

A SEARA DOS INCORRUPTÍVEIS – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 317 E 333 DO CÓDIGO PENAL *

FÁBIO TAVARES

O renomado Dr. *Nagib Slaibi Filho*, quando de um Congresso promovido pelo Instituto de Estudos Jurídicos (novembro de 1990, Rio de Janeiro), fez menção a um país no qual os crimes de corrupção ativa e passiva praticamente inexistem, fazendo parecer que qualquer disposição legal acerca do assunto não passa de letra morta, pela inocorrência de condutas típicas no campo prático.

Decerto nenhuma pessoa que se pautasse pelo realismo e pela honestidade ousaria afirmar que tal país se chama Brasil, terra onde, infelizmente, a realidade é muito outra, como também asseverou o ilustre constitucionista.

Já de longa data o problema da interpretação dos arts. 317 e 333 do Código Penal vem nos sobressaltando o espírito e se mostrando um tópico sobre o qual devemos nos debruçar com mais atenção. Dúvida não resta tratarmos as condutas descritas nos artigos supracitados de crimes formais, posto verificar-se a consumação já com a mera solicitação de vantagem indevida (corrupção passiva), ou com uma efetiva promessa ou oferecimento (corrupção ativa). Senão, vejamos:

“Art. 317. Solicitar ou receber para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.”

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

* Tese aprovada com emenda aditiva.

Vem ocorrendo. no entanto, um problema de ordem prática que inviabiliza um maior número de ações por crimes dessa espécie. Uma corrente majoritária entende que existe maior dificuldade de ver-se consumado um crime de corrupção ativa do que a que realmente se verifica. Surge a impressão, até, de que as duas condutas seriam faces da mesma moeda, tal qual coisa julgada formal e material; com se penalistas do porte de *Damásio E. de Jesus* nunca tivessem afirmado que “poderia haver um só delito para corruptor e corrupto. O legislador brasileiro, entretanto, para que uma infração não fique na dependência da outra, podendo punir separadamente os dois sujeitos, *ou um só*, descreveu dois delitos de corrupção...”¹

Tome-se a hipótese de um funcionário público que solicite, em razão de sua função, vantagem indevida, e o particular solicitado acede, pagando o que lhe é pedido. Cristalino consumado o crime de corrupção passiva, não temos e nem temos dúvidas. Quanto a uma consumação de crime de corrupção ativa, bem, isso não nos parece viável, graças ao que antes já se encontrava no art. 1º do Código Penal (princípio da reserva legal) e hoje, mercê de Deus, está erigido à categoria constitucional.

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da reserva legal é uma realidade sempre presente e que não deve ser deslembrada. Ao analisar as normas, o intérprete não pode nunca descuidar-se dos princípios basilares. Em suma, não se nos apresenta como típico o comportamento daquele que paga ante solicitação, nos termos do art. 317. De onde terá surgido a idéia que vaga por faculdades e gabinetes de que pagar, dar, *dare*, possa ser entendida como ensejadora de consumação de um tipo que só apresenta os núcleos oferecer e prometer? Trata-se, evidentemente, de uma analogia *in malam partem*, proibida pelo referido princípio da legalidade.

Na esteira dos ensinamentos de *Delmanto*,² oferecer é pôr à disposição; prometer é obrigar-se, garantir dar alguma coisa. Quem garante dar não deu, quem põe à disposição é porque pode fazê-lo e só o pode quem tem (quem ainda não deu, enfim). Não há, dessa forma, qualquer elementar do art. 330 que aluda à conduta de pagar, ainda que seja em atendimento a solicitação de corruptor passivo. Como já frisamos, a despeito de sua aparência, a corrupção ativa nada tem a ver com a passiva. São coisas absolutamente distintas, tipos autônomos de crimes não bilaterais em sua generalidade. Em termos mais didáticos: um crime não pressupõe o outro necessariamente. Não são eles antônimos de coexistência necessária, como norte e sul.

A ausência quase absoluta de jurisprudência não condiz com a seriedade do tema, tão ocorrente na prática de um Brasil onde muitas repartições públicas são transformadas numa *via crucis* para os dotados de algum escrúpulo. Tal não justifi-

ca, porém, coonestar a condenação de uma pessoa por fato atípico. Felizmente vem de São Paulo o sopro de uma maior lucidez nesse sentido:

“Corrupção passiva – Solicitação de recebimento de vantagem indevida – Renovação de pedido revisional fundado na falta de tipificação do crime – Inexistência de documentos diversos dos já apresentados – Não conhecimento do pedido nos termos do art. 622 do Código de Processo Penal. No crime de corrupção podem concorrer duas modalidades ativa e passiva, ou apresentar-se somente uma delas, pois o art. 333 do Código Penal só pune quem corrompe oferecendo ou prometendo e não quem apenas se limita a ceder ante solicitação de funcionário público.”³

Não obstante o acórdão datar de 1968, mais de vinte anos portanto, nenhum empecilho há ao seguimento de suas orientações, vez que em nada mudou o tipo em discussão desde então, tratando-se de entendimento jurisprudencial embasado em boa (e, a nosso ver, correta) doutrina. Aliás, o voto do ilustre Desembargador *Acácio Rebouças*, nesse mesmo julgado, afastou com invejável maestria qualquer perplexidade que pudesse surgir para o crítico menos cauteloso. Atestou, *in fine*, que só existe uma corrupção (ativa) quando o particular oferece ou promete e o funcionário repele, e também só uma (passiva), quando o funcionário solicita e o particular cede: “neste caso o particular não corrompe, mas é vítima da corrupção alheia”.

Ora, não é outra a *mens legis* senão a de não incriminar quem paga a funcionário público quantia solicitada em razão de sua função, embora indevida. O particular nesse caso não tomou qualquer iniciativa, não ofereceu, não prometeu, não teve a vontade de corromper e muito menos a de lesar a Administração (quanto a não corromper ou não ter a vontade de corromper, lembre-se da máxima “ninguém pode corromper quem já está corrompido”).

O particular que é solicitado em tais situações vê-se na contingência de ceder, mal menor do que aquele que poderá advir de sua recusa, ou seja, ele é corrompido. E aquele que se deixa corromper tem como juiz os ditames da consciência; o que estará em discussão será moral e não direito. É por tais situações que tanto ocorrem agora e tanto ocorriam na época da entrada em vigor do Código Penal, que o legislador preferiu adotar uma “exceção pluralista ao princípio unitário que norteia o concurso de agentes”, nas palavras de *Damásio*,⁴ e não por qualquer descuido ou falta de técnica.

É fato notório que nem todos os funcionários públicos são pessoas prohas e que muitos valem-se de suas funções para solicitar vantagens indevidas, geralmente financeiras, de particulares (entre os quais se incluem os advogados). Estes, especi-

¹ *Direito penal*. 2. ed., 1990, v. 4, p. 199. (Grifo nosso)

² *Código Penal comentado*. 3. ed., 1991, p. 505.

³ TJSP, Revisão Criminal n. 94.375, Rel.: Des. *Mendes França*. *RJTJSP*, v. 7.

⁴ *Op. cit.*, *loc. cit.* p. 199.

ficamente, ficam entre a cruz e a espada. A espada, de lançarem-se numa batalha pela moralização dos serviços públicos, com o preço de prejudicarem seus clientes, pela insatisfação que terão criado no espírito daquele que é, de fato, o intermediário entre a parte e o juiz; e a cruz, de deixarem-se imolar em suas convicções em prol do que há de mais sagrado para o profissional *ad vocare*, o leal patrocínio dos interesses alheios, sublime missão à qual o próprio texto constitucional se curvou. Pergunta-se: é o advogado que, nessas condições, cede a uma solicitação indevida, um criminoso? O direito diz, através do art. 333, que não; a moral, através da consciência, dirá a cada um, individual e particularmente, o que ela pensa.

A única verdade é apenas esta: enquanto perdurar essa visão ampliativa e inconstitucional do texto legal, perdurará a indesejável situação na qual somente em raríssimos casos terão os magistrados a oportunidade de tocar em autos que digam respeito a crime de corrupção passiva. Isto porque o particular que pagou vantagem indevidamente solicitada por funcionário público não se sente estimulado a noticiar tal fato, pelo contrário, ante o risco de ver-se processado, não obstante não ter praticado conduta típica.

Além de atípica a conduta de quem apenas cede a uma solicitação indevida de funcionário público, representa verdadeiro contra-senso a punição de quem foi corrompido a ponto de pagar o que não devia a quem estava proibido de receber. Ora, condenar o corrompido é semelhante a incriminar o extorquido ou o furtado. Tenha-se em mente que, se por um lado a Administração Pública é vítima no caso do art. 317 do Estatuto Penal, assim também o é o particular, enquanto “vítima da corrupção alheia, quando não oferece nem promete”.⁵

Por tudo quanto foi exposto e pelo muito mais que se poderia acrescentar com mais demorado estudo da matéria, conclui-se que a mera submissão do particular a pedidos indevidos de funcionário público não sujeita quem quer que seja às penas do art. 333 do Código Penal.

CONCLUSÃO

É atípica, portanto, a conduta de particular que somente paga ou fornece qualquer vantagem indevidamente solicitada por funcionário público nos termos do art. 317 do Código Penal, vez que o art. 333 do mesmo diploma não abrange o assentimento àquela solicitação.