



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANNE MOREIRA DANON

**O RECEBIMENTO DE BRINDES E PRESENTES POR
FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS À LUZ DO CRIME DE
CORRUPÇÃO**

Salvador
2018

ANNE MOREIRA DANON

**O RECEBIMENTO DE BRINDES E PRESENTES POR
FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS À LUZ DO CRIME DE
CORRUPÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Sebastian Mello

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

ANNE MOREIRA DANON

O RECEBIMENTO DE BRINDES E PRESENTES POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS À LUZ DO CRIME DE CORRUPÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Roberto Danon, que sempre guiou minha jornada, almejando que eu seguisse os melhores caminhos e incentivando o meu amadurecimento. À minha mãe, Bárbara Moreira, que apesar de longe na reta final do meu curso, estava comigo em pensamento e me dando forças para continuar lutando pelos meus objetivos.

Ao meu irmão, Enzo Danon, meu melhor amigo e minha fonte de carinho e doçura. Aos meus avós, Lúcia Danon e Vitalis Danon, meus maiores exemplos de vida. Assim como os demais membros da minha família que me ajudaram nessa jornada.

Aos meus amigos pessoais, pela compreensão dos momentos que tive que me ausentar. Aos meus colegas de faculdade, que acompanharam a minha rotina e estiveram presentes nos momentos mais difíceis do curso, sempre ajudando uns aos outros para que caminhássemos juntos.

Ao meu orientador, Sebastian Mello, de quem eu tive a honra de ser aluna e monitora, exemplo de professor e papel fundamental para que o Direito Penal se tornasse minha paixão durante o curso.

A Dra. Mariana Teixeira Lopes, exemplo de mulher e profissional que foi substancial para a produção deste trabalho, desde os seus conselhos sábios até o empréstimo de livros e material de estudo.

À faculdade Baiana de Direito, por ter expandido os meus horizontes como ser humano e ao corpo docente, mestres que tive a honra de ser aluna. Aos funcionários, por serem tão solícitos e essenciais para o funcionamento da instituição.

Por fim, a todos aqueles que de alguma forma se fizeram presentes e contribuíram para o meu aprendizado e crescimento.

.

“Pés, para que os quero, se tenho asas para voar?”.

Frida Kahlo

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar a possibilidade do recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos, especificando o que caracteriza a corrupção para que o agente não venha a incidir no tipo penal. Ademais, visa analisar o tipo penal de corrupção, fazendo um estudo sobre as suas principais características, suas modalidades, escorço histórico, elementos e sujeitos do tipo. Também procura definir o bem jurídico tutelado pelo delito de corrupção, caracterizando a tutela da moralidade da administração pública. São apresentados ainda, os efeitos deletérios da corrupção, do ponto de vista social e econômico. Outrossim, traz um estudo sobre o Princípio da Insignificância, sua possibilidade de aplicação nos crimes contra a administração pública, sobretudo ao crime de corrupção. Com isso, busca analisar a atipicidade do recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos, demonstrando que o tipo penal tem um elemento subjetivo especial que o caracteriza, lastreado no caráter contraprestacional. Por fim, traz o Código de Ética da Alta Administração Federal como exemplo de limitação de natureza administrativa que tutela o recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos.

Palavras-Chave: Crime de corrupção; Administração pública; Funcionário público; Brindes; Presentes; Princípio da insignificância.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 O CRIME DE CORRUPÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO DO TIPO	17
2.2 MODALIDADES DE CORRUPÇÃO	18
2.3 SUJEITOS DO TIPO	20
2.4 ELEMENTO OBJETIVO E A INSEGURANÇA JURÍDICA DO OBJETO MATERIAL “VANTAGEM INDEVIDA”	21
2.5 ELEMENTO SUBJETIVO	24
2.6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA	25
2.7 TIPO QUALIFICADO E TIPO PRIVILEGIADO	27
3 O BEM JURÍDICO DO CRIME DE CORRUPÇÃO	30
3.1 A MORALIDADE COMO BEM JURÍDICO TUTELADO	35
3.2 OS EFEITOS DELETÉRIOS DA CORRUPÇÃO	39
3.3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A SÚMULA 599 DO STJ	42
4 A (A) TIPICIDADE DO RECEBIMENTO DE BRINDES E PRESENTES POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS	48
4.1 A TIPICIDADE DO CRIME DE CORRUPÇÃO À LUZ DO BEM JURÍDICO TUTELADO	52
4.2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE CORRUPÇÃO	57
5 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

A corrupção é um “mal público” que nasce junto com as sociedades. Há muito tempo já era possível vislumbrar as práticas corruptivas do ser humano. Entretanto, com os escândalos noticiados diariamente pela mídia no âmbito da política e Administração Pública, houve uma mudança de paradigma e na tolerância que cercava essas práticas.

O termo corrupção traduz, por si só, uma ideia de desvio, de modo que algo está corrompido quando não funciona da maneira que deveria. Em termos de Direito Penal, o delito de corrupção possui uma dupla face, podendo ser praticado não somente pelo servidor público, mas também pelo particular, surgindo às figuras do crime de corrupção ativa e do crime de corrupção passiva.

Deste modo, verifica-se o delito de corrupção quando o servidor público, termo que possui um amplo alcance para o Direito Penal, no exercício da sua função pública, e em razão dela, age de forma contrária àquela que se espera dele, qual seja, com a finalidade de prestar melhor serviço público.

Disso depreende-se a gravidade do delito em comento, que, diga-se, possui uma ampla carga moral, inclusive porque o parâmetro de comportamento correto do servidor público encontra-se no próprio princípio da moralidade que rege a administração pública, diante do perigo que surge quando o sujeito público deixa de agir conforma a finalidade pública para satisfazer o seu desejo particular.

Diz-se que a corrupção é danosa à sociedade, na medida em que o servidor público, ludibriado pela vantagem a ele oferecida por um particular, faz uso da função pública a partir do poder que lhe é concedido, para realizar uma tarefa que, em verdade, somente satisfaz interesses privados.

Ou seja, o juiz deixa de dar uma sentença “justa” diante da vantagem a ele oferecida, o parlamentar consegue que seja aprovada uma lei que beneficia determinado sujeito, mas prejudica toda uma coletividade, por ter recebido propina, entre outras situações.

Além da afetação à moralidade da administração pública, a corrupção também possui um caráter patrimonial, tendo em vista que há uma repercussão nas verbas públicas, como por exemplo, de verbas que poderiam ser destinadas a uma finalidade mais benéfica à sociedade, e passa a ser aplicada beneficiando somente interesses particulares.

Atualmente, instaurou-se na sociedade um discurso de combate a corrupção, abarcando uma tendência de expansionismo penal que clama pela punição, gerando graves consequências no âmbito da Administração Pública.

Tal fato decorre do clamor advindo da sociedade por uma proteção maior à tutela de determinado bem jurídico, que, no caso é a moralidade da administração, mas também com um forte viés patrimonial.

Adverta-se que o crime em análise já o é desde muito, estando inserido no Código Penal desde a sua criação, passando por algumas alterações até então. Tais alterações decorrem justamente das mudanças sociais que interferem na forma que os sujeitos enxergam tal fenômeno e o sentem no dia a dia.

A mídia possui papel fundamental na formação do entendimento das pessoas acerca de determinado fenômeno, e assim é em relação à corrupção. A sociedade brasileira, em verdade, possui há algum tempo uma descrença em seus agentes públicos, visualizando-os como sujeitos “imorais”. Tal percepção vem se afluando dadas as últimas notícias referentes às operações realizadas pela Polícia Federal, em especial a famigerada “Operação Lava Jato”.

Referida operação ganhou grande notoriedade por envolver sujeitos do alto escalão da administração pública num esquema de corrupção, inclusive um ex-presidente da república. A atuação dos órgãos de persecução, em especial o Ministério Público Federal, passou a ser mais conhecida e divulgada, de tal modo que as pessoas começaram a verificar a aplicação dos efeitos da tutela penal ao caso.

Assim, agravou-se o estereótipo produzido pelo controle social com aqueles que exercem funções públicas, pelo simples fato de serem agentes públicos, principalmente no que tange o âmbito das relações políticas.

Deste modo, o discurso defendido pelo senso comum de que “todo servidor público é facilmente corrompível”, hoje, extrapola conversas informais e adentra as esferas

administrativas e penais, criando-se um tabu na sociedade acerca do recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos.

Parece ser de algum modo pacífico os efeitos deletérios da corrupção. Todavia, a problemática se impõe acerca da configuração do delito quando existe a entrega de presentes a servidores públicos. Ou seja, se os presentes são capazes de configurar vantagem indevida e incidência do tipo penal.

Com efeito, os presentes estabelecem ou reforçam um laço natural do convívio e relacionamento do ser humano, assim um brinde ou presente é uma forma de expressar o afeto e reconhecimento pela competência de um trabalho desenvolvido com êxito.

Assim, deve-se analisar em que medida a oferta de tais presentes é capaz de configurar ato atentatório à moralidade da administração, e mais do que isso, em que medida essa afetação à moralidade é capaz de configurar uma conduta criminosa, digna de pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, porque esses atos costumeiros da sociedade não podem ocorrer no âmbito da Administração pública? Quais os limites para que os brindes e presentes transgridam o seu caráter de benesse e se caracterizem como atos de corrupção?

Sendo assim, o presente trabalho, através do método analítico, busca examinar a legislação penal vigente, juntamente com os princípios que regem o ordenamento jurídico, sobretudo o Princípio da Insignificância, para caracterizar as práticas corruptivas sob as quais devem incidir o tipo penal.

No primeiro capítulo, busca-se analisar as principais características do crime de corrupção: esboço histórico do tipo penal, suas modalidades (ativa e passiva), sujeitos do delito, o elemento objetivo, o elemento subjetivo, o que caracteriza a sua consumação, tentativa, os tipos privilegiado e qualificado.

No elemento material objetivo do tipo, buscou-se analisar o conceito trazido pelo legislador, discutindo-se sobre o tipo penal aberto que requer a valoração fática e a análise dos comportamentos do agente público no caso concreto para que fique consumada a vantagem como indevida.

No segundo capítulo, passa-se a analisar o bem jurídico tutelado pelos tipos penais de corrupção (ativa e passiva), os objetivos que a norma penal buscou alcançar com criação do tipo.

Assim, a partir disso discute-se se a moralidade pode ser alvo da tutela da norma penal, fazendo uma rápida distinção entre ética, direito e moral.

Também se busca demonstrar os efeitos deletérios que a corrupção traz para a sociedade que perpassa a transgressão as normas jurídicas, sendo importante uma análise da magnitude do fenômeno, do ponto de vista do seu aspecto econômico e social.

Posteriormente discute-se sobre o Princípio da Insignificância, seu conceito, fundamentos, buscando elucidar a sua aplicação dentro do ornamento jurídico para garantir o caráter da última ratio penal.

Após, faz-se uma análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no entendimento que ocasionou a súmula de n. 599 afastando a aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, sendo discutidos os parâmetros utilizados pelos Ministros para chegarem a esse entendimento.

No último capítulo, concentra-se o questionamento fundamental da presente pesquisa, uma análise acerca da tipicidade do recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos.

Deste modo, busca-se elucidar os fundamentos que afastam a ilicitude penal e caracterizam o elemento subjetivo do tipo como a discussão central para que o crime se consume,

Desta maneira, busca demonstrar que o caráter contraprestacional da mercantilização do ato de ofício da função pública é o fundamento da atipicidade do recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos, cabendo uma análise ao caso concreto para verificar.

Afirma-se a possibilidade de incidência do Princípio da Insignificância nos crimes contra a Administração Pública, sobretudo sob o crime de corrupção.

Assim, tendo como exemplo o Código de Conduta da Alta Administração Federal que tutela o recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos, se

analisa as normas administrativas como parâmetro para aplicação de sanções disciplinares.

Especificando que em caso de transgressão por algum agente público das normas de caráter disciplinar, não se configura necessariamente o crime de corrupção, devendo-se analisar o elemento subjetivo do tipo e o caráter contraprestacional para consumir o fato como típico.

2 O CRIME DE CORRUPÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito Penal corresponde, seguindo o princípio da intervenção mínima, a última ratio do ordenamento jurídico, de forma tipificar o “não fazer” de determinadas condutas descritas como infrações penais e com sanções previamente explícitas no Código Penal. Assim, representa o poder que Estado tem de punir, com o intuito de proteger a sociedade e seus bens jurídicos mais importantes, ou seja, o *jus puniendi* estatal.

As normas jurídicas, conforme leciona Paulo Queiroz (2012, p.30), ao mesmo tempo em que estruturam esse poder punitivo estatal, fixam princípios e regras fundamentais que vão nortear essa intervenção jurídico-penal, fundando um sistema de garantias em face deste exercício de poder do Estado.

Logo, o Direito Penal é visto sob uma ótica objetiva, ao definir um conjunto de normas que versam sobre a matéria penal e sob uma ótica subjetiva, já que corresponde ao direito de punir, cuja titularidade é exclusiva do Estado.

Sendo assim, o sistema penal pode ser configurado como um controle social punitivo institucionalizado que atua desde a ocorrência – ou suspeita de ocorrência – de um delito até a execução da pena imposta para tal conduta típica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 69).

José Frederico Marques (1997, p. 64) limita o âmbito de atuação do Direito Penal e do Direito Administrativo, alegando que o contato do Estado ao exercer o *jus puniendi* com o direito da liberdade, traz latente um conflito de interesses e litígio que obriga a ação repressora a certos limites e restrições, inexistentes na Administração Pública.

Assim, a lei penal seguindo o princípio da intervenção mínima, revela o rigor exigido no controle da sua aplicação, tendo pressupostos próprios e total independência, em face das sanções administrativas.

Incumbe-se ao legislador traçar os limites entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, pautando-se no aspecto material, ou seja, um juízo valorativo ético-

social da conduta e o aspecto político-criminal, tendo como referência a eficácia da sanção (PRADO, 2002, p. 39).

Nesse sentido, muitos autores denominam como Direito Penal Administrativo, o ramo do direito que aludi às sanções análogas as penais, de natureza administrativa que cominam ao indivíduo o mal proporcional ao ato cometido, buscando vias de reparação alternativas as penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou multa, como por exemplo, advertência ou suspensão da função exercida pelo funcionário público (MARQUES, 1997, p. 66).

Essa independência reforça a tutela do Direito Penal em face do Direito Administrativo, na medida em que as sanções administrativas revelaram-se insuficientes para a proteção estatal que visa garantir o bem jurídico da probidade da função pública, exercida pelos agentes administrativos e demais atividades do Estado e seus entes federativos.

Assim, restou-se necessária a intervenção do Direito Penal no âmbito da Administração Pública, sendo objeto de tutela do Código Penal Brasileiro, os crimes contra Administração Pública (BITENCOURT, 1997, p.36), ressaltando que a sanção administrativa pode ser aplicada simultaneamente a cominação penal.

O âmbito da Administração Pública e as funções exercidas por seus funcionários, por abarcar a satisfação do interesse coletivo despertam extrema relevância ao serem tutelados e fiscalizados pelo poder de polícia estatal.

Deste modo, surge à necessidade de tipificar os crimes contra a Administração Pública na esfera penal, sendo considerados mais graves do que os demais tipos por alguns doutrinadores, por atingirem milhares de pessoas com o dano ao erário público (GRECO, 2013, p.687).

O delito de corrupção, crime contra Administração Pública, objeto de tutela do Código Penal brasileiro, tem por escopo a proteção à transparência e prestígio da Administração Pública, abarcando uma série de práticas ofensivas, lesivas e injustas contra o bem comum, sendo historicamente conhecido como o “mal público”, agrupando de forma generosa um conjunto de condutas heterogêneas e com alcances diversos que superam por momentos os limites da figura penal que contém o termo.

Com efeito, é considerado como o ilícito ao erário público de maior importância pela sociedade, sobretudo no cenário de crise política vivida pelo país na atual conjuntura (SCHILLING, 1999, p. 16).

Conforme leciona Galdino Siqueira (1947, p.611-612) acerca do crime de corrupção:

O crime de corrupção sempre foi considerado como o mais grave e torpe dos crimes funcionais, ou tráfico das próprias funções pelo funcionário público, especialmente da ordem judiciária, e aquele que vende o exercício da autoridade que lhe é confiada, não viola somente os deveres do seu cargo, trai a sociedade, que nele depôs a sua confiança, e a justiça que não admite como causa impulsiva de um ato senão a própria justiça.

Para Nelson Hungria (1940, p.367), a corrupção, no seu tipo central é a venalidade em torno da função pública, denominando-se passiva quando se tem em vista a conduta do funcionário corrompido, e ativa quando se considera a atuação do corruptor.

Na visão de Luiz Regis Prado (2001, p.411-412):

A corrupção é um mal que circunda a administração pública desde a antiguidade, fruto da avidez, do apego ao poder, do protecionismo dos apaniguados, das sinecuras e do afrouxamento dos deveres cívicos por parte daqueles que detêm parcela do poder estatal, estimulados pelos corruptores, que enfocam o Estado como mero instrumento colocado a serviço dos seus interesses pessoais.

O crime de corrupção coloca-se progressivamente no centro do debate político do país e após, os sucessivos escândalos e operações policiais de grande magnitude envolvendo agentes públicos no exercício da sua função e particulares que prestam serviços à administração, ganhou demasiada notoriedade.

Nessa linha intelectual, eleva-se o debate doutrinário existente acerca da matéria e de possíveis mecanismos para sanar e coibir as práticas de deturpação do comportamento social, encontrando-se o povo brasileiro desacreditado na mudança desse cenário e clamando por um cenário de expansionismo penal pra obter uma sensação de “segurança”.

Instaurou-se um sentimento na sociedade de que nada pode ser feito para o combate da corrupção, como diz Flávia Schilling (1999, p. 16) estaria essa prática generalizada, aumentando o descrédito que cerca a política, provocando na população o sentimento de que restam esgotados todos os meios extrapenais do controle social, restando apenas à esfera penal como único meio eficaz de resolver à problemática, clamando a sociedade por punições a qualquer custo.

O recebimento de vantagens ou troca de favores para alcançar determinados objetivos geraram uma desilusão na sociedade, popularmente conhecido como “jeitinho brasileiro” de obter lucro em face de qualquer situação.

Isso se mostra perigoso, pois esse estereótipo disseminado e associado à atuação da Administração Pública leva ao senso comum o pensamento de que a conduta humana no que tange as relações econômicas e a administração estatal sempre será corrompível, gerando um tabu no recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos no âmbito da administração, sendo vistos como “suborno”.

Para sancionar a corrupção pública, na visão de Patrícia Rosetto (2009, p.228):

A legislação penal somente poderá ser concretizada por meio de vias preventivas e repressivas, as quais atuam numa relação de complementariedade, sendo suscetíveis a um simultâneo desenvolvimento. Se de um lado seria contraproducente ao Estado fundar sua política persecutória exclusivamente no direito penal e no processo penal, já que o mero aumento das escalas penais ou a desconsideração de princípios constitucionais na investigação ou no processo criminal configuraria uma receita de política simbólica inapta para alterar o quadro de forma satisfatória e eficaz.

O enquadramento de determinadas condutas realizadas por agente públicos e equiparados a tais, aos tipos penais, se dá de forma a “acalmar” os anseios sociais de justiça, ao invés de exercer a sua função punitiva com igualdade e segurança jurídica, se tornando na verdade, instrumento seletivo e arbitrário de utilização do Direito Penal, sendo contrário a sua finalidade precípua e ao seu caráter subsidiário de última esfera do ordenamento jurídico (PASSOS, 2011, p. 147-158).

É possível aferir que a corrupção, embora seja uma questão jurídica, social e política debatida incansavelmente ao longo da história, nos últimos anos ganhou ainda mais notoriedade. Este tipo penal para Flávia Schilling (1999, p. 16), embora tão velho

quanto os primórdios da espécie humana sofreu uma mudança paradigmática na tolerância, aceitação ou resignação que cerca essa prática com o passar do tempo.

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO DO TIPO PENAL

A corrupção não é uma prática atual, está intrínseca na sociedade e na história humana, desde as primeiras civilizações, como a grega e romana, as quais já havia a tutela do Estado acerca dessa prática nas mais antigas legislações, assim como de outros crimes contra a Administração Pública (BITENCOURT, 2010, p.108).

Na Grécia Antiga, conforme leciona Luís Regis Prado (2001, p.412), a partir da fase clássica, já foram disciplinados o peculato (*klopes*), corrupção (*dóron*), denotando tanto a ativa como a passiva e o abuso de autoridade (*ádika*), tais nomes correspondiam às ações populares concedidas aos cidadãos. A corrupção dos juízes era punida de forma mais severa na Grécia, com a morte (HUNGRIA, 1940, p.365).

No antigo direito romano, aquele que cometesse o crime de corrupção era punido com o dever de restituição, verifica-se na Lei das Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*) que se cometido por um juiz, era punido com a morte (SIQUEIRA, 1947, p. 612). Entretanto, na perspectiva romana a corrupção passiva era confundida com o crime de concussão, sob o nome de *crimen repetundarum*, tendo sua distinção consolidada apenas com Farinácio, consagrando-se posteriormente no Código Francês de 1971 e 1810 (HUNGRIA, 1940, p.366).

No Brasil, as Ordenações Filipinas no Livro V, segundo leciona Nelson Hungria (1940, p.366) excluía o crime quando as coisas doadas fossem vinho, pão e demais coisas de comer que entre parentes e amigos costumava-se dar e receber. O código do império tratava acerca dos conceitos de peita e suborno, o primeiro significava o recebimento pelo agente público de dinheiro, enquanto o suborno representava o recebimento de influência (PRADO, 2001, p. 414), no Código de 1830, também eram tratados como sinônimos em uma mesma secção, inspirado no Código Francês.

No Código de 1890, também se tratou dos conceitos de peita e suborno, reunindo as duas espécies em uma só seção, sendo inserida uma modalidade de concussão ao lado da peita, entretanto encerrando lacunas em partes essenciais (SIQUEIRA, 1947, p. 618).

O Código de 1940, vigente no país, inspirou-se no Código suíço, dissociando o tipo penal de corrupção sob duas óticas, abordadas em capítulos distintos. A primeira, através da conduta do funcionário público corrompido, a denominada corrupção passiva e à atuação do particular corruptor que a proporciona ou dela participa, denominada corrupção ativa. Assim, criou-se figuras criminais independentes e distintas (PRADO, 2001, p.415).

2.2 MODALIDADES DE CORRUPÇÃO

O legislador dedicou-se a abordar as espécies de corrupção como crimes autônomos, embora abordem a mesma temática principal, tem perspectivas diferentes, contribuindo para que sejam punidos ambos os sujeitos, tanto aqueles que solicitam ou aceitam o proveito, quanto àqueles que o oferecem.

Desse modo, a corrupção passiva se refere ao funcionário público que solicita ou recebe a vantagem indevida e a corrupção ativa, aos particulares que oferecem ou prometem a vantagem indevida contra a Administração Pública (NUCCI, 2009, p.317).

A disciplina jurídica dos crimes de corrupção ativa e passiva apresenta-se sob dois sistemas complexos. Há uma concepção do crime como bilateral, o qual condiciona a sua consumação a convergência ou acordo de vontades entre o corruptor e o corrompido, exigindo o concurso de duas ou mais pessoas para o seu cometimento (HUNGRIA, 1940, p. 367).

Luiz Regis Prado (2001, p.41) conclui o pensamento abordado acerca da concepção bilateral:

A concepção bilateral da corrupção pressupõe que, em tal delito, o funcionário e o particular engendram a prática de um ato a ser executado por aquele, em razão da sua função pública, mediante a obtenção de vantagem ou a promessa de obtê-la, havendo, portanto, uma necessária convergência de vontades entre eles.

A segunda concepção incrimina separadamente as duas espécies de corrupção, não necessariamente demanda o acordo de vontades entre o corruptor e o corrompido para que haja o cometimento do delito, tendo em vista que os verbos presentes nos tipos penais “solicitar” ou “oferecer” a vantagem indevida, não presumem à aceitação da outra parte para sua consumação, ou seja, ainda que venha a ser recusado o proveito, o crime deve ser imputado ao agente (HUNGRIA, 1940, p.367).

Para Rogério Greco (2013, p.445) onde há corrupto é porque há corruptor, entretanto da análise ao Código Penal brasileiro, nem sempre quando houver corrupção passiva, conseqüentemente, haverá corrupção ativa.

O autor Fernando Capez (2015, p.577) adverte que há concurso de agentes entre o corrupto e corruptor, só que o legislador ao invés de adotar o princípio unitário, resolveu aplicar a pluralidade: um delito para cada autor.

O atual Código Penal brasileiro adotou a teoria da unilateralidade, consolidando a separação e incidência das duas espécies delitivas, de tal modo que a consumação de qualquer uma delas independe da outra. Neste sentido, não é necessária a anuência do funcionário público na corrupção ativa, ou a aceitação pelo particular, na corrupção passiva (HUNGRIA, 1940, p.367).

Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.109) destaca, contudo que a escolha do legislador não significa o abandono da teoria monística da ação, ou que tenha afastado de forma absoluta a bilateralidade ou o caráter plurisubjetivo que em tese continua possível (receber e aceitar).

Outros códigos, ao contrário do vigente no Brasil, acolheram o sistema que considera a corrupção ativa e passiva como crimes de caráter bilateral, de forma que se torna imprescindível a convergência da vontade do *intraneus* (funcionário público) e do *extraneus* (corruptor) para que se possa concretizar a consumação delitiva (PRADO, 2001, p.415).

2.3 SUJEITOS DO CRIME

Os crimes praticados contra a Administração Pública classificam os sujeitos ativos da ação como próprios ou impróprios. Quando o delito necessita da qualidade de funcionário público como essencial para sua consumação é denominado de funcional próprio. Entretanto, quando o cargo de funcionário público não é requisito indispensável para cometer o ilícito penal, será classificado como funcional impróprio, podendo ser praticado por este ou particulares. Ademais, mesmo os crimes funcionais próprios poderão ser atribuídos a terceiros, pela regra penal do concurso de pessoas (GRECO, 2013, p.688).

O crime de corrupção passiva tem como sujeito ativo o funcionário público ou o exercente da função pública, sendo assim, um delito funcional próprio. Pode ser praticado diretamente pelo funcionário público, ou este pode se valer de interposta pessoa (BITENCOURT, 2010, p.110), sendo este, também funcionário público ou um particular que possa induzir, instigar ou auxiliar a ação (CAPEZ, 2015, p. 500).

Não é necessário que o funcionário público se ache no exercício da atual função para cometer o crime de corrupção passiva, o mesmo pode estar afastado do cargo ou até antes vir a assumi-lo, mas tem de se valer da função pública para praticar o crime. Para Nelson Hungria (1940, p.24) o que seria indispensável para a consumação do delito é que a recompensa seja solicitada ou recebida, deste modo, sendo aceita a correspondente promessa “em razão da função”.

O crime de corrupção ativa tem como sujeito ativo qualquer pessoa, não existindo nenhuma pretensão especial, pois qualquer particular pode oferecer ou prometer vantagem a funcionário público, deste modo classifica-se como funcional impróprio. Ademais, o funcionário público agindo como particular, pode cometer o crime de corrupção ativa em relação a outro funcionário público (BITENCOURT, 2010, p.241).

O sujeito passivo do delito de corrupção ativa é o Estado-Administração, representado pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios (GRECO, 2013, p.545). O sujeito passivo do crime de corrupção passiva, também é o Estado-Administração, representado pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, bem como também.

Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.111) acrescenta como sujeito passivo do delito de corrupção passiva: as entidades de direito público e os particulares eventualmente lesados, quando, por exemplo, o funcionário público solicita a vantagem indevida, não ofertada ou prometida por aquele, não configurando assim, o delito de corrupção ativa, ratificando o caráter bilateral do tipo.

2.4 ELEMENTO OBJETIVO E A INSEGURANÇA JURÍDICA DO OBJETO MATERIAL “VANTAGEM INDEVIDA”

O crime de corrupção passiva traz como elemento objetivo “solicitar, receber ou aceitar promessa”, assim, pode se extrair dos verbos: o pedido do agente, o recebimento direto ou indireto (por interposta pessoa) ou a sua anuência (sendo suficiente que o funcionário se mostre de acordo com a oferta), qualquer uma dessas condutas deve ser motivada pela função pública. O objeto material do tipo é a “vantagem indevida” e relaciona-se ao exercício da mercantilização da função pública do agente.

Para Nelson Hungria (1940, p.370) a vantagem indevida é de caráter econômico, ou seja, necessariamente deve se relacionar a dinheiro ou qualquer utilidade patrimonial.

Em entendimento contrário, Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.111) admite que o cunho da vantagem possa ser material ou não, assim como para Luiz Regis Prado (2001, p.418) que entende a aceitação do objeto material em sentido amplo, como, por exemplo, para alcançar posto funcional de destaque, ou mesmo para favorecer terceiros.

Nesse sentido, entende Renato Brasileiro (2015, p.498) que as vantagens também podem ir além do cunho patrimonial, podendo ser de caráter variável como moral, sentimental ou sexual.

O ato comissivo ou omissivo, visado pela corrupção passiva pode ser ilícito ou lícito. Assim, ao violar os deveres inerentes do cargo de funcionário público em troca da vantagem indevida denomina-se a corrupção como imprópria. Entretanto, pode não

constituir a violação de um dever de ofício, sendo a vantagem percebida pela prática de um ato legal, regular e esperado pela função que exerce o agente, sendo denominada a corrupção como própria (FRANCO; STOCO; SILVA JÚNIOR; NINNO, FELTRIN; BETANHO; GUAISTINI, 1997, p.3603).

O crime de corrupção ativa traz como elemento objetivo “oferecer ou prometer” a vantagem indevida a funcionário público, o primeiro verbo representa o ato de colocar a vantagem na disposição do mesmo, enquanto o segundo de obriga-se a dar, compromisso que fará em favor de alguém. O corruptor tem o intuito de determinar a prática de ato comissivo, omissivo ou retardar ato de ofício do agente público, deste modo induz essas condutas na esfera de competência do funcionário da administração com o intuito de obter o benefício (BITENCOURT, 2010, p.242).

O objeto material da corrupção ativa também é a “vantagem indevida” que para Luiz Regis Prado (2001, p.550) constitui todo benefício ou proveito contrário ao direito, figurando, portanto, como elemento normativo de injusto de valoração jurídica.

O funcionário público é aquele o qual é destinatário da vantagem indevida, se valendo o corruptor de todos os meios pode para desvirtuar o seu comportamento, como por exemplo, palavras, atos, gestos e escritos.

O conceito de funcionário público é trazido pelo Código Penal no artigo 327, adotando noção extensiva, abrangendo tanto aquele que exerce de forma permanente o exercício da função pública, tanto aquele que esteja temporariamente exercendo ou aquele que não obtenha remuneração no cargo, emprego ou função (BITENCOURT, 2010, p.243).

Percebe-se com a redação dos artigos 317 e 333 do Código Penal, os quais se referem aos delitos de corrupção passiva e ativa que o legislador preferiu abster-se de realizar uma descrição taxativa das circunstâncias e limites daquilo que pode configurar a vantagem como indevida, predominando sobre a doutrina a discussão acerca da abrangência e o que constitui ou não o objeto material do crime de corrupção.

José Frederico Marques (1997, p. 178), assinala:

A garantia constitucional do princípio da legalidade *nullum crimen nula poena sine* cria uma limitação, pois que ninguém poderá ser punido senão por norma penal expressa em lei “em sentido estrito”. Não é admissível, por isso, que a lei formal não dê um disciplinamento, ao menos genérico, do delito e da pena, para se limitar a atribuir a outra fonte ou a outras autoridades a competência para fixar, de maneira autônoma, crimes e penas. (...) As lacunas da lei penal, como de todas as outras leis, são resultantes da impossibilidade de prever o legislador, quando promulga regras e normas destinadas a regulamentar a vida social, toda a série de fatos e acontecimentos que podem desenrolar-se na vida coletiva.

Há lacunas na lei penal, em que a conduta e os comportamentos proibidos não podem ser perfeitamente individualizados, havendo a necessidade de recorrer-se a outros elementos interpretativos, além daqueles fornecidos pela lei penal, caracterizando os tipos penais abertos. Não há violação ao princípio da legalidade nessas hipóteses, pois, a exemplo do crime de corrupção, o conceito de vantagem indevida tentou precisar, ainda que infimamente, as condutas que se quer proibir, mesmo sendo inimagináveis todos os modos de atuação do corruptor, portanto imprevisíveis de quantificação pelo legislador (ZAFFARONI; PERANGELI, 1997, p.449).

No tocante a interpretação da lei penal, é uma atividade que busca atribuir significado ao texto normativo, apresentando-se ao mesmo tempo como ato cognoscitivo e de criação, não podendo se desvincular do ordenamento jurídico e do contexto histórico-cultural e social, investigando sempre a vontade atual da lei, independente de quando criada, e não sendo possível dissociar do sistema das fontes do direito, tendo uma atenção especial à interpretação sistemática que considera não apenas o sistema formado pelas leis, como também elaborado pela doutrina (PRADO, 2002, p. 147-152).

Resta evidenciado que o objeto material “vantagem indevida” trazido nos tipos penais de corrupção ativa e passiva são objetos de discussão doutrinária, desde meados do século passado, tendo a esta papel fundamental com sua interpretação sistemática, de elucidação da seleção de comportamentos e a valoração destes para se amoldar a descrição típica.

O doutrinador, Celso Roberto Bitencourt (2010, p.114) ressalta acerca da seleção desses comportamentos:

Determinados comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois, muitas vezes, há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou mesmo tolerado. A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado, lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material, donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém, substancialmente irrelevante, adequando-se socialmente, permitido ou tolerado, não realiza materialmente descrição típica.

Deste modo, há um descompasso em abranger, conforme regido o Direito Penal pelo princípio da intervenção mínima, qualquer recebimento de brinde ou presente por funcionários públicos no objeto material de “vantagem indevida” do tipo penal de corrupção. Como será analisado nos capítulos seguintes, é necessário para a configuração do tipo penal o caráter contraprestacional da função pública, ou seja, a mercantilização do ato de ofício, sendo irrelevante o valor econômico do bem percebido pelo agente.

É necessário identificar o caráter sistêmico da corrupção pública para a eficácia da persecução penal e identificação do seu elemento material, conforme leciona Patrícia Rosetto (2009, p. 227-228).

Neste sentido, demonstra-se que para a caracterização do tipo penal de corrupção deve haver uma análise minuciosa do caso concreto, ratificando-se o nexos de causalidade da conduta do agente público com a vantagem indevida. Assim, resta ao elemento subjetivo dos tipos de corrupção, caráter especial e de fundamental importância para que se caracterize o delito.

2.5 ELEMENTO SUBJETIVO

O elemento subjetivo do tipo penal da corrupção passiva representa o dolo, ou seja, a intenção do agente público de praticar a conduta, de solicitar, receber ou aceitar, diretamente ou indiretamente a vantagem indevida. Devendo este ter o conhecimento que o benefício é incorreto e se dá em razão da sua função e o *animus* de ser para si ou para outrem, não sendo necessário que a vantagem seja efetivamente alcançada para que se consuma o tipo (BITENCOURT, 2010, p.122).

Nesse sentido, ausente o interesse pessoal em alcançar a retribuição e a vontade de retribuir, não se configura o delito (PRADO, 2001, p.418).

Para Rogério Greco (2013, p.455) se o agente culposamente realiza a conduta, em virtude de sua negligência, não poderá ser responsabilizado pelo delito, poderá, no entanto, responder administrativamente pelo seu comportamento desidioso.

Já para Fernando Capez (2015, p.501) na hipótese em que o dinheiro se reverteu para a Administração Pública, não se pode falar no crime, uma vez que a corrupção implica vantagem para o próprio agente ou para terceiro, entendendo-se como tal qualquer pessoa que não seja o próprio agente ou a administração, caracterizando, no entanto, ato de improbidade administrativa.

O elemento subjetivo do tipo de corrupção ativa, assim como na corrupção passiva é o dolo, ou seja, a consciência e a vontade de realizar a ação, de prometer ou oferecer a vantagem, com a finalidade obter o resultado delituoso, ou na assunção do risco de produzi-lo (CAPEZ, 2015, p.580).

Também se exige no elemento subjetivo do tipo de corrupção ativa, o fazer com que o agente pratique, omita ou retarde de ofício a sua função. Para Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 246), exigiria uma finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior, a prática de um ato de ofício, esse fim especial deve existir antes mesmo de o ato de ofício ter sido praticado.

2.6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Para Nelson Hungria (1940, p.24), basta para a consumação do crime de corrupção passiva:

A simples solicitação da vantagem indevida, mesmo que não fosse intenção do *intreanus* praticar a ação ou abstenção de que se cogite. Ainda na hipótese de efetivo recebimento da vantagem ou de aceitação da promessa de vantagem, não importa que o *intraneus*, por arrependimento ou obstáculo superveniente, deixe de cumprir o torpe ajuste: o crime se considerará levado *ad exitum*.

Nesse sentido, o delito de corrupção passiva pode ser executado com a solicitação, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, não necessitando da entrega efetiva do benefício para se consumir, representando o mero exaurimento em caso da vantagem indevida ser percebida pelo agente público (GRECO, 2013, p.447).

A consumação também pode ocorrer quando sem haver realizado a solicitação, o funcionário da administração recebe a vantagem indevida. E por último, o agente pode apenas aceitar promessa de tal vantagem (GRECO, 2013, p.447).

Ressalta-se que este crime poderá ocorrer na modalidade de crime formal quando o agente solicita a promessa da vantagem, não necessitando do recebimento efetivo para ser caracterizado o delito, ou pode ocorrer como crime material, quando recebe ou aceita a vantagem, necessitando do recebimento ou manifestação do aceite da promessa pra consumação do delito (BITENCOURT, 2010, p.123).

Quanto à tentativa de cometer o delito de corrupção passiva, para Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 123):

Não é, em regra, admissível, a tentativa nas modalidades de solicitar vantagem indevida ou aceitar promessa dela, tratando-se, na terminologia de alguns autores, de crimes de consumação antecipada. Na verdade, em qualquer das modalidades, embora seja de difícil configuração a figura tentada, quando, in concreto, for possível interromper o iter criminis, a tentativa poderá configurar-se.

Para Rogério Greco (2013, p. 448), dependendo da hipótese concreta, poderá ou não ser fracionado o iter criminis e, conseqüentemente, podemos cogitar ou não da possibilidade de tentativa. Em entendimento contrário, alguns doutrinadores não admitem hipóteses de tentativa do delito de corrupção passiva em qualquer caso.

Na visão de Luiz Regis Prado (2001, p. 421) sobre a tentativa do crime de corrupção passiva:

Tanto no recebimento como na aceitação da promessa perfaz-se também o delito de corrupção ativa e em tal caso, não há que se falar em tentativa, porque ou o delito se consuma com o recebimento ou com a aceitação da vantagem indevida ou o funcionário a repele, caracterizando apenas o crime de corrupção ativa. Ensina-se que na corrupção subsequente a tentativa é juridicamente aceitável, no entanto também nessa hipótese é inconcebível

falar em realização incompleta do tipo objetivo, por circunstâncias alheias a vontade do agente, o delito já estará consumado.

O crime de corrupção ativa se consuma no momento do oferecimento ou da promessa de vantagem indevida (GRECO, 2013, p.545). Por se tratar de delito formal e de mera conduta, a consumação se perfaz com o efetivo conhecimento pelo funcionário público do oferecimento ou promessa da vantagem indevida, ainda que ele recuse a proposta delituosa.

A consumação é formal, bastando à mera possibilidade de dano (PRADO, 2001, 551). Entretanto, caso o funcionário público venha a aceitar a vantagem indevida o mesmo comete o crime de corrupção passiva, uma quebra da teoria monista.

Para Luiz Regis Prado (2001, p.552) a tentativa é juridicamente admissível, tão somente na hipótese de a conduta ser praticada por escrito, sendo interceptada antes de chegar ao conhecimento do funcionário público. Na opinião de Rogerio Greco (2013, p. 545) e de Cesar Roberto Bitencourt (2010, p. 236) a tentativa é admissível desde que, na hipótese concreta, se possa fracionar o iter criminis, embora seja de difícil configuração. Guilherme Nucci (2009, p. 1110) admite a tentativa do crime de corrupção ativa na forma plurissubsistente.

2.7 TIPO QUALIFICADO E O TIPO PRIVILEGIADO

O tipo qualificado do crime de corrupção passiva, representado pelo parágrafo primeiro, do artigo 317 do Código Penal, aborda as hipóteses em que o agente, por conta da motivação da vantagem indevida (recebimento ou promessa), retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional (PRADO, 2001, p.421). Para Nelson Hungria (1940, p.372) a majoração é condicionada a efetiva violação do dever funcional: retardamento ou abstenção do ato de ofício, ou prática de ato contrário ao dever do cargo ou função.

A causa do aumento e pena para Cesar Bitencourt (2010, p.124) é uma punição pelo exaurimento do crime e para a tipificação do *caput* do artigo 317, o qual não abarca

necessariamente a infração de dever funcional, no entanto para a causa de aumento, somente se aplica ao haver a violação do dever.

Acerca do tipo privilegiado de corrupção passiva, representado pelo parágrafo segundo, do artigo 317 do Código Penal, abranda a pena cominada, pois o agente está sob influência, a pedido de terceiros ou para agradar pessoas influentes (GALDINO, 1947, p.614).

Conforme leciona Luiz Regis Prado (2001, p. 422):

A tipicidade subjetiva está representada pelo dolo, manifestado pela consciência da vontade de praticar, omitir ou retardar a prática do ato funcional, acrescido do elemento subjetivo especial do tipo, consubstanciado no especial fim de agir clarificado na intenção de agradar outrem. Trata-se de circunstância que atua sobre a medida da culpabilidade.

Para Cesar Bitencourt (2010, p.124) afastada a motivação da venalidade, é necessária a presença da elementar normativa de infringência do dever funcional. Em outros termos se o funcionário praticar, deixar de praticar ou retardar ato de ofício, cedendo a pedido ou influencia de outrem, sem, contudo, infringir o dever funcional, não configura a minorante.

Para Nelson Hungria (1940, p.371) o motivo impelente, já não é mais satisfazer pedido de amigos ou de corresponder a desejo de pessoa prestigiosa ou aliciante. Neste último caso é que o *intreanus* se deixa corromper por influencia, isto é, trai o seu dever funcional para ser agradável ou por bajulação aos poderosos que o solicitam, ou por deixar seduzir pela “voz de sereia” do interesse alheio.

Em análise ao art.333 do Código Penal, é possível analisar que o delito de corrupção ativa não tem modalidade privilegiada, deste modo não há hipótese de abrandar a pena cominada. Entretanto, há a hipótese de majoração da pena de um terço, de acordo com o parágrafo único, quando em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retardar ou omiti ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Para Rogerio Greco (2013, p.546) o aumento de pena se dá em razão do maior prejuízo causado a Administração Pública. Na opinião de Luiz Regis Prado (2001,

p.552) trata-se de majorante que influencia na medida da culpabilidade, já que o agente, ao atingir *meta optata*, enodoa a Administração Pública, desprestigiando-a perante os destinatários de sua atuação, justificando, por conseguinte, a maior reprovabilidade da sua conduta delitiva.

Entretanto, adverte Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.247) que se o funcionário pratica ato de ofício de natureza legal, sem violar o dever funcional, não incide na forma qualificada, e sim no caput do art. 333 do Código Penal.

3 O BEM JURÍDICO DO CRIME DE CORRUPÇÃO

A vida em sociedade é a inclinação natural de agrupamento do homem, tornando-se necessária a criação de um complexo de normas disciplinadoras que estabelecem as regras indispensáveis para o convívio pacífico dos indivíduos. Chama-se regra social, aquela elaborada por uma sociedade para fazer imperar o direito e opor a seus membros a noção do justo e injusto, adquirindo-se positividade jurídica e obediência de todos (MARQUES, 1997, p.19).

Esgotando-se todos os meios extrapenais do controle social, o Direito Penal, regido pelo princípio da intervenção mínima, irá atuar nos bens jurídicos de maior significância e relevo, ou seja, assumindo a feição de *última ratio*.

Neste diapasão, o poder incriminador do Estado é limitado, somente será criminalizada uma conduta essencial para proteção de determinado bem jurídico dotado de extrema relevância e no caso de existir outras formas de sanção suficientemente eficazes, não há justificativa para incidência do Direito Penal (BITENCOURT, 1997, p. 37).

Entretanto, a “vulgarização” do Direito Penal e seu uso indiscriminado fez com que o Estado, em uma tentativa de sanar a pressão e anseios sociais que clamam pela pena privativa de liberdade, adotasse o expansionismo penal como solução para o sentimento de insegurança que paira sobre a população, impossibilitando o mesmo de atingir a sua finalidade precípua, seu caráter subsidiário. Deste modo, tende-se a um movimento que constrói um campo de litigiosidade social, no qual a sociedade já espera pela criminalização (SCHILLING, 1999, p.19-24).

Nesse passo, se incorpora o entendimento de João Jacinto Anhê Andorfato (2018, p.249):

Essa nova tendência expansionista do Direito Penal do risco trouxe consigo a perda da sua função de limitação e justificação da proibição penal, surgindo um caráter de exigência de punição para determinados seguimentos da sociedade, como os domínios políticos e econômicos. A proteção de bens jurídicos passou a ser um critério positivo para justificar decisões criminalizadoras, perdendo o caráter de critério negativo que tinha em sua essência.

Destarte, a dimensão atual do conceito de bem jurídico demonstra-se fundamental para definir sob o que o Direito Penal se edifica, justificando a sua existência e limites de atuação, pois o argumento de indefinição do bem jurídico serve como alavanca para uma indesejável expansão penal, dando ao legislador a possibilidade ilimitada de punir qualquer conduta.

Embora de difícil conceituação, sendo objeto de amplas definições ao longo da história e apesar de não haver padronização na doutrina, é possível enunciar um conceito para o bem jurídico penal de acordo com o entendimento majoritário.

Sobre o tema, Zaffaroni e Pierangelli (1997, p.397) trazem à baila que o bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto protegido pelo Estado, que revela o seu interesse mediante a tipificação penal das condutas que o afetam.

Conforme leciona Luiz Regis Prado (2002, p. 35):

O legislador seleciona os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal. A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano. Essa concepção deve estar sempre acolhida no contexto axiológico baseado na Constituição, dentro dos princípios do Estado Democrático de Direito.

A tese constitucionalista tem preponderância na doutrina e os direitos fundamentais passam a definir o objeto e os limites do Direito Penal, a partir de uma perspectiva neoconstitucionalista. Entende-se que no momento da criação dos tipos penais, o legislador infraconstitucional deve ter como parâmetro as diretrizes e valores contidos na Carta Magna, ante sua função limitativa do poder punitivo estatal (MARQUES, 1997, p.57-68).

Assim, às normas punitivas criadas pelo legislador estarão amparadas aos mínimos limites, sendo inconstitucionais aquelas que violarem a Constituição Federal. De modo que, embora não seja possível uma eliminação total do caráter subjetivo do legislador, ao amparar-se nos preceitos constitucionais há um filtro da total discricionariedade na criminalização de condutas.

Na concepção de Yuri Carneiro Coelho (2003, p. 130) mesmo considerando as dificuldades em formular um conceito, o bem jurídico penal:

É um valor tutelado pelo direito penal, que possui seu substrato na Constituição, ancorada na realidade social, sendo o elemento material da estrutura do delito e que tenha a capacidade hermenêutica de relativizar o princípio da liberdade e de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental para convivência pacífica em sociedade.

Desta maneira, é possível aferir que o conceito de bem jurídico não é unicamente formal, apresentando a materialidade derivada do contexto social sobre a qual incidem juízos de valor, ponto fundamental na sua definição, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Neste sentido, deve-se procurar outro ponto de apoio superior à lei, ou ao menos externo a ela (GRECO, 2013, p. 253).

Com a evolução da sociedade, aqueles bens jurídicos que eram considerados fundamentais vão perdendo relevância, sendo os fenômenos da criminalização e descriminalização necessários e que emergem das transformações e dinâmicas da experiência humana em sua constante mutação ao longo da história (PRADO, 2001, p. 104-105).

Deste modo, há de se esperar no Estado Democrático de Direitos que vivemos um limite do poder punitivo estatal, não somente do ponto de vista formal do processo legislativo, e sim, também sob a ótica material, valorando o caso concreto.

Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.109) faz uma ressalva acerca dos bens jurídicos penais:

A tipificação penal exige a ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar um injusto típico. (...) bens jurídicos que devem ser devidamente identificados e individualizados, sob pena de ocorrer em abstrações, justificadoras dos sistemas do tipo "lei e ordem".

Do dito anteriormente se desprende que o conceito do bem jurídico penal pode ser definido naquilo que se considera digno de proteção dentre as essencialidades do convívio humano, se sujeitando as transformações que acontecem de maneira

intensa na sociedade, com novas valorações e amparando-se no texto da Constituição Federal como um limitador, para a preservação do princípio da subsidiariedade que rege o Direito Penal.

A partir daqui nos declinaremos a estudar o bem jurídico protegido pelo delito de corrupção (ativa e passiva), crimes contra a Administração Pública, catalogados no Último Título da parte especial do Código Penal.

Para Rogério Greco (2013, p.389-390) acerca do crime de corrupção, “mesmo atingindo diretamente a Administração Pública, indiretamente, causam dano a um número indeterminado de pessoas”.

A Administração Pública baseia-se essencialmente em dois sentidos, o subjetivo que representa aqueles que exercem a função administrativa, ou seja, pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos. E em seu sentido objetivo, representa a natureza da atividade exercida, ou seja, a própria função de administrar, delegação primária do poder executivo (DI PIETRO, 2002, p.54).

Assim, abrange tanto a Administração Direta, como a Administração Indireta, as quais praticam atividades gerindo o Estado, lastreando-se sempre no interesse público (GRECO, 2013, p.390).

A Constituição Federal, em seu artigo 37 disciplina expressamente os princípios que deverão ser obedecidos pela Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência. Para Maria Silvia Zanella di Pietro (2002, p. 67), “os princípios permitem a Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da administração”.

Como dito anteriormente, a Constituição Federal é o parâmetro para o legislador definir o bem jurídico tutelado pelo direito penal. Assim, Guilherme Nucci (2009, p. 317) afirma que o objeto jurídico dos crimes de corrupção “é a Administração Pública (aspecto patrimonial e moral)”.

Ou seja, o normal funcionamento da Administração Pública, de acordo com os princípios de probidade e moralidade, tendo em vista a segurança do prestígio da função pública (FRANCO; STOCO; SILVA JÚNIOR; NINNO, FELTRIN; BETANHO;

GUASTINI, 1997, p.3603).

Segundo Luiz Regis Prado (2001, p.549), o bem jurídico tutelado nos crimes de corrupção:

Na corrupção passiva é a preservação do normal funcionamento da administração pública, quanto aos livros, documentos públicos ou particulares que se encontram sob a posse do Estado. (...) Na corrupção ativa recai sobre o interesse de preservar o normal funcionamento do prestígio da administração, visando assegurar a pureza da função pública, sua respeitabilidade e a integridade dos funcionários para evitar que os agentes públicos de frágil formação moral sejam estimulados a atentar contra o princípio da probidade administrativa.

Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 109) ensina a respeito do tema que:

O bem jurídico protegido, no dispositivo do crime de corrupção é a Administração Pública, especialmente a sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se na verdade, a probidade da função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, constituindo a corrupção passiva a venalidade dos atos de ofício.

A partir dos entendimentos doutrinários acerca do bem jurídico tutelado no crime de corrupção é possível aferir que a Carta Magna em seu artigo 37 definiu princípios, dentre eles a moralidade, dando ao legislador infraconstitucional as diretrizes para tutelar o normal funcionamento da Administração Pública.

Desta maneira, visa garantir a probidade no comportamento dos agentes públicos e dos particulares que mantém relações com os Entes da Administração.

O bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção está em consonância com o preceito da subsidiariedade que rege o Direito Penal, tendo em vista que a tutela da moralidade das relações administrativas demonstra-se de extrema relevância, ratificando, a satisfação dos interesses coletivos na gestão da coisa pública e demonstrando uma proteção da sociedade em face da administração estatal, lastreando-se sua legitimação nos direitos e garantias fundamentais.

3.1 A MORALIDADE COMO BEM JURÍDICO TUTELADO

A Constituição Federal dispõe expressamente no seu artigo 37, acerca da moralidade como bem jurídico constitucional, na medida em que a consagra como um dos fundamentos da estruturação da Administração Pública.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p.77) alguns autores “citam que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo princípio da legalidade (...), no entanto, antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados pela teoria dos círculos concêntricos”. Neste tocante, demonstra-se necessária estabelecer a diferenciação entre Ética, Moral e Direito.

O movimento iluminista instaurou a racionalidade emancipatória, iniciando a compreensão do pensamento singular do ser humano, e permitindo também uma visão de coletividade e conjugação dos interesses dos indivíduos que compõe a sociedade. Este ambiente favoreceu a percepção da diferenciação entre Ética e Moral, sendo a primeira o estudo das normas costumeiras e a segunda o conjunto dos aspectos valorativos da sociedade (TRAVESSA, 2018, p. 64).

Como leciona José Renato Nalini (2006 p.25-26):

Ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. (...) O objeto da ética é a moral. A moral é um dos aspectos do comportamento humano. A expressão moral deriva da palavra romana *mores*, com sentido de costumes, conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática. Com exatidão maior, o objeto da ética é a moralidade positivada, ou seja, o conjunto de regras de comportamentos e formas de vida através dos quais tende o homem realizar o valor do bem.

Assim, verifica-se que a moral é considerada como os valores inerentes de cada ser humano, sendo a ética, a ciência que estuda estes comportamentos reiterados (costumes sociais).

Nesse âmbito, na medida em que abrange o conjunto de condutas sociais, é possível estabelecer o relacionamento entre a moral e o direito, pois uma parte desses comportamentos, os extremamente reprováveis serão objetos das normas

jurídicas.

Sobre a matéria, Durkheim destaca que a personalidade moral deve estar acima das personalidades individuais vez que é dessa forma que se constitui a coletividade. Em uma sociedade constituída é imprescindível, para se fazer valer a lei, que haja uma supremacia moral e material, somente assim há como manter as regras acima das relações cotidianas de uma sociedade, Durkheim (1999, p. 10).

Com efeito, a moralidade nada mais é que a obediência aos costumes independentes de quais sejam. Dessa forma, entende-se que, em toda parte, aonde os costumes são ignorados não há o instituto da moralidade, Friedrich Nietzsche (2007, p. 25).

É dessa submissão de interesses particulares em detrimento do interesse comum da sociedade que é possível extrair o supedâneo da moralidade. Em mesmo sentido o Durkheim (1999, p. 17) destaca que:

Ora, essa união com algo que supera o indivíduo, essa subordinação dos interesses particulares ao interesse geral é a própria fonte de toda atividade moral. Se esse sentimento se precisa e se determina, quando, aplicando-se às circunstâncias mais ordinárias e mais importantes da vida, se traduz em formulas definidas, temos um corpo de regras morais prestes a se construir.

Neste diapasão, extraem-se pontos de convergência entre o direito e a moral. Ambos disciplinam o comportamento da sociedade por meio de normas imperativas para garantir uma coesão social, sendo formas históricas do comportamento humano. Entretanto, diferem-se, na medida em que, a moral é interior e desprende-se da consciência individual de cada ser humano, enquanto o direito é exterior, adequando-se o ato praticado ao mundo dos fatos e a norma jurídica previamente estabelecida, juntamente com a sanção que a corresponde (NALINI, 2006, p.108-110).

Ademais, a moral apresenta coação interna ou no máximo, reprovação social, ocasionando sanções de caráter difuso, já o direito exige uma sanção concreta previamente definida pela norma jurídica estatal, conforme o princípio da legalidade

(NALINI, 2006, p.108-110).

As normas morais podem atuar de maneira indireta, na medida em que se estimula determinada conduta a ser cumprida pelo agente público, em prol do bem comum. Cumpre destacar que a moral representa o conjunto de valores (costumes sociais) e aqueles que forem fundamentais para a manutenção da vida em sociedade, também poderão ser positivados como bens jurídicos pelo Estado, atuando como instrumento de coercibilidade direta.

José Renato Nalini (2006, p.118) dispõe que “ao iniciar a vulneração dos valores protegidos pela comunidade, até atingir aqueles mais vitais a subsistência do pacto de convívio, o infrator percorrerá, necessariamente, a área reservada a moral”.

Entretanto, Júlia Lordêlo dos Reis Travessa (2018, p. 67) faz uma ressalva:

(...) a juridicização de certos preceitos morais não é obstada, a priori, pelo conteúdo veiculado na norma moral, vez que, via positivação, haverá apenas a substancial redução da relatividade/indeterminação aparente do significado objetivo dos valores morais, mas não a diferenciação da funcionalidade, passando, apenas, a exercer, como norma jurídica, uma coerção “qualificada”.

Deste modo, realizada a elucidação acerca dos conceitos de ética, moral e direito, e a constatação de que as normas morais podem ser dotadas de coercibilidade, retomemos a teoria neoconstitucionalista, a qual se utiliza das diretrizes e valores contidos na Carta Magna como parâmetro de função limitativa do poder punitivo estatal, no exercício intelectual de seleção dos bens jurídicos tutelados, sendo amparada pelos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal em seu artigo 37 atribui à moralidade um viés principiológico, fruto do neoconstitucionalismo. Neste sentido, encontra-se a legitimidade para sua tutela como bem jurídico, na medida em que, é prevista em norma constitucional e adquire viés de direito fundamental, sendo o agir probo do funcionário público, valor essencial a qualquer coletividade, lidando com a dignidade da pessoa humana (outro princípio garantista).

Deste modo, não é apenas um dever do agente público agir conforme os preceitos morais, e sim um direito coletivo fundamental perante a coisa pública e

o interesse comum da sociedade (TRAVESSA, 2018, p. 70-72).

Outros doutrinadores, a exemplo de Claus Roxin, também defendem a tutela da moralidade, ratificando a possibilidade dos valores, mesmo aqueles coletivos, serem passíveis de receber a qualificação de bens jurídicos, enaltecendo que tanto os direitos individuais quanto os que abrangem generalidades são dotados de legitimidade (TRAVESSA, 2018, p. 70-72).

Em entendimento contrário, Zaffaroni e Pierangeli (1997, p.467-468):

Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico. A “moral pública” é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não se lesionem o sentimento daqueles que o tem. (...) Somente neste sentido de sentimento de pudor se pode falar da “moral” como bem jurídico e na medida em que o sujeito passivo experimente este sentimento e não tenha consentido na ofensa. (...) Além do mais, a moral é questão eminentemente individual e o direito pode mais do que possibilitá-la, mas de modo algum tratar de impô-la, o que por outro lado seria irrealizável. (...) Quanto à chamada “moral pública”, vale dizer, do sentimento de pudor que se considera conveniente fomentar, cabe consignar não estar ele reduzido aos costumes sexuais, e sim também a outros atos que exigem privacidade.

Apesar, de uma parte da doutrina não concordar com a tutela da moralidade pelo Direito Penal, arguindo-se também que os conteúdos valorativos são de abstração tamanha para serem considerados bens jurídicos, pode-se perceber, nas palavras de Júlia Lordêlo dos Reis Travessa (2018, p. 69) que “a qualificação como bem jurídico não depende em si do conteúdo intrínseco do objeto ou valor protegido, não sendo possível pensar, por conseguinte, na exclusão da categoria de bem jurídico de valores tão somente pelo fato de serem morais”.

Neste sentido, ratifica Luiz Regis Prado (2002, p.45-46):

Impõe reconhecer então que nem todo bem jurídico tem um suporte corpóreo ou material que possa ser equiparado ao objeto da ação ou do fato. Quando o bem jurídico se apresenta como valor (objetivado), ainda que conectado com a realidade social, o objeto da ação pode ser incorpóreo. (...) o substrato do bem jurídico não coincide com o objeto sobre o qual é produzido o resultado (objeto da ação ou do fato).

Deste modo, o direito ao tutelar a moralidade como bem jurídico, prevendo-a na Constituição Federal em seu artigo 37, como princípio norteador da Administração Pública, ampara-se na teoria neoconstitucionalista para agir na proteção do interesse público dos cidadãos em face ao comportamento do próprio Estado, frente à conduta dos agentes públicos e dos privados que prestam serviços a Administração.

Resta evidenciado que ao abarcar objetos valorativos e abstratos como bens jurídicos, pretende-se abandonar a visão ultrapassada e egoísta que restringia aos direitos individuais a tutela jurídica e ampara-se nas transformações vividas pela sociedade, que foi enaltecendo os direitos fundamentais e a proteção a dignidade da pessoa humana ao longo dos anos, com base no contexto histórico e realidade social que vivemos, com a tentativa de garantir o mínimo existencial aos seres humanos.

3.2 OS EFEITOS DELETÉRIOS DA CORRUPÇÃO

Ao pesquisar no dicionário o significado do termo deletério, encontramos as expressões: algo que destrói, corrompe e torna imoral (AURÉLIO, *online*). Este termo, portanto, retrata precisamente o reflexo dos atos de corrupção na sociedade e os seus efeitos.

É necessária uma reflexão da corrupção não só do ponto de vista ético-jurídico, e sim perante o cenário económico e social, pois estes são imprescindíveis para entender este “mal público”, a amplitude deste fenómeno e os limites que abarcam o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Nem todos os autores defendem que a corrupção é um fenómeno negativo, a doutrina minoritária, liderada por aqueles que coadunam com as ideologias liberais, o livre comércio e uma maior independência dos privados em face ao não intervencionismo estatal, defendem que a corrupção é necessária como forma de contornar as regras de rigidez do mercado e uma Administração Pública burocrática.

Flávia Schilling (1999, p.16) constata que as práticas de corrupção eram inclusive “toleradas por serem vistas como próprias de um modo de governar, como fruto da natureza humana ou de nossa cultura, registrada como algo inevitável (...)”.

Entretanto, esta visão é afastada por este trabalho, sendo inegáveis os diversos malefícios causados pelos efeitos da corrupção, principalmente no Brasil, país em que se tornou cotidiano os escândalos envolvendo os agentes públicos e privados que se relacionam com a Administração.

No campo econômico, a corrupção é um fenômeno que piora os investimentos e agrava as condições de negócios, se tornando uma barreira ao desenvolvimento e captação do mercado internacional, pois afasta outros países de se aproximarem e se relacionarem com uma cultura em que estão enraizadas as práticas corruptivas (CUNHA, 2010, p.84-92).

Além disso, ao perverter os mercados, diminui a competitividade e a eficiência, tanto do setor público como do setor privado. Tenhamos como exemplo uma disputa de licitação para concorrência em uma obra de um estádio de futebol, ao enraizar a prática de subornos para conseguir a captação do trabalho, o famoso “quem dá mais”, em uma dinâmica que envolve políticos e grandes empresários, desestimulam-se aqueles que não querem compactuar com as práticas corruptivas ou que não teriam condições de oferecer uma propina maior a da empresa vencedora (CUNHA, 2010, p.84-92).

Constata-se, portanto, que a corrupção é um instrumento que corrói a integridade do setor privado e suas relações com os Entes públicos, não estimulando as empresas a exercerem o melhor trabalho e buscar as melhores técnicas com a finalidade de atender ao interesse público, sendo um obstáculo notório ao desenvolvimento e crescimento do país.

No nível individual, a corrupção enfraquece a confiança básica que deveria existir entre os cidadãos e o governo. Os contribuintes acreditam que a máquina administrativa é corrupta e que o dinheiro cobrado em taxas e impostos não serve aos interesses públicos, desacreditando nas políticas adotadas pelo Estado e na sua eficiência de gestão (CUNHA, 2010, p.84-92).

Os políticos, como agentes públicos, são aqueles que mais sofreram com o

estereótipo em torno da função pública. É cediço que a sociedade desacredita na sua própria governança, inclusive fazendo muitos clamarem pelo retorno da de regimes antidemocráticos, como se os extremos, fossem a solução para segurança política.

Assim, prejudica-se a legitimidade do regime democrático. Como leciona Flávia Schilling (1999, p. 15):

(...) a denúncia de corrupção é amplamente conhecida como uma arma eficaz a disputa política, servindo como bandeira para campanhas eleitorais, servindo, inclusive, como justificativa para regimes antidemocráticos, para medidas de exceção e ditaduras (...).

No nível individual, além do descrédito entre cidadãos e o governo, sem dúvida, um dos piores efeitos deletério em torno da corrupção e abordado como foco deste trabalho, é a etiquetagem criada aos funcionários públicos, todos eles, não só os políticos (que com certeza são os que mais tiveram sua função rotulada pela sociedade).

Os mesmos viraram alvos de um estereótipo, ampliando-se para todos estes, o comportamento de uma pequena parte do sistema que se utiliza das práticas corruptivas. Deste modo, criou-se na sociedade um tabu, acerca do recebimento de brindes e presentes pelos agentes públicos, independente do seu contexto fático, sendo atribuída a esta prática a obtenção de algum favorecimento ou buscando sempre angariar vantagens.

Como leciona João Jacinto Anhê Andorfato (2018, p.253):

Aqueles que exercem a política como profissão e aqueles que exercem atividades nos mais diversos setores relacionados à administração pública, por vezes não são etiquetados por conta de algum comportamento desviante, positivado ou não, mas pelo simples fato de *ser* político ou manter relações políticas. Observa-se que a etiqueta de “corrupto” não depende de qualquer ação, basta à qualidade pessoal (...) para que seja estigmatizado. (...) originariamente criado pelo senso comum, hoje extrapola conversas informais e assume corpo nos órgãos de controle social.

Por último, o maior reflexo está na discrepância social, os setores mais pobres. O dinheiro que deveria está sendo investido e distribuído no âmbito de garantias

fundamentais, conforme previsto pela Constituição Federal, para garantir o mínimo existencial aos cidadãos, ficam retidos em um círculo fechado.

Ou seja, é um objeto conservador de uma distribuição desigual de poder e riqueza. Alimenta-se a elite político-administrativa que, por isso não tem motivos para combater o fenômeno.

Nas palavras de Rogerio Greco (2013, p.444) “o corrupto é insaciável, ou seja, nunca se satisfaz com um único ato de corrupção (...) o crescimento de sua fortuna social o impulsiona”.

Nesse sentido, não significa apenas que as normas do ordenamento jurídico estão sendo violadas quando um agente público transgredir o dever de probidade e moralidade em sua função, ou a reputação do país que sofre afastando investimentos, mas é a vida de muitos que é colocada em risco para benefício de uma minoria que tem sede pela ganância.

3.3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A SÚMULA 599 DO STJ

O princípio da insignificância não está previsto na Constituição Federal ou em legislação ordinária. Como ensina Luiz Regis Prado (2002, p.124) foi “formulado por Claus Roxin em sua obra e está relacionado (...) a manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal”.

Cezar Roberto Bitencourt (1997, p.45-46) leciona que “Klaus Tiedemann chamou de princípio da bagatela”. Deste modo, decorre de princípios e garantias positivados em nosso ordenamento, o que o legitima e o reconhece. Podem ser citados: o princípio da dignidade da pessoa humana, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da proporcionalidade.

O mesmo atua de forma a legitimar o Direito Penal lastreado na intervenção mínima que exige a matéria e busca atuar apenas nas condutas que efetivamente causem alguma lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados, ou seja, somente aqueles comportamentos imprescindíveis de serem analisados

pela via penal serão alcançados, quando restarem infrutíferas todas as diversas alternativas do controle social (BITENCOURT, 1997, p.45-46).

Neste sentido, objetiva excluir do âmbito penal as condutas que causem danos de reduzido prejuízo social, já que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, apresentando caráter subsidiário (BITENCOURT, 1997, p.45-46).

Apresenta o papel de vetor interpretativo para aplicação do Direito Penal no caso concreto, interpretando as suas normas a fim de verificar sua limitação de atuação. Dessa forma ampara-se a atuação do legislador, que não consegue prever todas as situações que poderão ocorrer diante da norma penal e se analisa a supremacia da conduta do agente não apenas do ponto de vista formal, como também a sua relevância material (CUNUCINELLI, 2015, p. 42).

Observa-se se houve uma efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, de tal monta que possa ser considerada apta a causar lesividade social, condições pessoais do sujeito e demais circunstâncias do fato delituoso, caracterizando-o como insignificante do ponto de vista de reprobabilidade social (CUNUCINELLI, 2015, p. 42).

O princípio da insignificância apresenta três possibilidades de análise: excludente de tipicidade (maioria doutrinária e tese adotada neste trabalho), excludente de ilicitude e, ainda, excludente de culpabilidade. Deste modo, as suas consequências de aplicação tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência podem ser diversas.

Como ensina Cezar Roberto Bitencourt (1997, p.45-46):

Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (...) A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.

Na mesma linha de entendimento, ratifica Luiz Regis Prado (2002, p.124):

Devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetam muito infimamente a um bem jurídico-penal. (...) A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir a tipicidade em caso de danos de pouca importância. (...) Esses princípios são entendidos, como critério geral de interpretação restritiva (correção típica) e como critério para a determinação do injusto penal.

Convém advertir a imprecisão e complexa dinâmica que envolve os seus critérios de aplicação, o que pode atingir gravemente a segurança jurídica. A inexistência de previsão expressa fez com que a jurisprudência fosse a pioneira a mencionar alguns critérios para seu reconhecimento, reiterando o mínimo de uniformização que precisa ocorrer para que não haja contradição:

"[...] Consoante entendimento jurisprudencial, o 'princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como **(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal** reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." [...] (HC [274487](#) SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016).

Deste modo, a jurisprudência fixou alguns parâmetros de aplicação do princípio, sendo eles: a mínima ofensividade, a ausência de periculosidade social, reduzido grau de reprobabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica.

Com a uniformização de alguns preceitos para a aplicação do princípio no caso concreto, busca-se a segurança jurídica para que não se destoem por completo as decisões judiciais a respeito da mesma matéria, a depender do entendimento do aplicador do Direito.

Pra Cezar Roberto Bitencourt (1997, p.45-46):

(...) Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valoradas pelo legislador. (...) Assim, a

irrelevância de determinada conduta não deve ser aferida em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente pela extensão da lesão produzida. Só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica.

A solução que se encontra para a problemática dos critérios de aplicação do princípio em análise é a sua natureza constitucional, deste modo afasta-se a ideia de punir em excesso, aplicando as normas penais a situações em que de fato não lesionam bens jurídicos.

Em resumo, o que traz a segurança jurídica para uma legítima aplicação do princípio é que não se analise o delito como irrelevante e sim o contexto fático o qual ocorreu.

O Supremo Tribunal de Justiça, em corte especial, sumulou a matéria no tocante à aplicação do Princípio da Insignificância aos crimes contra a administração pública. A Súmula de número 599 diz: “O princípio da insignificância é inaplicável nos crimes contra a Administração Pública” (STJ, 2017, *online*).

O entendimento sumulado teve como alguns dos precedentes originários:

"[...] Não se admite, em regra, a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados contra a administração pública, haja vista buscar-se, nesses casos, **além da proteção patrimonial, a tutela da moral administrativa.** [...]" (AgRg no Ag 1105736 MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010)

"[...] O acórdão recorrido está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, firme no sentido de que não se aplica, em regra, o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, **ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas principalmente a moral administrativa.** [...]" (AgRg no AREsp 342908 DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 27/06/2014)

"[...] Segundo a jurisprudência desta Corte, não se aplica o princípio da insignificância aos crimes cometidos contra a administração pública, **ainda que o valor seja irrisório, porquanto a norma penal busca tutelar não somente o patrimônio, mas também a moral administrativa.** [...]" (AgRg no AREsp 487715 CE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015)

"[...] O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos cometidos contra a Administração Pública, uma vez que a **norma visa a resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica.** [...]" (AgRg no AREsp 572572 PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 16/03/2016)

"[...] É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido da não aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, **uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica.** [...]" (AgRg no REsp 1308038 SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015)

"[...] É inaplicável o princípio da insignificância aos crimes praticados contra a Administração Pública, pois **a norma penal visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica** [...]" (AgRg no HC 188151 SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 07/03/2016)

Em resumo, observa-se dos precedentes que resultaram na criação da Súmula de número 599 do Superior Tribunal de Justiça, que os principais fundamentos das decisões baseiam no afastamento do caráter patrimonial.

Deste modo, mesmo se tratando em hipótese de valor irrisório, alega-se que a incidência da norma penal está lastreada na proteção da moral administrativa, sendo entendida pelo afastamento da aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública.

Entretanto, há divergência doutrinária do entendimento sumulado, restando evidente a contradição dos fundamentos trazidos nos precedentes apresentados, com os critérios de aplicação do princípio já consolidados pela jurisprudência anteriormente.

Nas palavras de Rogerio Greco (2013, p.395) acerca do tema em debate:

Existe controvérsia quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública. Entendemos, a devida *vênia*, que não podemos fechar as portas do princípio simplesmente por estamos diante de crimes dessa natureza. O caso concreto, observado de acordo também com o princípio da razoabilidade, é que determinará sobre a possibilidade ou não do reconhecimento do mencionado princípio.

Importante destacar desta maneira, que uma parte da doutrina se inclina para a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública.

Em especial, ao crime de corrupção, foco da presente pesquisa. Como veremos no capítulo seguinte, o entendimento majoritário da doutrina se inclina para a aplicação do princípio da insignificância, diante da ausência de lesividade e expressividade econômica.

Entretanto, a questão central não se configura no aspecto patrimonial e econômico, assim como defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, como fundamento para afastar a incidência, veremos que como a moralidade é o bem tutelado, deve-se atentar para a amplitude do bem jurídico e sua expressividade diante do âmbito social.

Assim, no que tange ao crime de corrupção, deve-se analisar não o aspecto econômico, pois um agente público pode se corromper por um valor ínfimo. O que caracteriza, portanto, é o caráter contraprestacional, ou seja, a mercantilização em torno da função.

4 A (A)TIPICIDADE DO RECEBIMENTO DE BRINDES E PRESENTES POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS

Até o presente momento, analisou-se o tipo penal da corrupção (passiva e ativa), sendo possível identificar os elementos do tipo, sujeitos, modalidades e as discussões acerca do bem jurídico tutelado.

Reconheceu-se que tais crimes exigem como objeto material a figura da “vantagem indevida”, elemento normativo que constitui conceito indeterminado em que é possível identificar uma zona cinzenta, a qual o legislador preferiu abster-se de realizar uma descrição taxativa das circunstâncias e limites daquilo que possa configurar os delitos, pairando sobre a doutrina uma discussão acerca da abrangência e o que constitui ou não o objeto material do crime de corrupção.

Deste modo, os tipos penais abertos que abarcam o conceito de “vantagem indevida” não revelam uma completa individualização pelo legislador dos comportamentos proibidos, havendo a necessidade de recorrer-se a outros elementos interpretativos, além daqueles fornecidos pela lei penal.

Assim, como já vimos à interpretação é uma atividade que busca atribuir significado ao texto normativo, não podendo desvincular do ordenamento jurídico o contexto histórico-cultural e social a qual esta inserida, em que se investiga a vontade atual da lei e sua valoração ao caso concreto.

Inicialmente, é necessário contextualizar o cenário vivido pela sociedade contemporânea e o comportamento adotado pelo poder público em face dos anseios sociais que clamam por segurança através de discursos punitivos. Nas palavras de João Jacinto Anhê Andorfato (2018, p. 249), diante da atual crise política que estagnou no Brasil:

Observa-se no discurso de combate a corrupção as características do expansionismo penal, pois devido ao caráter difuso inerente aos comportamentos no âmbito das esferas política e econômica, pretende-se operacionalizar a intervenção penal de maneira distinta do paradigma tradicional, buscando a penalização das ações referentes à transgressão de um dever de conduta positivado sem a necessidade de ocorrência de um resultado efetivo, restando ao direito penal ser um esforço as normas e

funções administrativas. (...) Inseguros por não ter conhecimento da extensão da corrupção na administração pública, cansados de novos escândalos quase que diários nos noticiários, os indivíduos exigem a adoção de medidas que, ao menos em tese, possam reduzir esse sentimento de insegurança e impunidade, mesmo que de fato não corresponda a uma diminuição efetiva da corrupção.

Diante do cenário de expansionismo penal dominado pela ira e intolerância da sociedade, é necessário identificar o caráter sistêmico da corrupção pública na sua amplitude e magnitude, observando o que deveria ser a finalidade precípua a qual se fundou o tipo e afastas as condutas esvaziadas de relevância para o Direito Penal.

Flávia Schilling (1999, p. 63) explica:

A corrupção é a depravação progressiva dos costumes. (...) Os costumes existiriam em uma anterioridade íntegra, seriam uniformemente distribuídos, haveria uma moral pessoal – porém comum – que foi sendo progressivamente desgastada pelo “contágio” de um grupo corrupto.

O discurso de combate à corrupção legitimado pelo senso comum, não deve abranger comportamentos esvaziados de qualquer caráter contraprestacional ou sem qualquer obtenção de vantagens de cunho pessoal que envolva o escambo da função pública, baseando-se em um estereótipo criado por uma minoria que se insere no âmbito do pacto de corrupção da função pública.

Assim, não se deve sob o pretexto de combate a corrupção, prescindir das garantias impostergáveis de legalidade e segurança jurídica, imprescindíveis para que não deem legitimidade a um discurso punitivista, sem sentido e dissociado dos princípios da intervenção mínima e da exclusiva proteção de bens jurídicos.

A retribuição pretendida por um funcionário público com o ato realizado ou a se realizar, deve ser enfocada no aspecto objetivo e subjetivo, já que um item recebido por um agente público de um particular nem sempre se configura um pacto de corrupção. Deste modo, é preciso observar, como ensina Ary Ferreira da Cunha (2010, p. 64) que a cultura e convenção desempenham um papel determinante:

Em Portugal, em dados círculos profissionais, é normal oferecer pelo Natal

presentes aos representantes de clientes, fornecedores, colaboradores e até a concorrentes. Esses presentes podem ser simbólicos (uma *pen* USB, por exemplo) ou bastante valiosos (boas garrafas de vinho). Uma dada seguradora americana a operar em Portugal tinha por regra que os funcionários não poderiam aceitar presentes de qualquer valor em qualquer circunstância, mas acabou por convencer a empresa mãe a autorizar uma mudança de política que a colocasse mais em linha com a cultura local.

Os presentes estabelecem ou reforçam um laço natural do convívio e relacionamento do ser humano, sendo atos costumeiros da sociedade desde os primórdios da humanidade.

Assim, um brinde ou presente é uma forma de expressar o afeto e reconhecimento pela competência de um trabalho desenvolvido com êxito.

Neste sentido, em determinados contextos, também abarca a relação pessoal ou grau de intimidade entre os indivíduos, não há uma compra ou obrigação moral imposta.

Para Nelson Hungria (1940, p.371):

As gratificações usuais, de pequena monta, por serviços extraordinários (não se tratado, é bem me ver, de ato contrário à lei), não podem ser consideradas material de corrupção. Também não se entendem como tal as tradicionais “boas festas”, de Natal ou Ano novo (...) não incorrem igualmente na censura penal as dádivas em galardão de um mérito excepcional as quais são símbolos morais, expressos materialmente, e não equivalentes econômicos.

Neste mesmo sentido ensina Luiz Regis Prado (2001, p. 419):

Assim, as homenagens feitas aos funcionários públicos por honorabilidade, manifestadas por estima ou admiração, bem como pequenos presentes recebidos por mera cortesia, como comestíveis, bebidas e etc., ofertados desinteressadamente nas festividades natalinas ou do Ano-Novo, não encontram tipicidade na norma em exame, já que não há vontade de corromper, nem mesmo a consciência do funcionário em praticar qualquer ato funcional movido pela venalidade.

Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 114), acrescenta que:

Não é qualquer oferta, qualquer regalo ou qualquer mimo que terá idoneidade material ou, se preferirem, relevância social de forma a lesar o bem jurídico tutelado materializando a tipicidade do crime de corrupção. A doutrina nacional, em meados do século passado já se preocupava com

algo semelhante, embora com linguagem e fundamento um tanto diferentes; destacava, com efeito, a irrelevância de determinados donativos para configurar o crime de corrupção (...).

Diante do exposto, é quase unânime na doutrina o entendimento sobre a atipicidade do recebimento de brindes e presentes de brindes e presentes por funcionários públicos nas condições exemplificadas, como datas comemorativas e contendo valores irrisórios.

Entretanto, a questão a ser analisada deve ir além, a análise é mais complexa. Na identificação entre quem dá e quem recebe o presente, o tamanho e o valor em princípio são irrelevantes, pois quando não há relação sinalagmática entre a oferta e o recebimento de um favor dado ou esperado, não se caracteriza a tipicidade do delito de corrupção, tendo no elemento subjetivo seu aspecto fundamental para a caracterização dos tipos penais.

É inegável elucidar que se criou um tabu na sociedade acerca do recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos.

Amiúde fica subjacente, por trás de tais condutas, alguma espécie de expectativa de compensação, fazendo com que muitos os rejeitem para que não sejam vistos pelos colegas como “corruptos”, principalmente aqueles funcionários dotados de uma maior atuação discricionária, como por exemplo, os magistrados.

No Direito Administrativo há a possibilidade do controle pelos Tribunais acerca da discricionariedade administrativa, como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p.77-80):

Há uma moral institucional contida na lei imposta pelo poder legislativo e há a moral administrativa que é a imposta dentro do próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário. (...) A imoralidade estaria na intenção do agente, pois pode se utilizar de meios lícitos para atingir o fim, deste modo a imoralidade administrativa esta ligada a ideia de desvio de poder. Com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa, pois era excluída de apreciação, sendo apenas analisada a legalidade do ato, o desvio de poder passou a ser uma ilegalidade sujeita, portanto ao controle judicial. No desvio de poder o vício está na consciência ou intenção de quem pratica o ato, o direito ampliou o seu círculo para atingir a moral.

Nesse sentido, o Direito Penal é regido pelo princípio da intervenção mínima e ao abarcar alguns comportamentos (que a priori deveriam ser tutelados

primordialmente pelas normas e sanções de caráter administrativo), perde a sua feição subsidiária.

Há um descompasso em abranger no objeto material “vantagem indevida” situações esvaziadas de caráter contraprestacional, em que não há a mercantilização de ato de ofício, como se o mesmo fosse uma prestação de serviço pelo qual o agente público é remunerado, caracterizando o tipo penal de corrupção.

Como leciona Rogério Greco (2013, p. 548):

Não é incomum no serviço público o oferecimento de pequenos agrados feitos por particulares, com a finalidade de angariar a simpatia dos funcionários públicos. (...) Se tais comportamentos não são destinados a fazer com que o *intraeus* pratique, omita ou retarde ato de ofício, não terão eles a importância exigida pelo Direito Penal.

Ratifica-se, portanto, o caráter subjetivo para a qualificação dos tipos penais discutidos, como leciona Luiz Regis Prado (2001, p. 418-419) “o objeto recebido pelo agente público nem sempre se insere no âmbito de pacto de corrupção, (...) impõe-se necessária uma análise da relação subjetiva, (...) de forma que ausente interesse pessoal não se configura o delito”.

É possível consolidar, portanto, o entendimento da atipicidade do recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos tendo em vista que a princípio, os presentes por si só não revelam ter o condão de alterar o comportamento do funcionário público.

Deste modo, deve-se identificar o caráter contraprestacional (elemento subjetivo do tipo) que é fundamental para a caracterização dos tipos de corrupção, ou seja, a relação sinalagmática entre a oferta e o recebimento de um favor dado ou esperado, como se fosse uma remuneração do agente público pela prestação de um serviço.

4.1 A TIPICIDADE DO CRIME DE CORRUPÇÃO À LUZ DO BEM JURÍDICO TUTELADO

É necessário esclarecer em que momento o presente deixa de ser singelo, gesto

de simpatia ou cortesia e passa a desviar o comportamento do funcionário público, caracterizando a tipicidade do crime e corrupção (ativa e passiva). Como resposta a esse questionamento, somente cabe uma análise ao caso concreto.

A princípio, é fundamental haver uma identificação entre quem dá e quem recebe o objeto, alinhando os interesses entre os sujeitos e caracterizando a relação de ambos como mercantilíssima, de remuneração pelo ato público realizado de ofício.

Demonstra-se que para a caracterização dos tipos penais de corrupção, deve haver uma análise minuciosa ao caso concreto, ratificando-se o nexos de causalidade da conduta do agente público ou do particular com a vantagem indevida, tendo a contraprestação com o exercício da sua função, o caráter primordial para a consumação do delito.

É necessário o exame dos dispositivos analisados, transcrevem-se os artigos 317 e 333 dispostos do Código Penal, *in verbis*:

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

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

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

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

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

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

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

Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 8 (oito) anos, e multa.

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

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional” (Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940).

Observa-se da análise dos tipos penais que o crime de corrupção passiva traz como elemento objetivo “solicitar, receber ou aceitar promessa”, assim, pode se extrair dos verbos: o pedido do agente, o recebimento direto ou indireto (por interposta pessoa) ou a sua anuência (sendo suficiente que o funcionário se mostre de acordo com a oferta).

Do ponto de vista do corruptor, o crime de corrupção ativa traz como elemento objetivo “oferecer ou prometer” a funcionário público, o primeiro verbo representa o ato de colocar a vantagem na disposição do mesmo, enquanto o segundo de obriga-se a dar, compromisso que fará em favor de alguém.

Deste modo, é necessário ressaltar a importância que o elemento subjetivo detém nos tipos penais da corrupção para que seja caracterizada a sua tipicidade, sendo elemento essencial da ação final.

O tipo subjetivo que é constituído pelo elemento geral, o dolo, representa a intenção dos agentes, quando os mesmos têm a consciência e vontade de realização da conduta. Pela teoria geral do Direito Penal o dolo se caracteriza pelo seu caráter cognitivo, ou seja, conhecimento do fato constitutivo da ação típica e o seu caráter volitivo, que é a vontade de realizar a conduta (BITENCOURT, 2010, p.232-233).

É necessária a identificação do dolo na corrupção passiva, ou seja, a intenção do agente público de praticar a conduta, de solicitar, receber ou aceitar, diretamente ou indiretamente a vantagem indevida, devendo este ter o conhecimento que o benefício é incorreto e se dá em razão da sua função exercida e o *animus* de ser para si ou para outrem, não sendo necessário que a vantagem seja efetivamente alcançada para que se consuma o tipo (BITENCOURT, 2010, p.122).

Ademais, conforme a jurisprudência abaixo relatada, convém ainda esclarecer que a corrupção passiva é apenas caracterizada a partir do momento em que haja o exercício da função pública, ou ainda com a falsidade perante o dever profissional (STJ, online).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA E PATROCÍNIO INFIEL. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA DE TRAIÇÃO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, não ficou configurado o crime de corrupção passiva, uma vez que a conduta atribuída à acusada não foi por ela

praticada durante o exercício de função pública, haja vista a extinção de seu contrato de prestação de serviços com a administração pública municipal anos antes do fato.

2. Para a caracterização do delito de patrocínio infiel, deve haver a traição do dever profissional. Na espécie, a orientação errônea e aventureira da acusada ao seu cliente configura, no máximo, infração ética, e não o crime de patrocínio infiel.

3. Recurso especial improvido.

Neste ponto, ressalta que o ato funcional do funcionário público independe de sua licitude ou ilicitude, como esclarece Cezar Bitencourt (2010, p. 112-113):

Sendo indiferente que o ato funcional objeto da venalidade seja lícito ou ilícito, ou seja, que contrarie os exercícios do cargo, na medida em que a caracterização do tipo está no tráfico ou comércio da função. (...) Podendo inclusive ser “agraciado” com a recompensa imoral, vindo de acordo com sua previsão, a receber posteriormente, o que se caracteriza igualmente a mercância da função pública (...).

Do ponto de vista do corruptor, o crime de corrupção ativa, também deve se configurar o dolo, ou seja, a consciência e a vontade de realizar da ação, de prometer ou oferecer a vantagem, com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na assunção do risco de produzi-lo (CAPEZ, 2015, p.580).

Com efeito, é neste mesmo âmago que segue a jurisprudência abaixo demonstrada, no sentido de apenas caracterizar a corrupção ativa no momento em que estiver configurado efetivamente o dolo do ato praticado pelo corruptor (TJBA, online).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. INICIAL APTA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DE FATOS. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E NULIDADE DA SENTENÇAPOR JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PREFACIAIS REJEITADAS. MÉRITO. CITAÇÃO. REVELIA. CORRUPÇÃO ATIVA. DOLO. COMPROVAÇÃO. DECISÃO CONDENATÓRIA. SENTENÇA CRIMINAL. AUSÊNCIA DE PROVA CONTRÁRIA. ELEMENTOS SUFICIENTES PARA JUÍZO DE CONDENAÇÃO. RECURSO POR NEGATIVA GERAL.

1. Padece de respaldo legal os argumentos esposados pelo recorrente, em face do que dispõe o art. 17, §§ 3º e 4º da Lei n. 8.429/1992, expressamente mencionam a competência do Ministério Público para a propositura da ação civil de improbidade administrativa, sendo esta a via adequada para a apuração e condenação pelos atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito

Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

2. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, devidamente fundamentado, sem a produção das provas tidas por desnecessárias pelo juízo, uma vez que cabe ao magistrado dirigir a instrução e deferir a produção probatória que considerar necessária à formação do seu convencimento. Preliminares rejeitadas.

3. Mérito. conforme disposto no art. 17, § 9º das Lei nº 8.429/1992, ocorrendo a regular citação pessoal do réu para apresentar defesa e esta não sendo efetivada, inobstante a pretensão do recorrente, não desconstitui a revelia sob alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

4. Houve análise de todas as alegações de interesse do apelante a despeito da revelia, sendo que, evidentemente, a impugnação por negativa geral não se revela suficiente à reforma da sentença, com sua fundamentação específica.

5. Os documentos colacionados aos fôlios às fls. 19/43, comprovam a materialidade e autoria do crime de corrupção perpetrada pelo réu na esfera criminal, bem como o seu enriquecimento ilícito na esfera cível.

6. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

Neste sentido, o objeto material “vantagem indevida” dos tipos em análise relaciona-se ao exercício da mercantilização da função pública do agente, podendo realizar ato comissivo ou omissivo, ou até mesmo retardar ato de ofício, em face do caráter contraprestacional, comercialização da função pública, sendo percebido o proveito.

Nas palavras de Luiz Regis Prado (2001, p.418):

Além, portanto, da relação objetiva que deva aflorar entre a vantagem que gravita na corrupção e o ato praticado pelo agente, impõe-se necessária análise de uma relação subjetiva, já que há um interesse pessoal dos funcionários em alcançar uma retribuição e a vontade de retribuir por parte do *extraneus*, de forma que ausente tal interesse pessoal, não se configura o delito.

No entendimento de Guilherme Nucci (2009, p.1073) “a regra limitativa deve ser (...) que não ocorra correspondência alguma entre o seu valor econômico e o ato de ofício, isto é, que não se possa formular, em face do fato, a relação que induza o caráter retributivo”.

A coisa dada deve ter caráter suavizante dos escrúpulos do agente público e se este recebeu em troca de ação ou omissão relacionada ao seu ato funcional, ou até

retardo da realização do seu ofício, caracteriza-se, portanto, o dolo em sua conduta e o caráter contraprestacional de mercantilização da função pública. Desta maneira, podemos dizer que a vantagem foi indevida e que restou consumado o delito de corrupção.

4.2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE CORRUPÇÃO

Ao analisar os fundamentos que regem o princípio da insignificância é possível vislumbrar a sua aplicação nos crimes contra a Administração Pública. Já vimos que o princípio parte da análise do caso concreto e que há alguns parâmetros consolidados pela jurisprudência na tentativa de unificar a sua aplicação, são eles: a mínima ofensividade, a ausência de periculosidade social, reduzido grau de reprobabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica.

Ao não considerar a aplicação do princípio insignificância nos crimes contra a administração pública, os fundamentos tiveram como base que a incidência da norma penal estaria lastreada na proteção da moral administrativa, com o afastamento do caráter patrimonial, insusceptível de valoração econômica.

É inegável, como já defendido neste trabalho, a tutela da moralidade como bem jurídico, entretanto mesmo nesses delitos deve-se observar se houve uma efetiva ofensa que possa ser considerada apta a causar lesividade social e demais circunstâncias do ponto de vista de reprobabilidade que tornem o fato delituoso.

Desta maneira, a análise não se baseia no caráter patrimonial adotado como argumento pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, não diz respeito ao valor do bem, ou seja, não é caráter econômico que importa para a análise de reprobabilidade do comportamento do agente, isso é apenas um dos fatores que se deve levar em consideração.

Nesse sentido, justamente pela norma penal estar lastreada na proteção da moral administrativa, tendo como bem jurídico a tutela da moralidade pública é que o mais

importante não é a análise do ponto de vista patrimonial e sim, no caso da corrupção se houve ou não a mercantilização do ato de ofício.

O Direito Penal busca como finalidade precípua evitar que o ato de ofício do agente público seja remunerado por um particular como uma prestação de serviço. Assim, ainda que seja um valor pequeno e se caracteriza uma remuneração por um serviço prestado será caracterizado o crime de corrupção, da mesma maneira em que se recebido um presente com um valor alto, mas que não tiver relação nenhuma com a prática de qualquer ato de ofício, não consumará a corrupção.

Assim, nada impede que nas condutas em que ausente o elemento subjetivo do dolo, e o *animus* dos agentes, de mercantilização da função pública que consolida caráter de contraprestação, se aplique o princípio da insignificância, englobando-se os crimes contra a administração pública, os quais tem a tutela da moralidade como bem jurídico.

Não há como admitir um descompasso entre o Direito Penal e o mundo exterior da dogmática jurídica, o objeto do mesmo deve ser descoberto com olhos postos sobre suas valorações e finalidades. Deve-se entender o tipo no seu conceito material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo (LOPES, 1997, p.128-132).

Ressaltando mais uma vez a análise do caso concreto como elemento fundamental para caracterizar a consumação do delito, sobretudo quando se fala da tutela da moralidade pública, os quais são dotados de um maior grau de abstração e amplitude.

A sociedade se inclina para o marco jurídico da Constituição, instrumento que permite um melhor reconhecimento sob quais relações sociais necessitam de proteção jurídica, servindo de limite ao *jus puniendi* estatal, delimitando o objeto do Direito Penal e se revelando como um instrumento de proteção da sociedade em face da atuação da Administração Pública.

Deste modo, devem-se observar os demais princípios constitucionais, sobretudo, o da proporcionalidade e da razoabilidade, não podendo se falar no caráter patrimonial como pilar para análise da reprovabilidade da conduta.

Nesse sentido, com o fundamento de ausência de interesse social diante da inexpressividade da lesão jurídica verificada, foi realizada a mitigação da Súmula 599 pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça (Sexta Turma), aplicando-se o princípio da insignificância:

EMENTA PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO. INUTILIZAÇÃO DE UM CONE. IDOSO COM 83 ANOS NA ÉPOCA DOS FATOS. PRIMÁRIO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MITIGAÇÃO EXCEPCIONAL DA SÚMULA N. 599/STJ. JUSTIFICADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por irrelevante dado à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal-criminal.

2. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. A despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – **justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada** (RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 85.272 – RS, STJ, 2018).

No crime de corrupção a incidência do princípio da insignificância é entendida como aplicável pela maioria da doutrina, nos casos de irrelevância da importância material das benesses. Ou seja, o entendimento majoritário está em consonância com o critério adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça, o qual analisa o caráter econômico para incidência do princípio.

Neste sentido, o recebimento de brindes e presentes de pequena monta com irrelevância material pode-se valer do princípio da insignificância de acordo com a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.115), afastando liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Do mesmo entendimento leciona Rogério Greco (2013, p.750), defendendo a aplicação do raciocínio do princípio da insignificância, excluindo da figura típica,

aquelas vantagens de valor irrisório, como ocorrem com muita frequência quando os funcionários são presenteados com bombons, doces, canetas, algumas pequenas lembranças, principalmente em datas comemorativas.

Assim como para Guilherme Nucci (2009, p. 1073), “tem aplicação, neste caso, o princípio da bagatela, ou seja, pequenos mimos ou lembranças destinadas a funcionários públicos, por exemplo, em datas comemorativas (...) é conduta penalmente irrelevante, não configurando o tipo penal (...)”.

Entretanto, deve-se ressaltar que a aplicação do princípio da insignificância no crime de corrupção não diz respeito apenas ao valor do bem, como entende a maioria da doutrina e o Superior Tribunal de Justiça, esse é apenas um dos fatores a serem levados em consideração, pois o que está em questão é o caráter contraprestacional, pagamento por algum serviço funcional prestado.

A grande discussão que caracteriza efetivamente a corrupção no recebimento dos brindes e presentes não é o valor econômico em si mesmo, pois como o bem jurídico é a tutela da moralidade pública o que é importante é a mercantilização do ato de ofício, é você transformar o ato de ofício, pelo qual não se deve receber nada, como se fosse uma espécie de prestação de serviço pelo qual o funcionário público seja remunerado pelo particular.

Então, ainda que o valor seja pequeno, se ele caracteriza uma remuneração pelo serviço prestado isso pode caracterizar corrupção, outras vezes, o valor considerado acima do limite, mas esvaziado de qualquer relação com qualquer ato de ofício, não será corrupção, pois é a ideia central que caracteriza o delito.

A administração pública e suas orientações e previsões, abarcando as sanções administrativas, dotadas de independência das sanções penais, também podem servir como um mecanismo de prevenção e repressão das práticas corruptivas, assegurando o normal exercício da função do agente público (DI PIETRO, 2001, p.456).

Os tipos penais abertos geram uma insegurança jurídica, sendo uma alternativa ao ordenamento jurídico elucidar alguns comportamentos a serem seguidos pelos agentes públicos em normas a serem aplicadas na esfera administrativa, a fim de

preservar o princípio da moralidade e probidade administrativa e garantir o caráter subsidiário do Direito Penal.

Ao prevenir o funcionário público de alguns comportamentos e elucidando as sanções disciplinares na esfera administrativa, faz com que o mesmo não incida em erro e que acabe frustrando o interesse público, cometendo uma improbidade administrativa ou tenha algum tipo de vinculação da sua conduta à esfera criminal.

Desta maneira, ao estabelecer uma regulamentação na esfera administrativa para tutelar o recebimento de brindes e presentes, busca-se um parâmetro de incidência das normas administrativas, sendo uma orientação a ser seguida como auxiliar de interpretação a função do agente público.

Nesse contexto, foi editada pela Comissão de Ética Pública (Casa Civil – Presidência da República) a resolução nº 3, de 23 de novembro de 2000, que disciplina a matéria do recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos da Alta Administração Federal:

“Presentes:

1. A proibição de que trata o Código de Conduta se refere ao recebimento de presentes de qualquer valor, em razão do cargo que ocupa a autoridade, quando o ofertante for pessoa, empresa ou entidade que;
2. É permitida a aceitação de presentes;
3. Não sendo viável a recusa ou a devolução imediata de presente cuja aceitação é vedada, a autoridade deverá adotar uma das seguintes providências;
4. Não caracteriza presente, para os fins desta Resolução;
Brindes
5. É permitida a aceitação de brindes, como tal entendidos aqueles;
6. Se o valor do brinde ultrapassar a R\$ 100,00 (cem reais), será ele tratado como presente, aplicando-se-lhe a norma prevista no item 3 acima;
7. Havendo dúvida se o brinde tem valor comercial de até R\$ 100,00 (cem reais), a autoridade determinará sua avaliação junto ao comércio, podendo ainda, se julgar conveniente, dar-lhe desde logo o tratamento de presente”.

O Código de Ética é extremamente rigoroso no que tange as políticas de natureza administrativa. Ainda que administrativamente haja um descumprimento dos preceitos contidos, não significa necessariamente que houve crime de corrupção.

Ou seja, pelo caráter subsidiário de intervenção mínima do Direito Penal, só vai ser considerado crime de corrupção quando expressar clara a ofensa frontal ao bem jurídico.

Como leciona Juliana Ferrer Teixeira (2010, p. 85-86):

(...) Tem aplicação na esfera administrativa, servindo apenas como um parâmetro para aplicação de sanções disciplinares. Uma vez que não se tratam de fontes primárias para o Direito Penal, sua utilização âmbito deve ser limitada, como mero auxiliar na interpretação da norma, sem qualquer vinculação ao juízo criminal.

As cartilhas de orientação, como o Código de Ética da Alta Administração Federal servem como guia ao comportamento do funcionário público, caracterizando meramente uma possível infração administrativa, pois são denominados requisitos mínimos, se você os cumpriu não pode haver corrupção, tratando-se de apenas orientações, sem caráter coercitivo.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto ao longo deste trabalho, percebe-se que é possível caracterizar a atipicidade do recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos, lastreada no aspecto subjetivo especial que requer o tipo penal. Ao longo do trabalho foi possível chegar a determinadas conclusões que podem ser aqui enumeradas:

1. O Direito Penal corresponde, seguindo o princípio da intervenção mínima, a última *ratio* do ordenamento jurídico. Assim, representa o poder que Estado tem de punir, com o intuito de proteger a sociedade e seus bens jurídicos mais importantes.
2. A lei penal seguindo o princípio da intervenção mínima revela o rigor exigido no controle da sua aplicação, tendo pressupostos próprios e total independência, em face do Direito Administrativo e as sanções administrativas, incumbindo ao legislador traçar os limites entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.
3. O âmbito da administração pública e as funções exercidas por seus agentes abarcam a satisfação do interesse coletivo, despertando extrema relevância ao serem tutelados e fiscalizados pelo poder de polícia estatal. Deste modo, surge à necessidade de tipificar os crimes contra a administração pública na esfera penal.
3. O delito de corrupção, crime contra administração pública, objeto de tutela do Código Penal brasileiro é a venalidade em torno da função pública, denominando-se passiva quando se tem em vista a conduta do funcionário corrompido, e ativa quando se considera a atuação do corruptor. Não é uma prática atual, desde as primeiras civilizações, como a grega e romana, já havia a tutela do Estado acerca dessa prática nas mais antigas legislações.
3. No Brasil, as Ordenações Filipinas excluía o crime quando as coisas doadas fossem vinho, pão e demais coisas de comer que entre parentes e amigos costumava-se dar e receber. O código do império tratava acerca dos conceitos de peita e suborno, como sinônimos. Da mesma maneira abordada pelo Código de 1830, em uma mesma secção, inspirando-se no Código Francês, sendo inserida

uma modalidade de concussão ao lado da peita, entretanto encerrando lacunas em partes essenciais.

4. O Código de 1940, vigente no país, inspirou-se no da Suíça dissociando o tipo penal de corrupção sob duas óticas, abordadas em capítulos distintos. A conduta do funcionário público corrompido foi denominada de corrupção passiva e à atuação do particular corruptor que a proporciona ou dela participa nomeou-se de ativa, criando figuras criminais independentes.

5. Deste modo, adotou-se a teoria da unilateralidade, consolidando a separação e incidência das duas espécies delitivas, de tal modo que a consumação de qualquer uma delas independe da outra, não é necessária a anuência do funcionário público, na corrupção ativa, ou a aceitação pelo particular, na corrupção passiva.

6. O crime de corrupção passiva tem como sujeito ativo, o funcionário público ou o exercente da função pública, sendo assim, um delito funcional próprio, não é necessário que o funcionário público se ache no exercício da atual, mas tem de se valer da função pública para praticar o crime.

7. O crime de corrupção ativa tem como sujeito ativo qualquer pessoa, não existindo nenhuma pretensão especial, pois qualquer particular pode oferecer ou prometer vantagem a funcionário público, deste modo classifica-se como funcional impróprio. Ademais, o funcionário público agindo como particular, pode cometer o crime de corrupção ativa em relação a outro funcionário.

8. O sujeito passivo dos delitos de corrupção é o Estado-Administração, representado pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios.

9. O crime de corrupção passiva traz como elemento objetivo “solicitar, receber ou aceitar promessa”, assim, pode se extrair dos verbos: o pedido do agente, o recebimento direto ou indireto (por interposta pessoa) ou a sua anuência (sendo suficiente que o funcionário se mostre de acordo com a oferta), condutas que devem ser motivadas pela função pública.

10. O crime de corrupção ativa traz como elemento objetivo “oferecer ou prometer” a vantagem indevida a funcionário público, o primeiro verbo representa o ato de colocar a vantagem na disposição do mesmo, enquanto o segundo de obrigar-se a dar, compromisso que fará em favor de alguém.

11. O objeto material dos tipos é a “vantagem indevida” e relaciona-se com exercício da mercantilização da função pública do agente. O legislador preferiu abster-se de realizar uma descrição taxativa das circunstâncias e limites daquilo que pode configurar a vantagem como indevida.

12. Consolidou-se o entendimento que o conceito só pode ser caracterizado no caso concreto, com uma análise minuciosa que ratifique o nexo de causalidade da conduta do agente público com a vantagem indevida, tendo a contraprestação com o exercício da sua função como o caráter primordial para a consumação do delito.

13. O elemento subjetivo do tipo penal da corrupção passiva representa o dolo, ou seja, a intenção do agente público de praticar a conduta, de solicitar, receber ou aceitar, diretamente ou indiretamente a vantagem indevida, tendo o conhecimento que o benefício é incorreto e se dá em razão da sua função exercida, não sendo necessário que a vantagem seja efetivamente alcançada para que se consume o tipo.

14. O elemento subjetivo do tipo de corrupção ativa também é o dolo, ou seja, a consciência e a vontade de realizar a ação, de prometer ou oferecer a vantagem, com a finalidade obter o resultado delituoso, ou na assunção do risco de produzi-lo.

15. Definiu-se o conceito do bem jurídico penal como aquilo que se considera digno de proteção dentre as essencialidades do convívio humano, se sujeitando as transformações que acontecem de maneira intensa na sociedade, com novas valorações e amparando-se no texto da Constituição Federal como um limitador,

16. A Constituição Federal em seu artigo 37 atribui à moralidade um viés principiológico, fruto do neoconstitucionalismo. Neste ponto, é que se encontra a legitimidade para sua tutela como bem jurídico, na medida em que, é prevista em norma constitucional e adquire viés de direito fundamental, sendo o agir probo do funcionário público, valor essencial a qualquer coletividade.

17. Deste modo, não é apenas um dever do agente público agir conforme os preceitos morais, e sim um direito coletivo fundamental perante a coisa pública e o interesse comum da sociedade.

18. Realizou-se uma reflexão da corrupção perante o cenário econômico e social, concluindo-se que no campo econômico, a corrupção é um fenômeno que piora os investimentos e agrava as condições de negócios, pervertendo os mercados e diminuindo a competitividade e a eficiência.

19. No nível individual, a corrupção enfraquece a confiança básica que deveria existir entre os cidadãos e o governo, e também a etiquetagem criada ao comportamento do agente público, os mesmos viraram alvos de um estereótipo, como facilmente “corrompíveis”.

20. Este efeito é abordado como foco deste trabalho para quebrar o tabu sobre o recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos no âmbito da administração pública, deste modo à visão de que os funcionários públicos são “facilmente corrompíveis” criada pelo senso comum e que transcende a políticas de expansionismo penal, que clamam por punição além das esferas e normas administrativas.

21. Consolidou-se que princípio da insignificância atua de forma a legitimar o Direito Penal lastreado na intervenção mínima, buscando incidir apenas nas condutas que efetivamente causem alguma lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados, ou seja, somente aqueles comportamentos imprescindíveis de serem analisados pela via penal serão alcançados.

22. Entendeu-se que o mesmo é causa de excludente de tipicidade e a inexistência de previsão expressa fez com que a jurisprudência fosse a pioneira a mencionar alguns critérios para seu reconhecimento, sendo eles: a mínima ofensividade, a ausência de periculosidade social, reduzido grau de reprobabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica.

23. O Supremo Tribunal de Justiça, em corte especial, sumulou a matéria no tocante à aplicação do Princípio da Insignificância nos crimes contra a administração pública, afastando a sua aplicação, tendo como principais fundamentos: o afastamento do caráter patrimonial, mesmo se tratando em hipótese de valor irrisório, alegando-se que a incidência da norma penal está lastreada na proteção da moral administrativa.

24. Entretanto, concluiu-se pela discordância deste posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pois justamente pela moralidade ser o bem jurídico tutelado não deve se basear no caráter patrimonial, ou seja, não é caráter econômico que importa para a análise de reprobabilidade do comportamento do agente.

25. Assim, restou-se consolidado que nas condutas em que ausente o elemento subjetivo do dolo, e o *animus* dos agentes, de mercantilização da função pública que consolida caráter de contraprestação, se aplique ao delito de corrupção o princípio da insignificância, assim como os demais crimes contra a Administração Pública quando houver irrelevância social.

26. Os presentes estabelecem ou reforçam um laço natural do convívio e relacionamento do ser humano, sendo atos costumeiros da sociedade desde os primórdios da humanidade. Neste sentido, um brinde ou presente é uma forma de expressar o afeto e reconhecimento pela competência de um trabalho desenvolvido com êxito.

27. No tocante a atipicidade do recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos foi demonstrada que a análise é complexa, sendo irrelevante o tamanho e o valor em princípio, pois quando não há relação sinalagmática entre a oferta e o recebimento de um favor dado ou esperado, não se caracteriza a tipicidade do delito de corrupção, tendo no elemento subjetivo seu aspecto fundamental para a caracterização dos tipos penais.

28. Ou seja, a coisa dada deve ter sido em troca de ação ou omissão relacionada ao seu ato, caracterizando a contraprestação e a mercantilização da função pública para que se consume o delito de corrupção.

29. É uma prática da Administração Pública a regulamentação na esfera administrativa do comportamento dos seus agentes. Nesse contexto, foi editada pela Comissão de Ética Pública (Casa Civil – Presidência da República) a resolução nº 3, de 23 de novembro de 2000, que disciplina a matéria do recebimento de brindes e presentes por funcionários públicos.

29. Ainda que administrativamente haja um descumprimento dos preceitos contidos, não significa necessariamente que houve crime de corrupção, ou seja, pelo caráter

subsidiário de intervenção mínima do Direito Penal, só vai ser considerado crime de corrupção quando expressar clara a ofensa frontal ao bem jurídico.

RERÊNCIAS

ANDORFATO, Joao Jacinto Anhê. **Corrupção, direitos humanos, empresas**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2018.

ARAÚJO, Fábio Roque. **Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. ed. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011 .

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial, 5. ed.** São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, volume 4: parte especial: arts. 116,95 ha 359-H. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Brasil. Presidência da República. **Comissão de Ética Pública. Código de Conduta da Alta Administração Federal e normas complementares**. 3ª ed., Brasília, 2007.

_____. **Código Penal**. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 abr.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus. Transação. Corpus nº 27.4487**, da 6ª Turma, julgado em 05/04/2016. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...hc-274487-sp.../inteiro-teor-339748502>>. Acesso em: 02 abr.2018.

_____.Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 1716072 MG 2016/0300634-2**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574497165/recurso-especial-resp-1716072-mg-2016-0300634-2>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus. Transação. Nº 85.272 – RS**, 2018. Disponível em: <<https://www.escavador.com> › Diários Oficiais › ST>. Acesso em: 02 abr.2018.

____. **Súmula nº 599.** O princípio da insignificância é inaplicável nos crimes contra a Administração Pública . 2017. Disponível em:
<[www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27599%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27599%27).sub)
>. Acesso em: 02 abr.2018.

____. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação n.º 0000519-69.2010.8.05.0111.** Disponível em:
<<https://tjba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/364513690/apelacaoapl5196920108050111/inteiro-teor-364513700>>. Acesso em: 7 set. 2018.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral.** ed. 16. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUCINELLI, Otávio Henrique Simão. **Da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa.** Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo, 2015.

CUNHA Ary Ferreira. **Políticas de Combate a Corrupção: Corrupção no setor público sob a perspectiva da teoria da agência.** Mestrado em direito, 2010. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66123/2/24730.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2018.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal.** 14ª ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

DELÉTERIO. In: **Dicionário Aurélio.** Disponível em:<<https://dicionariodoaurelio.com/deleterio>>. Acesso em: 01 out.2018.

DURKHEIN, Émile. **Da divisão do trabalho social.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

FILHO, José dos Santos de Carvalho, **Manual de Direito Administrativo**. ed. 31. São Paulo: Atlas, 2017.

GARZIERA, Mariella de Oliveira. **Aplicação do Princípio da Insignificância nos Crimes contra a Administração Pública**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2008

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GUASTINI, Vincente Celso da Rocha; BETANHO, Luiz Carlos, FELTRINI, Sebastiao Oscar, NINNO, Wilson, SILVA JUNÍOR, José, STOCO Rui, FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: Parte Especial**. Ed. 6. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal. Arts. 250 a 361**. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise a luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e Jurisprudência Atual**. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, José Frederico, **Tratado de Direito Penal – Volume I**. ed. 20. Campinas: Bookseller, 1997.

MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**. ed. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NIEZTSCHKE, Friedrich. **Genealogia da Moral: Uma Polemica**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira Passos. **Lavagem de Capitais: (dis)funções político-criminais no seu combate.** ed. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo. 14.** ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial. 7.** ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, volume 4: parte especial: arts. 289 a 359-H. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral. 8.** ed. Salvador: Juspodvim, 2012.

ROSETTO, Patrícia Carraro. **O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira.** São Paulo: Revista Ciências Penais – RCP 10, 2015, p. 212-286.

SCHILLING, Flávia. **Corrupção: Ilegalidade intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992).** São Paulo: IBCCrim, 1999.

SIQUEIRA, Galdino, **Tratado de Direito Penal. Parte Especial.** ed. 5. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

TEIXEIRA, Juliana Ferrer Teixeira. **Corrupção Passiva: análise do artigo 317 e sua relação com as Leis n.8429/95 e n.9613/98.** Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp153265.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2018

VILLA, Fernando Gil. **La Cultura de La Corrupción.** São Paulo: Maia Ediciones, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.