

**(Do Sr. Fabricio Oliveira)**

Ao interpretar essa regra, os Tribunais pátrios vêm destacando a necessidade de se comprovar que a conduta do funcionário público, que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem, é feita tendo em vista a prática de um ato de ofício. Isto é, a acusação deve demonstrar que o servidor recebe vantagem em razão de um ato próprio da sua função, que fez ou fará em troca dessa vantagem ou que deixou ou deixará de fazer pelo mesmo motivo.

Há, em nosso sistema, tradicional exigência de que a denúncia de corrupção passiva faça referência ao ato de ofício a ser praticado pelo funcionário<sup>1</sup>. Delmanto afirma que “o que se pune é o tráfico da função pública. Assim, a solicitação, recebimento ou aceitação deve ser para a prática ou omissão de ato inerente à sua função” (p. 633). Esta tese foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Penal n. 307-3 (caso Collor)<sup>2</sup> e foi corroborada pelo Min. Ricardo Lewandowski quando do julgamento da Ação Penal n. 470. Há diversos precedentes a formular esta exigência<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> PENAL - PROCESSO PENAL - CORRUPÇÃO PASSIVA - FALTA DE COMPETÊNCIA DO RÉU PARA A PRÁTICA DO ATO - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA - ESTELIONATO TENTADO - PRESCRIÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO - PENA INFERIOR A UM ANO DE RECLUSÃO. I - Para a configuração do delito de corrupção passiva se faz necessário que o ato de ofício em torno do qual é praticada a conduta incriminada seja da competência ou atribuição inerente à função exercida pelo funcionário público. II - Configura-se estelionato, na modalidade tentada, a conduta da ré que, para obter para si vantagem ilícita em prejuízo alheio, induz o condutor de veículo em erro, mediante meio fraudulento, alegando que, se a vítima não pagasse determinado valor, seria aplicada multa, ato fora das atribuições do falsário. III - Se houve acórdão condenatório a pena inferior a um ano, lavrado mais de três anos após o trânsito em julgado da sentença para a acusação, incide a prescrição da pretensão do estado, nos termos do art. 109, V, do CP. IV - Recurso do réu VALDIVINO DE JESUS BARROS provido. Apelação da acusada TÂNIA MARIA PESSOA RIBEIRO parcialmente provida. Prescrição decretada de ofício. (TJDFT, [Acórdão n.432869](#), 20040110082816APR, Relator: JOÃO MARIOSI, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 01/07/2010, Publicado no DJE: 14/07/2010. Pág.: 147)

<sup>2</sup> HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317 DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. SUPOSTA ATIPICIDADE DO FATO QUE NÃO SE VERIFICA PRONTAMENTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE OS FATOS CONFIGURARIAM DELITO DIVERSO DO APONTADO PELO PARQUET. DEBATE A SER ANALISADO E DECIDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIA. ATIPICIDADE RELATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO. ORDEM DENEGADA. 1. É entendimento pacífico dos Tribunais Pátrios o de que se admite a impetração de habeas corpus com a finalidade de se analisar se ocorre, ou não, a justa causa para a persecução penal. 2. Não se descarta, entretanto, que o “reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal, embora cabível em sede de ‘habeas corpus’, reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexistam qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal” (STF – HC 94.592/SP, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 02/04/2009). 3. Cotejando o tipo penal incriminador indicado na denúncia com a conduta supostamente atribuível ao Paciente, vê-se que a acusação atende aos requisitos legais do art. 41 do Código de Processo Penal, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem assim para o pleno exercício de sua defesa. 4. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, em emblemático precedente, que “(p)ara a configuração da corrupção passiva deve ser apontado ato de ofício do funcionário, configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido” (Ação Penal 307/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, TRIBUNAL PLENO, DJ de 13/10/1995), o que, aparentemente, se verifica no caso, pois em razão do cargo de Secretário de Finanças e Planejamento da Prefeitura de Hortolândia/SP, ocupado à época dos fatos, o Paciente tinha efetiva competência para a realização da conduta descrita na inicial acusatória. 5. Há indícios nos autos que revelam a possibilidade de configuração de conduta criminosa, razão pela qual a ação penal deverá ter sua tramitação regular, a fim de se apurar o cometimento ou não do delito descrito na exordial acusatória. Não se mostra possível, desta feita, a extinção anômala do processo-crime. 6. Deve ser discutida, também, a alegação da Defesa de que a conduta do Paciente mais se assemelharia ao delito previsto no art. 90 da Lei n.º 8.666/93 ([f]rustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação), cuja prática pelo Paciente seria impossível, por tratar-se de crime próprio do licitante. Tal tese não pode prosperar, tendo este Órgão colegiado inclusive já negado pedido de trancamento de ação penal formulado por Prefeito acusado da prática do referido delito (Ag 983.730/RS-AgRg, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2009, publicado em 04/05/2009). 7. No mesmo julgamento, decidiu-se que “[b]asta à caracterização do delito tipificado no artigo 90 da Lei 8.666/93 que o agente frustrar ou fraude o caráter competitivo da licitação”, não colhendo sorte, assim, a alegação de que a eliminação da empresa supostamente beneficiada do certame – e a ausência de prejuízos aos cofres públicos – impediria a configuração da referida prática criminosa. 8. Se a própria alegação é da Defesa é a de que os fatos seriam atípicos ou se amoldariam a conduta que definiria conduta criminosa diversa da apontada pelo Parquet, não há como se trancar o procedimento penal, por se revelar a probabilidade de configuração da atipicidade relativa. Seja porque o reconhecimento da atipia imprescindiria de dilação probatória, ou em razão da conduta poder consistir em outro delito. Precedentes desta Corte Superior de Justiça. 9. E, apenas ad argumentandum, cabe aqui destacar que não se pode, em habeas corpus, definir a tipificação dada aos fatos pelo Parquet. Isso porque o debate sobre a adequação dos fatos ao tipo penal indicado compete às instâncias ordinárias, por se tratar de matéria de prova que deve ser analisada e decidida pelas instâncias ordinárias, a partir do aprofundamento das investigações na instrução criminal, garantido o contraditório e a ampla defesa. 10. Atente-se que, no presente julgamento, não se está a realizar nenhum juízo de culpabilidade, mas sim, apenas, a não interferir no andamento processual na Instância competente, a qual tem por escopo a apuração sobre se houve o cometimento ou não, pelo Paciente, de conduta que, primo ictu oculi, não se afigura atípica. O que não se pode é, de antemão, retirar do Estado o direito e o dever de investigar e processar, quando há elementos mínimos necessários para a persecução criminal. 11. Writ denegado. (STJ, HC 123.234/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)

<sup>3</sup> HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA (ARTIGO 333, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. APONTADA INEXISTÊNCIA DE ATO DE OFÍCIO PRATICADO POR AUDITOR DA RECEITA FEDERAL EM BENEFÍCIO DA EMPRESA DO PACIENTE. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE O

Essa lacuna em nosso sistema é grave, pois nem sempre é possível vincular o recebimento de valores ou benefícios injustificáveis por funcionários públicos à prática de atos relacionados a seus cargos. Com isso, se o funcionário simplesmente recebe um benefício, sem qualquer liame com ato de direito público, não há corrupção. Em outras palavras, o simples enriquecimento sem causa do funcionário público, não é punível criminalmente.

Para combater essa situação, diversos países se tornaram signatários, no âmbito da Organização das Nações Unidas, da Convenção contra a Corrupção, assinada em Nova York em 2004. O artigo 20 da aludida Convenção propõe que os países membros criminalizem a conduta de “enriquecimento ilícito” de seus funcionários públicos. Assim, “sujeito à constituição e aos princípios fundamentais de seu sistema legal, cada Estado Parte considerará a adoção de medidas legislativas, ou outras necessárias, para que se estabeleça como crime, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, que é o aumento significativo dos ativos de um funcionário público que não pode ser razoavelmente explicado diante de suas rendas lícitas”<sup>4</sup>.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992) procura, de alguma forma, combater essa prática, pois estabelece em seu art. 9º que “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público”.

---

PACIENTE TERIA PROMETIDO E OFERTADO VANTAGEM INDEVIDA PARA QUE CORRÉU, FUNCIONÁRIO PÚBLICO, FAVORECESSE EMPRESA DE SUA PROPRIEDADE EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTÁRIOS EM TRÂMITE PERANTE A DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE MANAUS/AM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. O trancamento de ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2. O crime de corrupção ativa, assim como o delito previsto no artigo 317 do Código Penal, pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a oferta ou promessa de vantagem indevida a funcionário público, e a prática, o retardo ou a omissão de ato de ofício de sua competência. 3. Na hipótese, a denúncia descreve o suposto ato de ofício praticado, omitido ou retardado por auditor da Receita Federal em troca do recebimento de vantagem indevida por parte do ora paciente. Ainda que o auditor fiscal corréu na ação penal em tela não tenha atuado formalmente em procedimentos administrativos envolvendo a empresa do paciente, o certo é que há nos autos indícios de que o mencionado servidor público, valendo-se de sua função, teria atuado de modo a beneficiá-la e favorecê-la em processos administrativos tributários em trâmite perante a Delegacia da Receita Federal em Manaus. 4. Não estando demonstrada a manifesta atipicidade da conduta imputada ao paciente, e existindo indícios da ilicitude dos fatos que teriam sido por ele praticados, deve ser mantido o processo criminal em apreço, já que maiores detalhes acerca do crime que lhe foi atribuído só serão elucidados durante a instrução criminal, até mesmo em seu próprio favor. 5. Ordem denegada. (STJ HC 134.985/AM, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 24/06/2011)

<sup>4</sup> Article 20. Illicit enrichment. Subject to its constitution and the fundamental principles of its legal system, each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, illicit enrichment, that is, a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income.

Vê-se que a lei de improbidade é tímida em relação a recomendação da ONU, pois exige que se prove um vínculo entre a entrega do benefício e a condição de servidor público, impondo-lhe ainda sanções de natureza civil e administrativa, que envolve apenas a “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos” (art. 12, I, Lei 8.429/92)

O Projeto de lei que ora apresento visa sanar essa lacuna jurídica com o objetivo de apertar o cerco contra aqueles funcionários públicos que fazem de suas funções instrumento para o enriquecimento ilícito, amparados pela certeza da impunidade.

A sociedade espera de nós, legisladores, a efetiva participação no combate à corrupção e a punição dos corruptos.

Pela relevância do tema, espero contar com o apoio dos nobres pares para a aprovação deste projeto de lei.

Sala das Sessões, em outubro de 2015.

---

**Deputado FABRÍCIO OLIVEIRA**