americano, com base na definição do delito prevista na lei federal daquele país.⁹⁶ A autora demonstra que as propostas interpretativas mais comuns em torno da definição legal do delito de corrupção⁹⁷ não são suficientes para diferenciar o campo abrangido pela proibição penal de condutas intuitivamente legítimas, como doação em razão de promessa de campanha eleitoral e troca de votos entre parlamentares para apoio em projetos legislativos (“logrolling”), a exigir uma explicação suplementar sobre o conteúdo de injusto da corrupção.

Ao afastar a abordagem da corrupção baseada na violação de dever (representada pela teoria da deslealdade, que será analisada no tópico seguinte), Hellman apresenta a proposta denominada teoria do “valor externo”. A ideia básica é que a corrupção exige um cruzamento

⁹⁵ HELLMAN, Deborah. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, v. 38, n. 6, p. 1947-1992, ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2828840>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁹⁶ 18 U.S. Code § 201 – Bribery of public officials and witnesses. Texto disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/201>. A lei prevê que comete corrupção qualquer pessoa que “(1) directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent—(A) to influence any official act (B) to influence such public official or person who has been selected to be a public official to commit or aid in committing, or collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or (C) to induce such public official or such person who has been selected to be a public official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official or person”.

A modalidade passiva da corrupção é definida de modo similar: “(2) being a public official or person selected to be a public official, directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity, in return for: (A) being influenced in the performance of any official act; (B) being influenced to commit or aid in committing, or to collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or (C) being induced to do or omit to do any act in violation of the official duty of such official or person”.

Nessa definição, em síntese, determinada pessoa comete corrupção se dá, oferece ou promete; qualquer coisa de valor; para um agente público; com o propósito de influenciar um ato oficial; e faz isso de modo corrupto (“corruptly”). Segundo Hellmann, esse termo “corruptly” sugere que algumas vezes dar, oferecer ou prometer vantagem para um agente público (o que também é válido para a modalidade passiva) para influenciar um ato oficial constitui corrupção e outras vezes não. E a lei não esclarece o significado do termo, a exigir o desenvolvendo teórico para preenchimento desse conteúdo normativo. É o que ela pretendeu realizar com sua “teoria do valor externo”.

⁹⁷ Essas propostas são semelhantes àquelas extraídas da interpretação do enunciado legal do delito de corrupção previsto na lei brasileira. Como visto, por aqui, a definição de corrupção como troca de vantagem indevida por ato de ofício ou exercício da função não resolve o problema ao se considerar o contexto político eleitoral. Em igual sentido, a partir da lei federal americana, a autora demonstra que a interpretação mais restritiva do tipo, ao dizer que corrupção exige uma troca de favores (“quid pro quo”), ou ainda, um acordo entre as partes, para além do mero propósito de influenciar a prática de um ato oficial, também tende a transformar acordos políticos (doação eleitoral em troca de uma promessa de campanha; troca de votos entre legisladores etc.) em corrupção, o que exige uma explicação suplementar para superação do problema.

de fronteira entre distintas esferas de valor. Ou seja, troca da função política (ou ato oficial, como previsto na lei norte americana) por algo de valor de fora da esfera política. Daí o denominado “valor externo”. Nessa visão, aquelas trocas que se movem dentro da esfera política não podem constituir delito de corrupção.

A autora parte de um exemplo cotidiano do uso da palavra “bribe” para explicar sua abordagem: alguns pais afirmam que “subornam” seus filhos para que eles façam o dever da escola ou para que limpem o jardim. Outros pais, em relação a esse mesmo contexto, dizem que remuneram ou simplesmente pagam os filhos, não se utilizando da palavra “suborno”. Qual a diferença? A autora explica que alguns pais chamam “suborno” porque acreditam que dinheiro não é uma recompensa apropriada para uma realização acadêmica. Uma boa avaliação escolar (atribuição de notas altas) em troca de um bom desempenho acadêmico, ao contrário, dificilmente poderá ser chamada de “suborno”.

Segundo Hellman, isso ocorre porque as avaliações acadêmicas, como a atribuição de notas aos estudantes, são vistas como parte da mesma esfera de valor das realizações acadêmicas⁹⁸. Partindo dessa espécie de intuição ou visão social compartilhada sobre o que é uma conduta corrupta, a autora considera que o delito de corrupção envolve o cruzamento de fronteira entre distintas esferas de valor. Corrupção política, portanto, é a troca, ou o acordo para a troca, de um ato político por algo de valor de fora da esfera política.

De acordo com a abordagem do “valor externo”, os exemplos de troca de votos entre agentes políticos não constituem corrupção. Por exemplo, o político X concorda em votar em favor do projeto legislativo do político Y se esse, por sua vez, votar em favor de um projeto do interesse de X. De igual modo, podemos pensar no caso dos acordos entre membros do Poder Legislativo e Executivo para a execução de emendas ao orçamento anual (as denominadas “emendas parlamentares”): ato do presidente da república para a transferência e eventual execução de recurso previsto em emenda à lei orçamentária proposta por algum parlamentar em troca do apoio desse deputado ou senador aos projetos legislativos de interesse do governo.

Considere outro caso hipotético similar para ilustrar a repercussão prática da teoria: o deputado federal X concorda em votar em favor de determinado projeto legislativo de interesse do governo, em troca de sua nomeação para ocupar determinado Ministério. Há um acordo entre as partes e o voto é determinado diretamente em razão do pretendido cargo de Ministro de Estado. Além disso, o parlamentar tem ciência de que não há indicação de que o projeto

⁹⁸ HELLMAN, Deborah. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, v. 38, n. 6, p. 1971, ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2828840>. Acesso em: 30 set. 2021.

legislativo atende ao interesse público ou, ao menos, demandaria maiores estudos antes da sua votação e aprovação.

Para a autora, o caso narrado acima não constituiria corrupção, porque o voto parlamentar e a nomeação para cargo político (Ministro de Estado) estão inseridos dentro do campo político (dentro da mesma esfera de valor). Assim, por não representar a troca de atos oriundos de diferentes esferas de valor, o acordo não pode constituir corrupção, ainda que possa representar violação de algum dever funcional ou mesmo dever ético ligado ao desempenho da função.

É interessante notar que a definição da corrupção nesses termos não explica por qual razão é errado o cruzamento de fronteira entre distintas esferas de valor. A autora cogita que isso pode ser errado por viciar o processo de decisão dos agentes públicos. Em nossa visão, é possível fundamentar a ilicitude da conduta explicada pela teoria do valor externo na ideia de que os agentes políticos exercem atividade fiducial, no interesse de terceiros (conforme destacado por Greco e Teixeira no item anterior), que seria afetada na hipótese de aceitação, solicitação ou recebimento de algo de valor de fora da esfera política para o exercício da atividade política.

De outra ponta, Hellman reconhece que a teoria do “valor externo” suscita relevantes questões normativas sobre a definição do delito de corrupção. Primeiro, a autora esclarece que se trata de uma abordagem “não moral”: quando diz que o voto do eleitor ou votação parlamentar em favor de um projeto de lei é um ato político, assim o faz tendo em conta como esses atos são vistos pela sociedade. Daí surgem algumas questões normativas relacionadas ao delito: como devem ser delineados os domínios de valor? Quem deve decidir as respostas para essa questão?

Para ilustrar, Hellman volta aos exemplos dos filhos que recebem dinheiro para limpar o jardim ou para ter um bom desempenho escolar. Segundo a autora, há uma importante distinção entre uma questão empírica (varrer folhas no quintal é uma obrigação familiar naquela específica família?) e uma questão normativa (as crianças devem ser obrigadas a varrer folhas no quintal como parte de suas obrigações como membros de uma família?). Por meio de um juízo normativo, os pais decidem se os filhos devem ter a obrigação de varrer o quintal. Perguntam se um filho deve contribuir com sua família nessa tarefa. Assim, determinar onde fixar a fronteira entre esferas de valor envolve questões normativas.

A segunda questão normativa relacionada a corrupção é: “quem deve determinar onde as linhas entre as esferas de valor devem estar?” Ainda com base no exemplo familiar, Hellman argumenta que nós podemos dizer que os pais devem determinar se varrer as folhas é uma

obrigação familiar em sua família ou não. Esta visão de que os pais devem decidir sobre sua família se fundamenta no entendimento sobre os direitos dos pais. Analogamente, quem deve decidir quais atos são inseridos na esfera política em determinada sociedade? Alguns podem pensar que são os legisladores livremente; ou os legisladores limitados pela Constituição; ou, por fim, alguns podem considerar que isso decorre diretamente da Constituição Federal. Todas são hipóteses que se fundamentam na interpretação constitucional e na teoria democrática – não na teoria da corrupção, conforme esclarece a autora.

Nesse sentido, a possibilidade de distinguir corrupção política de uma contribuição eleitoral depende da existência de fronteira entre atos ou coisas de valor político e atos ou coisas de valor não político. Pressupõe a definição sobre qual esfera de valor pertence a contribuição para campanha eleitoral e qual a fonte dessa delimitação.

Nessa visão, portanto, o injusto penal de corrupção é delimitado por elementos eminentemente normativos⁹⁹. A aplicação do tipo penal exige ulteriores interpretações relacionadas a delimitação das respectivas esferas de valor. Essa tarefa traz consigo um importante questionamento, como visto, relacionado a quem e quais são as possíveis fontes que definem o que está inserido no campo político ou privado.

Caso se admita a teoria, é relevante notar que a lei penal não define ou delimita as distintas esferas de valor. Como afirmado pela autora, essa é uma tarefa relacionada a teoria constitucional e da democracia. Assim, a lei penal confere o sentido da conduta proibida. Mas dentro dessa previsibilidade semântica – “é proibido a troca de ato político por algo de valor de fora da esfera política” – há um espaço de indeterminação acerca do conteúdo inserido em cada esfera. A lei penal – e não parece mesmo ser esse seu papel – não aponta o que caracteriza a função política ou o ato político e o que está inserido fora desse âmbito. Para tanto, é necessário analisar como o campo é delimitado pela ordem social e normativa primária.

Essa abordagem revela por que a doação eleitoral é um caso difícil, justamente em razão da dificuldade em saber se e quando está inserida dentro do domínio da política¹⁰⁰. Aparentemente, a doação eleitoral pode ser entendida como ato político, relacionado a eventual direito de participação política, ou simplesmente como vantagem financeira pessoal de fora do âmbito político.

⁹⁹ Para o aprofundamento sobre o tema dos elementos normativos, conferir (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, Norma e Injusto Penal*: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 85, p. 219-235, 2010).

¹⁰⁰ HELLMAN, Deborah. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, v. 38, n. 6, p. 1989, ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2828840>. Acesso em: 30 set. 2021.

A compreensão da corrupção nesses termos, ao apresentar o desafio da delimitação das esferas de valor político ou não político, à semelhança da categoria dogmática do “risco permitido”, parece trazer para dentro do juízo especificamente penal valorações externas à lei penal, oriundas da representação social e normativa da realidade, especialmente na delimitação do que está inserido na esfera política.

O injusto penal não perde seu conteúdo material próprio, mas necessita reconhecer como as distintas esferas ou campos são delimitados pela ordem normativa primária. Isso significa que não cabe ao juízo penal definir o que “deveria estar” na esfera política ou privada, mas reconhecer o que está nessa esfera de acordo com a regulação anterior. Para tanto, o juízo penal teria uma perspectiva externa ou empírica: reconhecer como a sociedade e a ordem normativa primária delimitam o que está no campo político em um dado momento histórico e cultural, o que seria passível de alteração em outro contexto histórico e cultural. Concretamente em relação a nosso problema: identificar quando a doação eleitoral está inserida na esfera política, de acordo com a definição prévia ao direito penal.

A teoria do valor externo, portanto, fornece uma explicação sobre o conteúdo da corrupção com remissão à ordem constitucional e eleitoral, porque é a partir daí que se pode compreender a natureza da doação eleitoral ou sua respectiva esfera de valor: se ato político, pessoal ou de natureza dúplice a depender de alguns indicadores. Se for sempre ato político, talvez nunca possa constituir vantagem para fins de corrupção (ao menos corrupção simples, conforme será visto ao final). Se constituir vantagem de fora do âmbito político, poderá ser vista como elemento de um injusto penal de corrupção.

Rusca critica a teoria do valor externo por entender que ela não permite distinguir corrupção de condutas diversas em que também há cruzamento de fronteira entre distintas esferas de valor, como no caso da prostituição ou venda de órgãos. Em segundo lugar, alega que a teoria do valor externo – o que é aplicável à teoria do abuso do poder público em benefício privado – exclui do conceito de corrupção acordos que não possuem diferenças relevantes com qualquer outro caso e, portanto, deveriam estar compreendidas como corrupção. Ou seja, deixa de fora condutas que claramente constituem corrupção¹⁰¹. Para explicar essa crítica, o autor apresenta os seguintes exemplos:

¹⁰¹ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 57.

A. O legislador C, membro do partido governante, está encarregado de reunir votos necessários para aprovar importante reforma da legislação trabalhista. C manifesta ao legislador D, membro do partido opositor, que está disposto a nomear a esposa de D como assessora técnica do Congresso se, por sua vez, D votar em favor do projeto de reforma. D aceita a oferta.

B. O juiz X tem sob sua responsabilidade a tramitação de um caso que compromete um familiar do juiz Y. Y alega a X que está disposto a nomear o filho de X com um cargo em sua Vara se, por sua vez, X proferir uma sentença de extinção do processo no qual está imputado seu familiar. X aceita a oferta¹⁰².

Rusca sustenta que nos dois exemplos apresentados não se tem, verdadeiramente, um cruzamento de limites entre diferentes esferas de valor. Ao contrário, em ambos os casos o intercâmbio tem por objeto bens de um mesmo âmbito de valor (político/político – judicial/judicial). E as práticas descritas acima são substancialmente diferentes da troca de votos entre parlamentares e outras práticas políticas legítimas. O autor aponta que nos dois exemplos se poderia dizer que C subornou D com um cargo para sua esposa. Por sua vez, Y subornou X com um cargo para seu filho.

Além de excluir condutas que seriam corrupção, o autor aponta que a teoria inclui mais do que estaria abrangido pelo delito de corrupção. Nesse aspecto, apresenta o seguinte exemplo: em um procedimento licitatório, determinado funcionário público responsável deve adjudicar o objeto à empresa privada vencedora do certame para a construção de uma obra hídrica em área desértica do país. O funcionário decide adjudicar o objeto à empresa vencedora da licitação porque, além de vencer o certame, a empresa ofereceu uma importante quantia ao Estado para construção de hospitais e escolas naquela região.

Nessa hipótese, o autor alega que teria lugar o cruzamento de fronteira entre diferentes esferas de valor, em razão da adjudicação do objeto da licitação em troca de dinheiro doado ao Estado para construção de hospitais. E entende que essa classe de situações deveria ser algo diferente do que é corrupção¹⁰³. Em que pese a crítica, nos parece que seria perfeitamente possível dizer, em relação a esse último exemplo, que a contrapartida oferecida pela empresa também se move na esfera pública (doação ao estado para construção de obras públicas), o que tornaria insubsistente a crítica nesse particular aspecto. Ficaria em aberto, de todo modo, a crítica a partir dos exemplos do legislador C e juiz X, o que tornaria mais consistente, na visão dos críticos, a teoria da deslealdade explicitada abaixo.

¹⁰² RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 57-58.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 58-59.

5.7 A TEORIA DA DESLEALDADE

Na visão dessa teoria, a aceitação, solicitação ou recebimento de vantagem indevida em troca do exercício da função pública *viola um dever de lealdade que decorre de determinado cargo, posição ou prática*. É na violação do dever de lealdade posicional que reside o fundamento da corrupção passiva, conforme teoria desenvolvida por Green¹⁰⁴.

O autor propõe a seguinte definição de corrupção:

X (quem recebe o suborno) é subornado por Y (quem o oferece), se e somente se: 1) X aceita, ou acorda aceitar, algo de valor proveniente de Y; 2) em troca de que X atue ou acorde atuar em favor de certo interesse de Y; 3) infringindo um dever de lealdade próprio de X, que se depreende de sua função pública, posição ou trabalho¹⁰⁵.

A definição da corrupção parte da relação bilateral entre corruptor e corrupto, representada pelo acordo ou troca de algo de valor pelo exercício da função pública, o que guardaria correspondência com o contorno formal da corrupção passiva definida pela lei brasileira. O primeiro aspecto da definição, portanto, é a existência dessa relação bilateral, o que permitiria, desde logo, distinguir corrupção de presentes ou mesmo doações (unilaterais) para campanhas eleitorais. Da perspectiva do funcionário público, é necessário que ele consinta em se deixar influenciar na realização de ato próprio de seu cargo¹⁰⁶. Em seguida, Green acrescenta a violação do dever de lealdade na definição do delito de corrupção como meio de distinguir a conduta penalmente proibida de outras práticas legítimas. E assim faz levando em conta a relação entre quem exerce a função (agente) e seu “principal” (em nome de quem a função é exercida). Nessa visão, o que fundamenta o injusto penal é justamente a violação do *dever de lealdade* do agente em relação ao seu principal.

¹⁰⁴ GREEN, Stuart P. (Edit.). *What's wrong with bribery*. In: DUFF, Antony; GREEN, Stuart P. *Defining crimes: essays on the criminal law's special part*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 143-167. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228243346_What's_Wrong_With_Bribery. Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁰⁵ “As a framework for analysis, then, I propose the following working definition of bribery: *X (a bribee) is bribed by Y (a briber) if and only if: (1) X accepts, or agrees to accept, something of value from Y; (2) in exchange for X's acting, or agreeing to act, in furtherance of some interest of Y's; (3) by violating some duty of loyalty owed by X arising out of X's office, position, or involvement in some practice*”. (GREEN, Stuart P. (Edit.). *What's wrong with bribery*. In: DUFF, Antony; GREEN, Stuart P. *Defining crimes: essays on the criminal law's special part*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 145. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228243346_What's_Wrong_With_Bribery. Acesso em: 30 set. 2021).

¹⁰⁶ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 59. Ocorre que, como visto, contribuição para campanha eleitoral pode ser oferecida e aceita em troca de um ato do agente político em favor do interesse do doador.

Segundo Green, lealdade cria em alguém uma obrigação *prima facie* de agir no melhor interesse de uma pessoa ou causa em particular, ainda quando contrário ao seu próprio interesse. O autor considera que a lealdade pode ter por objeto determinado indivíduo, grupo ou instituição (perspectiva interpessoal), ou ainda causas, ideias e práticas¹⁰⁷.

Deslealdade, por sua vez, é mais do que mera ausência de lealdade. Pressupõe um anterior dever de lealdade que passa a ser descumprido, em prejuízo do vínculo ou ligação com o principal. O autor esclarece que o conceito de lealdade é um pouco diverso do conceito de dever fiduciário, porque esse último pressupõe um vínculo jurídico definido. E a ideia de lealdade pode surgir em outros âmbitos, por ser basicamente um conceito moral (como no caso da lealdade entre amigos ou parentes).

O autor utiliza esse conceito de deslealdade para analisar o dever titularizado pelo funcionário público em razão de seu cargo ou posição. Apresenta os seguintes exemplos: L é um legislador que foi eleito para representar determinado grupo de interesse. X ofereceu a L dinheiro para que o legislador vote em projeto legislativo de interesse de X, que é contrário aos interesses dos representados de L. O legislador aceita a vantagem e vota em favor do projeto legislativo de interesse de X.

Segundo Green, aqui claramente L foi desleal com seus constituintes (“principal” da relação) e com o ideal de seu cargo ou função, porque se espera de agentes públicos que resistam às tentações que possam surgir pelo caminho, de modo a agirem no melhor interesse de suas instituições ou representados, ao invés de atuarem no interesse de terceiros.

Considere outro exemplo apresentado pelo autor, relacionado a violação de dever de lealdade à instituição ou princípios: o juiz J, aceita dinheiro para julgar um caso em favor de X, em detrimento da outra parte do processo Y. Nesse caso, J não foi desleal com Y particularmente, porque não tinha um anterior dever de lealdade com quaisquer das partes. Mas podemos dizer que J foi desleal com sua função judicial, que possui o ideal de imparcialidade, ou com o público em geral. Aqui, é preciso aceitar um anterior dever de lealdade à instituição ou princípios e ideias, o que pode ser uma questão controversa para alguns.

¹⁰⁷ “The best view, it seems to me, is that one can be loyal to both people and causes or ideals (or, to put it homophonically, to both principals and principles)”. (GREEN, Stuart P. (Edit.). *What's wrong with bribery*. In: DUFF, Antony; GREEN, Stuart P. *Defining crimes: essays on the criminal law's special part*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 154. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228243346_What's_Wrong_With_Bribery. Acesso em: 30 set. 2021).

Por fim, Green apresenta o exemplo de um boxeador que aceita dinheiro para entregar a luta. Aqui não há deslealdade com uma pessoa ou instituição pública ou cargo. Mas há deslealdade com a prática do boxe ou com os ideais da prática ou competição esportiva.

A partir desses exemplos, Green sustenta que para definir se alguém cometeu corrupção, é necessário determinar se, de fato, o sujeito violou um dever posicional ou relacionado a alguma prática. Outro exemplo apresentado pelo autor – não relacionado a corrupção pública – pode esclarecer a ideia de dever de lealdade que decorre de uma posição ou função: se W, um garçom em um restaurante, aceita dinheiro de C, um cliente, em troca de dar a C melhor mesa do que ele teria recebido de outra forma, nós não podemos saber se W aceitou propina ao menos que saibamos exatamente o que a posição de W envolve, incluindo se ele tem o dever de atribuir as mesas imparcialmente. Pode ser que o dever de W seja meramente de prover adequado serviços para determinado grupo de clientes. De outro lado, se W aceitou dinheiro de C em troca de ignorar todos outros clientes e atender exclusivamente C, então parece que W teria violado um dever posicional.

Segundo Green, o foco no escopo do dever posicional do suposto corrupto é também útil para compreender o que parece, à primeira vista, ser um tipo de variação cultural nas atitudes em relação a corrupção. A sugestão do autor é que diferenças culturais relacionadas a percepção da corrupção podem ter menos a ver com o grau que a corrupção e deslealdade são toleradas em determinado local do que com as diferentes maneiras em que os deveres posicionais são definidos nos vários sistemas.

A partir daqui, caberia questionar qual o específico dever de lealdade que emerge do exercício de uma função pública ou política. Em especial, diante das situações em que o agente político recebe, aceita ou solicita vantagem para atuar, ao menos aparentemente, no exato interesse de seus representados. Dito de outro modo, recebe propina para fazer a “coisa certa”. O funcionário pratica o ato que já seria esperado ou mesmo exigido no exercício da função pública, levando em conta o interesse de seus representados. Haveria também aqui uma violação do dever de lealdade que decorre do exercício da função política?

Green responde essa questão alegando que o paradigma da corrupção envolve três partes: A, o corruptor; B, o que recebe, aceita ou solicita a propina (“o corrupto”), e C, o principal de B. Segundo o autor, o propósito do corruptor é fazer B agir em seu interesse, o que provavelmente contraria o interesse do principal, a quem B deve lealdade. Se eventualmente o ato praticado por B também atender aos interesses do “principal”, isso não mina a teoria da deslealdade.

Na sua visão, a ilicitude da conduta daquele que aceita ou solicita propina para fazer “a coisa certa” não decorre do conteúdo do ato que pratica em contrapartida à vantagem recebida (se esse ato em si atende ou não aos interesses de seus representados), mas sim do fato de o agente público tomar sua *decisão baseada nos motivos errados*. De acordo com o autor, a partir do exemplo do legislador que recebe propina para praticar um ato que atende ao interesse de seus representados, o dever de lealdade que deve aos seus principais não é de adotar uma ou outra decisão em particular, mas de tomar decisões em razão dos interesses do principal. Se o legislador L aceita dinheiro de um corruptor para agir em seu interesse, mas que também fortuitamente atende o interesse de seus representados (principais), é difícil dizer que ele cumpriu o dever de lealdade com seu principal. Por isso, é possível dizer que L praticou corrupção mesmo que tenha votado “corretamente”.

A resposta de Green, portanto, sugere que a deslealdade não reside na decisão que, efetivamente, toma o funcionário, mas no fato de a decisão se basear em uma *razão equivocada*. No exemplo trazido por Rusca, extraído de Michael Philips¹⁰⁸, o juiz que aceita dinheiro para absolver o acusado que seria absolvido de todo modo, conforme as provas produzidas no processo, ainda assim comete corrupção, porque decidiu pelas razões erradas.

Segundo essa visão, o injusto de aceitar, solicitar ou receber vantagem indevida em razão do exercício da função envolve uma especial forma de deslealdade: quando o agente estatal recebe um suborno, em vez de tomar uma decisão em função dos interesses de seus representados ou de acordo com os princípios aos quais deve fidelidade, decide segundo o que convém ao terceiro que oferece a vantagem. Nessa perspectiva, a corrupção constitui uma espécie de traição, posto que o funcionário passa para o “outro lado”, isto é, deliberadamente decide promover os interesses do corruptor, em vez da causa, instituição ou interesse que deve representar. Decide com base em um procedimento equivocado¹⁰⁹.

Segundo entende Rusca, essa abordagem permite diferenciar corrupção de presentes ou outras situações de conflito de interesse: o juiz que aceita algumas garrafas de vinho ou presentes de um advogado da causa, pode se colocar numa situação de conflito de interesses. Ou o juiz que não declara sua suspeição ou impedimento de julgar um caso envolvendo seu credor, por exemplo. Mas ao aceitar o presente, não pratica, necessariamente, a conduta de corrupção passiva. O delito de corrupção requer algo mais. E esse algo mais é que o juiz pode receber o presente (garrafas de vinho, por exemplo) de um advogado que quer influenciá-lo na causa ou ganhar sua simpatia, e ainda crer que o presente não afetará sua decisão. Nesse caso,

¹⁰⁸ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 62.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 61.

o juiz “não passou para o outro lado”, ainda que essa conduta de receber o presente possa representar alguma outra ilicitude ou incorreção. Segundo o autor, nesse exemplo, o juiz não tomou a decisão de promover os interesses do corruptor sobre os deveres e princípios que regem o exercício de seu cargo¹¹⁰.

Por fim, o mesmo autor destaca que a teoria da deslealdade também permite estabelecer um critério para distinguir corrupção de outras práticas legítimas, como o intercâmbio de votos (*logrolling*) ou negociações políticas ordinárias. Na sua visão, o legislador L que acorda em votar a favor de um projeto de lei X em troca de que outro legislador vote a favor de um projeto de lei Y de interesse de L e de seus representados, não se comporta deslealmente com seus eleitores, porque o acordo tem em conta seus interesses. Ao contrário, se decide votar em favor de um projeto de lei por dinheiro ou outro benefício pessoal, comete o delito de corrupção, posto que isso implica em deixar de lado os interesses dos cidadãos que ele representa¹¹¹.

A teoria da violação do dever de lealdade é criticada por Hellman. De início, a autora aponta que, ao enfatizarmos que o injusto da corrupção está no exercício da função pela razão errada, o caso de *logrolling* legislativo começa a soar como uma espécie de corrupção, tendo em vista que o legislador L vota em favor de determinado projeto legislativo *em razão* do acordo que fez com o outro legislador (e não porque o projeto específico que L votou é do interesse de seus eleitores) e, portanto, fazendo esse acordo, o legislador violaria o dever que emana de seu cargo¹¹².

A autora reconhece que há uma forma de contornar essa objeção inicial: é possível considerar que o acordo em si (não o específico voto em favor do projeto legislativo de interesse do outro legislador) é celebrado no melhor interesse dos representados. Em outras palavras, o legislador acredita que a promessa de troca de votos, afinal, atenderá o melhor interesse de seus representados. Por isso, atua de acordo com o dever de lealdade que emana de seu cargo e não comete corrupção.

No entanto, Hellman aponta a dificuldade da teoria em razão dos diferentes entendimentos possíveis acerca do dever de lealdade do cargo ou função levando em conta o interesse dos representados. Por exemplo, em vez de compreender que cumpre esse dever o agente político que atua de acordo com aquilo que ele entende ser o melhor interesse de seus representados, é possível pensar que o dever do cargo implica atuar de acordo com as

¹¹⁰ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons. 2020. p. 63.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 63.

¹¹² HELLMAN, Deborah. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, v. 38, n. 6, p. 1966, ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2828840>. Acesso em: 30 set. 2021.

preferências dos representados (aquilo que os representados entendem ser o melhor). Essa pequena diferença de entendimento sobre o dever do cargo poderia resultar em diferentes conclusões sobre a violação do dever e a configuração do delito de corrupção¹¹³. Se o dever de lealdade do agente político com seus representados exige que ele faça o que os representados querem, então a troca de votos (*logrolling legislator*) viola seu dever se os representados são contrários ao acordo. E quando há violação do dever de lealdade que emana da função, nesse contexto do recebimento de vantagem (representada pelo voto do outro parlamentar em favor do projeto legislativo de interesse de L), há corrupção. Isso se daria apenas naquelas situações em que os representados abominam esse acordo para troca de votos (entendendo o dever de lealdade como fazer aquilo que os representados querem).

Outro exemplo trazido pela autora é do candidato que promete votar contra qualquer projeto de lei que resulte em aumento de imposto, em troca de o eleitor votar em seu favor no pleito eleitoral. Ao fazer a promessa, o legislador se obriga a não aumentar impostos, independente das circunstâncias futuras, que poderiam exigir atuação diversa para defesa do interesse de seus representados. No entanto, se o dever de lealdade permite ou exige que o legislador faça o que seus representados querem em vez daquilo que serve aos seus interesses, então atuar de acordo com este compromisso (votar em determinado sentido pretendido pelo eleitor em troca do voto ou mesmo doação eleitoral) é precisamente o que o representado prefere.

Nesse ponto, a crítica da autora é que pode haver diferentes resultados a depender dos diferentes entendimentos sobre o dever que emana da função do agente eleito. Ainda no exemplo acima da promessa em troca de voto, pode-se entender que o dever de lealdade decorrente da função do agente eleito é fazer o que ele acredita ser melhor para o interesse de seus representados, em vez de fazer o que o representado quer. Se o legislador, ainda que defenda a baixa de impostos genericamente, entender que a situação concreta requer um aumento de impostos, então seu acordo para não aumentar impostos em troca do voto de seu representado viola seu dever com o cargo ou função e, por isso, constitui corrupção, o que é claramente uma conclusão que viola uma certa compreensão ou intuição social sobre o conteúdo do delito.

O argumento de Hellman é que, em alguns casos, agir nos termos de um compromisso ou acordo (fazer uma coisa porque vai receber outra) é precisamente o que se requer para

¹¹³ HELLMAN, Deborah. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, v. 38, n. 6, p. 1967, ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2828840>. Acesso em: 30 set. 2021.

atender aos interesses dos representados. Se esse é o caso, então o acordo de troca de votos ou vantagens (*logrolling agreements*) pode promover os interesses dos representados.

Para Hellman, como visto, a concepção de corrupção baseada no dever resulta na conclusão de que não podemos resolver se temos ou não um caso de corrupção até que saibamos precisamente quais são os deveres da função parlamentar (ou de outra função pública, a depender do caso sob análise). Diferentes concepções razoáveis sobre os deveres do legislador produzirão diferentes resultados. A autora reconhece que, por si só, essa constatação não descarta a concepção de corrupção baseada no dever. Talvez seja o caso de apenas descobrir quais são os reais deveres de uma função legislativa e, com isso, saberemos concretamente quais ações configuram ou não corrupção.

No entanto, a autora observa que essas diversas concepções plausíveis sobre os deveres do legislador indicam que há um espaço entre a violação de um dever legislativo e uma ofensa configuradora do delito de corrupção. Em sua visão, os casos descritos são plausíveis violações do dever legislativo e, ainda assim, ao mesmo tempo, claramente não configuram casos de corrupção. A autora reconhece que essa pode ser uma conclusão controversa. De todo modo, em sua visão, a concepção baseada no dever tem uma falha mais fundamental¹¹⁴.

A autora argumenta que se o agente político não viola o dever de lealdade ao tomar sua decisão em razão do interesse de seus representados, alguns casos claros de corrupção não seriam assim considerados se o agente político genuinamente acredita que a aceitação da vantagem servirá ao interesse de seus representados (constituintes). Hellman argumenta com o seguinte exemplo:

Caso do político prático. X, um agente oficial eleito está concorrendo à reeleição contra um candidato independente rico, Y, que prometeu gastar milhões de sua fortuna pessoal para derrotar X. Z, um sujeito igualmente rico, oferece gastar sua fortuna pessoal em suporte à X se X concordar em apoiar uma questão que favorece Z. Z promete igualar seus gastos com o de Y. X aceita a oferta, raciocinando o seguinte: “minha política beneficiaria meus representados mais do que a política de Y poderia. Se eu apoiar a questão que favorece Z, eu farei isso porque, de todo modo, isto beneficiará meus representados” (com o apoio financeiro de Z, derrotará Y na eleição).

A autora aponta que, no conceito de Green, o político prático não comete corrupção. X fez um acordo para aceitar algo de valor em troca de um ato oficial de uma maneira que isto não violou seu dever de lealdade com seus constituintes (representados). X apoiou o assunto de interesse do doador porque este caminho era o melhor para derrotar seu oponente na eleição,

¹¹⁴ HELLMAN, Deborah. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, v. 38, n. 6, p. 1969, ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2828840>. Acesso em: 30 set. 2021.

acreditando genuinamente que isso era o mais benéfico para seus representados. Como resultado, sua conduta está de acordo com seu dever¹¹⁵.

Para Hellman, o foco de Green na razão pela qual um ato oficial é praticado permite que qualquer agente político bem-intencionado faça qualquer coisa, contanto que ele acredite genuinamente que ajudará seus representados. Quando um agente público escolhe uma ação porque ela beneficia seus representados, não viola o dever da função pública e então não comete corrupção. Mas, como o caso do político prático ilustra, essa abordagem leva a “resultados perversos”.

Hellman aponta, ainda, que o caso do político prático talvez falseie a conexão atenuada entre o ato (apoio para favorecer o assunto de Z) e o interesse dos representados de X. No entanto, não é fácil dizer quão próxima a conexão deve ser. Se o agente político deve acreditar que um ato em particular (votação a favor de um projeto legislativo específico, por exemplo) beneficiaria ele mesmo seus representados, então o caso de troca de votos entre legisladores (*logrolling legislator*) também viola seu dever e assim configura corrupção. Ainda se permitirmos que o agente político considere as implicações mais amplas de seu ato para seus representados, então o político prático age de acordo com seu dever para com seus eleitores e, portanto, não comete corrupção. Por isso, a autora entende que não há um caminho fácil para sair desse dilema, o que a levou a apostar em outra abordagem, que é a teoria do valor externo vista no tópico anterior¹¹⁶.

Rusca, ao entender que o enfoque da deslealdade melhor compreende o injusto da corrupção, ainda que reconheça as dificuldades apontadas acima, tenta responder às objeções de Hellman. Quanto ao dever de lealdade e interesse dos representados, o autor propõe limitar a análise dos motivos do agente político que recebe a vantagem indevida à *razão imediata* pela qual toma a decisão¹¹⁷. Basicamente, é verificar se o acordo em si mesmo tem em conta o interesse dos representados, o que, na sua visão, forneceria um parâmetro para distinguir a troca legítima de votos e outras formas de negociação política de um caso de corrupção.

O legislador que vota em favor do projeto X para que outro legislador vote no projeto Y não comete corrupção porque o que recebe em troca de sua decisão diretamente beneficia seus representados. As razões pelas quais pretende favorecer seus representados são

¹¹⁵ HELLMAN, Deborah. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, v. 38, n. 6, p. 1969, ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2828840>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 1970.

¹¹⁷ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 67.

irrelevantes. Por exemplo, é irrelevante se agiu para ganhar uma medalha de melhor político do ano ou para agradar seus eleitores e garantir futura reeleição.

Segundo Rusca, o caso do político prático é diferente, porque a troca entre o candidato X e o doador Z beneficia o candidato diretamente (aumenta suas chances de vencer a disputa eleitoral) e o doador (atuação em seu interesse), e não as pessoas que ele pretende representar (demais eleitores). De todo modo, o autor considera que a resposta definitiva pode variar a depender da definição das obrigações de um candidato com o cargo eletivo. Por um lado, seria possível dizer que, ao contrário dos agentes eleitos, é legítimo para um candidato decidir futuras medidas de governo ou parlamentares em troca de um aporte para sua campanha eleitoral. Por exemplo, um candidato a legislador poderia assumir o compromisso de promover uma lei de redução de impostos à atividade de mineração em troca de que empresas do setor promovam doações para o financiamento de sua campanha. O postulante ao cargo somente teria um dever de transparência diante de seus eleitores. Nessa visão, o candidato teria discricionariedade de eleger sua atuação política de acordo com as contribuições eleitorais que receber (trocar o ato político a ser praticado por doação eleitoral). Por conseguinte, segundo esta concepção da função do candidato, “*não haveria nenhuma diferença entre os subornos e as contribuições para as campanhas eleitorais*”¹¹⁸.

Sob outro enfoque, continua Rusca, contribuições para campanhas eleitorais e subornos teriam natureza diferente. Em princípio, o parâmetro para a distinção estaria no acordo para que o candidato atue de certo modo. É dizer, se o candidato prometer atuar em determinado sentido *em razão da* contribuição eleitoral aceita, solicitada ou recebida, viola seu dever de lealdade com os demais eleitores e, com isso, comete o delito de corrupção. Ao contrário:

[...] se o empresário de mineração doa dinheiro para campanha eleitoral de um candidato ao legislativo, porque este prometeu previamente reduzir os impostos da atividade de mineração, se trataria de uma contribuição legítima, posto que o cidadão não exerceu influência sobre a decisão do receptor. Dentro de certos limites, oferecer apoio econômico aos candidatos que, segundo a opinião do eleitor, representarão melhor seus interesses, constituiria um ato válido de participação política¹¹⁹.

No caso da corrupção, a doação não se limita a respaldar ou apoiar determinado projeto político previamente definido. Em realidade, pretende “*influenciar uma decisão específica; portanto, segundo este enfoque, dito acordo envolveria a prática de corrupção, porque o candidato seria desleal com os demais eleitores*”¹²⁰.

¹¹⁸ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 66.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 66.

¹²⁰ RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 66.

De igual maneira, na visão de Rusca, é possível analisar o caso do legislador que aceita votar no projeto de lei X em troca de sua esposa receber um cargo político na administração do governo. Nesse caso haveria corrupção, porque o motivo imediato do ato praticado (votar no projeto de lei) é um benefício pessoal (cargo em comissão em favor da esposa). São irrelevantes as razões ulteriores ou de longo prazo sobre possíveis atos em favor dos interesses de seus eleitores.

Como visto, Rusca aponta que o determinante é verificar se o que o agente político recebe imediatamente em troca do exercício de sua função é um *benefício pessoal* ou, ao contrário, é *algo em favor de seus eleitores*. O autor afirma que receber dinheiro para financiar uma campanha eleitoral ou a nomeação de um parente para um cargo público são benefícios pessoais, ainda quando a longo prazo possa também trazer algum benefício para as pessoas que o político representa. Mas é importante destacar que o delito de corrupção tem lugar somente quando objetivamente o que se oferece ao funcionário é o motivo real de sua decisão. Ou seja, o agente político pratica o ato ou promete exercer sua função em razão do benefício pessoal, o que não atende ao interesse de seus representados. Na visão de Rusca, se o agente aceita ou recebe determinada vantagem, mas toma a decisão ou pratica o ato sem qualquer relação com essa vantagem (tomaria a decisão de qualquer maneira), caso seja possível aferir isso objetivamente, não cometeria corrupção, mas estelionato/fraude em face do corruptor (que, por sua vez, poderia cometer corrupção ativa)¹²¹.

5.8 SÍNTESE CONCLUSIVA

As diversas teorias analisadas pretendem explicar o caráter especificamente desvalioso do tipo penal de corrupção pública e sua diferença em relação as trocas políticas legítimas, que formalmente poderia coincidir com os elementos da lei penal. Como visto, a identificação do bem jurídico, por estar mais atrelada as consequências da conduta, não explica inteiramente o campo da proibição penal, relacionado ao desvalor específico de determinada conduta.

A teoria da mercantilização é criticada, a nosso ver, não pela incorreção de seu fundamento, mas por não destacar o caráter especificamente desvalioso da corrupção. É dizer: quando o agente transforma o exercício da função pública em um ato de mercado? Sempre que aceita, solicita ou recebe uma vantagem pessoal? A teoria não fornece uma resposta para essas questões.

¹²¹ Ibid., p. 68-69.

A teoria do abuso do poder via perversão da coisa pública em um benefício privado fornece uma explicação para essas questões. Na sua visão, como visto, a ilicitude da conduta está no abuso do poder estatal em violação à esfera de liberdade dos cidadãos, titulares do interesse que deve ser perseguido pelo agente político. Esse abuso de poder se verifica quando o agente atrela o exercício de sua função a um benefício privado. No caso da corrupção “com infração de dever funcional”, Greco e Teixeira apontam que, ainda que se trate de vantagem pública, o abuso de poder está presente quando a vantagem está conectada com o exercício da função com infração funcional, violando a legalidade definidora do limite da atuação estatal. São dois critérios diversos que se complementam, ambos tendo por fundamento o abuso de poder e a separação garantidora entre esfera pública e privada.

Como consequência prática, se a doação eleitoral for considerada vantagem privada, o injusto se completaria com a relação entre doação e exercício da função política. Ou seja, o tipo objetivo de corrupção se verifica com o exercício da função política – ainda que resulte na prática de ato lícito ou socialmente relevante – em troca de vantagem aceita, solicitada ou recebida. Por outro lado, se doação eleitoral for considerada como pertencente a esfera pública, é possível considerar que somente se estiver atrelada ao exercício da função política com infração de dever funcional se realizará o pacto de injusto caracterizador da corrupção (“corrupção própria”¹²²).

A teoria do valor externo leva a mesma conclusão em relação a troca de ato político por algo de valor de fora da esfera política. Não apresenta alternativa incriminadora para as trocas que se movem no âmbito político. Se doação eleitoral for considerada ato político, a vantagem recebida ou solicitada não poderia ser compreendida como parte de um delito de corrupção, ainda que tenha como contrapartida um ato político ilegal, salvo se considerarmos que o ato praticado pelo agente político nesses termos, dado em troca da vantagem política aceita, solicitada ou recebida, deixa de integrar a esfera política, hipótese não abordada pela autora. Ou seja, seria possível pensar em cruzamento de fronteira entre distintas esferas de valor

¹²² Em caso de vantagem pública ou política, portanto, seria possível tão somente a configuração da denominada “corrupção própria”, que se caracteriza pela ilegalidade ou infração de dever funcional no exercício da função pública, conectada com a vantagem aceita, solicitada ou recebida. A nosso ver, isso não se confunde, necessariamente, com a hipótese de aumento de pena descrita no art. 317, § 1º, do CP, que pressupõe a efetiva prática ou omissão do ato de ofício. Prevê o dispositivo legal que, para incidir a causa de aumento da pena, “*em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional*”. Em caso de vantagem pública aceita, solicitada ou recebida em troca de *promessa* de exercício da função com violação à legalidade, caso não haja a efetiva prática de ato ou omissão, a conduta pode se enquadrar no delito de corrupção descrito no “caput” do art. 317 do CP, sem a causa de aumento previsto no parágrafo primeiro. Por isso, em caso de vantagem pública/política, é possível concluir que somente é possível a configuração do delito de “corrupção própria”, o que não se confunde, necessariamente, com a incidência da referida causa de aumento de pena.

considerando a relação como um todo (as características da vantagem e do ato político dado em troca). A teoria deixa em aberto e aponta a necessidade de ulteriores interpretações para a definição dos atos que se movem na esfera política, em especial as contribuições para campanhas eleitorais, o que deve ser buscado na teoria constitucional.

Por fim, a teoria da deslealdade parece reconhecer que doação eleitoral é um benefício pessoal. Para essa visão, não é relevante saber se esse benefício pessoal se move na esfera política ou privada. O relevante é saber se a função política foi exercida em razão desse benefício pessoal (motivo ou razão imediata), de modo a contemplar os interesses do corruptor, não dos representados. Assim, para essa abordagem, é possível a configuração do delito de corrupção no caso de troca do exercício da função pública por algum cargo político (o que não seria possível na teoria de Hellman). No caso da doação eleitoral, a teoria sinaliza que o determinante é analisar o acordo entre doador e agente político. Se o candidato promete atuar em determinado sentido em razão da contribuição eleitoral, violaria seu dever de lealdade com todos os eleitores (ao favorecer o doador), ainda que o acordo tenha como resultado atos lícitos ou com alguma relevância pública. Rusca adverte que seria possível considerar que o candidato tem discricionariedade de definir sua atuação política com base nas doações eleitorais recebidas, caso assim se compreenda os princípios que emanam do cargo e o interesse dos representados, o que afastaria a possibilidade de configuração do delito de corrupção nesse contexto.

5.9 TOMADA DE POSIÇÃO E DEFINIÇÃO DO DELITO DE CORRUPÇÃO

A nosso ver, a teoria apresentada por Greco e Teixeira, complementada pela abordagem de Hellman, melhor compreende e explica o âmbito de proteção do tipo penal de corrupção, ao mesmo tempo que sinaliza critérios objetivos para a distinção entre doação eleitoral e corrupção. Do ponto de vista teórico, nos parece que essa abordagem supera o conceito moral de “lealdade” – extraído da abordagem de Green – para focar no conceito jurídico de atividade fiducial e delegação de poder, que é convergente com a situação jurídica do agente político e com a “cadeia de delegação de poderes própria da democracia”¹²³, bem como com a previsão do art. 1º, parágrafo único, da CF/88¹²⁴. Ou seja, a explicação sobre o conteúdo de injusto do tipo penal de corrupção passiva parte desse vínculo jurídico – não mais moral – entre o agente

¹²³ MOISÉS, José Álvaro; WEFFORT, Francisco. *Crise da democracia representativa e neopopulismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2020. p. 58, 67.

¹²⁴ “Parágrafo único. *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

(funcionário público/político) e seu principal (sociedade que delega parcela de seu poder), afetado pelo terceiro (corruptor).

O ponto de partida é uma relação triangular – também presente na teoria da deslealdade –, entre agente/principal e terceiro, que oferece a vantagem. É a denominada “teoria principal-agente”, esclarecida por Teixeira ao tratar da corrupção privada empresarial, cujas lições são aqui aplicáveis¹²⁵:

Os atores desse triângulo constitutivo da corrupção são comumente chamados, principalmente em pesquisas socioeconômicas e sociopolíticas, de *agente* – o receptor da vantagem –, *principal* – cujos interesses o agente deveria observar ou defender – e o *cliente* – o fornecedor da vantagem e beneficiário da ação ou omissão do agente. Essa relação trilateral constitui objeto da “teoria principal-agente” (doravante TPA), um dos principais campos de estudo da Nova Economia Institucional. Nesse espaço, não é possível discorrer com mais detalhes sobre essa abordagem e seu potencial de rendimento para a análise conceitual da corrupção. Por essa razão, limitamo-nos a apontar os principais problemas ou ruídos intrínsecos que constituem a relação principal-agente segundo a TPA, quais sejam: a assimetria informacional existente entre agente e principal (*hidden information*) e a possibilidade de o agente agir ocultamente, sem ser observado diretamente, perseguindo os próprios interesses (e/ou de terceiros) em detrimento dos interesses do principal (*hidden action*).

[...]

Assim, podemos manter que corrupção pressupõe uma relação principal-agente, como todos os problemas latentes de tal relação. Todavia, a TPA sozinha não é capaz de apreender a essência (conceitual) da corrupção, eis que essa estrutura também está presente em outros delitos, como a gestão fraudulenta, a gestão temerária e a infidelidade patrimonial ou administração desleal, delito ainda desconhecido (sob essa rubrica específica) entre nós. Uma ação infiel pressupõe igualmente uma relação entre um principal (o dono do patrimônio) e um agente (o administrador do patrimônio) e a violação do dever de zelo patrimonial seguida da produção de um prejuízo ao patrimônio. Veremos que esse elemento comum da infidelidade patrimonial e da corrupção não é mera coincidência e que disso deverão extrair-se consequências normativas. O traço distintivo da corrupção, nem sempre presente na infidelidade patrimonial, expressa-se em dois elementos: na relação triangular e na vantagem (indevida).

[...]

Por isso, pode-se dizer que o específico da corrupção consiste no distúrbio, condicionado por uma vantagem, de uma relação principal-agente a favor de um terceiro.

Até aqui, apenas nos aproximamos de uma definição do conceito de corrupção, ou seja, ainda permanecemos no plano descritivo-conceitual, sem avançar maiores considerações normativas. Ainda não falamos do conteúdo de injusto (penal) da corrupção. Como vimos, na corrupção pressupõe-se o menoscabo de um ou mais interesses de um principal por parte de um agente, motivado por uma vantagem indevida. No plano conceitual, contudo, mantém-se em aberto quais interesses prejudicados estão em jogo. Além disso, a abordagem ancorada na TPA não exclui a possibilidade de que, com a transação corrupta, outros interesses sejam afetados, interesses que possam ir além daqueles pertinentes a algum dos atores de nosso triângulo (principal, agente, cliente) – por exemplo, a própria coletividade. Para se delimitar o conteúdo de injusto da corrupção, deve-se perquirir, portanto, quais interesses são realmente afetados por meio da transação de corrupção.

¹²⁵ TEIXEIRA, Adriano. O conteúdo de injusto da corrupção privada empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, v. 80, p. 52-55, jan./mar. 2021.

Partindo desse plano descritivo-conceitual, a abordagem do abuso de poder público avança para especificar os interesses violados no caso da corrupção praticada pelo funcionário público. Por exercer parcela do poder estatal, o agente público não pode se dissociar dessa esfera no exercício de sua função, que sempre deve se dar – já no âmbito normativo – no interesse da coletividade. Assim, ao se dissociar da esfera pública, condicionado pela vantagem, o agente público coloca em risco a esfera de liberdade dos indivíduos, coletivamente considerados (e delegatários do poder, aparentemente “principal” da relação). O interesse da coletividade é violado com o cruzamento entre a esfera pública e privada – ou esfera política e não política –, em razão da vantagem pessoal. E esse abandono da esfera pública ocorre tanto no caso de exercício da função mediante aceitação, solicitação ou recebimento de vantagem privada ou em razão da atuação do agente público – condicionado por vantagem pública ou privada – em violação à legalidade. Aparentemente, é esse o interesse afetado ou colocado em risco pela conduta de corrupção no ambiente público/político.

Essa afirmação parece ser coerente com uma abordagem normativa do injusto penal, que considera que o ordenamento penal leva em conta a delimitação das diversas esferas de liberdades entre os indivíduos. As normas penais estabelecem predominantemente deveres negativos entre âmbitos de organização alheios. Quem atua ou administra livremente um âmbito de organização deve evitar que do exercício de sua liberdade resulte prejuízo as outras esferas de liberdade. Mas o direito penal também define a relação entre esses âmbitos de forma positiva. As normas podem estabelecer deveres positivos em relação a âmbitos de organização alheios, especificamente àqueles que ocupam *posições jurídicas especiais*, como é o caso dos funcionários públicos, conforme aventado pela aplicação da “teoria principal-agente” nesse contexto.

Em alguns casos, o fundamento material para o surgimento de um dever positivo penalmente relevante está na impossibilidade de auto-organização daquele titular de outro âmbito¹²⁶. É o que parece ocorrer com o principal que delega parcela de seu poder ao agente político. Por se tratar de desempenho de poder estatal, o agente viola a esfera de liberdade daquele que delegou o poder ao atrelar o exercício desse poder ao recebimento de vantagem privada ou – em razão de vantagem pública ou privada – atuar com violação aos limites normativos que delimitam o exercício dessa atividade (infração de dever funcional). Ao violar esses limites normativos, o agente – condicionado pela vantagem – se afasta da esfera pública ou política que conforma sua atividade.

¹²⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Reus. 2007. p. 79.

Nessa abordagem, não é necessário demonstrar dano concreto que vá além dessa relação. Seria irrelevante para a análise do tipo objetivo, por exemplo, considerações sobre outros interesses afetados pelos delegatários do poder (representados) ou identificação de razões subjetivas ou motivos para a atuação do agente público.

A consumação do delito se dá com a aceitação, solicitação ou recebimento da vantagem em razão do exercício da função. Essa conduta é suficiente para representar o exercício defeituoso do âmbito de organização do agente público que ocupa essa posição jurídica especial. Daí se pode afirmar que corrupção é um delito perigo abstrato ou de mera conduta. Nesse sentido, esclarece Feijoo Sanchez:

Os delitos de lesão têm fundamento na tipificação de usurpação de âmbitos ou espaços de organização alheios protegidos pela norma. O injusto de lesão é sempre uma apropriação de um âmbito de organização alheio (que lesiona bens jurídicos, mas nem toda lesão de bem é um injusto). Os delitos de perigo são casos em que não se tipifica a usurpação, mas apenas a falta de proteção ilegítima (não a apropriação) de um outro âmbito de organização (delitos de perigo concreto) ou a incorreta organização do próprio âmbito de organização (delitos de perigo abstrato)¹²⁷.

Por outro lado, a nosso ver, a teoria apresenta também vantagens práticas, porque a partir dela parece ser possível extrair critérios relativamente precisos para a solução de casos controversos. A corrupção “imprópria” – aquela em que a conduta praticada ou prometida pelo agente público está de acordo com os deveres do cargo – somente se configura quando tem como contrapartida uma vantagem privada (não apenas pessoal), considerando que vantagens públicas ou políticas não afetariam a relação principal-agente, justamente porque o agente permanece na esfera pública. E a premissa é que aquilo que permanece na esfera pública não representa um exercício defeituoso do âmbito de organização do agente público, titular dessa posição jurídica especial.

Nesse sentido, é possível considerar que aquilo que permanece na esfera pública ou política conta com o consentimento dos delegatários do poder, titulares do interesse protegido pela norma penal. Daí a justificativa para deixar de fora do campo de proibição do tipo penal de corrupção as condutas que não representam esse cruzamento entre esfera pública e privada. Como veremos abaixo¹²⁸, esse argumento não afasta a ambiguidade de certas situações em razão da relativa indeterminação do que concretamente está inserido no campo político. E não ignora a possibilidade de que acordos que permaneçam na esfera política (troca de vantagem

¹²⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Reus. 2007. p. 45.

¹²⁸ Item 5.2.

política por exercício da função política), possam resultar em benefícios que não atendam toda coletividade, mas apenas grupos mais ou menos específicos e com maior poder de influência.

Rose-Ackerman aponta que determinada sociedade pode estar dividida em dois grupos:

[...] aqueles dotados de influência política a partir da estrutura do próprio sistema político – por exemplo, empresários que estejam estreitamente ligados a ocupantes de cargos eletivos por laços de amizade ou de família – e aqueles que são obrigados a comprar influência por meio de pagamentos ilegais. Felson (2011) aponta que tanto nas sociedades tradicionais quanto nas patrimonialistas, a primeira forma não é considerada corrupção – o que pode implicar, ainda assim, que a atuação governamental favoreça uma elite restrita, não o público em geral¹²⁹.

Essa constatação não afasta a possibilidade de distinção entre trocas ou práticas políticas legítimas e condutas inseridas no campo de proibição do delito de corrupção. O delito de corrupção não se prestaria a controlar todo e qualquer tipo de influência ou benefício privado decorrente de determinada atuação política, justamente porque a ordem normativa primária pode admitir esse tipo de estrutura ou arranjo político. Com base nos critérios propostos, o tipo penal de corrupção fica restrito a troca de atuação política por benefício privado. E em caso de acordos que permanecem na esfera política (conexão entre exercício da função e vantagem pública/política), o tipo penal abrange somente as hipóteses em que a contrapartida é a atuação do agente político com violação aos limites normativos que definem o espaço público de sua atuação.

A título de exemplo, podemos pensar na hipótese de vantagem política (recebimento de doação eleitoral regular¹³⁰ ou nomeação para determinado cargo político) em troca de atuação do funcionário público para favorecer determinado agente privado em procedimento licitatório. Pelo critério proposto, essa hipótese estaria abrangida pelo tipo penal de corrupção, justamente porque, condicionado pela vantagem, o agente atua com abuso de poder público, objetivamente aferível pelo exercício da função pública/política com violação à legalidade¹³¹.

¹²⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupção e governo: causas, consequências e reforma*. Tradução Eduardo Lessa. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020. p. 424. Em outra passagem (p. 423), as autoras apontam que “*Antes de tudo, os sistemas democráticos que fornecem benefícios estritamente focados não necessitam da corrupção para favorecer grupos com influência política. Em um sistema majoritário com partidos fracos, os beneficiários dos programas governamentais podem ser grupos populacionais geograficamente concentrados e indústrias locais. Em um sistema de representação proporcional, interesses restritos podem ser capazes de estabelecer partidos políticos nacionais com influência crucial. Assim, um sistema pode ter uma posição bem baixa na escala de corrupção política apenas porque grupos que estariam dispostos a pagar propinas descobrem que não será preciso fazê-lo. Essas condições podem prevalecer em muitas democracias avançadas, com grupos de interesses bem organizados de todos os tipos*”.

¹³⁰ Conferir abaixo item 6.1.

¹³¹ Acerca das dificuldades e critérios para análise, conferir infra item 7.

Diante disso, em conclusão, podemos considerar, na definição do delito de corrupção passiva, a ideia de *pacto de injusto* como relação de conexão entre o exercício da função pública e a solicitação, aceitação ou recebimento de *vantagem privada*. Em caso de *vantagem pública/política*, o *pacto de injusto* exige o exercício da função política com violação à legalidade (atuação com infração de dever funcional¹³²). Esse seria o “objeto de proteção” do tipo penal de corrupção passiva, ao proibir esses específicos modos de colocar em risco a esfera de liberdade dos indivíduos, coletivamente considerados, delegatários do poder e “principal” da relação.

Admitida essa definição, resta enfrentar o problema específico das doações eleitorais, especialmente quando verificada a relação entre vantagem (doação) e exercício da função política¹³³. Para o desempenho dessa tarefa, cabe verificar, inicialmente, se e como uma doação eleitoral pode ser considerada como algo de valor da esfera política. Em seguida, a partir da análise do campo ou “esfera de valor” da doação eleitoral, é possível a solução dos casos com base nos critérios extraídos da definição acima. É o que faremos no tópico seguinte.

¹³² No caso de agente político, em razão da ampla discricionariedade da função, parece ser mais adequado mencionar violação à juridicidade ou legalidade em sentido amplo.

¹³³ Caso inexistente a relação entre vantagem e exercício da função, conforme visto no item 3.3, a conduta não se insere no campo proibido pelo tipo penal de corrupção passiva, ainda que possa caracterizar outro tipo de ilícito, como improbidade administrativa ou ilícito eleitoral, lembrando que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro o delito de enriquecimento ilícito ou financiamento ilegal de campanhas eleitorais ou partidos políticos.

6 A DELIMITAÇÃO DAS DISTINTAS ESFERAS DE VALOR

6.1 O CASO DA DOAÇÃO ELEITORAL: VANTAGEM PRIVADA OU POLÍTICA?

6.1.1 Introdução

Parece não haver controvérsia que doação eleitoral consiste em proveito econômico pessoal em favor de determinado candidato ou partido político. Em razão disso, justamente por se tratar de dinheiro que pode ser usado em favor de determinada pessoa ou grupo, e não em favor do público em geral, intuitivamente alguns podem considerar que se trata de vantagem privada.

Há quem sustente, conforme lembrado por Sarmiento e Osorio, que o ato de contribuir para determinada campanha eleitoral ou partido político representa uma ação comunicativa, uma manifestação de preferência e, por isso, conduta protegida pela liberdade de expressão ou, ainda, ato inserido na liberdade econômica dos doadores¹³⁴. Ainda que se admita essa visão, não há dúvida de que a manifestação de preferência política ou exercício de liberdade econômica se converte em dinheiro em favor de determinado partido político ou candidato, a resultar em vantagem pessoal, considerando a possibilidade de o donatário aplicar os recursos arrecadados em favor de sua campanha eleitoral¹³⁵.

No entanto, nos parece relevante – para a análise desse aspecto da doação eleitoral – considerar a diferenciação entre contribuição eleitoral que se dá de acordo com as regras do jogo, ou seja, admitida pela legislação eleitoral e ordem constitucional, e aquela que é oferecida ou recebida à margem da legislação, normalmente de modo camuflado, longe do conhecimento dos eleitores e público em geral.

6.1.2 Doação eleitoral regular como vantagem pertencente a esfera política

O Supremo Tribunal Federal, em 17/09/2015, apreciou a ADI 4.650¹³⁶, proposta pelo Conselho Federal da OAB, com o objetivo de limitar a influência do poder econômico sobre as

¹³⁴ SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. *Migalhas*, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹³⁵ A aplicação dos recursos arrecadados em campanhas eleitorais é disciplinada pela Lei das Eleições (Lei 9.504/97), com as alterações legislativas posteriores. Para detalhes sobre o tema, conferir (SCHLICKMANN, Denise Goulart. *Financiamento de Campanhas Eleitorais*. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2020).

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4650, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe- 034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016.

campanhas eleitorais e partidos políticos. O STF reconheceu, nesse julgamento, que a Constituição Federal não escolheu um determinado modelo específico de financiamento eleitoral. No entanto, lembrou que o art. 14, § 9º, da CF, prevê que a legislação deve proteger “a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico”. Ainda, considerou que a ausência de limites para a doação eleitoral e a mera possibilidade de doação por pessoa jurídica viola o princípio democrático, a igualdade política e o princípio republicano.

Na ADI 4.650, a parte autora apresentou o quadro empírico das doações eleitorais então vigentes no Brasil: um pequeno grupo de empresas era responsável pela quase totalidade do financiamento privado de campanhas eleitorais e partidos políticos. Tais pesquisas empíricas demonstraram que quanto maior o valor da arrecadação para campanha eleitoral, maior a chance de o candidato vencer a disputa eleitoral. Além disso, a maior parte desses grandes doadores mantinham contratos com o poder público e realizavam contribuições eleitorais para candidatos de diferentes partidos políticos, independente da bandeira ideológica ou proposta política. As doações oriundas de pessoas naturais, nas eleições de 2012, não representou sequer 05% dos recursos oriundos do financiamento privado¹³⁷, composto quase integralmente por doações de pessoas jurídicas. Em razão da correlação entre a quantidade de recursos arrecadados e a chance de eleição, o STF reconheceu a possível relação de dependência entre o sistema político e o capital desse seleto grupo de empresas doadoras.

Nesse cenário, reconheceu o STF, a desigualdade econômica passa a se refletir em desigualdade política, tendo em vista a relação diretamente proporcional entre dinheiro e quantidade de votos recebidos no pleito eleitoral. Conforme quadro desenhado na ADI, a elite econômica, formada pelo restrito grupo de grandes empresas, reflete a formação da elite política, deixando de fora outros interesses da sociedade. De todo modo, o STF não reconheceu a inconstitucionalidade, por si só, da possibilidade de financiamento privado, mas entendeu que a doação por pessoas jurídicas e sem qualquer limite institucionaliza a desigualdade política, desencoraja a participação difusa dos cidadãos no processo político eleitoral e dificulta a formação de espaços de representação política independentes dos grandes grupos econômicos¹³⁸.

Em apertada síntese, a maioria do Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que os princípios da democracia, igualdade política e república fornecem as diretrizes para a regulação

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4650*, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, pág. 27. PROCESSO ELETRÔNICO DJe- 034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016.

¹³⁸ Posição também defendida por (SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. *Migalhas*, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021).

da influência do poder econômico sobre o campo político. Não é o objetivo do presente trabalho discutir o acerto ou não da decisão em causa. O que nos interessa é verificar como a doação eleitoral é delimitada pelo campo constitucional e legislação eleitoral e, principalmente, saber se a doação eleitoral pode integrar o campo político ou se, ao contrário, sempre é uma vantagem privada.

Pelo que se extrai do julgamento da ADI 4.650, o STF – ao fixar os limites constitucionais para o financiamento eleitoral privado – delimitou o grau de influência do poder econômico admitido no campo político eleitoral. Após o julgamento, as diretrizes foram seguidas pela regulação veiculada pela legislação eleitoral¹³⁹. Como visto, segundo o STF, fora desses limites, a doação eleitoral privada representa risco aos princípios da democracia, igualdade política e república. A legislação eleitoral estabelece um conjunto de regras procedimentais para regular, limitar e dar transparência às doações. Atualmente, o financiamento das eleições é preponderantemente público, restando um papel residual para o financiamento privado, com exclusão de pessoas jurídicas e admissão de doação por pessoas

¹³⁹ Após julgamento da ADI 4650, a legislação eleitoral passou admitir as seguintes fontes para o financiamento de campanhas: a) recursos próprios dos candidatos, até o total de 10% dos limites previstos para gastos de campanha no cargo em que concorrer (Artigo 23, § 2º-A, da Lei 9504/97, alterada pela Lei 13.878/2019); b) doações financeiras ou estimáveis em dinheiros de pessoas físicas, limitadas a 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição (Artigo 23, § 1, da Lei 9504/97, alterada pela Lei 13.165/2015.); c) doações de outros partidos políticos e de outros candidatos, com exceção dos recursos recebidos de pessoas jurídicas, ainda que antes da ADI 4650; d) comercialização de bens e/ou serviços ou promoção de eventos realizados diretamente pelo candidato ou pelo partido político; e) recursos próprios dos partidos políticos, desde que identificada sua origem e sejam provenientes do Fundo Partidário, Fundo Especial de Financiamento de Campanha, de doações de pessoas físicas para os partidos, contribuição dos filiados, comercialização de e bens serviços ou promoção de eventos ou rendimentos decorrentes de locações de bens próprios dos partidos (Artigo 15, inciso V, da Resolução TSE nº 23.607/2019); f) rendimentos decorrentes de aplicação financeira dos recursos de campanha (Artigo 15, § 1º, da Resolução TSE nº 23.607/2019).

Além de especificar a origem admitida dos recursos financeiros destinados às campanhas eleitorais, a denominada Lei das Eleições (Lei 9.504/97) estabelece, em seu artigo 24, as fontes vedadas para recebimento de dinheiro pelos partidos políticos ou candidatos, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie. De todo modo, após o julgamento da ADI 4650 pelo STF, ficou vedada a doação por pessoa jurídica de modo geral.

A legislação eleitoral detalha, ainda, o procedimento para a hipótese de doação eleitoral. É obrigatória a utilização de conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha. Além disso, as doações somente podem ser efetuadas por meio eletrônico ou “cheques cruzados”; depósitos em espécie devidamente identificados e até certo limite; admite-se a arrecadação de recurso pela internet com uso de cartão de crédito, desde que haja identificação do doador e emissão obrigatória de recibo para cada doação realizada (Artigo 23, § 4º, da Lei 9504/97, na redação dada pelo Lei 11.300/2006 e alterações posteriores).

Admite-se o financiamento coletivo ou *crowdfunding*, por meio de empresas especializadas que promovem técnicas e serviços de financiamento coletivo, desde que haja cadastro prévio na Justiça Eleitoral; identificação obrigatória de cada um dos doadores e quantias doadas; disponibilização em sítio eletrônico da lista com identificação dos doadores e quantias; emissão obrigatória de recibo; transparência quanto as taxas administrativas cobradas; não incidência em quaisquer das hipóteses previstas no art. 24 da Lei 9.504/97; início da arrecadação dos recursos com observância do calendário eleitoral; e observância das regras da propaganda eleitoral (artigo 23, § 4º, IV, da Lei 9504/97, alterada pela Lei 13.488/2017). Sobre o tema, conferir (ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 537).

físicas (até certo limite), incluindo a possibilidade de financiamentos coletivos. A nosso ver, ao seguir os parâmetros fixados pela legislação eleitoral – editada dentro da moldura constitucional interpretada pelo STF – as doações eleitorais passam a integrar a esfera política. O núcleo da regulação eleitoral é a pulverização da doação entre indivíduos – com limite individual– e a devida transparência e registro dos valores recebidos pelos partidos políticos e campanhas eleitorais.

O termo público pode ser compreendido de dois modos: como aquilo que é contraposto ao privado ou aquilo que é contraposto ao que é oculto. Em um certo sentido, portanto, público significa aquilo que é visível. Governo republicano, nessa linha, pode ser compreendido como “governo do público em público”¹⁴⁰, o que não se verifica em uma relação caracterizadora do delito de corrupção. Por isso, ainda que vantagem pessoal, é possível pensar que a doação eleitoral admitida pela legislação eleitoral e, por isso, realizada “em público”, é parte do regular funcionamento do sistema político; mais precisamente, passa a integrar o campo político.

Nesse aspecto, poderia surgir algum questionamento sobre a vinculação da doação eleitoral à determinada finalidade para que ela permaneça na esfera pública ou política. É dizer, para integrar a esfera política, a doação eleitoral pode ser aceita, solicitada ou recebida em troca de definição de projeto político ou prática de determinado ato político inserido na esfera de atribuição (formal e material) do cargo em disputa? Dito de outro modo, existe alguma vinculação quanto a finalidade da doação eleitoral, de modo que ela somente pode servir para apoiar (financeiramente) projetos políticos previamente definidos pelos partidos e candidatos, mas não para motivar ou servir de “moeda de troca” para a própria definição do interesse a ser defendido pelo agente político?

A dúvida é basicamente saber se as propostas dos candidatos – a serem implementadas por ocasião do exercício da função política – podem ser definidas em razão das doações eleitorais ou, ao contrário, as doações somente podem se prestar a apoiar pautas previamente definidas pelos candidatos.

¹⁴⁰ SCHILLING, Flávio Inês. Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). *Revista dos Tribunais*, v. VI, cap. 5, jul. 2011. *E-book*.

O caso do “político prático” apresentado anteriormente ilustra essa dúvida. Ao rebater a crítica de Hellman e sustentar a “teoria da deslealdade”, Rusca destaca que é necessário conhecer as obrigações do candidato com o cargo eletivo em disputa, considerando justamente a possibilidade legal de receber doações para sua campanha eleitoral. Sob outro enfoque, na definição do dever de lealdade que emana do cargo, o autor aponta que é relevante saber se o candidato, ao contrário dos agentes eleitos, pode definir suas futuras medidas (de governo ou parlamentar) em troca de um aporte para campanha eleitoral. Se afirmativa a resposta a essa questão, o autor aponta que o agente político não violaria os deveres do cargo e, por isso, não cometeria corrupção.

Nossa preocupação, nesse momento, tem objeto um pouco diverso. O que estamos analisando é se doação eleitoral integra a esfera política para, apenas em um segundo momento, analisarmos os demais elementos do tipo objetivo de corrupção. No entanto, aqui, aparentemente, a mesma questão de fundo se coloca. Caso se entenda que a doação eleitoral legítima, ou seja, admitida pelo sistema constitucional e eleitoral, somente é aquela que se presta a apoiar medidas previamente definidas pelo candidato, seria possível construir o raciocínio de que a denominada “doação eleitoral persuasiva” – oferecida e recebida para influenciar a definição do projeto político ou prática de ato no exercício do cargo – não é admitida pela esfera política. Assim, o candidato que aceita a doação eleitoral para defender determinado projeto político vinculado ou condicionado pelo doador aceita um benefício pessoal privado, que possui essa característica em razão da finalidade da doação. E ao vincular esse benefício privado ao exercício da função política, o candidato realizaria o “pacto de injusto” proibido pelo delito de corrupção. Nessa hipótese, podemos pensar que o acordo entre candidato e doador teria duplo efeito: de um lado, indicaria que a doação eleitoral está fora da esfera política (em razão de sua finalidade indevida); de outro, indicaria a realização do “pacto de injusto” por meio da troca de exercício da função por vantagem privada, a configurar o tipo penal objetivo do delito de corrupção.

Ocorre que, a nosso ver, não parece ser essa a melhor conclusão, tendo em vista que não há uma clara limitação da finalidade da doação eleitoral pela ordem constitucional e eleitoral. Em realidade, na ADI 4650, o STF parece admitir, implicitamente, que a doação eleitoral traz consigo essa possibilidade (normativa, não apenas empírica) de influenciar a definição de pautas políticas a serem defendidas pelos agentes políticos. Ou seja, a doação não se presta apenas a apoiar pautas previamente definidas, mas pode influenciar e até determinar a criação dessas pautas e a própria atuação do agente político no exercício do cargo. O argumento acolhido pelo STF – e seguido pela legislação eleitoral – é justamente que o dinheiro privado

que ingressa nas campanhas eleitorais e partidos políticos pode se converter em “sobrerepresentação” política de poucos interesses econômicos dos doadores. Por isso a necessidade – conforme visão do STF – de limitação do financiamento privado.

Parece ser relevante considerar que, ainda que não haja acordo expreso entre candidato e doador, certas pautas políticas poderiam ser definidas levando em conta a tentativa de obter a simpatia e apoio de certos setores privados, possíveis doadores. Por exemplo, podemos imaginar a hipótese de determinado candidato que defenda a edição de lei para autorizar a atividade de mineração em terras indígenas. Considere que referida agenda política é definida em razão da possibilidade de recebimento de doação eleitoral de grupo econômicos que defendem essa mesma ideia e interessados em desenvolver essa atividade. Parece ser difícil perquirir e sindicar as razões pelas quais a pauta política foi definida. E não parece haver uma limitação – a partir da ordem constitucional e eleitoral – em relação a finalidade mais geral da doação eleitoral realizada. Ou seja, ainda que se demonstre a existência de acordo expreso entre doador e atuação geral do agente político, esse acordo, por si só, não parece tornar ilegítima, do ponto de vista político, a doação eleitoral.

Conhecendo os riscos inerentes a essa relação entre poder econômico e político, a regulação eleitoral visou privilegiar um modelo de financiamento privado pulverizado e centrado no indivíduo, de modo que os interesses dos doadores possam se fazer representar no ambiente político. Por isso, não parece ter sido estabelecida uma diretriz clara em relação a finalidade da doação eleitoral. Caso realizada dentro dos limites objetivos previstos na legislação eleitoral, a doação eleitoral parece ser admitida pela ordem constitucional e eleitoral como algo de valor integrante da esfera política.

Isso não significa desconsiderar que a relação entre poder econômico e político – principalmente em caso de ausência de limites e transparência para as doações – pode incentivar acordos de corrupção. Ocorre que a existência do risco, por si só, não representa uma vedação absoluta para a existência dessa relação entre poder econômico, partidos políticos e campanhas eleitorais. Parece ser tarefa da regulação eleitoral e constitucional apontar o grau de influência admitido pelo sistema e analisar a possível disfuncionalidade dessa relação no funcionamento da democracia representativa. Aliás, esse parece ter sido o objetivo da ADI 4.650, seguida pela legislação eleitoral posterior. Não cabe ao direito penal e ao juiz penal, nessa visão, definir autonomamente como o sistema político deve estar configurado, mas apenas reconhecer como o sistema está, de fato, definido pela ordem constitucional e eleitoral¹⁴¹.

¹⁴¹ “Alguns fazem uso do rótulo ‘corrupção legal’ ou ‘corrupção por dependência’ para dar cobertura a atividade de *quid pro quo* que permanecem nos limites da lei. Reconhecemos a importância dos fenômenos

Com isso parece ser possível concluir que doação eleitoral regular – àquela realizada conforme as diretrizes definidas pela legislação eleitoral – passa a integrar a esfera política¹⁴². Assim, a conformidade extrapenal da doação, nessa visão, possui reflexo na interpretação de um dos elementos normativos do delito de corrupção. E isso não exclui, por si só, a possibilidade de configuração do delito, considerando a posição defendida por este trabalho de que o “pacto de injusto” pode existir caso se verifique a conexão concreta entre doação eleitoral regular e o exercício da função política com violação à legalidade em sentido amplo¹⁴³.

6.1.3 Doação eleitoral irregular como vantagem pertencente a esfera privada

A *contrario sensu*, as doações eleitorais realizadas em desconformidade com as regras eleitorais – e, principalmente, com os valores de transparência e igualdade política que as regras procedimentais visam garantir – estão inseridas fora da esfera política e, com isso, representam vantagem pessoal e privada. Como consequência prática – e levando em conta a definição do delito de corrupção apresentada anteriormente – a aceitação, solicitação ou recebimento de doação eleitoral irregular em troca do exercício de mandato eletivo (ou promessa de prática de ato inserido na esfera de atribuição do agente político) é suficiente para a realização do tipo objetivo de corrupção. Nessa hipótese, é possível a configuração do delito de corrupção ainda que o agente político tome a decisão ou faça “a coisa certa”, tendo em vista que o “pacto de injusto” da corrupção se contenta com a conexão entre vantagem privada e exercício da função. No caso da doação eleitoral irregular, portanto, admite-se a denominada “corrupção imprópria”, o que é incabível no contexto da doação eleitoral regular, por se tratar de vantagem que se move na esfera política e, com isso, para a configuração do delito de corrupção, exige como contrapartida o exercício da função com infração de dever funcional (“corrupção própria”).

*que esses autores ressaltam, mas, dado nosso foco comparativo, reservamos o termo corrupção para atividades que violam as leis do país, inclusive contribuições ilegais de campanhas que incluam um acordo de quid pro quo. O rótulo ‘corrupção legal’ levanta a questão de onde traçar a linha entre o lobby valioso e necessário e a influência prejudicial. É verdade que, segundo pesquisas, evidências apontam para o sentimento amplamente disseminado de inquietude dos cidadãos sobre a influência da riqueza privada sobre a política, mas acreditamos que essas inter-relações devam ser desempacotadas e estudadas em toda a sua complexidade, e não agrupadas como ‘corrupção legal’. Todas as democracias devem decidir que tipos de interações entre atores públicos e privados devem ser criminalizados como ‘corrupção’ e quais devem ser permitidos ou regulamentados pelas leis civis e administrativas”. (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupção e governo: causas, consequências e reforma*. Tradução Eduardo Lessa. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020. p. 415-416).*

¹⁴² Isso não significa dizer que se trata de “verba pública”, que é conceito totalmente diverso.

¹⁴³ Conferir infra, item 5.4, algumas considerações sobre a análise da infração de dever funcional no desempenho da função política.

As peculiaridades da delimitação da função política e sua ampla discricionariedade dificultam a análise da violação de dever funcional ou violação à legalidade. No contexto da corrupção política, parece relevante considerar a violação do princípio da impessoalidade como critério de análise da legalidade em sentido amplo da atuação funcional.

6.2 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA/POLÍTICA COM VIOLAÇÃO AOS LIMITES NORMATIVOS (OU ATUAÇÃO COM INFRAÇÃO DE DEVER FUNCIONAL)

A ampla discricionariedade e indeterminação do desempenho da função política dificulta a análise da violação de dever funcional. Em regra, o agente político – notadamente o parlamentar – não apenas executa a “verdade objetiva” da lei, mas também atua para a configuração da norma e representa determinados interesses privados na arena política. Assim, caso se considere que o campo político é um legítimo espaço de disputa entre interesses contrapostos, pode ser problemática a tarefa de analisar os deveres funcionais que conformam a atividade política, notadamente diante das atribuições materiais que emanam do exercício da função política.

Ainda assim, fora dessa zona de incerteza, há casos em que é possível aferir – com certo grau de determinação – que o agente político, motivado pela vantagem, atuou em violação aos limites definidos pelo ordenamento jurídico. A título de exemplo, é possível imaginar a hipótese de Prefeito que, em troca do recebimento de doação eleitoral para sua campanha à reeleição, determina ou atua de algum modo para direcionar o edital de determinado procedimento licitatório para favorecer determinado doador. A ampla discricionariedade da função política, portanto, não impede o reconhecimento de casos de atuação funcional em violação aos limites definidos pelo ordenamento jurídico. E pelo critério aqui proposto, ainda que se trate de doação eleitoral regular, tal hipótese estaria inserida no tipo penal de corrupção.

Nesse sentido, em busca de critérios objetivos para a análise do tipo penal de corrupção no campo político, parece ser possível considerar que o agente político não pode atuar em benefício exclusivo de um agente privado individualmente considerado, em violação ao princípio republicano e da impessoalidade, ainda que não haja violação a determinada regra legal específica. Vale dizer, a Constituição Federal, notadamente por força do princípio republicano e demais diretrizes constitucionais, não parece admitir a colocação do mandato político à disposição de interesse privado específico, não universalizável em favor de pessoas que se encontrem em idêntica situação.

Isso não se confunde com a atuação política de caráter geral que, de algum modo, resulta em favorecimento de determinado interesse privado. O que se propõe não é o controle pelo juízo penal do interesse público da medida adotada pelo agente político. Ao contrário, a proposta é avaliar se determinado agente político, condicionado pela vantagem, atuou em violação aos limites normativos – notadamente constitucionais – definidores de sua função, o que parece estar presente na hipótese de exercício da função política direcionado para atendimento de interesse individual específico, não universalizável a demais pessoas que se encontrem em idêntica situação.

Ao comentarem o problema da doação eleitoral regular e o delito de corrupção, Leite e Teixeira, apontam que o “*escopo da norma eleitoral não esgota ou abrange a função de proteção da norma dos tipos de corrupção*”¹⁴⁴. Como visto até aqui, o tipo penal possui conteúdo material próprio que o distingue da legítima hipótese de doação eleitoral. No entanto, diante do ponto de interseção entre as condutas, os autores destacam que o BGH alemão estabeleceu alguns pressupostos para a afirmação da punibilidade do delito de corrupção no contexto das doações eleitorais: a) uma relação entre doação e um futuro ato funcional concreto do servidor; e b) exigência de que o ato funcional beneficie apenas o doador ou interesses individuais¹⁴⁵.

Esse critério proposto parece similar a ideia de violação da impessoalidade e atuação política com infração de dever funcional. A ampla discricionariedade da atuação política não parece admitir a atuação do agente político em favor de indivíduo determinado, sem possibilidade de extensão para demais indivíduos que se encontrem em idêntica situação. Caso universalizável a atuação, provavelmente estará inserida na regular esfera de atribuição (formal ou material) do agente político. De todo modo, caberá em cada caso concreto avaliar se a atuação do agente político – exercida em contrapartida à vantagem política recebida, como é o caso da doação eleitoral regular – viola os limites constitucionais e legais de determinada função política específica. Talvez, para essa análise, seja imprescindível uma teoria sobre a legalidade e constitucionalidade de atos políticos, o que vai além dos limites e objetivos do presente trabalho.

¹⁴⁴ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 146.

¹⁴⁵ Segundo os autores, BGH NJW 2004, 3569.

7 CONCLUSÃO

Não raro se discute a possibilidade de prática do delito de corrupção no contexto de doações eleitorais. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal manifesta preocupação com o risco de criminalização de legítimas hipóteses de financiamento de campanhas eleitorais e partidos políticos, admitindo que não há linhas claras nesse campo. A análise de alguns julgados revela a ausência de consenso acerca do(s) critério(s) teóricos decisivos para a distinção entre as condutas.

Para o desenvolvimento dessa tarefa, parece natural, como ponto de partida, analisar se determinada realidade fática se amolda à definição prevista no tipo penal de corrupção. A distinção entre as condutas seria obtida, portanto, a partir da interpretação do enunciado da lei penal.

De início, por expressa previsão legal, o tipo penal de corrupção passiva abrange apenas condutas praticadas por funcionários públicos, o que não exclui a possibilidade de participação delitiva de *extraneus*. Também não parece haver dúvida de que o candidato à reeleição, ou seja, aquele que já exerce a função política em disputa, é funcionário público para fins penais (art. 327 e § 1º, do CP). Quando não se tratar de candidato à reeleição, pode ser controversa a afirmação de sua condição de funcionário público.

Superado esse aspecto, levando em conta a definição legal do delito de corrupção, verifica-se que a modalidade passiva do delito é prevista de modo mais amplo do que a sua modalidade ativa. A lei penal pune, na corrupção passiva, a conduta de aceitar, solicitar ou receber vantagem indevida “em razão” da função pública. Na modalidade ativa do delito, exige-se a conexão entre a vantagem oferecida ou prometida ao funcionário público e determinado “ato de ofício”.

A relação assimétrica entre as duas modalidades de corrupção gerou dúvidas para sua aplicação prática, em especial sobre a relação a ser exigida entre vantagem e função pública. O debate sobre a interpretação do termo “em razão dela” (função pública), prevista no delito de corrupção passiva, ganhou destaque em casos emblemáticos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

No antigo “caso Collor”, o STF concluiu que o delito de corrupção passiva pressupõe a conexão entre vantagem indevida e um determinado ato de ofício inserido no feixe de atribuições do funcionário público. A partir desse entendimento, a hipótese de doação eleitoral se distinguiria do delito de corrupção por ser unilateral, ou seja, por faltar essa relação de troca entre a vantagem aceita, solicitada ou recebida e determinado ato de ofício. *A contrario sensu*,

caso verificada essa relação bilateral, com a identificação do ato de ofício correspondente, verificar-se-ia uma conduta de corrupção.

Anos depois, no conhecido “caso mensalão”, o STF passou a sinalizar que, para a configuração do delito de corrupção passiva, não é necessária a efetiva individualização ou realização de ato de ofício, notadamente quando se está diante do desempenho de função parlamentar, exercida com ampla margem de discricionariedade. Bastaria a relação, ainda que em perspectiva, entre vantagem indevida e algum ato de ofício em potencial. Essa interpretação da expressão “em razão dela” (função pública), não se contenta com a mera titularidade do cargo. A relação entre vantagem e “ato de ofício em potencial” pode ser traduzida como relação entre vantagem e exercício da função pública.

A bilateralidade da relação, portanto, ainda seria o único critério decisivo para a distinção entre a conduta de corrupção e doação eleitoral. A partir desse critério – extraído do contorno formal do delito de corrupção – conclui-se que fica de fora do campo abrangido pelo tipo penal vantagens aceitas, solicitadas ou recebidas que não tenham como contrapartida o exercício da função pública. Essa relação exigida para a configuração do tipo objetivo de corrupção pode ser expressa pelo conceito normativo de *pacto de injusto* e parece ser o entendimento atualmente acolhido pelo STF.

Ocorre que, no contexto político eleitoral, não é simples verificar essa bilateralidade ou conexão entre vantagem e exercício da função política, principalmente pela dificuldade em saber se determinado ato prometido ou praticado em troca da vantagem reflete o exercício da função política, ou seja, se determinado ato está ou não inserido no feixe de atribuições do agente político. O exemplo da função parlamentar revela a dificuldade de se definir formal e previamente todos os atos concretos que se inserem no desempenho dessa função. Ainda que não formalmente previstos (em lei ou regimento interno, por exemplo), há certos atos que parecem se inserir no efetivo exercício da função, como a formação de bloco parlamentar para posterior votação legislativa; indicação de determinados cargos a serem preenchidos pelo Poder Executivo etc. Ao lado do aspecto formal, portanto, a função parlamentar abrange um aspecto material. De todo modo, na aplicação do tipo penal de corrupção, esse aspecto não pode se desvincular do efetivo exercício da função política.

A relação entre vantagem indevida e exercício da função pública afasta do campo penal, portanto, contribuição eleitoral oferecida, aceita, solicitada ou recebida que não tenha como contrapartida o respectivo exercício da função política, ainda que se trate de doação irregular sob a ótica da legislação eleitoral.

Contudo, essa definição provisória – extraída da interpretação dos elementos do enunciado legal – não resolve os casos em que a doação eleitoral está conectada com o exercício da função política (ou com a prática de ato inserido no feixe de atribuições do agente político beneficiado). Há casos em que se verifica essa relação de troca entre doação eleitoral e atuação política e, ainda assim, parece controverso considerar que há conduta de corrupção.

Uma possível solução seria dizer que doação eleitoral não pode ser considerada vantagem “indevida”. No entanto, a interpretação isolada da característica “indevida” da vantagem não auxilia na solução da questão, justamente porque o termo – isoladamente considerado – não explica a ilicitude ou o caráter proibido dessa específica relação.

A insuficiência da interpretação do enunciado da lei penal para a solução de casos controversos exige uma explicação complementar para a definição do delito, que é ancorada na identificação do fundamento da reprovabilidade da conduta de corrupção ou nas razões pelas quais a conduta é desvalorada. A análise do bem jurídico tutelado e da estrutura do delito mostra-se insuficiente para tanto, a justificar a análise de teorias que pretendem explicar a ilicitude ou o caráter especificamente desvalioso da conduta apreendida pelo tipo penal de corrupção.

A *teoria da mercantilização* aponta que o desvalor da conduta está em mercantilizar algo que não poderia estar sujeito a trocas econômicas, o que afeta a legitimidade da atuação estatal. O problema da teoria não está na incorreção de seu fundamento, mas na não indicação de critério específico para sabermos quando o agente público transforma o exercício da função em um ato de mercado.

A *teoria do abuso do poder via perversão da coisa pública em um benefício privado* fornece uma explicação para essa questão. Na sua visão, a ilicitude da conduta está no abuso do poder estatal em violação à esfera de liberdade dos cidadãos, titulares do interesse que deve ser perseguido pelo agente político. Esse abuso de poder se verifica quando o agente atrela o exercício de sua função a um benefício privado. No caso da corrupção “com infração de dever funcional”, ainda que se trate de vantagem pública, o abuso de poder está presente quando a vantagem está conectada com o exercício da função com infração funcional, violando a legalidade definidora do limite da atuação estatal.

A *teoria do valor externo* considera que o injusto da corrupção está no cruzamento de fronteira entre distintas esferas de valor. É a troca de ato político por algo de valor de fora da esfera política. Com isso, trocas que se movem dentro do âmbito político (mesma esfera de valor) estão de fora do campo proibido pelo delito de corrupção. A teoria revela os elementos eminentemente normativos do tipo penal e suscita ulteriores interpretações para a definição de

cada esfera de valor. No caso das contribuições eleitorais, a questão subsequente é saber se são vantagens que integram a esfera privada ou política.

Por fim, a *teoria da deslealdade* propõe que, para a configuração do delito, a relação de troca entre vantagem indevida e exercício da função pública pressupõe a violação de um dever de lealdade que decorre de determinado cargo, posição ou prática. No caso da função pública, há violação do dever de lealdade se o agente atua em troca de um benefício pessoal (que passa a ser o motivo ou razão imediata da atuação pública) e não em razão do interesse de seus representados, delegatários do poder. No caso da doação eleitoral, a teoria indica que é necessário verificar se o candidato possui discricionariedade para definir livremente sua atuação política, ainda que motivado pelas contribuições eleitorais recebidas. Caso afastada essa discricionariedade, a distinção entre doação eleitoral e corrupção seria determinada pelo motivo ou razão imediata do exercício da função política. Se a contribuição eleitoral foi realizada para apoiar projetos políticos previamente definidos, estaríamos diante de legítima hipótese de doação eleitoral. Ao contrário, se a atuação política foi determinada tendo por razão imediata a doação eleitoral, estaríamos diante de um delito de corrupção.

A nosso ver, a teoria do abuso do poder público, complementada pela abordagem da teoria do valor externo, melhor compreende e explica o âmbito de proteção do tipo penal de corrupção, ao mesmo tempo que fornece critérios objetivos para a distinção entre o referido delito e os casos de doações eleitorais legítimas.

O ponto de partida dessa abordagem é uma relação triangular – também presente na teoria da deslealdade –, entre agente, principal e terceiro, que oferece a vantagem (é a denominada “teoria principal-agente”). Em razão da vantagem indevida, há um distúrbio na relação principal-agente. O interesse especificamente violado do principal (coletividade) está na atuação do agente público dissociada da esfera pública, que conforma os limites de sua função. Ao se dissociar da esfera pública, condicionado pela vantagem, o agente público coloca em risco a esfera de liberdade dos indivíduos coletivamente considerados (delegatários do poder). O interesse da coletividade é violado com o cruzamento entre a esfera política e não política. E esse abandono da esfera pública/política ocorre tanto no caso de exercício da função pública mediante aceitação, solicitação ou recebimento de *vantagem privada*, quanto no caso de atuação do agente público – condicionado por *vantagem pública* ou privada – em violação à legalidade.

A partir daí, na definição do delito de corrupção passiva, podemos considerar a ideia de *pacto de injusto* como relação ou conexão entre o exercício da função pública e a solicitação, aceitação ou recebimento de *vantagem privada*. Em caso de *vantagem pública/política*, o *pacto*

de injusto exige o exercício da função política com violação à legalidade (atuação com infração de dever funcional).

Em nossa visão, a doação eleitoral regular, que é aquela realizada de acordo com as regras eleitorais e admitida pelo sistema constitucional, passa a integrar a esfera política. Deve ser compreendida, portanto, como vantagem política. Nesse sentido, o sistema constitucional e eleitoral define os limites e a necessária transparência das doações eleitorais. Aparentemente, não estabelece uma limitação em relação a finalidade da doação eleitoral, de modo que a ordem normativa primária parece admitir que a doação se preste tanto a apoiar medidas previamente definidas pelo candidato ou partido político, quanto a influenciar a própria definição das pautas políticas a serem defendidas pelos agentes políticos. Assim, caso realizada dentro dos limites objetivos previstos na legislação eleitoral, a doação eleitoral passa a ser considerada como algo de valor integrante da esfera política, com reflexos, portanto, sobre a definição concreta do tipo objetivo de corrupção.

A *contrario sensu*, as doações eleitorais realizadas em desconformidade com as regras eleitorais – e, principalmente, com os valores de transparência e igualdade política que as regras procedimentais visam garantir – estão fora da esfera política e, com isso, representam vantagem pessoal e privada.

Como consequência prática, a aceitação, solicitação ou recebimento de doação eleitoral irregular (vantagem privada) em troca do exercício de mandato eletivo (ou promessa de prática de ato inserido na esfera de atribuição do agente político) é suficiente para a realização do tipo objetivo de corrupção, ainda que resulte em prática de ato político “legal” ou de relevante interesse coletivo. Nesse caso, admite-se a denominada “corrupção imprópria”.

Por outro lado, a aceitação, solicitação ou recebimento, de doação eleitoral regular (vantagem política) em troca do exercício do mandato eletivo ou prática de determinado ato político somente configurará delito de corrupção se essa contrapartida representar atuação funcional com violação à legalidade em sentido amplo. Nesse caso, portanto, admite-se somente a prática da denominada “corrupção própria”. A ampla discricionariedade da função política dificulta a análise da atuação com violação ao dever funcional ou legalidade. Um indicador possível é verificar se a atuação política dada como contrapartida visa a atender interesse privado específico, não universalizável em favor de pessoas que se encontrem em idêntica situação, em violação ao princípio republicano e impessoalidade.

Em qualquer caso, como visto, por força do contorno formal do delito (respeito ao princípio da legalidade penal), ausente a contrapartida ou conexão entre doação eleitoral (regular ou irregular) e o exercício da função política, a conduta é objetivamente atípica à luz

da do delito de corrupção, remanescendo a possibilidade de eventual configuração de ilícito eleitoral, caso presentes seus pressupostos e requisitos específicos.

8 RESOLUÇÃO DE CASOS

Caso 1. Pelo critério proposto, a doação eleitoral irregular deve ser compreendida como vantagem pessoal e privada recebida pelo agente político. No entanto, no caso não há descrição do elemento de conexão entre essa vantagem e o exercício da função política. Ausente o denominado “pacto de injusto”, não há que se falar em delito de corrupção passiva, mas apenas em doação eleitoral ilegal ou irregular.

Variante: Nessa hipótese, a questão descreve a relação entre vantagem privada e exercício da função política, suficiente para realização do pacto de injusto, ainda que resulte na prática de ato político regular. Assim, o caso revela hipótese de prática do delito de corrupção passiva.

Caso 2. Trata-se de vantagem que permanece na esfera política (doação eleitoral regular) conectada com o exercício da função política. Não há indicação de ato ou exercício da função política em violação à legalidade. Por inexistir o abuso de poder público ou o cruzamento entre esfera pública e privada, o caso não descreve hipótese de corrupção.

Caso 3. O caso revela hipótese de vantagem pública (que permanece no campo político), conectada com o exercício da função política com violação à legalidade. Pelo critério proposto, a relação entre vantagem pública e atuação funcional com violação à legalidade é suficiente para a realização do pacto de injusto e caracterização do delito de corrupção.

Caso 4. A controvérsia a respeito da amplitude dos atos que se inserem no exercício da função parlamentar vai impactar na caracterização do delito de corrupção no presente caso. Reconhecendo que pode ser uma conclusão controversa, o trabalho entende compatível com as características da função parlamentar considerar que o “círculo de influência” decorrente da função deve ser compreendido como o próprio exercício da função política. Assim, superado esse aspecto, há relação entre vantagem política (doação eleitoral regular) e exercício da função política com violação à legalidade, o que é suficiente para caracterização do delito descrito no art. 317 do CP.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, Norma e Injusto Penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BELLO, Ludmila Carvalho Gaspar de Barros. *A responsabilidade criminal do candidato a cargo eletivo e o crime de corrupção passiva*. 2021. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, *AP nº 695/MT*, Rel. Min. Rosa Weber, Voto Min. Luiz Fux, j. 06/09/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 1.002*, Relator Min. Edson Fachin, 02ª Turma, 10/12/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 1003*, Relator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, julgado em 19/06/2018, DJ nº 128 do dia 28/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 307*, do acórdão, voto do Min. Sepúlveda Pertence. Relator(a): ILMAR GALVÃO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 307*, do acórdão. Relator(a): ILMAR GALVÃO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 996*. 2ª Turma, Relator Ministro Edson Fachin, data do julgamento: 29/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4650*, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe- 034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4650*, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015. PROCESSO ELETRÔNICO DJe- 034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.141*, Relator Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 12/12/2017, publicado em 23/02/2018.

CARDOSO, Fernando Navarro. *El cohecho em consideración al cargo o función*. Valência: Tirant lo Blanc, 2019.

CAVALI, Marcelo Costenaro. *Manipulação do Mercado de Capitais*. Fundamentos e limites da repressão penal e administrativa. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

COCA VILA, Ivó. *La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331546330_La_Business_Judgment_Rule_ante_la_determinacion_del_riesgo_permitido_en_el_delito_de_administracion_desleal. Acesso em: 11 set. 2021.

COCA VILA, Ivó. *La colisión de deberes en Derecho penal*. Concepto y fundamentos de solución. Barcelona, 2016.

DE ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de Coalização: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

DE SOUZA, Luciano Anderson. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal*. Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: Emais Editoria, 2020.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Reus. 2007.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial: Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. In: *Indret*, n. 2/2009. Disponível em: <https://indret.com/imputacion-objetiva-en-el-derecho-penal-economico-y-empresarial/>. Acesso em: 30 set. 2021.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRISCH, Wolfgang. *La imputación objetiva del resultado*. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Atelier libros jurídicos. 2015.

FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalor e imputar*. Sobre la imputación objetiva em Derecho Penal. Atelier Libros Jurídicos, 2004.

GÓES, Silvana Batini Cesar. Corrupção e eleições: o que o Direito Eleitoral tem a dizer. In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SALGADO, Daniel de Resende; ARAS, Vladimir (Coord.). *Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 237.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *Lobby*. Estudo de direito comparado e necessidade de regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020.

GRECO, Luis. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, p. 152-194, 2006.

GRECO, Luis. *Um Panaroma da Teoria da Imputação Objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 25-34.

GREEN, Stuart P. (Edit.). *What's wrong with bribery*. In: DUFF, Antony; GREEN, Stuart P. *Defining crimes: essays on the criminal law's special part*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 143-167. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228243346_What's_Wrong_With_Bribery. Acesso em: 30 set. 2021.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Direito Penal Econômico*. Administrativização do Direito Penal, Criminal Compliance e Outros Temas Contemporâneos. Londrina: Thoth Editora, 2017.

HELLMAN, Deborah. A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, v. 38, n. 6, p. 1947-1992, ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2828840>. Acesso em: 30 set. 2021.

HORTA, Frederico. *Do erro sobre os elementos normativos das leis penais no direito penal econômico*. Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís. A amplitude do tipo penal da corrupção passiva: comentários ao Resp nº 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. *Jota*, 26 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018>. Acesso em: 30 set. 2021.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 140-141.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

MARTÍN, Adán Nieto. In: MATA BARRANCO, Noberto J. *et al. Derecho Penal Económico y de La Empresa*. [s.l.]: Editorial Dykinson, 2018.

MOISÉS, José Álvaro; WEFFORT, Francisco. *Crise da democracia representativa e neopopulismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Riesgo permitido y principio de legalidade*. La remisión a los estándares sociales de conducta em la construcción de la norma jurídico-penal. Barcelona, Espanha: Atelier, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume II – parte especial*. 6. ed. Baseada na 16. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*.

PUPPE, Ingeborg. *Estudos sobre Imputação Objetiva e Subjetiva no Direito Penal*. Tradução: Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2019.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do “mensalão” (APn 470/MG do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, p. 181-214, jan./mar. 2014.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. *O crime de corrupção e a compra de boas relações*, em *Crime e Política*. Organizadores: Alaor Leite e Adriano Teixeira. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

REZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Org.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 70-71.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Normas de conducta. In: *Indret*, 01.2019. p. 8. Disponível em: <https://indret.com/normas-de-conducta/>. Acesso em: 30 set. 2021.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupção e governo: causas, consequências e reforma*. Tradução Eduardo Lessa. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La esestructura de la teoria del delito. Traducción Diego Manuel Luzón Pena e outros. Madrid: Civitas, 1997.

RUSCA, Bruno. *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. Madrid: Marcial Pons. 2020.

SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (Coord.). *Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Salvador: JusPovim, 2020.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, v. 933, p. 47-59, jul. 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 85, p. 219-235, 2010.

SANCHES, Jesús Maria Silva. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer. 2016.

SANCHES, Jesús Maria Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo: B de F, 2011.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. *Migalhas*, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCALCON, Raquel Lima. O Conceito Penal de Funcionário Público no Direito Brasileiro e Alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo empregado público em empresas estatais (artigo 327, caput, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, v. 72, p. 110, 145, jan./mar. 2019.

SCHILLING, Flávio Inês. Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). *Revista dos Tribunais*, v. VI, cap. 5, jul. 2011. *E-book*.

SCHLICKMANN, Denise Goulart. *Financiamento de Campanhas Eleitorais*. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

SCHÜNEMANN, Bern. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosófica do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 41.

TEIXEIRA, Adriano. O conteúdo de injusto da corrupção privada empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, v. 80, p. 52-55, jan./mar. 2021.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.