

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ECJ

CAMILA FONSECA DA CUNHA

**UMA ANÁLISE DO TIPO PENAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO STF: O CASO COLLOR E O CASO MENSALÃO**

RIO DE JANEIRO

2014

CAMILA FONSECA DA CUNHA

**UMA ANÁLISE DO TIPO PENAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO STF: O CASO COLLOR E O CASO MENSALÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro
(UNIRIO) como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Thiago Bottino do Amaral

Professora Coorientadora: Simone Schreiber

RIO DE JANEIRO

2014

AGRADECIMENTOS

Com o sentimento de dever cumprido, agradeço, primeiramente, à minha avó linda, por todo o amor, carinho e cuidado ao longo da minha vida, e, em especial, nesses últimos períodos de minha formação, quando me acolheu em sua casa e me proporcionou toda a harmonia necessária aos estudos.

Agradeço ao meu amor, Luiz Eduardo Solis, pela melhor gargalhada, pelos abraços mais apertados, por ser o meu melhor amigo e companheiro eterno para todas as aventuras. Obrigada pelos melhores momentos da minha existência.

Agradeço ao acaso, que me colocou em uma turma única, com figuras especiais. Notadamente, aos Rangers: Carla Guerra, Fabrício Dunga, Luisa Mello, Pedro Aizenberg e Rafael Frias. Obrigada por serem quem são.

Agradeço ao servidor Claudio Silva pelo exemplo de pessoa e funcionário público que é. Aos professores Roberto Trindade, Jadir Brito, Rosângela Gomes, e à querida Miriam Fontenelle – *in memoriam* – pelo carinho, evidente aptidão à docência e zelo à graduação pública. Agradeço, particularmente, ao professor Daniel Queiroz, pela orientação super atenciosa ao longo do curso e, especialmente, durante o projeto de monitoria.

Agradeço ao meu orientador Thiago Bottino pelas aulas apaixonantes de Direito Penal, obrigando-me a raciocinar juridicamente e a cogitar todas as teses possíveis a serem aplicadas a Darth Vader e companhia. Sem seus direcionamentos este trabalho não seria o mesmo. E, claro, à minha coorientadora Simone Schreiber por todo o carinho, atenção e ensinamentos ao longo da graduação.

Agradeço, por fim, a minha mãe Renata, meu pai Arly, a Cris, e aos meus irmãos Gabriel e Isabela por terem me mostrado que consigo superar qualquer dificuldade, me tornando, sempre, uma mulher ainda mais forte. E ao meu outro irmão, Felipe, por me mostrar que a vida também pode ser leve e doce. Amo vocês.

“Navegava Alexandre em uma poderosa armada pelo Mar Eritreu a conquistar a Índia, e como fosse trazido à sua presença um pirata que por ali andava roubando os pescadores, repreendeu-o muito Alexandre de andar em tão mau ofício; porém, ele, que não era medroso nem lerdo, respondeu assim. — Basta, senhor, que eu, porque roubo em uma barca, sou ladrão, e vós, porque roubais em uma armada, sois imperador? — Assim é. O roubar pouco é culpa, o roubar muito é grandeza; o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito, os Alexandres.”

*(Padre Antonio Vieira, Sermão do bom ladrão,
1655)*

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso trata da análise do tipo penal da corrupção passiva à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente, da Ação Penal 307, amplamente conhecida como Caso Collor, e da Ação Penal 470, midiaticizada como Caso Mensalão. Ações muito similares em muitos aspectos, porém com resultados distintos. No desenvolvimento do trabalho, os casos serão explicados, em suas peculiaridades, com uma explanação acerca de cada momento político e de todos os acontecimentos que levaram à instauração das respectivas Ações Penais. Serão vistas as teses tratadas pelas defesas, pelo Ministério Público, os votos dos Ministros, e os resultados dos julgamentos. Em um segundo momento, será realizada uma análise específica do tipo penal da corrupção passiva em cada caso concreto. Como forma de ilustrar, serão apresentadas as dinâmicas que levaram às imputações do crime para cada caso. Em um estudo mais abstrato, os votos dos Ministros serão esmiuçados, e as teses, reveladas. Por fim, retornando-se aos casos concretos, a partir do conteúdo dos votos, o resultado dos julgamentos poderá ser melhor compreendido. Concluindo-se o trabalho, o último tópico trará os pontos mais polêmicos tratados em ambas as ações penais, de forma a tecer-se uma análise crítica dos mesmos, para, ao final, restar uma ponderação sobre o reflexo desses casos, e, principalmente, das consequências desse crime, na sociedade, e no poder judiciário.

Palavras-chave: corrupção passiva, artigo 317, Ação Penal 307, Caso Collor, Ação Penal 470, Caso Mensalão

ABSTRACT

This Final Course Assignment analyzes the legal definition of the passive corruption crime in the light of the Supreme Court's jurisprudence, more specifically, the Criminal Case 307, widely known as Collor Case, and Criminal Case 470, known as Mensalão. Criminal cases very similar in many aspects, but with different results. Both cases will be explained in its peculiarities, with an explanation about each political moment and all the events that led to the establishment of each criminal trial. The defenses theses will be discussed, as well as the prosecutor, the votes of Ministers, and the results of the trials. Then, a more specific analysis of the legal definition of the passive corruption crime will be held. To illustrate, the dynamics of each case will be presented. In a more abstract study, the votes of Ministers will be analysed, and theses, revealed. Finally, going back to the concrete cases, the outcome of the trials will be better understood by the content of the votes. Concluding the work, the last topic will bring the most controversial topics treated in both criminal cases, in order to weave a critical analysis of them, to, in the end, weigh up on the impact of these cases, and especially their consequences, on the society, and the judiciary.

Keywords: passive corruption, Article 317, Criminal Case 307, Collor Case, Criminal Case 470, Mensalão

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 APRESENTAÇÃO DAS AÇÕES PENAIS 307 E 470	9
1.1 A Ação Penal 307 – Caso Collor	9
1.2 A Ação Penal 470 - Caso Mensalão	22
2 A MUDANÇA DO TIPO PENAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA	36
2.1 Análise do artigo 317 do Código Penal realizada na Ação Penal 307 - Caso Collor	36
2.2 Análise do artigo 317 do Código Penal realizada na Ação Penal 470 - Caso Mensalão	48
2.3 Análise Crítica	72
CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS	88
ANEXO.....	90

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso trata do tipo penal da corrupção passiva à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente, da Ação Penal 307, amplamente conhecida como Caso Collor, e da Ação Penal 470, mediatizada como Caso Mensalão.

O tema é de suma importância, e extremamente atual, em que pese não ser novo. Sua recorrência nos noticiários, com a peculiar atenção despendida pela mídia, aquece o debate político e agrava tensões sociais, pressionando o poder judiciário a dar respostas específicas, cuidando-se para não cometer injustiças como forma de corresponder aos anseios da população.

Ademais, o crime de corrupção passiva ultrapassa o âmbito de uma vítima singular, afetando toda uma coletividade, por ser praticado por funcionário público contra a administração em geral. As formas de executá-lo são as mais complexas, o que dificulta a produção de provas e a individualização das condutas, apontadas pelo Ministério Público.

Os escândalos envolvendo esse tipo penal, no Brasil, são muitos, desde o funcionário subalterno que recebe algum pequeno valor para não aplicar uma multa, até os grandes esquemas de desvio bilionário de recursos públicos, enfraquecendo, conseqüentemente, políticas públicas.

Desta forma, a escolha pelas Ações Penais 307 e 470 resultou do fato de ambas compartilharem diversos aspectos em comum, envolverem alto escalão de funcionários públicos, gerarem amplo debate na sociedade e as primeiras páginas dos jornais, além de terem, praticamente, as mesmas teses apresentadas pelos Ministros. Não obstante a identidade entre os casos, quando do julgamento, os resultados foram opostos, pois teses distintas prevaleceram na Corte acerca da análise do mesmo tipo penal: o artigo 317 do Código Penal.

Assim, no desenvolvimento do trabalho, em um primeiro momento, os casos serão explicados, em suas peculiaridades, em tópicos separados. Por ordem cronológica, o Caso Collor inicia o texto, com uma explanação acerca do momento político e todos os acontecimentos que levaram à instauração da Ação Penal. Serão vistas as teses tratadas pela defesa, pelo Ministério Público, os votos dos Ministros, e o resultado do julgamento. Após, os mesmos pontos serão abordados em relação ao Caso Mensalão.

Passar-se-á ao capítulo seguinte, onde se adentrará na análise específica do tipo penal da corrupção passiva em cada julgamento. Como forma de ilustrar, serão apresentadas as dinâmicas que levaram às imputações do crime para cada caso. Em um estudo mais abstrato,

os votos dos Ministros serão esmiuçados, e as teses, reveladas. Por fim, retornando-se aos casos concreto, a partir do conteúdo dos votos, o resultado dos julgamentos poderá ser melhor compreendido.

O último tópico trará os pontos mais polêmicos tratados em ambas as ações penais, de forma a tecer-se uma análise crítica dos mesmos. Temas como o princípio da indivisibilidade, a classificação do tipo penal do artigo 317 do Código Penal como formal ou material, a bilateralidade entre este e o crime do artigo 333 do mesmo diploma, a controvérsia acerca do ato de ofício, entre outros, serão discutidos para, ao final, restar uma ponderação sobre o reflexo desses casos, e, principalmente, das consequências desse crime, na sociedade, e no poder judiciário.

Estes serão os contornos apresentados pelo Trabalho de Conclusão de Curso em questão, como forma de reflexão acerca do crime de corrupção passiva, infelizmente tão atual, e felizmente debatido pela sociedade, partindo-se da análise realizada no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Caso Collor e do Caso Mensalão.

1 APRESENTAÇÃO DAS AÇÕES PENAIS 307 E 470

1.1 A Ação Penal 307 – Caso Collor

A Ação Penal 307, primeira a ser tratada no presente trabalho, se desenvolveu ao redor das acusações de corrupção envolvendo o então Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello.

Collor foi o primeiro presidente eleito por voto direto do povo, após o Regime Militar (1964/1985), permanecendo no cargo de 1990 a 1992, quando do seu *impeachment*. Pautou seu período de governo em um pacote econômico que levou seu nome e confiscou o dinheiro depositado nos bancos, em cadernetas de poupança e contas correntes, de pessoas físicas e jurídicas. Ademais, extinguiu órgãos e empresas estatais, promovendo as primeiras privatizações, congelou preços e prefixou salários. Este plano acabou por resultar no aumento do desemprego e nas quebras de empresas.

Em 13 de maio de 1992, Pedro Collor de Mello, irmão do ex-presidente, participou de uma reportagem publicada pela revista Veja, acusando o tesoureiro da campanha presidencial de Collor, o empresário Paulo César Faria, de articular um esquema de corrupção, tráfico de influência, loteamento de cargos públicos e cobrança de propina dentro do governo¹.

Diante das suspeitas de corrupção, o Congresso Nacional instalou uma Comissão Parlamentar de Inquérito para averiguar o apelidado “esquema PC”. Nela, depoimentos importantes foram prestados, como da secretária de Collor e do seu ex-motorista, confirmando as acusações e detalhando a dinâmica. O relatório da Comissão ainda constatou que as contas de Collor e Paulo César não haviam sido incluídas no confisco de 1990.

Em face de denúncia por crimes de responsabilidade, sobretudo improbidade administrativa, apresentada por Alexandre Barbosa Lima Sobrinho, Presidente da Associação Brasileira de Imprensa, e Marcello Lavenère Machado, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a Câmara dos Deputados votou pela abertura do processo de *impeachment* do presidente à época, com 441 votos a favor, 38 contra, 23 ausências e 01 abstenção. Assim, em 1º de outubro de 1992 o processo foi instaurado no Senado, julgado em 29 de dezembro de 1992, data em que Collor renunciou ao cargo para tentar evitar o

¹ http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/capa_27051992.shtml

impeachment, e, em 30 de dezembro, por 76 votos a favor e 3 contra, foi condenado à perda do mandato e inabilitação para funções públicas por oito anos².

A Ação Penal 307, julgada no Supremo Tribunal Federal em 1994, resultou de inquérito instaurado pela Polícia Federal, e conteve 39 volumes, 101 apensos e 04 anexos³. A denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal imputava a Fernando Affonso Collor de Mello os crimes dos artigos 317, caput, combinado com o 29, aplicando-se, no que cabia, o 71, todos do Código Penal.

Foram julgados, ainda, mais oito réus, quais sejam, Paulo César Cavalcante Farias, pelos crimes dos artigos 317, caput, 343 (antiga redação), 344, 305 e 299, combinados com o artigo 29, aplicando-se, no que cabia, os artigos 69, 70 e 71; Cláudio Francisco Vieira, artigos 317, caput, 343 (antiga redação), 344, 305, combinados com o artigo 29, aplicando-se o artigo 69; Roberto Carlos Maciel de Barros, artigos 343 (antiga redação), 344, 305, combinados com o artigo 29, aplicando-se o artigo 69; e Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo, Rosinete Silva de Carvalho Melanias, Marta de Vasconcelos Soares, Severino Nunes de Oliveira e Giovani Carlos Fernandes de Melo, pelo artigo 299, combinado com o 29, aplicando-se, no que cabia, os artigos 69 e 71, todos do Código Penal.

² Diante da decisão, o ex-presidente ingressou com o mandado de segurança nº 21.689-DF, no Supremo Tribunal Federal contra o ato do Presidente do Senado que confirmou o julgamento e seus efeitos, principalmente a vedação a concorrer a outros cargos públicos por oito anos. À época, o ministro do Supremo Sydney Sanches se declarou impedido, por ter presidido a sessão do Senado que cassou Collor. Ademais, os Ministros Marco Aurélio e Francisco Rezek alegaram suspeição para apreciar o pedido do ex-presidente, este por ter sido ministro das Relações Exteriores de Collor de 1990 a 1992, e aquele por ser seu primo. Os ministros rejeitaram as preliminares e, no mérito, houve empate. Quatro ministros concederam a ordem ao ex-presidente (Ilmar Galvão, Celso de Mello, Moreira Alves e o Presidente, Ministro Octavio Gallotti) e quatro a negaram (Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard e Néri da Silveira). O tribunal discutiu, então, a aplicação do artigo 97 da Constituição Federal ao caso. Rejeitada, discutiu-se, ademais, a aplicação do artigo 205, inciso II, do Regimento Interno do Supremo. Nessa hipótese, havendo empate, o ato impugnado seria mantido. A ideia também foi vencida. Decidiu-se, por fim, aplicar ao caso a previsão do artigo 40 do Regimento Interno do Superior Tribunal Federal, que previa a convocação de ministro do Tribunal Federal de Recursos para completar o quórum. Foram, portanto, convocados os ministros do STJ José Dantas, Torreão Braz e Willian Patterson. No novo julgamento do mérito, o Tribunal Pleno do Supremo, completado pelos ministros do STJ, negou por maioria de votos o mandado de segurança. Quatro ministros do STF acolheram a pretensão de Collor. Para o Tribunal, o sistema de impeachment brasileiro previa, até 1950, a pena de inabilitação para o exercício de cargos públicos como acessória. A pena principal era apenas a de perda do cargo atual. Por isso, o impeachment só poderia ser tentado durante o mandato, conforme a Lei 27, de 1892. A partir da Lei 1.079, de 1950, a inabilitação perdeu o caráter acessório. Assim, a renúncia ao cargo não teria a força de impedir o seguimento do processo de impeachment. Os ministros aplicaram a mesma lógica da ação penal por crime de responsabilidade contra prefeitos: depois de apresentada a denúncia, mesmo que o mandato termine ou o governante deixe o exercício do cargo por qualquer motivo, ela continua.

³ Importante ressaltar que, de forma diversa ao julgamento do mandado de segurança impetrado por Collor, na Ação Penal 470, somente oito ministros participaram do julgamento, quais sejam: Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Celso de Mello, Moreira Alves, Ilmar Galvão, Octavio Gallotti e Sydney Sanches. Marco Aurélio Mello e Francisco Rezek se abstiveram de votar, Rezek por ter sido ministro das Relações Exteriores de Collor de 1990 a 1992, quando foi por ele reconduzido ao Supremo, e Marco Aurélio por ser primo do acusado. Uma cadeira estava vaga em razão da aposentadoria do ministro Paulo Brossard.

Vejamos, em síntese, as teses do Ministério Público Federal atribuídas a cada acusado, separadamente, e suas respectivas defesas para, ao final, entendermos o desfecho do julgamento, o qual foi realizado durante quatro sessões, sendo suspenso três vezes em face do adiantado da hora.

O *Parquet* sustentou que o então presidente e primeiro acusado, Collor de Mello, teria recebido, em razão do exercício do referido cargo, no período compreendido entre a data da posse e o mês de junho de 1992, vantagens indevidas, consistentes em depósitos efetuados em conta bancária, mantida em nome de sua secretária Ana Acioli, e em pagamentos diretos de contas de sua responsabilidade.

Segundo a denúncia:

“tais vantagens, proporcionadas, na maioria dos casos, pelo acusado Paulo César Farias, agindo pessoalmente ou em nome de pessoas fictícias, ou, ainda, por meio da Empresa de Participações e Construções Ltda – EPC, por ele controlada, tiveram o caráter de contrapartida à cooperação, omissiva ou comissiva, que o então Presidente da República lhe dava para que pudesse obter, ou tentasse obter, por sua vez, de órgãos públicos federais e de empresários, favores indevidos”.

Para o Ministério Público, a cooperação entre Collor e Paulo César Farias, segundo acusado, foi concretizada em três fatos:

“a) na nomeação de Marcelo Ribeiro para o cargo de Secretário Nacional dos Transportes, por indicação do segundo acusado que, em razão dela, recebeu da Construtora TRATEX a quantia de Cr\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de cruzeiros); b) em gestões promovidas pelo primeiro acusado, por intermédio do Secretário-Geral da Presidência da República, Embaixador Marcos Coimbra, junto à PETROBRÁS, no sentido de que fosse concedido pela estatal, à VASP, um financiamento de combustível, de interesse do empresário Wagner Canhedo e do próprio acusado, Paulo César Farias; c) na solicitação feita por intermédio do segundo acusado, à empresa Mercedes Benz, da quantia de Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), destinada à campanha política de Sebastião Curió, candidato à Câmara dos Deputados, onde deveria atuar como seu aliado político”.

Quanto ao primeiro episódio, em alegações finais o *Parquet* sustentou restar comprovado nos autos, pelo depoimento do ex-diretor do Banco Central do Brasil, que o acusado Paulo César Farias, agindo em cooperação com Collor, indicou a este o nome do engenheiro Marcelo Ribeiro para o cargo de Secretário Nacional dos Transportes, recebendo da empresa TRATEX, da qual o referido profissional fora Diretor, o equivalente a 295.974 dólares.

Em relação ao segundo fato narrado, o episódio envolvendo a VASP e a PETROBRÁS, o depoimento de Luiz Octávio Carvalho da Motta Veiga (Presidente da Petrobras de março até outubro de 1990), comprovou, para a acusação, que houve empenho

de Paulo César Faria, reforçado por pedido de Collor, transmitido pelo Secretário-Geral da Presidência junto à direção da PETROBRÁS e da PETROBRÁS DISTRIBUIDORA, no sentido da aprovação de uma proposta de financiamento de combustível feita pelo empresário Wagner Canhedo. O interesse por trás disso residiria no fato de que Paulo César havia emprestado quinhentos e setenta e quatro milhões de cruzeiros a Wagner Canhedo, por meio de cheques com nome fictício, para a aquisição da empresa aérea do estado de São Paulo.

Tratando-se do terceiro evento atribuído aos acusados pelo crime de corrupção passiva em concurso de pessoas, outra prova arguida pelo Ministério Público foi a relativa ao depoimento de Sebastião Curió e de diálogos telefônicos entre este e o acusado Paulo César, contidos em fita cassete, e pelos depoimentos dos diretores da Mercedes Benz do Brasil, que afirmaram que o referido acusado foi encarregado por Collor de solicitar daquela empresa uma ajuda em dinheiro para a campanha eleitoral de Sebastião Curió.

Por fim, a acusação sustentou, baseada no depoimento prestado por Pedro Affonso Collor de Mello de laudo de degravação de dados que se achavam registrados em disco apreendido por agentes da Receita Federal nos escritórios da empresa VERAX, do Grupo do segundo acusado, e, ainda, na entrevista concedida pela esposa deste a uma rede nacional de televisão, que os dois primeiros denunciados (Collor e Paulo César) agiam de comum acordo na arrecadação de dinheiro, cujo produto era dividido por ambos, alicerçando-se na utilização criminosa da função de Presidente.

A primeira tese da defesa de Collor tratou da origem dos recursos recebidos das mãos do acusado Paulo César Farias: frutos de um empréstimo tomado de uma *trading* uruguaia e as sobras da campanha eleitoral de 1989. Em relação ao empréstimo, os denunciadores do processo de *impeachment* reconheceram a sua existência, mas quanto às sobras de campanha, houve controvérsia.

No exame da prestação de contas feita pelo Partido de Reconstrução Nacional (PRN) perante o Tribunal Superior Eleitoral e declaração prestada pelo segundo acusado perante a CPI, o saldo da campanha apresentado oficialmente totalizava cerca de três mil dólares americanos. Ocorre que havia um montante de aproximadamente seis milhões e meio de dólares transferidos de Paulo César para Collor e 3,75 milhões de dólares do empréstimo obtido no Uruguai, restando uma diferença de cerca de 2,75 milhões de dólares sem explicação convincente.

Destacou a defesa, contudo, que durante a instrução criminal, o segundo acusado revelou terem sido arrecadados durante a campanha presidencial recursos que montaram a 100 milhões de dólares, parte dos quais centralizados em conta de existência até o momento

ignorada, em nome fictício. Desta forma, foi levantada a tese de que era perfeitamente plausível que houvesse uma sobra de recursos equivalente a 28 milhões de dólares, referente às doações de campanha feitas por particulares diretamente aos candidatos, e que também era corriqueira a ausência de restituição de eventuais sobras de dinheiro verificadas.

Somado a isso, reforçou a defesa que, ainda que se admita, para argumentar, que o Código Penal não exige a prática de ato de ofício para a configuração da corrupção passiva, a ajuda solicitada e recebida durante a campanha eleitoral por candidato não configura o ilícito em tela, já que a função pública ainda não é exercida e que a conduta criminalizada atinente ao financiamento de campanha não tipifica o recebimento, mas somente pune a pessoa que efetua a doação ilegal. Ademais, o candidato pode, segundo a lei, receber doações e mantê-las consigo, já que o crime é apenas gastá-las. Isto leva a defesa à conclusão de que as sobras das doações posteriormente utilizadas quando do exercício da presidência não tem relevância alguma, configurando conduta atípica.

Vale ressaltar que as despesas pessoais do primeiro acusado eram pagas por Ana Acioli, sua secretária, a partir do dinheiro depositado em uma conta exclusiva para esse fim, alimentada por Paulo César Faria pelas referidas sobras das doações de campanha.

Outra tese levantada foi a falta de indicação de corruptores ativos e a ausência de ato de ofício de parte do ex-presidente, praticado em contraprestação a vantagens. Segundo o entendimento da defesa, para a configuração do crime de corrupção passiva é necessário que o recebimento da vantagem tenha ocorrido com o agente pelo menos já nomeado para a função pública. E, como não havia prova que Collor houvesse solicitado e recebido de terceiros valores após a posse, e sim comprovação que este era detentor das sobras de sua campanha eleitoral, a tese acusatória não merecia prosperar.

Quanto aos donativos da Mercedes Benz do Brasil, foi dito que foram feitos com a finalidade de auxiliar candidatos que consagravam ideias liberais, contrárias à estatização, e não diretamente a Collor, o que seria mister para a configuração da corrupção passiva. Ademais, angariar fundos para custear campanhas eleitorais não se enquadraria no artigo 317 do Código Penal, já que ausentes a contraprestação a um ato de ofício e a solicitação ou recebimento em razão da função, por tratar-se de doações destinadas a sustentação de uma corrente política e não para proporcionar vantagens indevidas a funcionários públicos.

Acerca do episódio da nomeação do engenheiro Marcelo Ribeiro para o cargo de Secretário Nacional dos Transportes, a defesa sustentou que se tratava de amigo de infância de Collor, e não de indicação de Paulo César Faria. Quando ao caso VASP – PETROBRÁS, por sua vez, argumentou-se que a obtenção de um financiamento em troca de exclusividade

no fornecimento de combustível era contrato comum entre as empresas de aviação e as fornecedoras de combustível, insuscetível de ser enquadrado como corrupção. Além disso, não haveria qualquer prova de ter ocorrido uma vantagem indevida, ou que a intercessão de Paulo César, em abono à proposta de seu amigo Wagner Canhedo, tenha decorrido de interferência do então Presidente da República.

Por fim, no que concerne ao auxílio recebido pelo candidato Sebastião Curió, defendeu-se que não havia prova de que Collor tivesse ciência que o segundo acusado iria pedir em nome do Chefe de Governo à Mercedes Benz uma contribuição financeira em favor do referido candidato. Ao revés, foi dito que o diretor da referida empresa tinha plena consciência de estar contribuindo para a campanha eleitoral do candidato, episódio corriqueiro nos costumes políticos nacionais, não sendo vedado ao Presidente da República empenhar-se no êxito eleitoral de sua facção.

Acrescentou a defesa que a denúncia não indicou qualquer ato de ofício que tenha sido objeto da infração penal, elemento que a doutrina e jurisprudência tinham por imprescindível para a caracterização do crime de corrupção passiva. Ademais, reforçando a tese de Collor, argumentou-se que certas modalidades de corrupção passiva, como a atribuída ao acusado, de receber vantagem indevida, importam a bilateralidade. Mesmo que o *Parquet* impute ao Chefe de Governo a modalidade solicitar vantagem indevida, que pode ser unilateral, isso só se verifica na medida em que a solicitação tenha sua pretensão recusada pelo particular, o que não teria ocorrido na espécie, onde a suposta solicitação teria sido atendida e a pretensa vantagem efetivamente paga.

Concluiu-se, portanto, a defesa, considerando que, ainda que o crime de corrupção passiva na modalidade “receber” absorvesse a modalidade “solicitar”, impor-se-ia admitir que o recebimento das vantagens indevidas seriam os suprimentos de recursos efetuados pelo segundo acusado ao primeiro, decorrentes de empréstimo tomado no Uruguai e sobras de campanha. Desta forma, não haveria vantagem indevida configurada, nem em razão da função presidencial, vez que o acusado era candidato.

Finalizada a análise das teses de acusação e defesa do primeiro acusado, Fernando Collor de Mello, passemos ao debate quanto ao segundo, o empresário Paulo César Cavalcante Farias, também conhecido por PC Farias.

O executivo foi acusado de aproveitar-se da influência que tinha na cúpula do Executivo, dada a comunhão de interesses com o então Presidente da República, para solicitar e receber recursos indevidos de diversas empresas, mediante esquema operacional em que as

transferências eram mascaradas à conta de emissão de notas fiscais alusivas a falsos contratos de prestação de serviço.

Os recursos cooptados eram, então, repassados em parte ao primeiro acusado, na forma de depósito na conta bancária de Ana Acioli ou pagamento direto de contas (muitas vezes com cheques emitidos em nome de pessoas inexistentes), pelos acusados Jorge Bandeira, Marta Vasconcelos, Rosinete Melanias, Severino Nunes e Giovani Melo, sob orientação de Paulo César Farias.

Participou, ainda, do episódio já explicitado envolvendo a VASP e a PETROBRÁS, apresentando ao presidente da estatal proposta de financiamento de combustível, devido ao fato de ter emprestado dinheiro ao empresário Wagner Canhedo, utilizado na aquisição da empresa aérea do estado de São Paulo, fazendo-o por meio de cheque com nome fictício. Esta situação restou comprovada, segundo o *Parquet*, por depoimentos de testemunhas.

No caso da ajuda da Mercedes Benz à campanha eleitoral do candidato Sebastião Curió, de acordo com a acusação, além de ter intermediado a solicitação (feita sob ameaça de, em caso de recusa, serem criadas dificuldades no relacionamento da empresa com os órgãos públicos), também utilizou documentos ideologicamente falsos, consistentes em notas fiscais com declaração fictícia de serviços prestados por certas empresas. Um dos cheques emitidos em favor dessas empresas, inclusive, fora endossado pela mesma pessoa fictícia que depositou valores na conta bancária aberta em nome da secretária de Collor, destinada a atender a despesas pessoais e de familiares deste. Tal acusação restaria comprovada, segundo o Ministério Público, pelo depoimento de Sebastião Curió, pelo diálogo telefônico entre este e o acusado em questão contido em fita cassete, assim como pelos depoimentos dos diretores da Mercedes Benz do Brasil.

O órgão ministerial conclui a exordial acusatória expondo que Paulo César Faria solicitou ao acusado Cláudio Vieira que, com o auxílio do acusado Roberto Carlos Maciel, seu motorista, diligenciasse no sentido de obter de dois empresários locadores de automóveis a exclusão do nome de sua empresa Brasil Jet do contrato de locação dos veículos utilizados pela secretária Ana Acioli, tornando-se coautor dos crimes de corrupção ativa de testemunha, coação no curso do processo e supressão de documentos, praticados pelos dois últimos acusados. Acerca deste último caso, o *Parquet* se utiliza de depoimentos de testemunhas para provar as alegações feitas.

Ademais, em face da confissão judicial de Paulo César Farias e dos depoimentos dos demais corréus, aliado à prova pericial realizada, comprova-se que este quem providenciou os impressos necessários à abertura de diversas contas bancárias em nome de pessoas fictícias.

Como já elucidado, em alegações finais acusatórias foi utilizado o depoimento do ex-diretor do Banco Central do Brasil para confirmar que o segundo acusado recebeu 295.974 dólares da empresa TRATEX para indicar a Collor o nome do engenheiro Marcelo Ribeiro para o cargo de Secretário Nacional dos Transportes.

Ainda nas alegações, diante do depoimento de Pedro Affonso Collor de Mello, de laudo de degravação de dados registrados em disco apreendido por agentes da Receita Federal nos escritórios da empresa VERAX, do Grupo do acusado Paulo César Farias, e, ainda, de entrevista concedida pela esposa deste em rede nacional de televisão, comprovou-se, segundo o Ministério Público, que os dois primeiros denunciados agiam de comum acordo na arrecadação de dinheiro, com base na utilização criminosa da função de Presidente da República, cujo produto era dividido entre ambos.

Assim, foi requerida a condenação do segundo acusado pelos crimes de falsidade ideológica, em continuidade e em concurso material, corrupção ativa de testemunha, coação no curso do processo e supressão de documentos, e corrupção passiva.

Contrapondo-se aos argumentos acusatórios, a defesa de Paulo César Farias suscitou preliminar de inadmissibilidade das provas consistentes no teor das conversas telefônicas entre o mesmo e Sebastião Curió, gravas em fita cassete, e, ainda, o teor de texto extraído de microcomputador da empresa VERAX, por tratar-se de provas ilícitas. A primeira obtida mediante gravação clandestina e a segunda por meio de apreensão ilegal.

Quanto ao mérito, as teses elaboradas tiveram como alicerce principal a suposta falta de provas. Acerca da nomeação de Marcelo Ribeiro para o cargo de Secretário Nacional dos Transportes em troca de vantagens financeiras, por exemplo, argumentou a defesa que um vago testemunho não é prova contundente para a condenação.

Sobre o caso da VASP- PETROBRÁS foi exposto que o depoimento do ex-presidente da estatal elucidou que o mesmo nunca recebera qualquer pleito em nome do então presidente. Ademais, no que concerne ao terceiro fato arrolado pela denúncia, qual seja, o auxílio ao candidato Sebastião Curió, argumentou a defesa que depoimentos prestados autorizavam a afirmativa de que a ajuda prestada ao referido candidato fora solicitada a Paulo César Farias não pelo primeiro acusado, mas pelo referido dirigente partidário.

Desta forma, o segundo acusado de fato solicitou e obteve ajuda para campanha, mas não especificamente para a de Sebastião Curió, e sim para a de diversos candidatos. Tal ajuda fora sim prestada pela Mercedes Benz através de cheques nominativos à empresas prestadoras de serviços à campanha eleitoral, sem que, entretanto, fosse invocado o nome do ex-

presidente. Ainda sobre o caso, foi falado que, à época, a solicitação e obtenção de fundos para campanhas políticas não constituía infração penal.

Acerca das declarações de sua esposa à televisão, fora dito que foram realizadas em momento de desespero, após a prisão do marido, e o conteúdo exposto não constituía qualquer delito: a arrecadação de fundos para a campanha presidencial do primeiro acusado.

A mesma tese de sobras de campanha foi utilizada para explicar o dinheiro depositado por Paulo César na conta de Ana Acioli, visando o pagamento de despesas pessoais e de familiares do ex-presidente.

Já quanto aos crimes previstos nos artigos 343, 344 e 305 do Código Penal, que o defendente teria praticado em concurso com os acusados Cláudio Vieira e Roberto Carlos Maciel, visando obstruir ou alterar o curso das investigações, a defesa alegou a ausência de provas de liame subjetivo entre as partes.

A respeito do crime do artigo 299 do mesmo diploma legal, e do crime de corrupção passiva, que determinou a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do caso em questão, suscitou a defesa a inexistência de conexidade instrumental, vez que, segundo a exordial acusatória, os cheques depositados na conta de Ana Acioli objetivavam burlar o Fisco Federal. Alegou-se, portanto, a incompetência da Suprema Corte.

Por fim, concluiu a defesa quanto ao crime de falsidade ideológica, consistente na abertura e movimentação de contas correntes bancárias sob nomes fictícios, afirmando que não cabe crime continuado, em relação à mesma conta, nem concurso material, contas diversas. O primeiro porque a abertura de uma conta bancária em nome fictício só poderia ser considerado crime continuado se tivesse em mira lesar várias pessoas. Não sendo assim, o que se teria seria um crime plurissubsistente. Já se consideradas diversas contas fictícias, desde que abertas para um só propósito e um só efeito, se estaria diante de um único crime, ou, ai sim, crime continuado, o que iria pressupor pluralidade de ação, crimes de uma mesma espécie e continuidade.

Exauridas as teses pela condenação e absolvição do segundo acusado, passa-se à análise do terceiro, Cláudio Francisco Vieira, Chefe do Gabinete Pessoal do Presidente da República, e do quarto, Roberto Carlos Maciel de Barros. Segundo o Ministério Público, o terceiro acusado orientou Ana Acioli a transferir a conta destinada à administração das despesas do primeiro acusado para o Banco Rural, onde, depois, foram abertas contas em nome de pessoas fictícias pelo segundo acusado.

Ademais, foi-lhe atribuída a conduta de intermediar o recebimento, por Collor, de algumas das mencionadas vantagens indevidas, como o empréstimo de um automóvel

blindado feito pelo segundo acusado, a locação, pela Brasil Jet, de dois automóveis para o serviço da referida secretária, e a aquisição de um automóvel modelo Fiat Elba para a residência do ex-presidente.

Como já exposto, foi ainda acusado, junto com Roberto Carlos Maciel, de implementar, a pedido de Paulo César Farias e com o auxílio de Maciel, operação destinada a excluir do contrato de locação dos veículos acima mencionados o nome da empresa Brasil Jet. Desta operação resultou a prática dos seguintes delitos por ambos os acusados: promessa aos empresários locadores dos veículos de auxílio financeiro e jurídico para que, no depoimento prestado à polícia, omitissem o nome da referida empresa, locatária dos veículos; coação e ameaça a um dos empresários para que assinasse novos recibos de locação com substituição do nome da empresa em questão; e destruição dos documentos alusivos à locação, constantes dos arquivos da Brasil Jet. Tais acusações foram comprovadas, segundo o *Parquet*, por depoimentos prestados no curso do processo. Pediu-se, portanto, a condenação de ambos pelos crimes de corrupção ativa de testemunha, coação no curso do processo e supressão de documentos, sendo excluída a imputação do crime de corrupção passiva ao terceiro acusado nas alegações finais, segundo a defesa.

Sustentando o pedido absolutório, foi defendido que, segundo depoimentos prestados pelos próprios acusados, por Roberto Carlos Maciel, e pelos empresários supostamente coagidos, não houve o crime previsto no artigo 344. Em declaração, um dos empresários afirmou que “não se sentiu ameaçado com o gesto de Roberto Carlos de colocar a arma em cima da mesa”.

Quanto à supressão de documentos, foi dito que restou provado que o acusado Cláudio Francisco Vieira apenas indagou aos empresários sobre a existência de recibos de aluguel de veículo em nome da Brasil Jet. E, por fim, acerca da corrupção ativa de testemunha, esclareceu-se que o oferecimento de advogado aos mencionados informantes não estava condicionado à apresentação da versão alegadamente recomendada.

Os advogados de Maciel ainda alegaram a incompetência do Supremo Tribunal Federal, ante a ausência de liame entre o crime de corrupção passiva, pelo qual responde o ex-presidente, e aqueles atribuídos a ele.

Por fim, Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo (gerente da Brasil Jet), Severino Nunes de Oliveira e Rosinete Silva de Carvalho Melanias foram acusados do crime de falsidade ideológica em continuidade e em concurso material, e Marta de Vasconcelos Soares e Giovani Carlos Fernandes de Melo, pelo mesmo crime na forma continuada, somente.

Ao gerente da Brasil Jet foi atribuída a conduta de autorizar a transferência de recursos para o pagamento de obras na residência de Collor, bem como providenciar a entrega de valores ao candidato Sebastião Curió, decorrentes de doação efetuada pela Mercedes Benz. Assim, emitiu dois cheques com falso nome, tendo a fraude sido reiterada quando da abertura de contas bancárias em nomes fictícios.

A defesa sustentou que o acusado não auferiu nenhuma vantagem com a operação de contas fantasmas, elemento indispensável à configuração do tipo. Ademais, alegou falta de provas quanto à autoria dos fatos que lhe foram imputados.

Quanto à Severino Nunes, foi-lhe atribuída a conduta de emitir cheques sob nome fictício, o que foi refutado pela defesa por falta de provas, obediência ao seu preponente, e inexistência de escopo de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade dos fatos em detrimento de terceiros.

Para o Ministério Público, Rosinete Melanias assinou a proposta de abertura das contas de nomes fictícios e emitiu cheques também sob nomes falsos. A tese defensiva suscitou a incompetência da Suprema Corte e afirmou que as propostas de abertura de tais contas eram-lhe levadas no local de trabalho por gerentes, os quais lhe asseveravam que o procedimento era normal, principalmente quando se tratava de contas de campanha política, e que estava cumprindo ordens, na qualidade de empregada, não auferindo nenhum benefício. Ademais, afirmou-se ser fato atípico, por inexistência de prejuízo para quem quer que seja e ausência de dolo, e, por fim, induzimento a erro pelos gerentes.

Marta de Vasconcelos Soares foi acusada de preencher cheque assinado por Jorge Bandeira sob nome fictício, utilizado na aquisição do automóvel Fiat Elba, destinado a Collor, e emitir cheques sob falsa identidade. Além da incompetência de juízo, foi alegada pela defesa falta de provas.

Concluindo, a Giovani Carlos Fernandes de Melo foi atribuída a conduta de emitir cheques sob falso nome, o que foi refutado por seus advogados por supostamente se tratar de conduta atípica, por ausência de vítima e de prejuízo para outrem.

Uma vez analisadas todas as teses condenatórias e absolutórias envolvendo os oito acusados da Ação Penal 307, vejamos agora a decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal, após cerca de cinquenta horas de julgamento.

Primeiramente, acolheu a Corte a preliminar defensiva, declarando inadmissível a prova consistente no laudo de degravação de conversa telefônica e no laudo de degravação de registro de memória de computador, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, os quais só julgaram inadmissível a prova referente ao

computador. Tal decisão foi tomada por conta da primeira prova violar o sigilo das comunicações telefônicas, vez que não havia ordem judicial autorizando a quebra do sigilo, e da segunda ter sido obtida a partir de invasão das dependências da empresa VERAX, seguida de apreensão do microcomputador, sem ordem judicial.

Em seguida, rejeitou-se a preliminar quanto à repercussão da prova inadmissível sobre as demais, restando vencidos os Ministros Celso de Mello e, em menor extensão, os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira. O raciocínio utilizado foi que as demais provas foram obtidas por meio lícito, e, sendo excluídas as provas ilícitas, subsiste a validade das demais.

Prosseguindo-se o julgamento, o Tribunal absolveu os acusados Fernando Collor de Mello, Paulo César Farias e Cláudio Francisco Vieira, quanto aos episódios relativos à VASP e à Mercedes Benz, com fulcro no artigo 386, III do Código de Processo Penal (não constituir o fato infração penal), e ao episódio de Marcelo Ribeiro, com base no artigo 386, IV do mesmo diploma legal (antiga redação: não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal), vencidos os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, os quais julgaram procedente a ação penal, votando pela condenação dos acusados Collor e Paulo César quanto ao crime de corrupção passiva. A discussão presente nos votos dos Ministros acerca desse crime em particular e seus desdobramentos será vista em capítulo específico ao longo deste trabalho.

Por decisão unânime, o Supremo deliberou por prosseguir no exame do processo, a despeito da absolvição de Collor. Foi unânime, ainda, a decisão que rejeitou a preliminar de conexão objetiva suscitada pela defesa de Maciel. Uníssono, também, o julgamento pela improcedência da ação penal contra os acusados Paulo César Farias, Maciel e Cláudio Vieira, pelos crimes previstos nos artigos 343, 344 e 305, todos do Código Penal. O primeiro foi absolvido com base no inciso II (não haver prova da existência do fato), e os dois últimos, pelo inciso III (não constituir o fato infração penal), ambos do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Acerca do crime previsto no artigo 299 do Código Penal, a preliminar de incompetência da Corte por falta de conexão subjetiva arguida pelos acusados Paulo César Farias, Rosinete Melanias e Marta Soares, foi julgada improcedente. Por votação unânime, Paulo César foi absolvido quanto ao crime de falsificação de notas fiscais, com base no artigo 386, II do Código de Processo Penal (não haver prova da existência do fato). Entretanto, foi condenado a sete anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pelo crime de falsificação

de abertura e movimentação de contas bancárias em nome de pessoas fictícias, com fundamento no artigo 299, combinado com o 71 e 69, todos do Código Penal.

Foi condenada, ainda, Rosinete Melanias a dois anos e quatro meses de reclusão, em regime aberto, pelo crime de falsificação de abertura e movimentação de contas bancárias em nome de pessoas fictícias, com fundamento no artigo 299, combinado com o 71 e 69, todos do Código Penal.

De forma unânime, foi absolvida Marta Soares e Giovani de Melo, pelo crime previsto no artigo 299 do Código Penal, por insuficiência de provas, com base no artigo 386, VI do Código de Processo Penal (antiga redação). Ainda unânime, foi condenado o acusado Jorge Waldério de Melo a um ano e dois meses de reclusão, em regime aberto, com fundamento no artigo 299 combinado com o 71, ambos do Código Penal, pelo crime de abertura de conta depósito de poupança livre no Banco Rural e emissão de cheques em nome de pessoas fictícias. Ele, entretanto, foi absolvido da prática do crime de assinatura em nome de pessoa fictícia na proposta de abertura de conta de depósito de poupança livre no Banco Rural, pelo artigo 386, VI do Código de Processo Penal.

Quanto a Severino Nunes, o Tribunal condenou o acusado a um ano e dois meses de reclusão, com direito a *sursis* pelo prazo de dois anos, com base no artigo 299 combinado com o 71, ambos do Código Penal, pelo crime de assinaturas, emissão e endosso de cheques administrativos do Banco Rural, em nome de pessoas fictícias.

Ou seja, para o presente trabalho, os aspectos mais relevantes dessa Ação Penal são o fato da Corte decidir que: não houve provas de que a ajuda eleitoral dada ao candidato a Deputado Federal Sebastião Curió, apontada na denúncia, decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente por Collor; não foi apontado ato de ofício configurador da transação ou comércio com o cargo então por ele exercido; não houve qualquer referência na denúncia, acerca da vantagem solicitada ou recebida pelo ex-presidente, ou a ele prometida; não ter sido sequer apontado na denúncia ato de ofício prometido ou praticado por Collor; e plausibilidade da explicação dada pelos acusados de que as transferências foram custeadas pelos saldos de recursos arrecadados para a campanha eleitoral de 1989, cuja existência restou demonstrada por meio de exame pericial, e, portanto, os créditos bancários e pagamentos efetuados por Paulo Farias em favor de Collor não decorreram de vantagem ilícita pega pela empreiteira pela nomeação de seu ex-diretor.

Finalizada, por ora, a análise da Ação Penal 307, passemos ao segundo julgado que ilustra o presente trabalho, a Ação Penal 470, mais conhecida por “Mensalão”, para que, após,

seja possível o contraponto entre ambos os casos quanto à tipificação do crime de corrupção passiva, não configurado no primeiro caso, e absolutamente presente no segundo.

1.2 A Ação Penal 470 - Caso Mensalão

A Ação Penal 470, coloquialmente chamada de “mensalão” tratou do escândalo de corrupção política mediante compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional. Protagonizaram o caso políticos, empresários, diretores de bancos, funcionários públicos e autoridades do governo federal, totalizando 38 réus, acusados de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, peculato, corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta e fraudes.

Segundo Merval Pereira, num país em que, de maneira geral, políticos não vão sequer a julgamento, 38 réus ligados direta ou indiretamente ao governo que está no poder foram julgados pela última instância do Poder Judiciário⁴. Ou seja, o mesmo partido que permanece no poder até, pelo menos, 2014, perfazendo doze anos de presidência, é o que foi julgado pelo Supremo. O que nos leva à constatação de que oito dos onze Ministros da corte em questão foram nomeados por este partido, o Partido dos Trabalhadores (PT), sendo seis pelo ex-presidente Lula e dois pela atual Chefe de Governo, Dilma. Vale salientar, entretanto, que, mesmo havendo especulações, o resultado do julgamento não estava predefinido pela possível submissão política de seus membros, pelo contrário, os votos dos Ministros eram verdadeiras incógnitas à população.

O esquema apelidado pela mídia de Mensalão chegou ao conhecimento público em 14 de maio de 2005, quando a revista *Veja* divulgou um vídeo no qual Maurício Marinho, diretor de Contratação e Administração de Material dos Correios, aparecia recebendo três mil reais. Na gravação, Marinho citou o então presidente do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e ex-deputado federal Roberto Jefferson.

Em 16 de maio do mesmo ano, Jefferson se explicou no Congresso, e a Polícia Federal começou a investigação de corrupção na estatal. No início de junho, contudo, o ex-deputado denunciou a compra de apoio de parlamentares ao governo em entrevista à revista *Veja*. Fora, portanto, instalada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para averiguar a corrupção dos Correios, que resultou na investigação da prática do mensalão, também.

Em junho de 2005, Jefferson depôs para a CPI dos Correios com o olho roxo, reafirmou as denúncias feitas anteriormente, e acrescentou que uma agência do Banco Rural

⁴ PEREIRA, Merval, *Mensalão, o dia a dia do maior julgamento da história da política do Brasil*, Editora Record, 2013

passou a ser usada para o saque de dinheiro proveniente do mensalão, vez que a entrega de malas havia passado a ser arriscada demais.

Após estes fatos, foi publicado na imprensa um documento, assinado por Delúbio Soares (tesoureiro do PT) e José Genoíno (presidente do PT) ligando Marcos Valério (empresário) ao PT, por um empréstimo de mais de dois milhões de reais. Após a quebra de sigilo bancário de Valério e suas empresas, constatou-se que depósitos foram realizados às lideranças de diversos partidos, incluindo o dos trabalhadores. Foi, então, instalada em 20 de julho a CPI do Mensalão.

Valdemar Costa Neto, presidente do Partido Liberal (PL), hoje Partido da República (PR), admitiu ter recebido dinheiro indevidamente para pagar dívidas do partido, e renunciou ao cargo de deputado federal. Ademais, o publicitário Duda Mendonça alegou que Valério pediu que o mesmo abrisse uma conta num paraíso fiscal para receber o pagamento pelos seus serviços prestados ao PT nas campanhas de 2002 e 2004. Tais pagamentos teriam sido efetuados com dinheiro proveniente de caixa dois.

Resultado dos trabalhos, as CPIs dos Correios e do Mensalão aprovaram relatório que sugeriu a cassação de dezoito parlamentares envolvidos no escândalo. O mandato de Jefferson foi cassado pela Câmara em 14 de setembro de 2005. Delúbio foi expulso do PT no mesmo mês.

Na CPI do Mensalão, o ex-ministro dos Transportes, Anderson Adauto (PL), declarou que usou caixa dois em onze campanhas eleitorais, e que recebera dinheiro de Valério por intermédio de Delúbio. Tal Comissão Parlamentar de Inquérito chegou ao fim em 17 de novembro, por conta dos parlamentares não terem conseguido obter o número de votos mínimos para a prorrogação dos trabalhos, e o relatório final lido declarou que houve pagamentos indevidos a parlamentares, sendo alguns semanais, uns mensais, outros quinzenais, o que foi ratificado em relatório da CPI dos Correios no mês seguinte. O mandato de deputado federal de José Dirceu, que havia sido Ministro-Chefe da Casa Civil de 01 de janeiro de 2003 até 16 de junho de 2005, foi cassado em dezembro de referido ano.

Em 28 de agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal aceitou a denúncia contra os quarenta acusados do mensalão, e passou a tramitar a Ação Penal 470. O ex-dirigente do PT, Silvio Pereira, aceitou a proposta do Ministério Público de suspensão condicional do processo para cumprir pena alternativa, prestando 750 horas de serviço comunitário durante três anos e o ex-deputado José Janene faleceu em 2010, tendo extinta a sua punibilidade. Restaram, portanto 38 réus a serem julgados.

Enquanto a Ação Penal 307, já analisada, que tratou do julgamento do ex-presidente Collor, acusado e absolvido pelo crime de corrupção passiva, era, até então, considerada o mais longo caso analisado pela Suprema Corte, exigindo quatro sessões e concluído em aproximadamente cinquenta horas, a Ação Penal 470 prolongou-se por sessenta e nove sessões, totalizando trezentas horas. Passemos, assim, a análise dos principais pontos da referida ação, que teve seu julgamento iniciado em 02 de agosto de 2012.

Primeiramente, para que seja possível a compreensão da Ação Penal em tela, segue listagem dos réus, suas funções à época, os respectivos crimes pelos quais foram acusados, a conduta imputada aos mesmos, e o seu status final:

- 1) JOSÉ DIRCEU: Ministro-Chefe da Casa Civil de 01 de janeiro de 2003 até 16 de junho de 2005 e deputado federal até 01 de dezembro de 2005; crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa; negociar acordos com os partidos políticos que apoiaram o novo governo e a criação de um esquema clandestino de financiamento que distribuiu recursos ao PT e a seus aliados para garantir apoio no Congresso; condenado por corrupção ativa;
- 2) JOSÉ GENOÍNO: presidente do PT de 2003 a à julho de 2005, eleito deputado federal em 2006; crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa; participar das negociações com os partidos aliados e com os bancos que alimentaram o "valerioduto" e orientar a distribuição do dinheiro do esquema; condenado por corrupção ativa e lavagem de dinheiro;
- 3) DELÚBIO SOARES: tesoureiro do PT; crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa; orientar a distribuição de recursos para os partidos aliados ao governo; condenado por corrupção ativa;
- 4) SÍLVIO PEREIRA: secretário-geral do PT; crime de formação de quadrilha; participar das negociações com os partidos que apoiaram o governo Lula no Congresso; conduta não analisada no julgamento, devido ao acordo feito de suspensão condicional do processo para cumprir pena alternativa;
- 5) MARCOS VALÉRIO: empresário; crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas; criar o esquema clandestino que financiou o PT e outros partidos governistas, desviando recursos obtidos com contratos de publicidade firmados com o Banco do Brasil e a Câmara dos Deputados e usando empréstimos fraudulentos dos bancos Rural e BMG para disfarçar a origem do dinheiro; condenado por corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas;
- 6) RAMON HOLLERBACH: empresário; crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas; participar da negociação dos

empréstimos e dos contratos de Marcos Valério com o Banco do Brasil e a Câmara dos Deputados; condenado por evasão de divisas, corrupção ativa, peculato e lavagem de dinheiro;

7) CRISTIANO PAZ: empresário; crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas; participar da negociação dos empréstimos e da distribuição de recursos a políticos, com o objetivo de obter contratos de publicidade; condenado por corrupção ativa, peculato e lavagem de dinheiro;

8) ROGÉRIO TOLENTINO: advogado das empresas de Marcos Valério; crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e corrupção ativa; participar da negociação dos empréstimos e ajudar a montar o esquema de distribuição dos recursos para os políticos; condenado por corrupção ativa e lavagem de dinheiro;

9) SIMONE VASCONCELOS: funcionária do empresário Marcos Valério; crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas; distribuir o dinheiro do "valerioduto", dar instruções ao Banco Rural, sacar cheques na boca do caixa e fazer pagamentos pessoalmente; condenada por lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas;

10) GEIZA DIAS: funcionária de Marcos Valério; crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas; ajudar a distribuir recursos do "valerioduto" para deputados; absolvida. Afirmou que apenas cumpria ordens;

11) KÁTIA RABELLO: presidente do banco Rural; crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas; negociar empréstimos que mantinham os cofres do PT e o "valerioduto" na esperança de obter do governo vantagens na liquidação do Banco Mercantil de Pernambuco; condenada por lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas;

12) JOSÉ ROBERTO SALGADO: vice-presidente do Banco Rural; crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas; autorizar a contratação e a renovação dos empréstimos para o PT e as empresas de Marcos Valério e transferir ilegalmente recursos para o publicitário Duda Mendonça no exterior; condenado por evasão de divisas, gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro;

13) VINÍCIUS SAMARANE: diretor do Banco Rural; crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas; não comunicar às autoridades sobre os saques do "valerioduto" e as irregularidades nos empréstimos; condenado por lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta de instituição financeira;

14) AYANNA TENÓRIO: vice-presidente do Banco Rural; crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta de instituição financeira; autorizar a renovação dos empréstimos no Banco Rural e de não ter notificado o Banco Central sobre as operações suspeitas feitas pelas empresas de Marcos Valério; absolvida. Disse que cuidava da área de recursos humanos do banco e apenas seguiu orientação de José Roberto Salgado para votar a renovação dos empréstimos;

15) JOÃO PAULO CUNHA: presidente da Câmara; crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e peculato; receber R\$ 50 mil do "valerioduto" para contratar uma das agências de Marcos Valério, a SMP&B, quando presidia a Câmara dos Deputados, e se beneficiar do desvio de recursos públicos repassados à agência; condenado por corrupção passiva, peculato e lavagem de dinheiro; quando do julgamento dos embargos infringentes, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal absolveu o réu em questão pelo crime de lavagem de dinheiro, somente;

16) LUIZ GUSHIKEN: Secretário de Comunicação; crime de peculato, mas, posteriormente, o Ministério Público pediu sua absolvição por falta de provas; autorizar Pizzolato a adiantar os pagamentos do fundo Visanet para a DNA; absolvido. Afirma que não tinha influência sobre a distribuição dos recursos do fundo Visanet;

17) HENRIQUE PIZZOLATO: diretor de marketing do Banco do Brasil; crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e peculato; receber R\$ 336 mil do "valerioduto" e autorizar um adiantamento de R\$ 73 milhões do fundo Visanet para a DNA, a agência de Marcos Valério que tinha contrato de publicidade com o Banco do Brasil; condenado por peculato, corrupção passiva e lavagem de dinheiro;

18) PEDRO CORRÊA: deputado federal (PP-PR); crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; participar das negociações que levaram ao repasse de pelo menos R\$ 3 milhões do "valerioduto" e uso da corretora Bônus Banval para distribuir o dinheiro; condenado por lavagem de dinheiro e corrupção passiva;

19) JOSÉ JANENE: deputado federal (PP); crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; captar pelo menos R\$ 3 milhões do "valerioduto" para garantir o apoio do partido ao governo e usar a corretora Bônus Banval para distribuir o dinheiro disfarçando sua origem; não foi julgado. Faleceu em 2010, tendo extinta a sua punibilidade;

20) PEDRO HENRY: deputado federal (PP); crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; participar das negociações que levaram ao repasse de pelo menos R\$ 3 milhões do "valerioduto" para o PP e ao uso da corretora Bônus Banval para distribuir o dinheiro; condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro;

- 21) JOÃO CLÁUDIO GENU: Assessor do deputado José Janene (PP); crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; sacar R\$ 1 milhão do "valerioduto" para o PP; condenado por lavagem de dinheiro e corrupção passiva;
- 22) ENIVALDO QUADRADO: empresário; crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro; receber R\$ 11 milhões do "valerioduto" para repassar o dinheiro a pessoas ligadas ao PP; condenado por lavagem de dinheiro;
- 23) BRENO FISCHBERG: empresário; crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro; receber R\$ 11 milhões do "valerioduto" para repassar o dinheiro a pessoas ligadas ao PP, a estratégia era esconder a origem do dinheiro usado no esquema; condenado por lavagem de dinheiro;
- 24) CARLOS ALBERTO QUAGLIA: doleiro; crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro; emprestar a corretora Natimar para que a Bônus Banval repassasse parte dos recursos destinados ao PP; processo anulado. O STF aceitou um pedido preliminar do advogado, que alegou cerceamento de defesa;
- 25) VALDEMAR COSTA NETO: deputado federal, presidente do PL (atual PR) e líder do partido na Câmara dos Deputados; crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; receber R\$ 8,8 milhões do "valerioduto" e usar uma empresa fantasma, a Guaranhuns, para disfarçar a origem do dinheiro. Teria, ainda, negociado com o PT um acordo para obter os recursos em troca do apoio do PL ao governo no Congresso; condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro;
- 26) JACINTO LAMAS: tesoureiro do PL (atual PR); crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; sacar R\$ 1 milhão do "valerioduto" para o PL; condenado por lavagem de dinheiro e corrupção passiva;
- 27) ANTÔNIO LAMAS: assessor parlamentar do PL (atual PR); crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro; sacar R\$ 350 mil do "valerioduto" para o irmão, o ex-tesoureiro do PL Jacinto Lamas; absolvido. Afirmou que cumpriu ordens da direção do partido e o Ministério Público decidiu pedir sua absolvição devido à ausência de provas;
- 28) CARLOS ALBERTO RODRIGUES (BISPO RODRIGUES): vice-líder do PL (atual PR) e coordenador da bancada evangélica na Câmara dos Deputados, além de Presidente do PL no Rio de Janeiro e Vice-Presidente Nacional do Partido; crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro; receber R\$ 150 mil do "valerioduto" para votar a favor do governo; condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro;
- 29) ROBERTO JEFFERSON: deputado federal e presidente do PTB; crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro; receber R\$ 4,5 milhões do "valerioduto" para votar a favor do

governo no Congresso, depois de fechar um acordo em que o PT prometeu entregar R\$ 20 milhões para o PTB; condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro;

30) EMERSON PALMIERI: primeiro-secretário do PTB; crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro; participar das negociações em que o PT prometeu arranjar R\$ 20 milhões para o PTB. Teria recebido do "valerioduto" R\$ 4 milhões para o partido; condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro;

31) ROMEU QUEIROZ: deputado federal (PTB-MG); crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro; receber R\$ 102 mil reais da Usiminas, repassados pela SMP&B na campanha de 2004; condenado por lavagem de dinheiro e corrupção passiva;

32) JOSÉ BORBA: deputado federal (PMDB); crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro; receber R\$ 200 mil do "valerioduto" para votar a favor do governo; condenado por corrupção passiva;

33) PAULO ROCHA: deputado federal (PT-PA); crime de lavagem de dinheiro; receber R\$ 820 mil do "valerioduto"; absolvido. Disse que o dinheiro era para quitar dívidas da campanha eleitoral de 2002;

34) ANITA LEOCÁDIA: assessora do deputado federal Paulo Rocha (PT-PA); crime de lavagem de dinheiro; sacar R\$ 620 mil do "valerioduto" para Paulo Rocha; absolvida. Disse que apenas cumpriu ordens do deputado e que não sabia que ação era criminoso;

35) LUIZ CARLOS DA SILVA (PROFESSOR LUIZINHO): deputado federal (PT-SP); crime de lavagem de dinheiro; receber R\$ 20 mil do "valerioduto"; absolvido. Disse que foi sacado por um assessor sem o seu conhecimento, o dinheiro foi repassado ao PT para quitar dívidas da campanha de 2004;

36) JOÃO MAGNO: deputado federal (PT-MG); crime de lavagem de dinheiro; receber R\$ 360 mil do "valerioduto"; absolvido. Argumentou que o dinheiro era para quitar dívidas de campanhas eleitorais;

37) ANDERSON ADAUTO: Ministro dos Transportes; crime de corrupção ativa e lavagem de dinheiro; receber R\$ 950 mil do "valerioduto" e apresentar o esquema à cúpula do PTB; absolvido. Disse que o dinheiro era para saldar dívidas da campanha eleitoral de 2002 e que desconhecia sua origem ilícita;

38) JOSÉ LUIZ ALVES: ex-funcionário do Ministério dos Transportes; crime de lavagem de dinheiro; sacar R\$ 600 mil para o então Ministro Anderson Adauto; absolvido. Disse que apenas cumpriu ordens do chefe;

39) JOSÉ EDUARDO DE MENDONÇA (DUDA MENDONÇA): publicitário; crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro; receber R\$ 11 milhões do "valerioduto", dinheiro

que não declarou à Receita Federal e teve parte transferida ilegalmente para contas no exterior; absolvido. Disse que desconhecia a origem ilícita dos recursos e que o dinheiro era para saldar dívidas da campanha de 2002;

40) ZILMAR FERNANDES: empresária; crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro; sacar R\$ 1,4 milhão do "valerioduto" para Duda Mendonça e transferir recursos ilegalmente para o exterior; absolvida. Afirmou que desconhecia a origem ilícita dos recursos. O dinheiro era para saldar dívidas da campanha de 2002.

O Procurador Geral da República narrou que os delitos tiveram início com a vitória eleitoral de 2002 do PT, e tiveram por objetivo principal

“garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores, mediante a compra de suporte político de outros Partidos Políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais. (...) Nesse ponto, e com objetivo unicamente patrimonial, o até então obscuro empresário MARCOS VALÉRIO aproxima-se do núcleo central da organização criminosa (JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, SÍLVIO PEREIRA e JOSÉ GENOÍNO) para oferecer os préstimos da sua própria quadrilha (RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO DE MELLO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS DOS SANTOS) em troca de vantagens patrimoniais no Governo Federal (5621/5622)”.

De acordo com o Ministério Público:

“além disso, teria sido necessário contar com os réus KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO, VINÍCIUS SAMARANE e AYANNA TENÓRIO, os quais, no comando das atividades do Banco Rural, juntamente com o Sr. José Augusto Dumont, falecido em abril de 2004, teriam criado as condições necessárias para a circulação clandestina de recursos financeiros entre o núcleo político e o núcleo publicitário, através de mecanismos de lavagem de dinheiro, que permitiriam a tais réus o pagamento de propina, sem que o dinheiro transitasse por suas contas”.

A peça acusatória dividiu o esquema do mensalão em três setores de atuação, o que foi mantido no relatório de Barbosa: o núcleo central, o publicitário (ou operacional) e o financeiro. O central era composto por José Dirceu, José Genoíno, Delúbio Soares e Sílvio Pereira. Estes teriam sido responsáveis por organizar a quadrilha voltada para a compra de apoio político, através dos votos dos parlamentares. Para viabilizar tal intento, teriam se aproximado dos réus dos núcleos publicitário e financeiro, deixando-os agir da forma que fosse necessária para atingir o objetivo de abastecer a quadrilha com recursos que permitiriam a prática do crime de corrupção. Importante lembrar, entretanto, que o réu Sílvio Pereira aceitou proposta de suspensão condicional do processo, oferecida pelo Ministério Público com base no artigo 89 da Lei 9.099/95, não tendo sido iniciado, portanto, processo contra ele.

A Ação Penal 470 limitou-se a analisar o desvio de recursos da Câmara dos Deputados e do Banco do Brasil. Os desvios, segundo o Ministério Público, teriam ocorrido de diferentes maneiras. A primeira através de violações de cláusulas do contrato publicitário da empresa DNA Propaganda com o Banco do Brasil, desviando-se valores correspondentes ao bônus de volume, que supostamente deveriam ter sido devolvidos ao Banco do Brasil. Os desvios teriam sido permitidos por Henrique Pizzolato, diretor de marketing do Banco do Brasil, mediante propina.

A segunda maneira foi, nos termos da denúncia, através de recursos de publicidade pertencentes ao Banco do Brasil, fornecidos pela Visanet, desviados por antecipações solicitadas por Pizzolato em benefício da empresa dos réus Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach.

Outra forma de desvio de valores como fonte de recursos para a compra de apoio político, apontada na denúncia, foi por contrato firmado pelo réu João Paulo Cunha, presidente da Câmara, com uma empresa também dos três réus acima mencionados, a SMP&B Comunicação Ltda. Assim, para o repasse dos recursos aos beneficiários, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach teriam colocado em funcionamento um intrincado esquema de lavagem de dinheiro.

Com o esquema funcionando, o dinheiro público em tese utilizado teria a aparência de meros empréstimos bancários obtidos pelo PT e agências de propaganda junto às instituições financeiras. Desta maneira, os réus do núcleo central teriam utilizado os serviços de outros integrantes da quadrilha para a distribuição do dinheiro, viabilizando a remuneração destes e a compra de apoio político.

Os réus do núcleo financeiro (Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Vinícius Samarane e Ayanna Tenório), segundo o Procurador-Geral da República, teriam se utilizado de suas posições no Banco Rural para, com o fim de aumentar os lucros do banco e de obterem vantagens do Governo Federal, praticar inúmeras fraudes caracterizadoras do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira.

Quanto ao crime de corrupção passiva, que será analisado em capítulo próprio, ele teria sido praticado por parlamentares da chamada “base aliada”, cujo apoio a projetos do Governo Federal teria se consolidado em troca do que veio a ser chamado mensalão a parlamentares, dirigentes e funcionários do Partido Progressista (PP), Partido Liberal (PL, hoje Partido da República), PTB (Partido Trabalhista Brasileiro) e um parlamentar do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

Os crimes de corrupção ativa teriam sido praticados pelos réus Jose Dirceu, Delúbio Soares, Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz, Simone Vaconcelos, Geiza Dias, José Genoíno, Anderson Adauto e Rogério Tolentino. Ademais, recursos desviados através dos contratos publicitários teriam, ainda, sido utilizados, por meio de lavagem de dinheiro, para pagar dívidas do PT com o publicitário Duda Mendonça e sua sócia Zilmar Fernandes, bem como dívidas de diretórios regionais do partido e de aliados, por meio de repasse de valores aos réus Paulo Rocha, Anita Leocádia, João Magno, Luiz Carlos da Silva, Anderson Adauto e José Luiz Alves.

Por fim, em alegações finais, o Procurador-Geral da República requereu a condenação de todos os réus, à exceção de Luiz Gushiken e Antônio Lamas, e pediu a absolvição, ainda, do réu Emerson Palmieri em relação a um dos crimes de corrupção passiva de que foi acusado.

Uma vez analisados os principais pontos abordados pelo Ministério Público, passemos aos argumentos mais importantes sustentados pelas defesas dos acusados. Primeiramente, todos pediram a absolvição, alegando não terem praticado os crimes narrados na denúncia e, ainda, a inexistência de provas.

A questão preliminar mais arguida foi a inépcia da denúncia, seguida do cerceamento de defesa, incompetência do STF para julgar os réus sem foro por prerrogativa de função constitucionalmente atribuído, impedimento do relator e violação do princípio da obrigatoriedade da ação penal (Roberto Jefferson insistiu na necessidade de denúncia quanto ao então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva).

Quanto ao mérito, as principais teses eram de inexistência de relação entre a função desempenhada profissionalmente pelo réu e o crime narrado da exordial acusatória; desconhecimento acerca de qualquer esquema de desvio de valores; o fato de que os deputados supostamente corrompidos já votavam de forma a apoiar o governo; ausência de prática de ato de ofício em troca de suposta vantagem financeira indevida; falta de indicação pelo Ministério Público de associação estável para a prática de uma série indeterminada de crimes, com base em prévio e deliberado programa delinquente para a configuração do crime de formação de quadrilha; existência do crime de caixa dois de campanha, sem que este tenha qualquer relação com o mensalão; inocorrência do crime antecedente para a caracterização da lavagem de dinheiro (a antiga redação da lei 9.613/98 exigia); e, em especial, como exposto, a falta de provas.

A conclusão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, publicada na íntegra do acórdão em 22 de abril de 2013, após quatro meses de julgamento, nove anos depois da

ocorrência dos fatos e sete após denunciados os réus, foi, primeiramente, de rejeição de todas as preliminares, com exceção da relativa ao cerceamento de defesa do réu Carlos Alberto Quaglia, o que gerou o anulamento do processo para o mesmo, a partir da defesa prévia.

A decisão seguiu-se com a procedência parcial do pedido de condenação pelo crime de quadrilha (antiga redação do artigo 288 do Código Penal), sendo absolvidos Geiza Dias dos Santos, Ayanna Tenório Torres de Jesus e Vinícius Samarane. Restaram condenados dez réus por tal crime, dentre eles José Dirceu, Delúbio Soares, José Genoino, Marcos Valério.

Vale ressaltar que em 2012, ao julgar o processo principal, o Supremo decidiu pela condenação com o placar de seis votos a quatro, visto que a Corte, que tem onze ministros na composição, estava sem um membro por conta da aposentadoria de Cesar Peluso. Após o julgamento, também se aposentou Ayres Britto. Contudo, ao julgar os embargos infringentes em 27 de fevereiro de 2014, com os votos dos mais novos integrantes da Corte, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso, entendeu-se que oito não se associaram com o objetivo de cometer crimes. Os novos Ministros alegaram que as penas fixadas para o delito de formação de quadrilha ficaram muito elevadas e, caso diminuídas para o patamar correto, estariam prescritas, estando extinta a punibilidade. Com base nesse argumento, inocentaram oito réus da acusação de quadrilha, dentre eles os já citados acima, José Dirceu, Delúbio Soares, José Genoino, Marcos Valério.

Ainda foi julgada parcialmente procedente a ação penal quanto aos crimes de corrupção passiva, corrupção ativa, peculato e lavagem de dinheiro. Para a Corte, restou comprovado o pagamento de vantagem indevida ao então presidente da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha, por parte dos sócios da agência de publicidade que, poucos dias depois, veio a ser contratada pelo órgão público presidido pelo agente corrompido.

Comprovou-se, entre outras operações, a apropriação indevida de valores pertencentes ao Banco do Brasil, denominados “bônus de volume”, devolvidas por empresas contratadas pelo Banco, a título de desconto à entidade pública contratante. Os três coréus controladores da empresa de publicidade contratada pelo Banco (Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach), em coautoria com o diretor de marketing da instituição financeira (Henrique Pizzolato), desviaram os recursos que estavam sob a posse e fiscalização do mencionado diretor. Portanto, condenou-se os réus pelo crime de peculato.

Outro ponto importante caracterizado nos autos, segundo o Supremo Tribunal Federal, foi o recebimento por Pizzolato, agente público, de vultuosa soma de dinheiro em espécie, paga pelos três réus acima mencionados, através de cheque emitido pela agência de publicidade então contratada pelo Banco do Brasil, para a prática de atos de ofício de sua

competência. Configuração, portanto, do crime de corrupção ativa pelos empresários, e corrupção passiva por Pizzolato.

Restou tipificado, também, o crime de lavagem de capitais, dentre outros atos, pelo recebimento de dinheiro em espécie, que o referido agente público sabia ser de origem criminosa, mediante mecanismos de ocultação e dissimulação da natureza, origem, localização, destinação e propriedade dos valores, com o auxílio dos agentes envolvidos no pagamento do dinheiro, bem como de instituição financeira que serviu de intermediária à lavagem de capitais. Foram identificadas e comprovadas quarenta e seis operações de lavagem de dinheiro realizadas através de mecanismos ilícitos disponibilizados pelo Banco Rural.

Em suma, o crime de lavagem de capitais ocorreu mediante três grandes etapas, integradas por condutas reiteradas e, muitas vezes, concomitantes, quais sejam: 1) fraude na contabilidade de pessoas jurídicas ligadas ao réu Marcos Valério, em especial na SMP&B Comunicação Ltda, na DNA Propaganda Ltda e no Banco Rural S/A; 2) simulação de empréstimos bancários, formalmente contraídos, sobretudo, no Banco Rural S/A e no Banco BMG, bem como utilização de mecanismos fraudulentos para encobrir o caráter simulado desses mútuos fictícios; e, principalmente, 3) repasses de vultuosos valores através do Banco Rural, com simulação de natureza, origem, localização, disposição e movimentação de tais valores, bem como ocultação, especialmente do Banco Central e do Coaf, dos verdadeiros proprietários e beneficiários dessas quantias, que sabidamente eram provenientes, direta ou indiretamente, de crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional.

Quanto ao crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, este se configurou com a simulação de empréstimos bancários e a utilização de diversos mecanismos fraudulentos para encobrir o caráter simulado dessas operações de crédito. Já o crime de corrupção ativa e passiva foi provado mediante esquema de pagamento de vantagem indevida a parlamentares para a formação de base aliada ao governo federal na Câmara dos Deputados.

Este último tipo penal foi explicado na seguinte forma na ementa da Ação Penal 470:

“Parlamentares beneficiários das transferências ilícitas de recursos detinham poder de influenciar os votos de outros parlamentares de seus respectivos partidos, em especial por ocuparem as estratégicas funções de Presidentes de partidos políticos, de líderes parlamentares, líderes de bancadas e blocos partidários. Comprovada a participação, no recebimento da propina, de intermediários da estrita confiança dos parlamentares, beneficiários finais do esquema. Depoimentos e recibos informais apreendidos no curso das investigações compõem as provas da prática criminosa”.⁵

⁵ Fls. 13 dos autos da Ação Penal 470

Outro trecho relevante para a compreensão da decisão da Corte para a condenação de grande parte dos réus é o referente à explicação de como ocorreu o crime de lavagem de capitais:

“A ocultação e dissimulação da origem criminosa do dinheiro consumaram-se com o uso dos mecanismos verificados no Capítulo IV da denúncia, que foram oferecidos aos parlamentares pelos réus dos chamados “núcleo publicitário” e “núcleo financeiro” da quadrilha. Assim, os parlamentares puderam se beneficiar de uma rede de lavagem de dinheiro formada pelo Banco Rural, através de três de seus mais altos dirigentes, à época, e pelas agências de publicidade vinculadas ao réu MARCOS VALÉRIO e seus sócios. Para receber os recursos de origem criminosa, oferecidos pelos corruptores, os parlamentares praticaram o crime de lavagem de dinheiro, fundamentalmente, por meio de: a) agências de publicidade então contratadas pela Câmara dos Deputados e pelo Banco do Brasil, as quais apareciam como “sacadoras” do dinheiro nos registros bancários, apontando-se, como destinação dos recursos, o suposto “pagamento de fornecedores”, artimanha com a qual se ocultaram os verdadeiros destinatários finais dos valores, ou seja, os parlamentares corrompidos; b) agências bancárias que não registravam os saques em nome dos verdadeiros destinatários, mas sim em nome das agências de publicidade ou de uma pessoa física que agia como intermediária, seja um enviado dos corruptores (em especial a ré SIMONE VASCONCELOS), seja um enviado dos parlamentares corrompidos (cujos nomes eram colhidos apenas para o controle interno da quadrilha); c) encontros em quartos de hotéis ou em escritórios de partidos, com o fim de entrega e de recebimento das malas de dinheiro em espécie de origem criminosa; d) em dois casos (subitens VI.1 e VI.2), para camuflar ainda mais a movimentação dos vultosos recursos recebidos, houve a participação de empresas de corretagem de valores, verdadeiras “lavanderias”, que apareciam, formalmente, nos registros bancários, como destinatárias de depósitos de recursos oriundos de prática criminosa, as quais, na sequência, repassavam esses recursos aos parlamentares beneficiários, de modo inteiramente dissimulado, praticamente sem deixar qualquer rastro no sistema bancário ou financeiro nacional”.⁶

Ademais, no período de 21 de fevereiro de 2003 a 02 de janeiro de 2004, membros do núcleo publicitário realizaram, segundo a decisão do Supremo, sem autorização legal, por meio do grupo Rural e de doleiros, cinquenta e três depósitos em conta mantida no exterior, o que configurou o crime de evasão de divisas.

Por fim, a Corte decidiu que, como no caso os réus parlamentares foram condenados pela prática, entre outros, de crimes contra a Administração Pública, conduta juridicamente incompatível com os deveres inerentes ao cargo, as circunstâncias levaram à imposição da suspensão dos direitos políticos dos réus condenados e, quanto aos detentores de mandato eletivo, a sua perda, como medidas adequadas, necessárias e proporcionais.

⁶ Fls. 14 e 15 dos autos da Ação Penal 470

Uma vez explicitadas as Ações Penais 307 e 470, vejamos, em detalhes, a análise realizada nos votos dos Ministros em ambos os casos concretos acerca do crime do artigo 317 do Código Penal, qual seja, a corrupção passiva, para, após, podermos identificar possíveis mudanças de interpretação do tipo penal.

2 MUDANÇA DO TIPO PENAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA

2.1 Análise do artigo 317 do Código Penal realizada na Ação Penal 307 - Caso Collor

O Supremo Tribunal Federal julgou a denúncia do Ministério Público Federal contra o ex-presidente da República, Fernando Collor de Mello, por crime de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), em coautoria com Paulo César Cavalcante Farias e Cláudio Vieira, por três episódios descritos na exordial acusatória, quais sejam: a nomeação de Marcelo Ribeiro para o cargo de Secretário Nacional dos Transportes, por indicação de Paulo César Farias que, em razão disto, teria recebido quinze milhões de cruzeiros; a promoção de gestões por Collor, através do intermédio do Secretário-Geral da Presidência da República, Embaixador Marcos Coimbra, junto à PETROBRÁS, no sentido de que fosse concedido pela estatal, à VASP, um financiamento de combustível, de interesse do empresário Wagner Canhedo e de Paulo César Farias; a solicitação e obtenção de dez milhões de cruzeiros por Collor, através de Paulo César Farias, destinados a atender a interesse político-administrativo próprio, consubstanciado no financiamento da campanha política, visando à eleição do candidato Sebastião Curió para a Câmara dos Deputados, onde este atuaria como seu aliado político.

Passemos, portanto à análise feita pelos ministros na Ação Penal 307, acerca do crime de corrupção passiva, a seguir transcrito:

“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 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

O crime em questão é de ação múltipla, vez que o tipo prevê três modalidades de conduta, cada uma delas configuradora do ilícito, quais sejam: solicitar ou receber vantagem indevida ou aceitar a promessa de recebê-la. Consoante a denúncia, a modalidade em que incorreu o ex-presidente da República foi a “solicitação” de vantagem indevida, e, de acordo com Magalhães Drummond, solicitar é pedir, ou seja, o agente não exige, como no artigo 316, nem impõe⁷.

O sujeito ativo do crime é o titular ou exercente da função pública, ressalvada a disciplina jurídica do *concurso delictum*, onde o sujeito ativo utiliza-se, para a execução do injusto, de interposta pessoa. Não é necessário, entretanto, que o agente se encontre no exercício atual da função, pois a lei dita “ainda que fora da função ou antes de assumi-la”. O sujeito passivo, por sua vez, é o Estado ou, mais especificamente, a Administração Pública,

⁷ Drummond, Magalhães; Comentários ao Código Penal, vol. IX, Forense, 1944, página 292/293

bem como a pessoa constrangida pelo agente público, desde que, é claro, não tenha praticado o crime de corrupção ativa. A corrupção ativa está tipificada em outro artigo, o 333 do Código Penal, sendo um caso emblemático de exceção pluralista à teoria monista.

Para a sua consumação, na modalidade em questão na Ação Penal 307 (solicitar), basta a solicitação da vantagem indevida, pelo funcionário ou interposta pessoa, o que caracterizaria o concurso de pessoas, como no caso concreto, respondendo esta pelo mesmo título de crime. Não é relevante se tal solicitação foi recusada ou não, ou, ainda, se foi expressa ou disfarçada. Nelson Hungria é citado no voto do Ministro Néri da Silveira para explicar que é indiferente a adesão ou recusa o *extraneus*. É, portanto, crime formal ou de consumação antecipada, configurando-se com a formulação da solicitação. Se esta não é formulada, nenhum crime haverá.

O objeto material do crime é a vantagem indevida, a qual pode ser patrimonial ou qualquer espécie de benefício ou de satisfação de desejo⁸. Esta vantagem deve ser indevida, ou seja, a lei não pode autorizar, pois se devida, prevista em lei, não configura a corrupção, tratando-se de elemento normativo do tipo.

Ademais, não importa o destino da vantagem indevida. É indiferente o que o criminoso venha a fazer com o produto do crime de corrupção passiva. O Ministro Carlos Velloso transcreve, inclusive, parte das alegações finais do Ministério Público Federal, sustentando que “pouco – ou nada – importa para a caracterização do delito que o agente prefira empregar os recursos ilicitamente obtidos na aquisição de carros esportivos, viagens ao redor do mundo, compra de objetos de arte ou mesmo custeio de campanhas políticas de seus amigos ou aliados”⁹.

Outro ponto ressaltado, principalmente, nos votos dos Ministros Moreira Alves e Carlos Velloso é relativo à questão da modalidade “receber”, também contida no tipo, absorver, ou não, a “solicitar”, que é etapa anterior àquela, e ser bilateral. Segundo Velloso, embasado pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, qualquer das condutas alternativas incriminadoras, consumam o tipo, não importando em absorção da modalidade “solicitar” pela “receber”. Sendo assim, o delito estaria aperfeiçoado cronologicamente com o primeiro dos fatos incriminados, e, uma vez já consumado o crime, a efetivação subsequente de outra conduta alternativamente incriminada é uma hipótese de *post factum* não punível. Portanto, realizado o verbo típico “solicitar”, a ação está consumada, sendo irrelevante o posterior recebimento da vantagem solicitada.

⁸ Fragoso, Heleno; Lições de Direito Penal, Forense, 1981, página 1103.

⁹ Fls. 747 dos autos da Ação Penal 307

Assim, para Velloso e Pertence, há a bilateralidade quando o funcionário recebe a vantagem indevida sem combinação prévia, ou seja, por iniciativa do corruptor, o qual “oferece” a vantagem, praticando corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal¹⁰), e o funcionário a “recebe”, enquadrando-se no crime de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal). Isto porque falta no tipo da corrupção ativa o verbo “dar”. O “receber” bilateral é o receber a oferta do *extraneus*, oferta ou promessa de vantagem do particular, que hão de ser espontâneas, ou seja, para os Ministros, sem insinuação alheia. Caso o funcionário “solicite”, e o particular “dê” a vantagem indevida, não importa em bilateralidade, vez que o artigo 333 não prevê a ação “dar”.

O voto do Ministro Moreira Alves dedica mais tempo a esta análise, e expõe que, não obstante as ponderáveis considerações de Pertence, há categorizada corrente doutrinária e jurisprudencial no Brasil no sentido de que o “receber” absorve o “solicitar”, na corrupção passiva, e quando isso ocorre há a bilateralidade entre a corrupção ativa e a passiva. O Ministro utiliza como alicerce, principalmente, o parecer de Mirabete anexado às razões da defesa de Fernando Collor de Mello.

Para o doutrinador, entre os ilícitos penais de conteúdo variado encontra-se o crime de corrupção passiva, sendo crime formal e de perigo na forma “solicitar” ou “aceitar promessa”, e material e de dano na forma “receber”. Ademais, a corrupção do funcionário público, em face da diversidade de comportamentos possíveis deste e do *extraneus*, é uma exceção pluralística ao princípio unitário no concurso de agentes, previsto no artigo 29 do Código Penal¹¹, pois o legislador separa as condutas do funcionário público e do particular em dois tipos penais distintos (artigo 317 e 333 do Código Penal).

Desta feita, Mirabete segue analisando as várias modalidades das condutas inscritas no Código Penal, a fim de determinar em que hipóteses o crime de corrupção passiva é bilateral ou unilateral, ou seja, em que hipóteses é possível a ocorrência desse ilícito sem a figura do agente corruptor. Concluiu, portanto, que, quando há a solicitação pelo funcionário público e o particular concorda, ofertando ou entregando a vantagem indevida, o funcionário pratica o crime do artigo 317 na modalidade “receber” vantagem indevida (o crime material e de dano – receber - absorve o formal e de perigo - solicitar), e o *extraneus*, o do artigo 333, ofertando ou entregando. Trata-se, assim, de crime bilateral.

¹⁰ Corrupção ativa: Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

¹¹ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

O Ministro Moreira Alves reforça este pensamento ao citar colocações de diversos doutrinadores, como Nelson Hungria¹², e a explicação de Heleno Cláudio Fragoso, que acrescenta que o oferecimento ou promessa de vantagem, devem ser espontâneos, o que não exclui que a iniciativa da ação parta do funcionário corrompido. Ele diz que “se o oferecimento ou promessa foram praticados por imposição, ou ameaça do funcionário (*metus publicae potestatis*), haverá apenas concussão”¹³.

Moreira Alves conclui a questão da bilateralidade e do fato de não estar explicitado o verbo “dar” no artigo 333, da seguinte forma:

“Por isso mesmo, a bilateralidade que decorre do oferecer vantagem indevida (corrupção ativa) não resulta do aceitar essa vantagem, mas do recebê-la (corrupção passiva), o que significa que o oferecer se decompõe no ofertar e no dar de imediato o que se ofertou, e o receber no aceitar a oferta e no receber, de pronto, o que é objeto dela. Já quando a corrupção ativa resulta do prometer vantagem indevida, a corrupção passiva que lhe é correspondente – e daí a bilateralidade – decorre do aceitar essa vantagem prometida”.¹⁴

O Ministro finaliza este aspecto do seu voto defendendo ser a ação penal pública divisível, o que resultaria na falta de importância desta discussão no caso concreto, uma vez que a bilateralidade só seria relevante se a ação penal pública fosse indivisível, o que acarretaria no dever de ser proposta necessariamente contra o corrupto e o corruptor. Ele cita a jurisprudência da época como alicerce: Inq. 195, DJ de 24.05.85; RECr 93.055, RTJ 95/1389; HC 57.223, RTJ91/477 e HC 57.799, RTJ 94/141.

A defesa suscitou a questão concernente à ausência de corruptor ativo como fator de descaracterização típica do delito de corrupção passiva. O Ministro Celso de Mello esclareceu em seu voto que há sim a possibilidade jurídico-legal de ocorrer o crime do artigo 317 sem a correspondente prática do delito do artigo 333, ambos do Código Penal, pois a doutrina reconhece amplamente que tais artigos possuem tipos penais de ação múltipla ou de conteúdo variável, cuja realização pode verificar-se unilateral ou bilateralmente.

Celso de Melo continua, afirmando que a bilateralidade só ocorre na modalidade “receber” ou “aceitar”, e não na “solicitar”, mas que isso não impede que, mesmo que o delito ocorra em modalidades que apresentam a bilateralidade, o Ministério Público ofereça denúncia apenas contra o corruptor passivo. Isto porque, assim como afirmado pelos Ministros Ilmar Galvão (relator) e Moreira Alves (revisor), o princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública, sendo peculiar, tão somente, aos casos instaurados mediante

¹² Fls. 2.457 dos autos da Ação Penal 307

¹³ Fls. 2.457 dos autos da Ação Penal 307

¹⁴ Fls. 2.460 dos autos da Ação Penal 307

ação penal privada. O Ministro cita os autores Mirabete e Damásio de Jesus como respaldo doutrinário¹⁵.

Passemos, então, para a análise do último aspecto amplamente debatido pelos ministros acerca do tipo penal contido no artigo 317: a necessidade, ou não, de identificação de um ato de ofício praticado pelo corruptor passivo em contrapartida da vantagem econômica solicitada, oferecida ou recebida.

Neste ponto, três ministros formularam seus votos no sentido da não existência de exigência do Código Penal quanto ao apontamento do ato de ofício, quais sejam: Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira. Esta linha de pensamento foi o que os levou a votar ao final pela condenação dos réus pelo crime de corrupção passiva. Os demais Ministros (Celso de Mello, Moreira Alves, Ilmar Galvão, Octavio Gallotti e Sydney Sanches) defenderam posição contrária, ou seja, que o diploma exige sim a identificação do ato de ofício para a configuração do crime previsto no artigo 317, o que culminou na absolvição dos acusados. Vejamos, portanto, as teses.

Os Ministros que votaram pela absolvição quanto ao crime em questão, expuseram que, sem que o agente, executando qualquer das ações realizadoras do artigo 317, caput, do Código Penal, venha a adotar comportamento funcional necessariamente vinculado à prática ou abstenção de qualquer ato de seu ofício – ou sem que ao menos atue na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais -, não se poderá, ausente a indispensável referência a determinado ato de ofício, atribuir-lhe a prática do delito de corrupção passiva.

Desta forma, os Ministros defendem que para a integral realização da estrutura típica do caput do artigo, é de rigor a existência de uma relação da conduta do agente – que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem indevida – com a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício, ante a indispensabilidade que assume tal pressuposto essencial do preceito primário incriminador consubstanciado na norma penal debatida. Assim, sem a necessária referência ou vinculação do comportamento material do servidor público a um ato de ofício (ato este que deve obrigatoriamente incluir-se no complexo de suas atribuições funcionais), revela-se inviável qualquer cogitação jurídica em torno da caracterização típica do crime, sendo irrelevante o comportamento atribuído ao servidor público, como consequência derivada da ausência de tipicidade.

¹⁵ Fls. 2.666 dos autos da Ação Penal 307

Diversos doutrinadores são utilizados como pilar para a tese apresentada, como Magalhães Noronha¹⁶, Heleno Cláudio Fragoso¹⁷ e Júlio Fabbrini Mirabete¹⁸. Este último, inclusive, citado em momentos distintos dos votos, assim como pela defesa de Collor em parecer anexado aos autos. Mirabete sustenta que a falta de menção expressa ao ato de ofício no caput do artigo 317, que a ele só se refere nos parágrafos 1º e 2º, não exclui a imprescindibilidade da relação entre a conduta do agente e o ato funcional¹⁹. Desta feita, o objetivo do legislador ao elaborar tipos diversos no artigo era diferenciar condutas diversas mais ou menos graves. Vejamos, portanto, o artigo 317 integralmente:

“Corrupção passiva

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 (antiga redação, antes da alteração dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003, aumentando a pena para 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” (grifei).

Assim, é possível extrair que o parágrafo primeiro estabelece um tipo penal em que a sanção é mais severa, pois o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou pratica infringindo dever funcional, crime também conhecido como corrupção qualificada, ou própria, segundo Heleno Fragoso, Magalhães Noronha, Celso Delmanto e Damásio de Jesus. Já quanto ao parágrafo segundo, há uma figura menos grave, tratando-se de corrupção passiva privilegiada, denominação pacífica na doutrina, onde o agente retarda ou deixa de praticar ato de ofício, com infração do dever funcional, não motivado por vantagem indevida, mas simplesmente por atender a pedido de *extraneus*. O *caput* é, portanto, a figura básica, fundamental, da corrupção passiva, menos relevante que a forma qualificada e mais grave que a forma privilegiada.

Para o autor:

“afronta a lógica que a lei preveja no fato mais grave e no fato menos grave a necessidade de relação da conduta com um ato de ofício e dispense o mesmo quando se trata da espécie intermediária, ou seja, da corrupção passiva simples, ou, em outros termos, que seja ele indispensável no crime qualificado ou no ilícito privilegiado e não no tipo básico. É sabido que as

¹⁶ Fls. 2.669 dos autos da Ação Penal 307

¹⁷ Fls. 2.669 dos autos da Ação Penal 307

¹⁸ Fls. 2.670 dos autos da Ação Penal 307

¹⁹ Fls. 2.670 dos autos da Ação Penal 307

formas qualificadas e privilegiadas de um delito devem ser interpretadas em função da forma simples do ilícito. Nas primeiras há circunstâncias qualificadoras, que revelam um fato mais grave que a forma básica, sendo necessária a cominação de pena mais severa; nas segundas, há causas de diminuição de pena, para um fato menos relevante que a forma simples. Os elementos básicos das infrações, simples, qualificada ou privilegiada são os mesmos e, no caso, o ato de ofício está contido implicitamente na descrição do art. 317, caput, do Código Penal, que tipifica a forma básica, como nas formas qualificada e privilegiada, em que a menção ao ato funcional é expressa²⁰.

Ou seja, os parágrafos do artigo 317 exigem explicitamente o ato de ofício, assim como a modalidade ativa da corrupção, vez que a expressão “ato de ofício” também está presente no tipo penal do artigo 333. Conclui-se, portanto, que da interpretação sistemática dos tipos dos artigos 317, *in fine*, e 333, decorre que o ato de ofício estaria inserido na expressão “solicitar ou receber... em razão da função”. Para os Ministros, a letra, o sistema e a lógica do Código estão a clamar contra a tipificação do crime sem a existência e comprovação do ato de ofício, ou, pelo menos, da promessa de sua prática ou omissão.

Assim, segundo esta tese, a qual prevaleceu na discussão entre os Ministros, para a configuração do crime em questão, a atividade visada pelo suborno tem que estar abrangida nas atribuições ou na competência do funcionário que a realizou ou se comprometeu a realizá-la, ou que, ao menos, se encontre numa relação funcional imediata com o desempenho do respectivo cargo, assim acontecendo sempre que a realização do ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente.

Vejam, então, a segunda corrente apresentada nos votos. Para Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, o Código Penal exige, apenas, que o servidor, no exercício da função pública, ou fora dela, ou antes de assumi-la, mas em razão da função pública, solicite ou receba, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem indevida, ou aceite promessa de tal vantagem. Não exige, por conseguinte, que a contraprestação do funcionário à vantagem cogitada seja um ato de ofício predeterminado, mas, somente, que haja uma relação genética, uma relação de causa e efeito entre a função do agente e o ato de corrupção visado, auferido ou prometido, ainda que não haja originalmente, no momento da oferta, do recebimento ou solicitação, conexão com um ato específico, com um ato determinado a praticar.

Os Ministros expõem que a vantagem indevida pressupõe atitudes em desfavor do interesse público, em desfavor da moralidade administrativa, a qual a ordem constitucional quer protegida e resguardada. Assim, a lei brasileira pune o fato do servidor público solicitar

²⁰ Fls. 2.671, 2672 dos autos da Ação Penal 307

ou receber, com abuso da função pública que exerce, vantagem indevida, o que propiciará ou poderá gerar a prática de ato em favor de quem deu ou prometeu a vantagem.

Uma comparação com a lei italiana é feita, e resta demonstrado que a fórmula universal para a configuração da corrupção passiva conta com a exigência do apontamento do ato de ofício, expresso nas legislações estrangeiras. O objeto da corrupção é, para eles, centrado na omissão ou prática de determinado ato de ofício. Nossa legislação pátria, entretanto, segue minoritária, desprezando a identificação predeterminada do ato.

Define a lei brasileira:

“Art. 317 (corrupção passiva) - 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”

Incrimina o Código Penal Italiano:

“Art. 318 (corruzione per un atto di ufficio) – Il pubblico ufficio, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per se o per um terzo, in denaro o altra utilità, una retribuzione che non gli dovuta o ne accetta la promessa”

A diferença dos textos é clara para estes Ministros. Enquanto o brasileiro diz: solicitar, receber ou aceitar promessa, em razão da função; o italiano diz: receber ou aceitar promessa para praticar um ato do seu ofício. Desta forma, os comentários adequados à grande maioria das legislações estrangeiras são impróprios à lei brasileira.

Eles seguem argumentando que, no âmbito do funcionário subalterno, o que se compra, o que se pretende comprar, e se oferece, é, geralmente, um ato específico. Contudo, o mesmo não ocorre quando se trata de altos dignitários, sobretudo na área da intervenção do Estado no domínio econômico, como no caso da Presidência da República. Um exemplo fornecido foi que Presidente não celebra contratos pelo BNDES, nem pela Caixa Econômica, não dá licença de importação, entre outros.

Desta feita, as leis penais brasileiras que vigoram antes do Código de 40, todas elas seguiram a trilha da quase unanimidade das legislações penais estrangeiras, sendo sempre o objeto da corrupção a prática ou omissão de ato de ofício. Com a redação do artigo 317 houve uma ruptura, e os Ministros afirmaram que não há como ignorar isso e continuar a interpretar tal crime de acordo com a antiga redação. Ademais, Sepúlveda Pertence acrescenta que não crê ter o Código optado por diferença tão significativa na descrição do tipo apenas por uma questão de elegância na linguagem. Para os Ministros, a alteração que passou a exigir somente que a vantagem fosse solicitada, recebida ou prometida em razão da função, fez toda a diferença para o tipo penal. Não há, portanto, a necessidade da identificação de um ato de ofício praticado pelo corruptor passivo em contrapartida da vantagem econômica solicitada,

oferecida ou recebida, apenas que a vantagem seja solicitada, recebida ou prometida em razão da função do agente público.

Como exposto acima, a tese de Mirabete, repetida pelo primeiro grupo de ministros, tem como premissa que tudo o que se contém no tipo simples estaria necessariamente contido no tipo qualificado ou no privilegiado. Nestes últimos haveria apenas uma circunstância que soma ao tipo simples, seja para exacerbar a sua gravidade (crime qualificado), seja para diminuí-la (crime privilegiado). Sepúlveda Pertence concorda que muitas vezes realmente é assim, como no tipo penal do homicídio, onde a forma simples é matar alguém e a forma privilegiada é também matar alguém, mas se dá relevo, por exemplo, ao motivo de relevante valor social ou moral, estando o tipo base compreendido no tipo privilegiado.

Contudo, particularmente no artigo 317 a universalidade desse pretendido axioma é desmentida. Para Pertence, nos parágrafos do referido artigo não se tem nem verdadeiro tipo qualificado nem verdadeiro tipo privilegiado, vez que o elemento característico básico, nuclear, da corrupção passiva é a vantagem indevida, a venda da função pública, e no parágrafo segundo sequer se cogita a vantagem indevida. O elemento nuclear do tipo simples é ali trocado por coisa inteiramente diversa: agir ou omitir-se contra o dever funcional, para atender a pedido ou cedendo a influência de outrem. É uma corrupção sem corrupção. É, para ele, algo muito mais próximo da prevaricação, apenas se distinguindo pela intervenção de um terceiro, que pede ou exerce influência sobre o funcionário. Assim, cairia por terra o axioma anunciado como verdade universal, do qual resultaria a consequência de ir buscar nos parágrafos um elemento que não está no *caput* e fazê-lo penetrar no tipo simples, à base da premissa de que, se está no tipo qualificado ou no privilegiado, não pode deixar de estar no simples.

Pertence segue com outro argumento:

“o art. 317, como entendo, para usar de expressão de Hungria, pune a venalidade em torno da função pública; a dádiva ou a promessa da vantagem são feitas na expectativa de uma conduta própria do ocupante da função pública, que pode ser, e frequentemente será, um ato de ofício determinado; mas não necessariamente esse ato de ofício determinado, de modo que a incriminação alcance também a vantagem solicitada ou recebida com vistas a provocar uma conduta ativa ou omissiva do funcionário, desde que na esfera de um poder de fato derivado da sua função e, por isso, em razão dela”.²¹

Como dito, na maior parte dos casos, nas áreas de atividade governamental mais propícias à corrupção, não é o alto dignitário, não é o Presidente da República, quem pode

²¹ Fls. 2.720 dos autos da Ação Penal 307

praticar formalmente o ato temido ou desejado, objeto da corrupção. O problema pode ser resolvido em termos de co-autoria, vez que o chefe de governo pode exercer sua influência sobre o funcionário com competência específica para o ato, sendo co-autor dele. Mas isso não é sempre necessário. Não precisará ser co-autor, e sim autor, apenas por uma omissão, como, por exemplo, emitir uma ordem informal de fechar as portas do governo para determinada empresa.

Ademais, para o Ministro, a amplitude da escala penal do artigo vai de um a oito anos de reclusão (na redação da época, pois hoje a pena varia de dois a doze anos, com a alteração dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003), de tal modo a ampliar o tipo e deixar a avaliação em concreto da sua gravidade para o exame do caso concreto.

Carlos Velloso encerra o raciocínio expondo que o tipo qualificado e privilegiado da corrupção passiva exigem sim o ato de ofício, vez que expresso na lei, entretanto, o que se exige no tipo simples é o abuso da função pública, vale dizer, a solicitação ou o recebimento, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de vantagem indevida, ou aceitar a promessa de tal vantagem, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela.

Um exemplo muito claro é fornecido pelo Ministro:

“o diretor do Departamento de Turismo de um certo Ministério insinua, por intermédio de interposta pessoa, que o hotel onde está hospedado poderá ser beneficiado ou prejudicado com a adoção de certas medidas que podem ser adotadas pelo Departamento de Turismo, ao tempo que informa que os hotéis costumam fornecer cortesias ao diretor, não lhe cobrando diárias. Tem-se, em tal caso, um ato de corrupção passiva. A vantagem foi solicitada com abuso da função pública. É o que basta para ser consumada a corrupção passiva tipificada no *caput* do art. 317 do Cód. Penal. Noutras palavras, no tipo simples do *caput* do art. 317 não se exige ato predeterminado do servidor público. Ou se raciocina assim, ou não será possível, senão em casos de servidores subalternos, a punição dos corruptos, dos corruptos de “colarinho branco” ou de “Black tie”. ”²²

Desta forma, foram com os argumentos acima expostos que os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, defenderam a tese da não obrigatoriedade de apontamento na denúncia do ato de ofício utilizado como barganha para o recebimento, solicitação ou aceitação de promessa de vantagem indevida, vez que a lei não exige sua demonstração, mas tão somente que haja uma relação genética, uma relação de causa e efeito entre a função do agente e o ato de corrupção visado, auferido ou prometido, ainda que não haja originalmente, no momento da oferta, do recebimento ou solicitação, conexão com um ato específico, com um ato determinado a praticar.

²² Fls. 2.817 dos autos da Ação Penal 307

Passemos, assim, ao resultado da Ação Penal 307 quanto ao crime de corrupção passiva, imputado aos réus Fernando Affonso Collor de Mello, Paulo César Cavalcante Farias e Cláudio Francisco Vieira, em relação a três fatos concretos: a nomeação de Marcelo Ribeiro, o episódio VASP - PETROBRÁS e o caso Curió – Mercedes-Benz.

O Ministro Sepúlveda Pertence, quanto à nomeação de Marcelo Ribeiro para a Secretaria Nacional dos Transportes, votou no sentido da inconsistência da prova colhida a respeito, embora acreditasse ser a única acusação que a unanimidade do Tribunal julgaria típica, vez que a vantagem recebida da Tratex teria tido por objeto um ato específico de competência privativa do Presidente da República. Acerca do episódio VASP – PETROBRÁS, disse não haver o mínimo de base empírica sobre em que teria consistido a participação pessoal de Collor nas solicitações para que se efetivasse a operação financeira proposta pela VASP. Por fim, quanto ao caso Curió – Mercedes-Benz, votou pela condenação dos dois primeiros acusados, com base em várias provas, em especial as declarações dos diretores da Mercedes-Benz, que explicitaram a advertência de Paulo César Farias de que, se a empresa, que já não contribuía com a campanha de 1989, não resolvesse prestar a ajuda solicitada, poderia sofrer complicações futuras e ter fechadas as portas do Governo.

O Ministro Néri da Silveira votou no sentido da insuficiência de provas quanto aos casos Marcelo Ribeiro e VASP – PETROBRÁS. Contudo, quanto ao episódio Curió - Mercedes-Benz, votou pela condenação de Collor e Paulo César Farias, por entender ter havido solicitação de vantagem indevida, em razão do exercício da função presidencial, pelo primeiro acusado, por intermédio do segundo denunciado, em nome do chefe de governo. Da solicitação resultou a liberação pela empresa de valores que vieram a beneficiar terceiros vinculados ao primeiro réu e no interesse deste.

O terceiro Ministro a votar pela condenação foi Carlos Velloso, o qual imputou o crime de corrupção passiva aos dois primeiros acusados quanto ao episódio Mercedes-Benz – Curió. Ele disse não ter dúvidas que Collor e Paulo César Farias, atuando conjuntamente, o último de forma direta, escancarada, e aquele emprestando seu nome e permitindo que Farias o representasse, solicitaram vantagem econômica indevida à Mercedes. Falaram que as importâncias solicitadas seriam destinadas à campanhas políticas, mas o único político a receber ajuda foi Curió, o qual recebeu cerca de dez por cento do total arrecadado. O atendimento da solicitação, ademais, foi feito com receio de represálias do governo, restando consumado o crime em questão. Velloso, entretanto, absolveu os acusados quanto aos casos VASP – PETROBRÁS e Marcelo Ribeiro, concordando com o Ministro Relator e o Revisor, cujos votos serão explicados.

Importante ressaltar que os três Ministros que votaram pela condenação de Collor e Paulo César Farias, julgaram insuficientes as provas quanto ao terceiro acusado, Cláudio Francisco Vieira.

Os demais Ministros (Celso de Mello, Moreira Alves, Ilmar Galvão, Octavio Gallotti e Sydney Sanches), votaram pela absolvição dos três acusados por motivos semelhantes, visto que todos defenderam a tese da necessidade da identificação de um ato de ofício praticado pelo corruptor passivo em contrapartida da vantagem econômica solicitada, oferecida ou recebida.

Sobre o episódio da nomeação de Marcelo Ribeiro para a Secretaria Nacional dos Transportes, os motivos foram três: insuficiência de provas, ato de ofício não demonstrado nos autos (ou, para alguns, se demonstrado, não provado), e a não denúncia do corruptor passivo, o qual, no caso, seria a empresa EPC da TRATEX, o que levaria a crer que o órgão do Ministério Público não estaria de fato convencido de que o dinheiro recebido teria sido a contrapartida necessária oferecida pela nomeação de Ribeiro.

Acerca do caso VASP – PETROBRÁS, os Ministros absolveram os réus baseando-se na premissa de ausência de requisito típico essencial: a referência objetiva e concreta, na denúncia, a um específico ato funcional pertencente à esfera de competência do Presidente da República.

Por fim, no episódio Mercedes-Benz – Curió, a falta de indicação do ato de ofício também serviu de base para a absolvição. Celso de Mello, inclusive, colocou que, tal como ocorrido com o fato ligado à VASP, a exordial acusatória sequer tinha condições de ser recebida, já que foi omissa na descrição de elemento essencial à configuração do crime, qual seja, o ato de ofício objeto da transação com a autoridade de Presidente da República, exercida por Collor, tratando-se de denúncia inepta²³.

Desta feita, por maioria, o Tribunal absolveu os acusados Fernando Collor de Mello, Paulo César Farias e Cláudio Francisco Vieira, quanto aos episódios relativos à VASP e à Mercedes Benz, com fulcro no artigo 386, III do Código de Processo Penal (não constituir o fato infração penal), e ao episódio de Marcelo Ribeiro, com base no artigo 386, IV do mesmo diploma legal (antiga redação: não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal), vencidos os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, os quais julgaram procedente a ação penal, votando pela condenação dos acusados Collor e Paulo César quanto ao crime de corrupção passiva.

²³ Fls. 2.678 e 2.679 dos autos da Ação Penal 307

2.2 Análise do artigo 317 do Código Penal realizada na Ação Penal 470 - Caso Mensalão

A Ação Penal 470, popularmente conhecida como Caso Mensalão, tratou dos crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta de instituição financeira, corrupção ativa, e, o tema desta trabalho, corrupção passiva. Um breve resumo da denúncia será utilizado para uma melhor compreensão da dinâmica que envolveu o caso.

Segundo o Ministério Público Federal, José Dirceu (Ministro-Chefe da Casa Civil de 01 de janeiro de 2003 até 16 de junho de 2005 e deputado federal até 01 de dezembro de 2005) foi o responsável pela direção e operacionalização do esquema cunhado por Roberto Jefferson (deputado federal e presidente do PTB) de Mensalão. Dinâmica bipartite, segundo dois *modus operandi*: o “loteamento político” de cargos públicos e a distribuição de mesada aos parlamentares.

Os dirigentes partidários e integrantes do governo, de acordo com a inicial acusatória, acordaram em negociar apoio político, pagar dívidas pretéritas do Partido dos Trabalhadores (PT) e custear gastos de campanha, bem como outras despesas do partido em questão e de seus aliados. Tudo com a principal finalidade de garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores.

Para o *Parquet*, Marcos Valério (empresário) teria oferecido a José Dirceu todo o seu conhecimento prático, com a utilização de empresas de publicidades como forma de pulverizar o dinheiro público, mediante, por exemplo: falsa cotação de preços, superfaturamento de preços, serviços não executados, serviços executados aquém dos valores pagos. Assim, as empresas de Marcos Valério (SMP&B e DNA Propaganda) contratavam com o Poder Público (Banco do Brasil e Câmara dos Deputados) e o dinheiro auferido fraudulentamente era repassado: a) diretamente para os parlamentares da base aliada; b) para pessoas físicas ou jurídicas indicadas pelo Tesoureiro do PT (Delúbio Soares); c) para o próprio Partido dos Trabalhadores, mediante a contratação de empréstimos simulados (ou fraudulentos) junto ao Banco Rural e BMG.

Desta forma, a contrapartida dos bancos envolvidos no esquema criminoso consistiria no recebimento de benefícios do núcleo político. De acordo com a exordial acusatória, o Banco BMG, por exemplo, foi autorizado a atuar no mercado de empréstimos consignados, auferindo lucros significativos, mesmo possuindo insignificante número de agências e não contando com pagamento de benefícios previdenciários. O Banco Rural, por sua vez,

conforme a denúncia, visava assegurar vantagens na liquidação extra-judicial do Banco Mercantil e o afrouxamento dos mecanismos de controle sobre as suas operações financeiras.

Nesse cenário, segundo o órgão acusatório, os empresários Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach utilizavam suas empresas e contratos de publicidade para operacionalizar desvio de recursos públicos e a compra de apoio político. Esse desvio ocorria pela simulação de mútuos entre empresas do grupo de Marcos Valério e terceiros, pela ausência de contabilização de serviços e operações financeiras, pela emissão de notas fiscais falsas para justificar pagamentos sem a devida contraprestação, além de outras práticas ilícitas.

A operação criminosa montada para desviar recursos públicos foi desta forma sintetizada pelo Ministério Público: as agências DNA Propaganda e SMP&B obtiveram recursos públicos por meio de contratos com a Câmara dos Deputados e com o Banco do Brasil. Para justificar o numerário obtido, estas empresas teriam forjado empréstimos com os bancos acima listados. Assim, o dinheiro público em tese utilizado no esquema criminoso teria a aparência de meros empréstimos bancários, obtidos pelo Partido dos Trabalhadores e pelas agências de propaganda junto a instituições financeiras. Ou seja, os réus do núcleo publicitário, em concurso com os réus do núcleo financeiro, teriam praticado crimes de lavagem de dinheiro para “esquentar” os recursos públicos desviados pelas agências SMP&B e DNA.

Especificamente acerca do crime de corrupção passiva, foram treze acusados: João Paulo Cunha (Presidente da Câmara dos Deputados); Henrique Pizzolato (Diretor de Marketing do Banco do Brasil); Pedro Corrêa (Presidente do PP); José Janene (vice-líder do Partido Progressista na Câmara dos Deputados e tesoureiro do PP); Pedro Henry (líder do Partido Progressista na Câmara dos Deputados); João Cláudio Genu (assessor do Deputado José Janene); Valdemar Costa Neto (Deputado Federal, Presidente do PL, atual PR, e líder do partido na Câmara dos Deputados); Jacinto Lamas (tesoureiro do PL); Bispo Rodrigues (vice-líder do PL e coordenador da bancada evangélica na Câmara dos Deputados, além de Presidente do PL no Rio de Janeiro e Vice-Presidente Nacional do Partido); Roberto Jefferson (Deputado Federal e Presidente do PTB); Emerson Palmieri (Primeiro-secretário do PTB); Romeu Queiroz (Deputado Federal pelo PTB, Presidente do PTB em Minas Gerais e Presidente da Comissão de Viação e Transportes da Câmara); e José Borba (Deputado Federal pelo PMDB, líder do partido na Câmara dos Deputados a partir de janeiro de 2004).

A Ação Penal 470 foi julgada em blocos, sendo examinados os fatos e provas dos crimes narrados em cada um dos oito capítulos da denúncia. O tipo penal da corrupção

passiva estava presente no capítulo III, tratando especificamente dos réus João Paulo Cunha e Henrique Pizzolato, e no capítulo VI, onde os demais parlamentares foram julgados.

Nesta divisão, no capítulo III, o crime do artigo 317 foi analisado, primeiramente, à luz dos seguintes fatos narrados na denúncia referentes ao acusado João Paulo Cunha: 1) recebimento de R\$ 50 mil, em espécie, pelo réu em questão, correspondentes a um cheque da SMP&B, recebidos, através de sua esposa, no Banco Rural de Brasília; 2) atos de ofício inseridos no poder do então Presidente da Câmara dos Deputados, de: 2.1) determinar a política de comunicação da Casa, no exercício da função; 2.2) constituir a Comissão Especial de Licitação, que lançaria o Edital de Concorrência para a contratação de nova agência de publicidade pela Câmara, de que sairia vencedora, como “melhor proposta técnica”, a SMP&B; 2.3) atuar na execução contratual, autorizando despesas com a contratação de terceiros no âmbito do contrato de publicidade da Câmara com a SMP&B. Assim, a SMP&B, agência de publicidade administrada por Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, foi contratada pela Câmara dos Deputados em 31 de dezembro de 2003, por meio de licitação na modalidade “melhor técnica”, após uma reunião em que João Paulo Cunha recebera os R\$ 50 mil.

Após, o artigo foi debatido pelos Ministros focando no réu Henrique Pizzolato, o qual, segundo a denúncia, recebeu, em razão do cargo de Diretor de Marketing do Banco do Brasil, o montante de R\$ 326.660,67, no dia 15 de janeiro de 2004, oriundos de cheque da DNA Propaganda, que mantinha contrato com a entidade pública em que o acusado exercia suas funções. O dinheiro foi recebido em espécie, por mecanismos de ocultação e dissimulação da natureza, origem, movimentação, localização e propriedade do dinheiro. Desta forma, em troca da vantagem indevida, o acusado Henrique Pizzolato, no exercício do cargo de Diretor de Marketing do Banco do Brasil, determinou quatro repasses milionários para a DNA Propaganda, envolvendo recursos do Banco do Brasil mantidos junto ao Fundo de Incentivo da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento – Visanet.

Por fim, no capítulo VI, os acusados envolvidos na discussão acerca do crime de corrupção passiva foram: Pedro Corrêa, José Janene, Pedro Henry, João Cláudio Genu, Valdemar Costa Neto, Jacinto Lamas, Bispo Rodrigues, Roberto Jefferson, Emerson Palmieri, Romeu Queiroz e José Borba. Os fatos e as provas examinados estavam relacionados aos pagamentos de elevadas quantias em espécie aos parlamentares, em razão da função, tendo por fim influenciar a prática de atos de ofício. Assim, os recursos utilizados na prática de crimes, seguiram o seguinte caminho: 1º) desvio de recursos da Câmara dos Deputados e do Banco do Brasil, por meio de contratos de publicidade com as agências dos réus Marcos

Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach; 2º) ocultação e dissimulação da origem criminosa por meio de empréstimos bancários fictícios, contraídos pelos mesmos réus, nunca pagos ou amplamente perdoados, seja no principal, seja nos juros e encargos que deveriam incidir caso tivessem sido observadas as regras do sistema financeiro nacional, especialmente as relativas às renovações de empréstimos e à reclassificação do risco; e 3º) finalmente, depois de terem sua origem criminosa dissimulada com os empréstimos fraudulentos, os recursos foram sacados em espécie, a partir de cheques assinados pelos acusados Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, nominais às suas agências de publicidade, mas distribuídos, ao longo de dois anos, em uma das últimas etapas do processo de lavagem de dinheiro, e a parlamentares indicados por réus ligados ao Partido dos Trabalhadores.

Nesta última etapa, a denúncia afirma que os valores colhidos teriam sido utilizados para a realização de pagamentos a parlamentares da base aliada a fim de cooptar apoio no Congresso Nacional a projetos do Governo Federal, como as votações para a Reforma da Previdência e a Reforma Tributária. Tais pagamentos seriam efetuados de maneiras diversas, mas principalmente por meio de saques em espécie nas contas das empresas de Marcos Valério. Em geral, os próprios acusados beneficiários enviariam pessoas interpostas para receber o numerário nas agências do Banco Rural e, em outras ocasiões, haveria a entrega, por agentes da SMP&B, do numerário em espécie aos acusados beneficiários. Por vezes, o numerário seria transferido aos beneficiários mediante mecanismos ainda mais complexos.

Os pagamentos teriam por objetivo, repita-se, na conformidade da peça acusatória, angariar apoio político para formar ilicitamente a base de sustentação do Governo Federal, configurando o crime de corrupção ativa por parte dos responsáveis, o de corrupção passiva por parte dos acusados beneficiários, e ainda o de lavagem de dinheiro, com os peculatos, a gestão fraudulenta e a corrupção como antecedentes.

Com efeito, para o *Parquet*, nos autos restou comprovada a realização de transferências milionárias de dinheiro – R\$ 55 milhões – por réus ligados ao Partido dos Trabalhadores em proveito de vários parlamentares de partidos que, mediante sua atuação, passaram a compor a base aliada do Governo na Câmara dos Deputados. Para o órgão, a Reforma da Previdência e a Reforma Tributária foram os principais exemplos de votações do interesse do Governo na Câmara dos Deputados que sofreram interferência desses pagamentos, embora não tenham sido os únicos atos de ofício cuja prática se pretendeu influenciar. Para a acusação, essas reformas receberam o fundamental apoio dos parlamentares comprados pelo Partido dos Trabalhadores e das bancadas por eles orientadas ou dirigidas, exatamente no momento em que foram realizados os maiores repasses de

dinheiro aos parlamentares acusados. Este fato restaria confirmado pela confissão dos réus e, também, por meio dos laudos periciais, recibos informais e e-mails, além de declarações de testemunhas.

Segundo o Ministério Público, os parlamentares beneficiados pelos pagamentos de dinheiro eram responsáveis pela condução de votos de vários outros correligionários, contando com o especial papel atribuído aos líderes de bancadas de parlamentares na Câmara dos Deputados. Portanto, concluiu o órgão acusador que os pagamentos de dinheiro em espécie tiveram o poder de influenciar importantíssimos atos de ofício, formando uma base de apoio alinhada ao Partido dos Trabalhadores na Câmara, que conferiu facilmente majorias favoráveis aos interesses dos corruptores.

Uma vez expostos os fatos sobre os quais os Ministros se debruçaram para formarem sua convicção acerca da possível configuração do tipo penal da corrupção passiva, passemos, portanto, a análise do crime previsto no artigo 317 do Código Penal, realizada na Ação Penal 470.

Primeiramente, importante ressaltar que os Ministros desprenderam mais tempo para o estudo dos fatos imputados aos acusados do que para a análise abstrata do artigo 317, vez que o processo contava com quarenta réus respondendo por vários crimes. Assim, somente alguns pontos teóricos foram levantados.

Para tratar do tema da corrupção passiva e situar o julgamento, o Ministro Luiz Fux, iniciou seu voto falando sobre a prova da infração penal em crimes do colarinho branco²⁴. Diante do estudo do artigo 317 do Código Penal, a noção de *white collar crime* é particularmente importante por evidenciar a necessidade de considerar as infrações praticadas por indivíduos ocupantes de posições de poder como crimes e não apenas ofensas civis. Assim, o Bureau of Justice Statistics (BJS) dos Estados Unidos utiliza o seguinte conceito de *white collar crime*: crime não violento dirigido ao ganho financeiro, cometido mediante fraude. Observa-se, portanto, que não há um rol delimitado de delitos que compõem a categoria de “crimes do colarinho branco”, mas é possível concluir que a corrupção passiva, obviamente, se amolda a este conceito.

Ademais, a dificuldade de repressão desse tipo de crime se deve, dentre outros fatores, ao fato de que o delito econômico é, aparentemente, uma operação financeira ou mercantil, uma prática ou procedimento como outros muitos no complexo mundo dos negócios. A

²⁴ Sobre “crimes do colarinho branco”, Fux expõe que: “constituem um conceito relativamente novo, que apenas alcançou reconhecimento no ano de 1939, nos Estados Unidos, em um discurso do sociólogo Edwin Sutherland na American Sociological Society, que criticou criminólogos da época por atribuírem a criminalidade à pobreza ou a condições psicopáticas e sociopáticas”. Fls. 1.495 dos autos da Ação Penal 470

ilicitude não se constata diretamente, sendo necessário, não raras vezes, lançar mão de perícias complexas e interpretar normas de compreensão extremamente difícil. As manobras criminosas são realizadas utilizando complexas estruturas societárias, que tornam muito difícil a individualização correta dos diversos autores e partícipes. Assim, essas sutilezas que marcam a identidade dos crimes do “colarinho branco” constituem razões que devem informar a lógica probatória inerente à sua persecução.

O Ministro segue seu raciocínio falando um pouco sobre a prova da infração nesse tipo de crime, constatando que, contemporaneamente, chegou-se à generalizada aceitação de que a verdade (indevidamente qualificada como “absoluta”, “material” ou “real”) é algo inatingível pela compreensão humana, por isso que, no afã de se obter a solução jurídica concreta, o aplicador do Direito deve guiar-se pelo foco na argumentação, na persuasão, e nas inúmeras interações que o contraditório atual, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo, permite aos litigantes. Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua função persuasiva, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. Desta forma, o que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos.

Resgatou-se nos votos de diversos ministros, portanto, a importância dos indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta. Para Fux, particularmente, a função persuasiva da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

Neste contexto, o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, assim a definindo no art. 239: “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Neste sentido, o Plenário do Supremo decidiu na AP 481, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgada em 08/09/2011 que “indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente” .

Tais pontuações realizadas pelos magistrados foram essenciais para a compreensão do porque nesses delitos econômicos e sofisticados unem-se as forças das provas diretas e dos indícios.

Um pequeno número de ministros expôs brevemente o entendimento já pacificado sobre o termo “vantagem indevida” no tipo penal do artigo 317 e a irrelevância do seu destino. Para Luiz Fux, quanto ao elemento “vantagem indevida”, tem-se a sua caracterização quando auferido benefício de qualquer espécie em desacordo com o ordenamento jurídico, seja em razão da ilicitude da sua causa, seja em razão do modo irregular da sua aquisição²⁵. A Ministra Cármen Lúcia acrescenta que, para a configuração do crime de corrupção passiva, a destinação dada à vantagem indevida é fato irrelevante, por não se tratar de elemento objetivo do tipo penal²⁶. Cezar Peluso conclui o tema expondo que:

“é absolutamente irrelevante que, por hipótese, o dinheiro se destinasse ao pagamento de pesquisas pré-eleitorais, e que a caneta “Mont Blanc”, recebida de Marcos Valério, tenha sido doada ao Programa “Fome Zero”. É que se trata de crime de corrupção passiva, cuja natureza formal prescinde do resultado naturalístico, consumando-se com a própria realização de um dos núcleos do tipo, no caso o recebimento da vantagem indevida”²⁷.

Outra questão fundamental suscitada nos autos foi a adequada diferenciação entre o crime previsto no art. 317 do Código Penal (corrupção passiva) e aquele estipulado no art. 350 do Código Eleitoral (falsidade ideológica eleitoral em razão de “caixa dois”). Contextualizando, segundo a denúncia, os acusados (parlamentares e outros agentes públicos) teriam recebido dinheiro indevido em razão da sua função, como contraprestação para apoiar politicamente a agremiação partidária de governo. Tal circunstância importaria o crime de corrupção passiva (art. 317, Código Penal). Contudo, a defesa sustentou que o dinheiro foi pago como simples acerto de contas não regularmente escrituradas no balanço contábil dos partidos políticos (“caixa dois”), o que, na visão dos acusados, configuraria o crime do art. 350 do Código Eleitoral, o qual, à época, já restaria prescrito²⁸.

A diferença entre os dois crimes, entretanto, é clara e insta ser esclarecida. O Ministro Fux fez a análise do tipo da corrupção passiva, e observou a existência dos seguintes

²⁵ Fls. 1.527 dos autos da Ação Penal 470

²⁶ Fls. 1.952 dos autos da Ação Penal 470

²⁷ Fls. 2.210 dos autos da Ação Penal 470

²⁸ Importante ressaltar que, embora sem endereçamento direto e imediato pela legislação brasileira, a prática de “caixa dois” é atualmente enquadrada como crime de falsidade ideológica, descrito genericamente no artigo 299 do Código Penal, e previsto especificamente no art. 350 da Lei nº 4.737/65 enquanto relacionado ao processo político-eleitoral. Lendo-se os dispositivos, nota-se que o art. 350 do Código Eleitoral tipifica a mesma conduta que o art. 299 do Código Penal, evidenciando que, ontologicamente, a essência dos comportamentos é a mesma, qual seja, de ato fraudulento, qualquer que seja a finalidade pretendida pelo criminoso. O aparente conflito de normas penais resolve-se, contudo, pelo postulado da especialidade, de sorte que a incidência da falsidade eleitoral (art. 350, Código Eleitoral) prejudica a aplicação do tipo insculpido no artigo 299 Código Penal.

elementos: (i) solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente; (ii) vantagem indevida; e (iii) em razão da função. O segundo conceito já foi visto acima, e o magistrado em questão concluiu que o repasse de verbas para um partido político feito em desacordo com a legislação eleitoral pertinente configurou, sem dúvidas, uma vantagem indevida. Entretanto, tal situação pode ou não evoluir para a caracterização do crime de corrupção passiva, a depender do preenchimento dos demais requisitos do tipo.

Ou seja, se determinado candidato a cargo público eletivo recebe doação de terceiro que simpatize com a sua plataforma de campanha, sem, contudo, realizar a correspondente escrituração contábil do valor, a vantagem é indevida, já que os candidatos são obrigados por lei a declarar à Justiça Eleitoral todas as importâncias recebidas para custear a campanha, até para a verificação dos limites legais aplicáveis. Porém, não se observa, só por essa conduta, uma correspondente potencialidade de interferência no exercício da função pública, mas apenas um compartilhamento de ideais. Assim, faltando o elemento típico “em razão da função”, não incide o *praeceptum iuris* do art. 317 do Código Penal. O fato, porém, não é atípico, e o agente deve responder pelo delito previsto no art. 350 do Código Penal.

Fux continua com outra hipótese, onde integrantes de agremiação política oferecem e pagam dinheiro aos membros de outro partido, em troca do apoio político aos interesses da primeira organização. Neste caso, a vantagem é indevida pelo simples fato de ter sido repassada sem a observância da liturgia imposta pela lei eleitoral. Além disso, é certo que foi paga em razão da função pública, pois teve por finalidade angariar ou manter o apoio de parlamentares, capazes, por óbvio, de influir na vida política nacional. Nesse cenário, quando a motivação da vantagem indevida é a potencialidade de influir no exercício da função pública, tem-se o preenchimento dos pressupostos necessários à configuração do crime de corrupção passiva. Não obsta essa conclusão o fato de o agente público destinar a vantagem ilícita recebida a gastos de titularidade do partido político. Com efeito, o *animus rem sibi habendi* se configura com o recebimento “para si ou para outrem”, nos termos do caput do art. 317 do CP²⁹.

Prosseguindo-se o estudo realizado nos votos da Ação Penal 470 acerca do crime de corrupção passiva, um ponto frisado pelos ministros foi o fato da bilateralidade não constituir elemento integrante da estrutura do tipo penal do delito de corrupção, ou seja, mesmo sendo o escopo da norma penalizar tanto o corrupto (agente público, enquadrado no artigo 317 do Código Penal), como o corruptor (terceiro, enquadrado no artigo 333 do Código Penal), nem

²⁹ Fls. 1.529 dos autos da Ação Penal 470

sempre haverá uma necessária correspondência entre o delito de corrupção passiva (art. 317) e o crime de corrupção ativa (art. 333).

Desta feita, os votos destacaram que a não bilateralidade necessária deste crime é amplamente reconhecida pela doutrina que, ao analisar as normas primárias inscritas no art. 317 e no art. 333 do Código Penal, identifica tipos penais de ação múltipla ou de conteúdo variável, cuja realização pode verificar-se, unilateralmente, tal seja a modalidade típica caracterizadora do comportamento infracional do agente. Como respaldo foram citados Nelson Hungria, Damásio E. de Jesus, Celso Delmanto e Julio Fabbrini Mirabete³⁰.

Assim, concluem os ministros que, ainda que muitas vezes caminhem lado a lado, como aspectos simétricos de um mesmo fenômeno, os tipos penais de corrupção ativa e passiva são intrinsecamente distintos e estruturalmente independentes, de sorte que a presença de um não implica, desde logo, a caracterização de outro. Isso fica evidente pelos próprios verbos que integram o núcleo de cada uma das condutas típicas. De um lado, a corrupção passiva pode configurar-se por qualquer das três ações do agente público: a solicitação de vantagem indevida (“solicitar”), o efetivo recebimento de vantagem indevida (“receber”) ou a aceitação de promessa de vantagem indevida (“aceitar promessa”). De outro lado, a corrupção ativa decorre de uma dentre as seguintes condutas descritas no tipo de injusto: o oferecimento de vantagem indevida a funcionário público (“oferecer”) ou a promessa de vantagem indevida a funcionário público (“prometer”). Assim é que, se o agente público solicita vantagem indevida em razão da função que exerce, já se configura crime de corrupção passiva, a despeito da eventual resposta que vier a ser dada pelo destinatário da solicitação. Pode haver ou não anuência do terceiro. Qualquer que seja o desfecho, o ilícito de corrupção passiva já se consumou com a mera solicitação de vantagem. De igual modo, se o agente público recebe oferta de vantagem indevida vinculada aos seus misteres funcionais, tem-se caracterizado de imediato o crime de corrupção passiva por sua parte, e corrupção ativa por parte do ofertante. Ademais, o agente público não precisa aceitar a oferta feita pelo particular para que o crime se concretize para este. Uma vez realizada a oferta, já está consumada a corrupção ativa. Uma vez recebida, consuma-se a corrupção passiva. Trata-se, portanto, de ilícitos penais independentes e autônomos.

Celso de Mello finaliza o debate salientando que o fato de ser eventualmente desconhecido o corruptor ativo naquelas hipóteses típicas em que o agente público recebe ou aceita promessa de vantagem indevida não impede, só por si, que o Ministério Público ofereça

³⁰ Fls. 2.441 dos autos da Ação Penal 470

denúncia, por corrupção passiva, apenas contra o servidor estatal que se deixou subornar, isto porque o princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública, sendo peculiar, tão somente, aos casos instauráveis mediante ação penal privada. O Ministro cita a doutrina de Mirabete e Damásio E. de Jesus, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como alicerce³¹.

O fato do tipo previsto no artigo 317 ser formal ou material também foi bastante discutido pelos ministros, justamente para adentrar o debate sobre a necessidade, ou não, da demonstração do ato de ofício. A distinção entre crimes materiais e formais exige a análise do núcleo do tipo. Assim, se a conduta somente se realiza com o advento do resultado, o crime é material, porém, se o comportamento opera a consumação do delito, independentemente do resultado material, o crime qualifica-se como formal. Os ministros divergiram quanto a este ponto.

O Ministro Peluso afirmou que “o crime é formal em qualquer das suas três modalidades (solicitar, receber ou aceitar promessa) e, pois, também na de receber. Seu tipo penal não exige mais nada, senão apenas o ato do recebimento, que, no caso, é inquestionável porque foi confessado”³². Fux esclarece expondo que, por ser modalidade de crime formal, a corrupção passiva prescinde de resultado naturalístico para sua consumação, ainda que possa, eventualmente, provocar modificação no mundo exterior, como mero exaurimento da conduta criminosa³³.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, pediu vênia para divergir do posicionamento dominante acima elucidado, e afirmou ser o crime de corrupção passiva plúrimo, ou seja, com mais de um núcleo, e, assim sendo, cada um deles merece uma análise específica. Sob a forma “solicitar”, ela não divergiu, e disse ser o crime formal, mas sob a forma “receber”, disse ser material, isto porque no primeiro núcleo, basta a solicitação para realizar o tipo, no segundo, todavia, pressupõe-se o efetivo recebimento da propina por não se esgotar, o tipo, na mera aceitação de vantagem indevida. Logo, conclui que em se tratando do núcleo “solicitar”, o efetivo recebimento da propina constitui exaurimento do crime, mas no caso do núcleo “receber”, a percepção da vantagem integra a fase consumativa do delito. A Ministra colhe o magistério de Cezar Roberto Bitencourt, citando-o:

“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de

³¹ Fls. 2.442 dos autos da Ação Penal 470

³² Fls. 2.165 dos autos da Ação Penal 470

³³ Fls. 1.522 dos autos da Ação Penal 470

qualquer sorte, em razão da mesma. Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, o que envolve conduta ativa, um agir, e nessa medida crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação. Receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. A iniciativa aqui parte do corruptor, a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como também recebe a oferta. Nessa linha, a utilização de um terceiro para receber a propina – com vista a ocultar ou dissimular o ato, seu objetivo e real beneficiário-, integra a própria fase consumativa do crime de corrupção passiva, núcleo receber, e qualifica-se como exaurimento do crime de corrupção ativa”³⁴.

Assim, como último tópico analisado nos votos tratando do crime de corrupção passiva, e, por sua relevância, amplamente debatido por todos os ministros, passemos a análise realizada em contrapartida à tese das defesas acerca da ausência de tipicidade por força da inexistência de ato de ofício no crime em questão.

Como dito, a Ação Penal 470 foi julgada em blocos, e o tipo penal da corrupção passiva esteve presente no capítulo III, tratando especificamente dos réus João Paulo Cunha e Henrique Pizzolato, e no capítulo VI, onde os demais parlamentares foram julgados. Desta forma, ao analisarem o capítulo III, os ministros externalizaram seus posicionamentos quanto ao ato de ofício, e, após, ao passarem para o capítulo VI, já estava formado certo entendimento majoritário, o que culminou no fato de alguns ministros mudarem seu posicionamento inicial para acompanhar a tese vencedora.

Quando do julgamento do capítulo III, os Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Ayres Britto foram claramente defensores da tese de que não se fazia necessária a identificação de algum ato de ofício. Por outro lado, em um primeiro momento, os Ministros Lewandowski e Dias Toffoli assentaram a imprescindibilidade de se apontar o ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo exercido para configurar-se o crime de corrupção passiva. Como será melhor explicado, quando da análise do capítulo VI, estes Ministros defendem nova tese, passando a seguir o entendimento majoritário da Corte, firmado na parte do julgamento relativa aos réus João Paulo Cunha e Henrique Pizzolato. Os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Celso de Mello, por sua vez, tem nos seus votos passagens defendendo a corrente majoritária, e partes defendendo a necessidade de apontamento do ato de ofício, o primeiro pendendo mais para a tese da não exigência de demonstração do ato de ofício, e os dois últimos, mais para a tese minoritária. Vejamos, portanto, as correntes.

³⁴ Fls. 1.086 dos autos da Ação Penal 470

Primeiramente, a minoritária, inicialmente exposta por Lewandowski e Dias Toffoli, e que exige para a caracterização da corrupção passiva a prática de um ato de ofício pelo funcionário público, como contraprestação da vantagem indevida, solicitada, recebida ou aceita como promessa. Segundo estes Ministros, a doutrina mais abalizada ressalta que é preciso que o agente pratique, retarde ou omita um ato de ofício relacionado com a vantagem indevida.

Lewandowski cita como exemplo Heleno Cláudio Fragoso, o qual diz que o crime do artigo 317 “está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo”³⁵. Coloca, ainda, Magalhães Noronha, que, na mesma linha, constata que deve “haver relação entre o ato executado ou a executar e a coisa ou utilidade” prometida ou entregue em razão da função pública, complementando que “não há corrupção passiva se o ato não é da atribuição do funcionário”³⁶. Continua, destacando Mirabete, no sentido de que “a falta de menção expressa ao ‘ato de ofício’ no caput do artigo 317, do Código Penal, que a ele só se refere nos parágrafos 1º e 2º, não exclui a imprescindibilidade da relação entre a conduta do agente e o ato funcional”³⁷. Damásio de Jesus³⁸ e Celso Delmanto³⁹ são citados no mesmo sentido. Por fim, o Ministro pontua Paulo José da Costa, o qual ressalta ser “indispensável, (...) que a vantagem venha a ser solicitada, recebida ou aceita em troca de um ato funcional”⁴⁰.

Sob uma perspectiva do Direito Comparado, o Ministro constata que a grande maioria dos países europeus exige a prática de um ato de ofício para caracterizar esse tipo delituoso. E, para ele, foi exatamente no modelo suíço que se inspirou o legislador brasileiro, como ensina Nelson Hungria, cuja presença foi marcante na Comissão Revisora do Código Penal de 1940.

Neste ponto, Lewandowski destaca um trecho do voto Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Ação Penal 307, Caso Collor (o qual, à época, se colocou contrário à necessidade de apontamento do ato de ofício para a configuração do crime de corrupção passiva), para mostrar que as leis penais brasileiras que vigoram antes do Código de 40, todas

³⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 438.

³⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1973, pp. 265- 268.

³⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 1989, p. 302.

³⁸ Damásio De Jesus, por sua vez, anota que “deve haver um nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização do ato funcional”. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 135.

³⁹ Celso Delmanto pontua que no delito de corrupção passiva, o que se pune “é o tráfico da função pública”. E arremata: “a solicitação, recebimento ou aceitação deve ser para a prática ou omissão de ato inerente à sua função”. DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 510

⁴⁰ COSTA, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 474.

elas, seguiram a trilha da quase unanimidade das legislações penais estrangeiras, sendo sempre o objeto da corrupção a prática ou omissão de ato de ofício. Reforçando sua tese, coloca que “nesse julgamento paradigmático, o Plenário desta Suprema Corte assentou a imprescindibilidade de se apontar ‘o ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo’ exercido para configurar-se o crime de corrupção passiva”⁴¹. Assim, transcreve um fragmento do voto do Ministro Celso de Mello na Ação Penal 307:

““Torna-se imprescindível reconhecer, portanto, para o específico efeito da configuração jurídica do delito de corrupção passiva tipificado no art. 317, caput, do Código Penal, a necessária existência de uma relação entre o fato imputado ao servidor público e um determinado ato de ofício pertencente à esfera de atribuições do intraneus.

(...)

Sem a necessária referência ou vinculação do comportamento material do servidor público a um ato de ofício – ato este que deve obrigatoriamente incluir-se no complexo de suas atribuições funcionais –, revela-se inviável qualquer cogitação jurídica em torno da caracterização típica do crime de corrupção passiva definido no caput do art. 317 do Código Penal.

(...)

Revela-se essencial, portanto, no caso em exame, sob pena de absoluta descaracterização típica da conduta imputada aos réus, a precisa identificação de um ato de ofício incluível na esfera das atribuições do Presidente da República e por este, direta ou indiretamente, prometido ou oferecido como resposta à indevida vantagem solicitada, recebida ou esperada”.

O Ministro Dias Toffoli não analisa de forma profunda o artigo 317, a princípio, atentando-se mais para a subsunção dos fatos imputados aos réus ao crime em questão, mas, para condenar Henrique Pizzolato, aponta especificamente o ato de ofício praticado com violação das normas regulamentares do Banco do Brasil e do fundo Visanet, o qual redundou no recebimento, pelo Diretor de Marketing e Comunicação do Banco do Brasil S.A., de vantagem indevida ofertada por Marcos Valério àquele agente público equiparado.

Desta forma, eles concluem ser certo que o Código Penal brasileiro impõe uma relação de causa e efeito entre a função pública e o ato de corrupção a ser praticado, ainda que na modalidade omissiva. Contudo, ao analisarem o capítulo VI da denúncia, referente aos demais parlamentares acusados, ambos os Ministros abandonam suas teses e passam a seguir a orientação majoritária da Corte:

“Como já decidido por este Plenário em capítulo anterior, no que inclusive fiquei vencido, a corrente majoritária formou-se no sentido de ser despcienda a existência do ato de ofício para a tipificação do crime de corrupção passiva, bastando, para tanto, que a vantagem seja oferecida em razão do exercício de cargo público. A partir desta premissa, curvo-me a

⁴¹ Fls. 953 dos autos da Ação Penal 470

essa orientação e, doravante, passo a orientar o teor deste meu voto nesse sentido”⁴². (Dias Toffoli)

“Destaco, mais uma vez, que as condutas descritas, na interpretação agora dominante perante o Supremo Tribunal Federal (a orientar o comportamento de todos os agentes públicos e políticos indistintamente), se adéqua ao tipo imputado aos parlamentares, na medida em que a solicitação da vantagem, na espécie, estaria motivada pela função pública por eles exercida, o que basta para configurar a relação de causalidade entre ela e o fato imputado. Frise-se, mais uma vez, que os elementos constantes dos autos refletem o entendimento doutrinário agora acolhido pela jurisprudência maior sobre a questão, pois, embora não se possa provar a existência da prática de um ato específico de ofício de competência dos réus, com o recebimento de vantagem indevida, é possível deduzir-se, com clareza, que a dádiva solicitada visava a dar apoio financeiro ao partido ao qual os citados parlamentares estavam filiados”⁴³. (Dias Toffoli)

“No voto que proferi, quando examinei a imputação de corrupção passiva irrogada aos corréus HENRIQUE PIZZOLATO e JOÃO PAULO CUNHA, assentei que seria imprescindível que o agente público tivesse consciência de que estaria recebendo uma vantagem indevida para praticar ou deixar de praticar determinado ato de ofício compreendido em sua esfera de atribuições. Arrimeei o meu entendimento na tese externada pelo Ministro Celso de Melo no julgamento da AP 307 (...). O Plenário desta Corte, todavia, por sua douta maioria, ao apreciar a mesma matéria nesta AP 470, externou um entendimento mais abrangente, assentando ser suficiente, para a configuração do tipo previsto no art. 317 do Código Penal o mero recebimento de vantagem indevida, por funcionário público, dispensando-se a precisa identificação do ato de ofício. E mais: dispensou, também, a necessidade de indicação da relação entre o recebimento da vantagem por parte do servidor e a prática de determinado ato funcional. Basta, pois, segundo entende a Corte, para a caracterização do delito de corrupção passiva, que se demonstre o recebimento de vantagem indevida, subentendendo-se a possibilidade ou a perspectiva da prática de um ato comissivo ou omissivo, não identificado, presente ou futuro, atual ou potencial, desde que este esteja na esfera de atribuições do funcionário público. (...) Para a atual composição da Corte, como se vê, trata-se de um crime de mera conduta, de “consumação antecipada”, bastando, para caracterizá-lo, o recebimento da vantagem indevida, em face de um ato de ofício abstrato, em perspectiva. Pois bem. Como disse o Ministro Joaquim Barbosa ao absolver a ré AYANNA TENÓRIO da imputação do delito de lavagem de dinheiro, no capítulo IV de seu voto, depois de ter sido ela exonerada pela maioria de seus pares, “*como um fiel e obediente observador da colegialidade, eu sigo o Plenário*”. E assim o faço, também, em respeito às premissas assentadas pela maioria dos integrantes da Corte acerca do delito de corrupção passiva, para ter como comprovada, nos termos abaixo, a prática deste crime imputado ao réu PEDRO CORRÊA, uma vez dispensada a precisa identificação do ato de ofício que este deveria ou poderia praticar.”⁴⁴ (Ricardo Lewandowski)

⁴² Fls. 4.225 dos autos da Ação Penal 470

⁴³ Fls. 4.291 dos autos da Ação Penal 470

⁴⁴ Fls. 3.729 a 3.733 dos autos da Ação Penal 470

Para finalizar o exposto sobre a primeira tese, defendendo a necessidade de apontamento do ato de ofício, importante salientar o argumento defensivo de alguns parlamentares. Para ilustrar as defesas, por exemplo, Valdemar Costa Neto, deputado federal pelo PL, réu no julgamento da Ação Penal 470, suscitou, como os demais, ser indispensável a existência de nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização de ato funcional de sua competência. Ele se utiliza da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 307, movida pelo Ministério Público Federal contra Fernando Collor de Mello e outros como fundamento para sua absolvição. Ele diz que deveria ser apontada na denúncia ou nas alegações finais, portanto, a ocorrência de ao menos um ato - ação ou omissão - necessariamente ligado ao exercício da função⁴⁵.

Passemos, assim, à análise da corrente amplamente majoritária no julgamento do caso Mensalão, qual seja, a que defende que o ato de ofício, no crime de corrupção passiva, é mero exaurimento do ilícito, cuja materialização exsurge perfeita e acaba com a simples conduta descrita no tipo de injusto. Em síntese: o crime de corrupção passiva configura-se com a simples solicitação ou o mero recebimento de vantagem indevida, ou de sua promessa, por agente público, em razão das suas funções, ou seja, pela simples possibilidade de que o recebimento da propina venha a influir na possível prática de ato de ofício.

O voto do Ministro Marco Aurélio tem início com uma verificação dos artigos 317 e 333 do Código Penal, os quais versam sobre a corrupção ativa e a passiva. Ele demonstra que a cabeça dos dispositivos direciona no sentido de ter-se a definição do que poderia apontar como corrupção simples. A seguir, há parágrafos, nesses artigos, que revelam causas de aumento, e, percebendo-se as premissas alusivas a essas causas de aumento, ver-se-á que, aí sim, cogita-se de dever funcional e aponta-se que, se o servidor – gênero – retarda a prática do ato, deixa de praticar o ato ou o pratica contrariando o denominado dever funcional. Assim, entendendo-se que, na própria cabeça dos artigos, já se exige a prática do ato denominado de ofício, não haveria razão para concluir-se pela prevalência das causas de aumentos.

No tocante à corrupção passiva, os núcleos estão na referência a solicitar ou receber. Pode ser que se solicite e não haja a satisfação do valor, e mesmo assim se tem a incidência, a tipologia requerida pela ordem jurídica. Neste raciocínio, Marco Aurélio assentou como ideia básica que o ato de ofício, o implemento do ato de ofício, está ligado à forma qualificada ou à

⁴⁵ Fls. 4.269 dos autos da Ação Penal 470

causa de aumento de uma das espécies de corrupção, mesmo porque, quanto à passiva, pode ocorrer quando o servidor já esteja inclusive fora da função, e até mesmo antes de assumi-la⁴⁶.

A Ministra Carmén Lúcia segue este mesmo raciocínio, garantindo não ter relevo obter-se a prova plena da efetiva prática do ato de ofício pelos parlamentares acusados, por terem eles sido denunciados pela forma simples de corrupção passiva (art. 317, caput, do Código Penal). Ela afirma ser a prática do ato imprescindível somente na forma qualificada deste crime (art. 317, §1º, do Código Penal), e cita Nelson Hungria⁴⁷ e Luiz Regis Prado:

“Por se tratar de delito de mera atividade, a corrupção passiva se consuma com a solicitação ou o recebimento da vantagem indevida, bem como com a aceitação da promessa da aludida vantagem, não sendo imprescindível que o agente venha a praticar ato funcional. (...) O legislador inseriu no §1º do artigo 317 causa especial de aumento de pena (denominada pela doutrina como corrupção qualificada) em razão do exaurimento da conduta delitiva, em que o agente, em face da motivação propiciada pela vantagem indevida ou promessa de vir a recebê-la, retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional, caracterizando-se a corrupção própria”⁴⁸.

Luiz Fux acrescenta ao debate, ao expor que, quando a motivação da vantagem indevida é a potencialidade de influir no exercício da função pública, tem-se o preenchimento dos pressupostos necessários à configuração do crime de corrupção passiva. Portanto, a prática de algum ato de ofício em razão da vantagem recebida não é necessária para a caracterização do delito, bastando que a causa da vantagem seja a titularidade de função pública. Para o Ministro, essa circunstância, *per se*, é capaz de vulnerar os mais básicos pilares do regime republicano, solidamente assentado sobre a moralidade, a probidade e a impessoalidade administrativa.

De qualquer sorte, elucida que, ainda que despiciendo seja o ato de ofício, as regras da experiência comum, que integram o *iter* do raciocínio jurídico discursivo, indicam que o “favor” será cobrado adiante, em forma de sujeição aos interesses políticos dos que o concederam. Por isso, é mesmo dispensável a indicação de um ato de ofício concreto praticado em contrapartida ao benefício auferido, bastando a potencialidade de interferência

⁴⁶ Fls. 2.416 dos autos da Ação Penal 470

⁴⁷ “Corrupção qualificada (§1º do art. 317). A pena cominada à corrupção passiva simples 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’. Apresenta-se, aqui, um caso de exaurimento do crime (seguindo-se à consumação) funciona como condição de maior punibilidade. A majoração é condicionada à efetiva violação do dever funcional: retardamento ou abstenção de ato de ofício, ou prática de ato contrário ao dever do cargo ou função. Nos dois primeiros casos, trata-se de ato ilícito (que se retarda ou se omite); no terceiro, de ato ilícito” (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. IX, p.370).

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. Vol. 3 - parte especial: arts. 250 a 359-H. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 443 e 445

no exercício da função pública. A comprovação da prática, omissão ou retardamento do ato de ofício é apenas uma majorante, prevista no §1º do art. 317 do Código Penal.

Rosa Weber resume as colocações expostas pelos Ministros ao longo do julgamento afirmando que a indicação do ato de ofício não integra o tipo legal da corrupção passiva. Basta que o agente público que recebe a vantagem indevida tenha o poder de praticar atos de ofício para que se possa consumir o crime do artigo 317 do Código Penal. Se provada a prática do ato, tipifica-se a hipótese de incidência do §1º do artigo 317, aumentando-se a pena.

Importante salientar a afirmação da Ministra de que o precedente da Suprema Corte consubstanciado no julgamento da Ação Penal 307 (Caso Collor) não é aplicável ao caso do Mensalão. Isto porque, na ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto vencido, defendeu que a configuração do crime do art. 317 do Código Penal não exigiria que a vantagem indevida fosse solicitada ou recebida em decorrência de ato de ofício do agente público, mas apenas que a vantagem fosse solicitada ou recebida em razão da função do agente público. No voto da maioria, porém, conduzido pelo Ministro Ilmar Galvão, entendeu-se que a tipicidade exigiria que a vantagem indevida fosse solicitada ou recebida em vista de ato de ofício entre as atribuições funcionais do agente corrompido. Assim, naquele caso, a denúncia não discriminava ato algum de ofício realizado ou mesmo pretendido que tivesse motivado vantagem indevida concedida ao então Presidente da República. Já na Ação Penal 470, para Weber, há vários atos de ofício apontados na inicial acusatória. De qualquer sorte, ainda que não se verificassem os atos de ofício, a efetiva prática, a omissão ou o retardamento da prática do ato é apenas causa de aumento da pena, conforme art. 317, §1º, e art. 333, parágrafo único, do Código Penal, de todo desnecessária para a caracterização ou consumação do crime na modalidade do caput.

Alguns doutrinadores são utilizados para fundamentar a tese majoritária, como Cezar Roberto Bitencourt⁴⁹, mais de uma vez Luiz Regis Prado⁵⁰, e Guilherme de Souza Nucci, o qual afirma que “a pessoa que fornece a vantagem indevida pode estar preparando o

⁴⁹ Bitencourt, Cezar Roberto, Código Penal Comentado. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1182: “a corrupção passiva consiste em solicitar, receber, ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer, sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas, solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá”.

⁵⁰ Prado, Luiz Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 3, p. 443: “[O] ato de ofício objeto do delito de corrupção passiva não deve restar desde o início determinado, ou seja, não é necessário que no momento em que o funcionário solicita ou recebe a vantagem o ato próprio de suas funções esteja individualizada em todas as suas características. Basta apenas que se possa deduzir com clareza qual a classe de atos em troca dos quais se solicita ou se recebe a vantagem indevida, isto é, a natureza do ato objeto da corrupção”.

funcionário para que, um dia, dele necessitando, solicite, algo, mas nada pretenda no momento da entrega do mimo”. Entende, ainda, que essa circunstância configura “corrupção passiva do mesmo modo, pois fere a moralidade administrativa”⁵¹.

Uma vez esclarecidas as duas teses defendidas pelos Ministros, a minoritária afirmando ser indispensável para a configuração do crime de corrupção passiva que a vantagem venha a ser solicitada, recebida ou aceita em troca de um ato funcional, e a majoritária entendendo ser mesmo dispensável a indicação de um ato de ofício concreto praticado em contrapartida ao benefício auferido, bastando a potencialidade de interferência no exercício da função pública, passemos a exposição dos três votos restantes, referentes aos Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Celso de Mello, visto serem posicionamentos mais complexos que os demais.

Começamos pelo Relator da Ação Penal 470, o Ministro Joaquim Barbosa. Em certo momento do julgamento, o ministro afirmou que o entendimento sedimentado da doutrina e da jurisprudência, extraído do próprio teor do art. 317 do Código Penal, é no sentido de que a prática do crime de corrupção passiva pode se dar antes de o acusado assumir a função, desde que a vantagem indevida seja solicitada em razão dessa função. Ele, então, cita o Relator da Ação Penal 307, Ministro Ilmar Galvão, para expor que na hipótese da solicitação ou recebimento da vantagem indevida ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, o corruptor passivo não pode praticar ato funcional algum, mas pode, em razão do futuro retorno a ele, ou de sua próxima ocupação, empenhar a sua realização, como forma de garantir a vantagem.

Ele segue, apontando atos de ofício praticados pelos parlamentares acusados, mas afirma que “a efetiva prática do ato de ofício não é elementar do tipo penal, servindo, na espécie, para reforçar a demonstração da prática criminosa”⁵². Contudo, em outro momento de seu voto, afirma que “assim, como elemento normativo do tipo, o ‘ato de ofício’ deve ser representado no sentido comum, como o representam os leigos, e não em sentido técnico-jurídico”, e que “nesse sentido, o eminente Ministro Ilmar Galvão, no histórico *leading case* dessa Corte, produzido na Ação Penal 307, já havia fixado que basta, para os fins dos tipos penais dos artigos 317 e 333 do Código Penal que o ‘ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente’”. Continua citando o Ministro Celso de Mello quando do julgamento do Caso Collor:

⁵¹ Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal comentado. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1111

⁵² Fls. 3.507 dos autos da Ação Penal 470

“Para a integral realização da estrutura típica constante do art. 317, caput, do Código Penal, é de rigor, ante a indispensabilidade que assume esse pressuposto essencial do preceito primário incriminador consubstanciado na norma penal referida, a existência de uma relação da conduta do agente – que solicita, ou que recebe, ou que aceita a promessa de vantagem indevida – com a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício. (...) Não custa insistir, desse modo, e tendo presente a objetividade jurídica da infração definida no art. 317, caput, do Código Penal, que constitui elemento indispensável – em face do caráter necessário de que se reveste esse requisito típico – a existência de um vínculo que associe o fato atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) com a perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público”.

E conclui que “no caso em análise, é inegável a presença deste específico elemento normativo do tipo penal, especialmente em razão dos poderes inerentes ao exercício do cargo dos agentes públicos que solicitaram recursos”⁵³. Entretanto, ao finalizar seu voto afirma ser irrelevante para consumação do delito de corrupção se há existência de vínculo entre um ato de ofício e a vantagem recebida, pois é crime formal e, portanto, independe da efetiva prática do ato de ofício que se pretende influenciar através do pagamento da vantagem indevida. Ademais, se utiliza da explicação do Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto na Ação Penal 307 para tratar do fato de que na corrupção de altos dignitários não necessariamente o que se compra, se pretende comprar ou se oferece é um ato específico, e o que o agente mercadeja é sua função. Ou seja, em seu voto, ora o Ministro se utiliza da tese majoritária, ora da minoritária.

Gilmar Mendes, por sua vez, afirma, em um esclarecimento sobre seu voto no capítulo VI, que ele, Celso de Mello e o Relator (Joaquim Barbosa) entendem que se exige, sim, para tipificar o crime, o ato de ofício⁵⁴. O Ministro, ao analisar os fatos imputados aos acusados, diz ser indubitável que a vantagem fora aceita em razão de típicas atividades parlamentares, consubstanciando o essencial ato de ofício exigido para configuração do tipo penal⁵⁵. Em outro momento, entretanto, diz que o ato não precisa ser determinado, mas tem que haver a conexão entre o ato e a função pública, mas não, propriamente, o ato materializado, visto ser indiferente para a consumação do delito que o ato funcional venha a ser praticado ou não. Assim, não defende que a imputação possa ser genérica, abstrata, despida de conteúdo descritivo mínimo, mas entende que a relevância penal é a mercancia da função pública e não o ato em si, o qual, inclusive, pode ser lícito.

⁵³ Fls. 3.680 e 3.681 dos autos da Ação Penal 470

⁵⁴ Fls. 4.448 dos autos da Ação Penal 470

⁵⁵ Fls. 4.367 dos autos da Ação Penal 470

Importante ressaltar que o Ministro Revisor, Lewandowski afirmou que a Corte reviu seu posicionamento firmado na Ação Penal 307 e abandonou a exigência do ato de ofício. Gilmar Mendes, contudo, não compreende dessa forma. Ele diz que a jurisprudência construída no Caso Collor permanece inalterada, pois é indispensável ato de ofício em potencial para configuração do crime de corrupção passiva, apesar de não ser necessária sua efetiva prática pelo corrupto⁵⁶. Finaliza seu posicionamento enfatizando seu entendimento de que a jurisprudência não mudou a propósito da exigência do ato de ofício, assentado na Ação Penal 307, e que há a exigência de que na própria denúncia se aponte o ato. Vale salientar que ele condena os réus, pois a Procuradoria-Geral apontou os atos de ofício de que se cuidava, no que diz respeito à corrupção, e foi possível identificar sua prática na análise do processo.

Por fim, vejamos o voto do Ministro Celso de Mello, o qual, vale a ressalva, julgou tanto a Ação Penal 307, quanto a, ora debatida, Ação Penal 470. Seu entendimento é bem parecido com o do Ministro Gilmar Mendes. Senão, vejamos, ele afirma que, sem que o agente, executando qualquer das ações realizadoras do tipo penal constante do artigo 317, *caput*, venha a agir ao menos na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais, não se poderá, ausente essa vinculação ao ato de ofício, atribuir-lhe a prática do delito de corrupção passiva. Portanto, para a integral realização da estrutura típica constante do artigo 317, *caput*, torna-se imprescindível reconhecer a necessária existência de uma relação entre o fato imputado ao servidor público e o desempenho concreto de ato de ofício, que até pode não ocorrer, pertencente à esfera de suas atribuições funcionais.

Celso de Mello continua, expondo ser suficiente para efeito de integral realização do tipo penal, que a conduta do agente, quando não venha ele a concretizar desde logo a prática, ou abstenção, de um ato de seu próprio ofício, tenha sido motivada pela perspectiva da efetivação ulterior de um determinado ato funcional. O Ministro cita, então, alguns doutrinadores, como Heleno Fragoso, para quem o delito em pauta está na perspectiva de um ato de ofício⁵⁷, e Magalhães Noronha, o qual salienta que o comércio da função pública reclama, dentre diversos elementos que tipificam a corrupção passiva, um requisito de ordem objetiva consistente em haver relação entre o ato executado ou a executar, e a coisa ou utilidade oferecida, entregue ou prometida ao servidor público⁵⁸.

Recorre, ainda, a Mirabete, no parecer produzido nos autos da Ação Penal 307, onde afirma que afronta a lógica que a lei preveja no fato mais grave (parágrafo primeiro do artigo

⁵⁶ Fls. 4.361 dos autos da Ação Penal 470

⁵⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio, “Lições de Direito Penal”, vol. II/438, 1980, Forense

⁵⁸ MAGALHÃES NORONHA, Edgard, “Direito Penal”, vol. 4/244, item n. 1.320, 17ª ed., 1986, Saraiva

317) e no fato menos grave (parágrafo segundo) a necessidade de relação da conduta com um ato de ofício e dispense o mesmo quando trata da espécie intermediária (*caput*), ou seja, da corrupção passiva simples, ou, em outros termos, que seja ele indispensável no crime qualificado e no ilícito privilegiado e não no tipo básico. Continua a citar o doutrinador, afirmando ser sabido que as formas qualificadas e privilegiadas de um delito devem ser interpretadas em função da forma simples do ilícito. Assim, nas primeiras há circunstâncias qualificadoras, que revelam um fato mais grave que a forma básica, sendo necessária a cominação de pena mais severa; nas segundas, há causas de diminuição de pena, para um fato menos relevante que a forma simples. Portanto, os elementos básicos das infrações, simples, qualificada ou privilegiada são os mesmos e, no caso, o ato de ofício está contido implicitamente na descrição do art. 317, *caput*, do Código Penal, que tipifica a forma básica, como nas formas qualificada e privilegiada, em que a menção ao ato funcional é expressa⁵⁹.

O Ministro conclui, a despeito das colocações contrários da maioria dos magistrados, que a orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal a propósito do ato de ofício, no julgamento da Ação Penal 307, permanece íntegra, não sofrendo qualquer modificação. Ele expõe que no Caso Collor, o ex-Presidente da República foi absolvido em razão de falha na denúncia, por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. No Caso Mensalão, entretanto, o Ministério Público não incidiu nesta mesma falha, pois descreveu, de modo claro, a existência do necessário liame entre o ato de ofício e o comércio da função pública por parte dos réus.

Desta feita, dos treze acusados da Ação Penal 470 pelo crime de corrupção passiva, um faleceu, restando extinta a sua punibilidade nos termos do artigo 107, I, do Código Penal, e os outros doze foram condenados. Isto porque os Ministros que defenderam a necessidade de identificação do ato de ofício conseguiram demonstrar o ato, mesmo que, para alguns, só haja a necessidade da perspectiva desse ato; e porque os Ministros que apresentaram a tese acerca da dispensabilidade da indicação de um ato de ofício concreto praticado em contrapartida ao benefício auferido, bastando a potencialidade de interferência no exercício da função pública, conseguiram visualizar a potencial interferência. Senão, vejamos.

No capítulo III, o qual compreendia os acusados João Paulo Cunha e Henrique Pizzolatto, os Ministros votaram no seguinte sentido: ambos foram condenados pelo delito de corrupção passiva, este de forma unânime, e aquele com dois Ministros vencidos.

⁵⁹ Fls. 4.479 dos autos da Ação Penal 470

Em relação a Henrique Pizzolato, os Ministros que veem a necessidade de demonstração do ato de ofício votaram pela condenação, pois entenderam que este se utilizou de interposta pessoa para receber dinheiro, em espécie, no Banco Rural, por mecanismo de lavagem de dinheiro. Em troca da vantagem indevida, o acusado, no exercício do cargo de Diretor de Marketing do Banco do Brasil, determinou quatro repasses milionários para a DNA Propaganda, envolvendo recursos do Banco do Brasil mantidos junto ao Fundo de Incentivo da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento – Visanet. Assim, restou comprovado que o réu recebeu vantagem indevida, oriunda da DNA Propaganda, para determiná-lo a praticar atos de ofício, consistentes nos repasses antecipados de recursos do Banco do Brasil à DNA Propaganda, sem previsão contratual e sem controle sobre o emprego dos recursos.

Já os Ministros que não acreditam ser o ato de ofício elemento do tipo penal da corrupção passiva, justificaram seus votos pela condenação, visto que, em razão do cargo de Diretor de Marketing do Banco do Brasil, valendo-se de um intermediário, Pizzolato recebeu de Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Rogério Tolentino, no dia 15 de janeiro de 2004, a quantia de R\$ 326.660,67, como contraprestação pelos benefícios ilicitamente proporcionados ao grupo de empresarial de Marcos Valério. Para eles, Henrique Pizzolato tinha sim, em razão do cargo que ocupava, condições de agir em favor da empresa de Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbac, não sendo necessário o apontamento de um ato específico visado.

Em relação a João Paulo Cunha, os únicos Ministros que votaram por sua absolvição foram exatamente os mesmos que defendem a necessidade de identificação do ato de ofício. Assim, justificaram seus votos dizendo que, diante das provas produzidas dos autos, concluíram que não ficou comprovada a prática de nenhum ato de João Paulo Cunha para dar tratamento privilegiado à SMP&B no procedimento de licitação debatido no caso. Ademais, falaram que ficou bem demonstrado que o réu solicitou os R\$ 50.000,00 diretamente ao Partido dos Trabalhadores, autorizados e providenciados pelo tesoureiro da agremiação, Delúbio Soares, para pagar uma pesquisa eleitoral efetivamente realizada. Ou seja, o dinheiro não fora recebido pelo acusado para, de qualquer modo, interferir na licitação, da qual foi vencedora a SMP&B. Portanto, sem a necessária identificação do ato de ofício, nem a imprescindível prova da relação entre a conduta do agente e o ato funcional desejado pelo corruptor, votaram pela absolvição do réu.

Os demais Ministros condenaram o Presidente da Câmara dos Deputados por entenderem que a denúncia atribuiu ao acusado apenas o delito capitulado no *caput* do artigo 317 e, assim, afirmam categoricamente a desnecessidade da efetiva prática do ato,

contentando-se a consumação do delito de corrupção passiva com a simples perspectiva da prática de um ato. Os Ministros concluíram, portanto, que, por todas as circunstâncias, havia sim a conexão entre os R\$ 50.000,00 pagos pela SMP&B a João Paulo Cunha e o que veio a ocorrer em seguida no processo de licitação da Câmara, em que foi vitoriosa a referida empresa, com indícios de favorecimento ilícito na licitação, contratação e execução do contrato. Quanto à destinação do dinheiro depois de recebido, se foi mesmo direcionado a custear pesquisas eleitorais ou se trata de álibi construído a *posteriori*, tal se mostrou irrelevante para a caracterização ou não do crime de corrupção. A vantagem indevida não se transforma em devida se destinada a pesquisas eleitorais. Reputaram, portanto, provado o crime de corrupção passiva referente a João Paulo Cunha pelo recebimento de propina, vantagem indevida, no montante de R\$50.000,00 em 04/09/2003 em razão das funções exercidas na Presidência da Câmara dos Deputados. O Ministro Cezar Peluso acrescentou que, “ainda que não tenha praticado nenhum ato de ofício, nem lícito, nem ilícito, no curso da licitação, o denunciado, não poderia, sem cometer o crime de corrupção, ter aceitado esse dinheiro dos sócios da empresa que concorria à licitação”⁶⁰.

No capítulo VI, como dito, estavam compreendidos os demais parlamentares acusados do crime contido no artigo 317 do Código Penal, quais sejam: Pedro Corrêa, José Janene, Pedro Henry, João Cláudio Genu, Valdemar Costa Neto, Jacinto Lamas, Bispo Rodrigues, Roberto Jefferson, Emerson Palmieri, Romeu Queiroz e José Borba. José Janene teve extinta a sua punibilidade em razão de falecimento. Os demais foram condenados por unanimidade, exceto: Pedro Henry, João Cláudio Genu e Emerson Palmieri, os quais foram por maioria.

Em relação aos parlamentares condenados por unanimidade, a justificativa pelo resultado foi que as condutas descritas, segundo a interpretação dominante perante o Supremo Tribunal Federal, se adéquam ao tipo imputado aos parlamentares, na medida em que a solicitação da vantagem, na espécie, estaria motivada pela função pública por eles exercida, o que basta para configurar a relação de causalidade entre ela e o fato imputado. Alguns Ministros salientaram que, embora em relação a alguns réus não se possa provar a existência da prática de um ato específico de ofício de sua competência, com o recebimento de vantagem indevida, é possível deduzir-se, com clareza, que a dádiva solicitada visava a dar apoio financeiro ao partido ao qual os parlamentares estavam filiados.

Ademais, para a corrente minoritária, a alegação da defesa de que não há prova da prática de qualquer ato de ofício capaz de atestar a consumação do crime de corrupção ativa,

⁶⁰ Fls. 2.169 dos autos da Ação Penal 470

não mereceu ser acolhida. Para eles, de fato, como sustenta a defesa, não houve, a despeito da existência de fortes indícios, prova contundente de que a lei A ou B foi aprovada especificamente em razão de um determinado saque bancário pelo parlamentar que a aprovou. Aliás, impor essa prova ao Ministério Público Federal seria o mesmo que reclamar prova diabólica. Entretanto, havia prova efetiva da prática de ato de ofício pelos parlamentares corrompidos e pelo corruptor. O ato de ofício praticado consistiu, portanto, no comportamento dos parlamentares em continuarem a fazer parte da base aliada mediante pagamento. Explicaram que esse comportamento não teria ocorrido se os saques bancários não tivessem sido autorizados e recebidos. A prática de corrupção se confirmou mediante a comprovação de que a base aliada do governo, que incluía parlamentares do próprio partido governante, não se desfez em razão do cognominado esquema do mensalão. Contribuições de terceiros para a participação em eleições são admitidas, mas desde que observem a legislação eleitoral e tenham como nítido objetivo angariar recursos para as campanhas. *In casu*, substanciais recursos financeiros foram repassados a diversos réus parlamentares em troca de apoio político, e a exigência de dinheiro em troca desse apoio configura inexoravelmente o crime de corrupção. É incumbência do representante do povo no Congresso votar de acordo com a sua consciência, e não em decorrência de um pagamento feito por terceiro sob a frágil justificativa de se tratar de Caixa 2. Os Ministros seguem afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro não autoriza, em hipótese alguma, que um parlamentar perceba, além do que já recebe dos cofres públicos, dinheiro de terceiros para votar em um ou em outro sentido, porquanto essa circunstância ofende a moralidade, princípios ético-políticos basilares, e a lei penal.

Os Ministros Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio absolveram Pedro Henry por entenderem não haver provas suficientes para a condenação. Para eles, a circunstância de haver sido membro da cúpula do PP e líder do partido não significa, necessariamente, que tenha participado dos delitos que lhe foram imputados pela acusação. Não vislumbraram adequada, ou mesmo mínima, a descrição da participação do acusado na empreitada criminoso. É que, não obstante o acervo probatório coligido aos autos tenha comprovado satisfatoriamente as transferências de recursos das empresas de Marcos Valério, em prol de parlamentares ligados ao Partido Progressista, não logrou o órgão ministerial demonstrar qual a efetiva participação do acusado Pedro Henry na empreitada criminoso. A denúncia, para os Ministros, não descreveu a sua participação nas supostas tratativas financeiras para compor a base aliada do governo federal. Com efeito, tal peça não esclarece se ele sabia ou não que as quantias entregues a terceiros eram oriundas de crime contra a administração pública, tampouco se as pessoas que receberam os valores teriam alguma

relação com o acusado, e nem mesmo ficou provado que ele teria recebido qualquer importância em dinheiro.

Quanto a João Cláudio Genu, assessor do deputado José Janene, Dias Toffoli defendeu isoladamente que o réu era mero intermediário encarregado do recebimento dos valores encaminhados por ordem de Marcos Valério, não sendo possível inferir que tivesse ele ciência de que os recursos que lhe foram entregues fossem de origem duvidosa, razão pela qual entendeu estar ausente, na espécie, o elemento subjetivo do tipo: o dolo direto.

Por fim, quanto a Emerson Palmieri, primeiro-secretário do PTB, Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio divergiram da maioria, que votou pela condenação. Segundo eles, Palmieri apenas guardou o dinheiro recebido no cofre, a pedido do Presidente do Partido, e, com sua ação, em nada contribuiu para o resultado com vínculo subjetivo, psicológico, ajudando os demais membros do suposto grupo para a produção do resultado. Para os Ministros, ele, que seria o administrador do partido, ao receber o valor de R\$ 200 mil, imediatamente entregou ao presidente do partido e disse que o numerário somente poderia ser recebido se devidamente contabilizado.

Consideradas, portanto, todas as peculiaridades dos votos relativos ao crime de corrupção passiva na Ação Penal 307 e 470, passemos a uma análise crítica sobre o assunto.

2.3 Análise Crítica

Neste capítulo, veremos os pontos mais polêmicos tratados em ambas as ações penais, de forma a tecer-se uma análise crítica dos mesmos. Primeiramente, será comentado o princípio da indivisibilidade e a ação penal pública. Após, a classificação referente ao crime de corrupção passiva como formal ou material será abordada, incluindo-se a análise da bilateralidade entre este delito e a corrupção ativa, em especial, na modalidade “receber”. E, por fim, será vista a controvérsia acerca da necessidade, ou não, de apontamento do ato de ofício no tipo penal do artigo 317 do Código Penal, e todos os seus desdobramentos.

Em ambas as ações penais explanadas no presente trabalho, os Ministros afirmaram que o princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública, isto para justificar o fato de que a ação penal não teria que ser proposta contra o corrupto e o corruptor, necessariamente, sendo os crimes dos artigos 317 e 333 autônomos e independentes. De fato, tais tipos penais são distintos, e a caracterização de um não implica, obrigatoriamente, na presença do outro, podendo, sim, o Ministério Público oferecer denúncia somente contra o corruptor ativo ou passivo.

Ocorre que uma análise mais profunda sobre a questão merece ser feita, pois a simples afirmação de que na ação penal pública não incide o princípio da indivisibilidade, pode levar a conclusões erradas, como a de que o *Parquet*, possuindo um inquérito repleto de materialidade de um crime e de autoria relativa a dois indivíduos, tivesse o direito de denunciar somente um, o que implicaria lesão ao princípio da obrigatoriedade, pacificamente presente ao se tratar de ação penal pública.

Explica-se, iniciando-se com uma explanação acerca da ação penal privada. Tendo em vista o princípio da oportunidade⁶¹ da ação penal privada, tornou-se imperativo o legislador regular a matéria da indivisibilidade desta ação de forma expressa no artigo 48 do Código de Processo Penal, de forma a impedir o querelante de utilizar-se do direito de ação de forma discriminatória. Dessa forma, o artigo 48 dispõe que “a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”. Em decorrência desse princípio, o manejo da ação penal privada só se legitima se for intentada contra todos os agentes da conduta delitiva que tiverem a autoria conhecida.

Uma vez facultativa a ação penal privada, o legislador tornou claro o princípio da indivisibilidade, criando mecanismos para o seu controle no artigo 45 e 48 do mesmo diploma, com o aditamento realizado pelo Ministério Público. O artigo 48, como exposto, atribui ao *Parquet* velar pela indivisibilidade da ação privada, e o artigo 45 explicita que “a queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subseqüentes do processo”.

Ademais, o princípio da indivisibilidade na ação penal privada gera desdobramentos relativos à extinção da punibilidade. Caso o querelante renuncie ao direito de queixa em favor de qualquer dos autores do crime, essa renúncia a todos se estenderá (art. 49 do CPP). E o perdão judicial concedido a um dos querelados também a todos aproveitará, não produzindo efeito somente em relação ao querelado que eventualmente o recusar (art. 51 do CPP). A consequência, portanto, do desrespeito a esse princípio na ação penal privada é a extinção da punibilidade de todos os autores do delito, ou o aditamento realizado pelo Ministério Público⁶².

⁶¹ Princípio da conveniência ou oportunidade (ou facultatividade): o querelante não está obrigado ao exercício da ação penal privada, de forma que exercerá o direito de queixa apenas se quiser, conforme lhe seja conveniente e ache oportuno.

⁶² Cabe a observação acerca dos quatro entendimentos referentes aos efeitos do desrespeito ao princípio da indivisibilidade na ação penal privada: cabe ao Ministério Público aditar a queixa conforme arts. 45 e 48 ou a omissão em relação a um dos autores é causa de renúncia tácita que se estende a todos os autores do crime conforme art. 49? Para Polastri, o Código de Processo Penal não deu ao órgão ministerial poderes para aditar a queixa, e ele velará pela indivisibilidade pedindo a renúncia tácita para todos os envolvidos. Já para Mirabete, deve-se perquirir a razão da omissão. Se ela foi proposital, houve renúncia que se estende a todos os autores do

Passando-se à análise do princípio em questão em relação à ação penal pública, nota-se que prevalece na doutrina o entendimento que a ausência de dispositivo expresso acerca deste princípio em relação à ação penal pública, não exclui sua aplicação. Foi necessário explicitar a incidência do princípio da indivisibilidade na ação penal privada por não ser esta regida pelo princípio da obrigatoriedade, o que poderia levar a crer que seria possível escolher contra quem se iria propor a ação. Na ação penal pública, contudo, tal fato não se dá, pois havendo indícios de autoria recaindo sobre várias pessoas, o Ministério Público estará obrigado a oferecer a ação contra todos, por força do princípio da obrigatoriedade, que se desdobra implicitamente no princípio da indivisibilidade.

Senão vejamos. A obrigatoriedade prevê que, presentes os requisitos legais, o Ministério Público deverá deflagrar a ação penal, não podendo deixar de fazê-lo por questões de política criminal. Desdobra-se, assim, na indivisibilidade, que garante que a ação penal pública deve ser proposta em face de todos os autores do crime. Contudo, eventuais omissões na denúncia não geram qualquer consequência processual, uma vez que não existe a figura do arquivamento implícito, podendo o *Parquet* denunciar algum autor do crime em um momento, e outro posteriormente, após recolher os elementos em relação a ele.

A rigor, tanto o princípio da indisponibilidade⁶³ como o da indivisibilidade são consectários lógicos do princípio da obrigatoriedade. A melhor doutrina explica essa questão, como Afrânio Silva Jardim⁶⁴, André Nicolitt⁶⁵, e Aury Lopes Jr⁶⁶.

Assim, como citado, os efeitos da indivisibilidade são distintos para a ação penal pública e para a ação penal privada, visto que, nesta última, como explicado, não proposta a ação em relação a um dos autores do fato, pode ocorrer a extinção da punibilidade. Já na ação penal pública, a não propositura da ação em relação a um dos agentes, não gera a extinção da punibilidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, através de suas ementas, e nas ações penais debatidas neste trabalho, a despeito da doutrina majoritária, entende que a ação penal pública é divisível. Entretanto, ao ler-se a íntegra de outros processos, percebe-se

fato. Se houve um erro material, caberá ao querelante aditar a queixa. Para Sergio Demoro, diante da contradição entre os artigos 45, 48 e 49, a solução será interpretá-los pró-réu, ou seja, renúncia tácita para todos os envolvidos. Por fim, segundo Pacelli e Tourinho, o querelante não é obrigado a concordar com o indiciamento feito pelo delegado e em situações como esta, caberá ao Ministério Público, como *custus legis*, velar pela indivisibilidade e aditar a queixa.

⁶³ Uma vez proposta a ação, o Ministério Público não pode desistir, dispor do seu andamento

⁶⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 117

⁶⁵ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Elsevier, 2012, p. 125

⁶⁶ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, Saraiva, 2012, p. 390

que o que se pretende explicar é que eventuais omissões na denúncia não geram qualquer consequência processual, uma vez que, conforme entendimento majoritário, não existe a figura do arquivamento implícito⁶⁷. O órgão ministerial pode, portanto, denunciar outros autores do crime posteriormente, por erro ou por ainda não possuir os elementos de autoria, e isso não gerará consequências, sendo a ação penal pública, portanto, para o Supremo, divisível.

Alguns julgados explicam a questão aos salientarem a possibilidade de aditamento da denúncia pelo Ministério Público quando, a partir de novas diligências, sobrevierem provas suficientes para novas acusações, o que afasta o efeito da indivisibilidade na ação penal privada referente à extinção da punibilidade. Neste sentido, por exemplo, o HC 96.700, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 17-3-2009, Segunda Turma, DJE de 14-8-2009, e o HC

⁶⁷ O arquivamento implícito é, como define Paulo Rangel, um cochilo do órgão de acusação e do julgador. Ocorre nos casos de concurso de pessoas (arquivamento implícito subjetivo) ou concurso de crimes (arquivamento implícito objetivo), quando o Ministério Público, sem oferecer qualquer justificativa, oferece a denúncia apenas contra um ou alguns dos envolvidos ou abrangendo apenas alguns crimes, nada mencionado com relação àqueles que ficaram de fora. Caso o juiz também não perceba essa omissão e receba a acusação daqueles que foram denunciados, ocorrerá, para os outros, o chamado arquivamento implícito. Parte da doutrina admite essa hipótese de arquivamento, porém a jurisprudência e doutrina majoritárias ainda vem se mostrando contrária a tal prática, podendo o órgão ministerial aditar a denúncia ou mesmo oferecer nova acusação contra aquele que ficou de fora, enquanto não extinta a punibilidade do acusado. Corrente minoritária, defendida por Mirabete e Paulo Rangel, afirma ser perfeitamente admissível haver o arquivamento implícito do inquérito policial. Tal corrente argumenta que a função do processo não é unicamente instrumental, isto é, não serve apenas como instrumento legal para que possa o Estado exercer o seu *jus puniendi*. É necessário que haja um respeito ao devido processo legal, não podendo o sujeito pagar por eventuais erros dos órgãos acusatório e julgador, que não exerceram corretamente suas funções, esquecendo de mencionar na denúncia os fatos criminosos que estavam contidos no inquérito, ou deixando de mencionar na peça acusatória o indiciado, ou não exercendo a devida fiscalização do princípio da obrigatoriedade e indivisibilidade da ação penal pública. Corrente majoritária, entretanto, formada, dentre outros, por Polastri, defende ser inadmissível o arquivamento implícito, por, basicamente, quatro motivos. O primeiro trata do fato do princípio da obrigatoriedade reger a ação penal pública, não cabendo ao órgão ministerial deixar de propor ação por motivos de política criminal ou qualquer outro não previsto em lei, e o arquivamento implícito não está previsto em lei. Segundo, pois tal instituto viola o princípio da indivisibilidade da ação penal, e, estando presentes todos os requisitos para o exercício da ação, esta não poderá deixar de ser proposta em face de todos os indivíduos que praticaram uma conduta típica, ilícita e culpável. Terceiro, pois é certo que qualquer decisão judicial deve ser devidamente fundamentada, segundo o artigo 93, IX, da CRFB/88, e no arquivamento implícito não há homologação expressa por parte do juiz para arquivar-se o inquérito, o mesmo é arquivado sem qualquer motivação judicial. O quarto e último argumento trata do artigo 569 do Código de Processo Penal, que garante que “as omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final”. Porquanto, havendo omissões na denúncia e, posteriormente, o juiz deixe de aplicar o art. 28 do CPP, basta apenas o Ministério Público tão logo tome o conhecimento de tal omissão, use do art. 569 do CPP, e adite a denúncia para suprir a omissão e fazer valer todos os princípios anteriormente mencionados. Neste sentido é a colocação de Afrânio Silva Jardim: “entretanto, havendo sempre a possibilidade de tal dispositivo ser descumprido na prática, não restando dúvida de que o instituto do arquivamento implícito é artificial e danoso à defesa social, outra regra jurídica deveria explicitar que os efeitos do arquivamento somente se fariam sentir em relação ao que ficou expressamente arquivado. Com isso, ficaria banido de nosso ordenamento jurídico um arquivamento que não foi pedido, vez que uma omissão involuntária não pode ser entendida como algo positivamente desejado. O arquivamento implícito, tal como hoje vem sendo concebido, não condiz com a realidade das coisas. É artificial” (JARDIM, 2007. p. 171).

93.524, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19-8-2008, Primeira Turma, DJE de 31-10-2008.

Esclarecido o primeiro ponto, passemos a análise da classificação referente ao crime de corrupção passiva como formal ou material, incluindo-se a questão da bilateralidade entre este delito e a corrupção ativa, em especial, na modalidade “receber”.

Há controvérsias em ambas as ações penais sobre se há bilateralidade necessária entre o crime de corrupção passiva e o de corrupção ativa, isto porque, são tipos penais de ação múltipla ou de conteúdo variável. Contudo, a realização de cada crime pode verificar-se, unilateralmente, tal seja a modalidade típica caracterizadora do comportamento infracional do agente. Portanto, ainda que muitas vezes caminhem lado a lado, como aspectos simétricos de um mesmo fenômeno, os tipos penais de corrupção ativa e passiva são intrinsecamente distintos e estruturalmente independentes, de sorte que a presença de um não implica, desde logo, a caracterização de outro.

O crime previsto no artigo 317 encontra-se consumado se o funcionário público “solicitar” ou “receber” vantagem, ou “aceitar promessa de vantagem”. Assim como o tipo do artigo 333 se consuma se o particular “oferecer” ou “prometer” vantagem indevida.

Desta forma, quanto ao primeiro delito, resta consumado quando o agente, efetivamente, solicita, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem indevida, que, se vier a ser entregue, deverá ser considerada mero exaurimento do crime. Do mesmo modo, se o particular rejeita a solicitação, o crime já estava consumado. Igualmente está consumado se o agente, tão somente, aceita promessa de vantagem indevida, cujo recebimento é, também, mero exaurimento.

Por fim, quando o tipo prevê o recebimento da vantagem indevida, como um verbo distinto, uma ação individualizada, o crime resta, da mesma maneira, consumado, pois o “receber” se refere ao funcionário público que recebe a vantagem sem solicitar ou aceitar promessa anterior, ou seja, ele diretamente recebeu a vantagem, este foi seu único ato relevante para a configuração do crime em questão. Caso, antes de receber, ele tenha solicitado vantagem ou aceitado sua promessa, o crime já estava consumado antes, sendo mero exaurimento o recebimento.

Por isso, o “receber” do artigo 317 corresponderia ao “oferecer” do artigo 333. Este ponto foi a confusão feita por alguns Ministros ao defenderem a absorção do “solicitar” ou “aceitar promessa” pelo “receber”. Isto não ocorre, uma vez que o verbo receber trata de uma ação sem outra antecedente do funcionário. O “receber” a que se refere o artigo, repita-se, é ato autônomo, sem ação de solicitação ou aceitação de vantagem pretérita pelo agente. Logo,

não há que se falar em absorção, pois, se houve uma solicitação ou aceitação de promessa anterior, o recebimento é mero exaurimento, o qual o artigo não prevê.

Importante, assim, salientar, que, embora a consumação de cada crime ocorra de forma autônoma, o Código Penal, como conjunto de normas, buscou reprimir e punir a prática de corrupção realizada tanto pelo funcionário, quanto pelo particular, separando-as nos artigos 317 e 333, caso de exceção à teoria unitária, que prevê que todos que concorrem para o crime, respondem pelo mesmo crime. Desta feita, quando o corruptor passivo aceita uma promessa de vantagem indevida, esta foi prometida pelo corruptor ativo. Assim como se ele recebe uma vantagem, esta foi oferecida por um particular. E, se o funcionário solicita, o particular pode recusar, ou dar, fornecer a vantagem.

Ou seja, há uma correspondência de ações entre o “receber” do artigo 317, e o “oferecer”, do 333; e o “aceitar promessa” do 317, e o “prometer” do 333. Contudo, quando funcionário solicita vantagem e o particular dá, só há crime para o funcionário. Isto ocorre porque a ação “dar” não está prevista no artigo 333, e não é possível analogia *in malam partem*, restando atípico o comportamento do particular que, cedendo às solicitações do funcionário corrupto, lhe dá a vantagem indevida. Neste sentido, Mirabete formula um exemplo envolvendo os crimes de corrupção ativa e concussão, que também é aplicado ao caso. Ele diz que não configura o tipo penal de corrupção ativa sujeitar-se a pagar propina exigida (ou, no caso, solicitada) por autoridade policial, sendo fato atípico para o *extraneus*, que deu a propina, e configurado o crime de concussão (no caso, corrupção passiva) do funcionário, que a exigiu (no caso, solicitou)⁶⁸.

Ademais, insta salientar que os múltiplos significados que alguns doutrinadores e Ministros atribuem ao verbo “oferecer”, contido no artigo 333, conferem ações não contidas no tipo penal. Assim, interpretar o vocábulo “oferecer” como “dar”, em contrapartida ao verbo “solicitar”, da corrupção ativa, está equivocado. Se o funcionário solicita uma vantagem, o particular, em resposta, não a oferece, e, sim, a dá. Oferecer significa propor para aceitar. Logo, se o agente solicita uma vantagem, o particular não responde propondo a vantagem para aceite, pois já uma solicitação. Ou ele recusa, ou ele dá a vantagem indevida. Portanto, não há bilateralidade entre os delitos ao tratar-se da ação de solicitação do funcionário, somente este respondendo pelo crime, como exposto.

Vale a repetição que, ainda que muitas vezes caminhem lado a lado, como aspectos simétricos de um mesmo fenômeno, podendo haver bilateralidade entre os crimes, os tipos

⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.2177

penais de corrupção ativa e passiva são intrinsecamente distintos e estruturalmente independentes, de sorte que a presença de um não implica, desde logo, a caracterização de outro, podendo ser unilaterais. Claro que, no caso concreto, nas hipóteses de corrupção passiva por recebimento e aceitação de promessa, como há uma identidade com a corrupção ativa por oferecimento e promessa de vantagem, é mais difícil a verificação da denúncia por somente um dos crimes, pois, geralmente, o órgão ministerial irá possuir uma dinâmica abrangendo tanto o funcionário público quanto o particular. Contudo, como visto, o Ministério Público pode sim intentar a ação penal somente contra o corruptor passivo, ou ativo, caso não possua, ainda, a autoria e materialidade de um dos crimes. Hipótese de difícil visualização na prática, mas possível na teoria.

Ultrapassadas estas considerações, fica mais fácil a visualização da caracterização do crime de corrupção passiva como delito formal ou material. Formal é o tipo penal que descreve uma conduta que é capaz de causar um resultado no bem jurídico, porém o legislador não exige o resultado para a consumação. Ou seja, são crimes de consumação antecipada. Há um bem jurídico que poderá ser modificado pela conduta, contudo, o resultado é dispensado, sendo crimes de intenção ou tendência, vez que o resultado aparece como uma intenção.

Os crimes materiais, por outro lado, descrevem uma conduta que é capaz de causar um resultado fático, real, naturalístico no bem jurídico, e tal resultado é exigido para a consumação do crime. É necessário, portanto, que o resultado aconteça para que esse crime seja consumado. Ou seja, nos crimes materiais, para sua consumação, há a necessidade do resultado ocorrer, da modificação do bem jurídico tutelado, já nos formais, o resultado é dispensado.

Todos os Ministros concordaram que o crime de corrupção passiva na modalidade “solicitar” e “aceitar promessa” é formal. Isto porque, o delito está consumado com a simples solicitação ou aceitação da promessa da vantagem indevida, não sendo necessário o recebimento da vantagem, que é mero exaurimento do crime. A premissa está correta, mas não é esse o motivo do crime ser formal. Como visto, para ser formal o tipo penal deve descrever uma conduta que seja capaz de causar um resultado no bem jurídico, porém o legislador não exige o resultado para a sua consumação. O bem jurídico tutelado na corrupção passiva não é a vantagem auferida, e sim a Administração Pública, e seu normal funcionamento, conforme fixado na Constituição Federal. Logo, o resultado da corrupção passiva no bem jurídico é a violação de um padrão constitucional de administração pública, ou seja, o funcionário público se comportando contrário à lei, à moral, à impessoalidade,

eficiência e caráter público da Administração estatal. De fato solicitar ou aceitar promessa de vantagem é modalidade formal do crime previsto no artigo 317, pois o tipo está consumado independente do resultado no normal funcionamento da administração pública.

Alguns Ministros, contudo, como visto, defenderam ser material o crime de corrupção passiva na modalidade “receber” vantagem indevida. A base dessa tese reside no fato do “receber” pressupor o efetivo recebimento da vantagem. Contudo, cabe aqui a mesma explicação para as demais modalidades. A vantagem indevida recebida não é o resultado naturalístico da corrupção passiva, não é o dano ao bem jurídico tutelado, administração pública. Efetivamente receber a vantagem gera a mesma potencialidade de dano à administração quanto solicitá-la ou aceitar sua promessa. O funcionário pode nunca chegar a praticar efetivamente um ato de seu ofício vinculado à solicitação, aceitação de promessa ou recebimento da vantagem.

Assim, veremos que o ato de ofício não configura um pressuposto para a tipificação do crime de corrupção passiva, mas sua prática ou omissão é o resultado pretendido pelo funcionário ao mercadejar sua função. Portanto, o bem jurídico tutelado resta prejudicado efetivamente quando o ato de ofício é praticado ou omitido. Receber vantagem indevida, solicitá-la ou aceitar sua promessa, não altera o bem jurídico protegido, pois o resultado consistente na atuação prejudicial do funcionário que pratica ato de seu ofício ainda não foi verificado, mas o crime já está consumado. É possível concluir, então, que o crime de corrupção passiva é, em todas as suas modalidades – solicitar, receber, aceitar promessa – formal.

O entendimento de que a vantagem indevida é o resultado do crime de corrupção passiva resulta da análise realizada nos crimes patrimoniais, onde o bem jurídico tutelado é o patrimônio, e a sua aquisição, pelo sujeito ativo, é o resultado pretendido, que altera, prejudica, o bem jurídico. No tipo penal do artigo 317, há sim um resultado negativo para o corruptor passivo, que dá a vantagem recebida, seja uma diminuição em seu patrimônio, ou um favor prestado, qualquer tipo de vantagem despendida por ele em favor do funcionário público, mas não é isso que a norma tutela. A proteção é referente à administração pública e seu normal funcionamento. Por isso deve haver um prejuízo a este bem para que o resultado ocorra, e não ao do particular. Explicada a confusão.

Para os que consideram que a simples solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida já altera, prejudica, o bem jurídico tutelado, a administração pública, pois mercadejar com a função pública vai contra os princípios constitucionais da Administração, o crime ainda assim deve ser classificado, em todas as suas modalidades,

como formal, pois há um resultado, no caso até alcançado, mas dispensado para a consumação do crime. Vale, aqui, a observação acerca do único conceito não abordado sobre o assunto, qual seja, a definição do crime de mera conduta: a consumação ocorre com o simples comportamento previsto no tipo, não se exigindo qualquer resultado naturalístico.

Concluindo a análise crítica do presente trabalho, passemos ao exame sobre a controvérsia acerca da necessidade, ou não, de apontamento do ato de ofício no tipo penal do artigo 317 do Código Penal, e todos os seus desdobramentos.

Primeiramente, cumpre ressaltar as duas correntes antagônicas defendidas pelos Ministros em ambas as ações penais, de forma que uma prevaleceu no Caso Collor, e a outra no Mensalão, quais sejam: a tese da indispensabilidade, para a configuração do crime de corrupção passiva, que a vantagem fosse solicitada, recebida ou aceita sua promessa em troca de um ato funcional (prevaleceu na Ação Penal 307, levando os acusados à absolvição); e a outra, entendendo ser mesmo dispensável a indicação de um ato de ofício concreto praticado em contrapartida ao benefício auferido, bastando a potencialidade de interferência no exercício da função pública (majoritária na Ação Penal 470, o que levou os réus à condenação, alguns mesmo sem a indicação do ato de ofício).

A primeira tese foi devidamente sedimentada, tornando-se o entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Penal 307, em 1994, chamada por alguns Ministros de *leading case*, e, por seus fundamentos, culminou na absolvição do ex-Presidente da República Fernando Affonso Collor de Mello, do empresário e tesoureiro da campanha presidencial de Collor, Paulo César Cavalcante Farias, também conhecido por PC Farias, e do Chefe do Gabinete Pessoal do Presidente da República, Cláudio Francisco Vieira.

O fato da maioria dos Ministros não ter identificado na denúncia e no curso do processo qualquer ato de ofício praticado ou omitido em razão do recebimento de vantagem indevida, foi o ponto chave para a absolvição, visto ser o ato de ofício, segundo os magistrados neste sentido, elemento do tipo penal da corrupção passiva, e, portanto, não havendo a sua identificação, não há subsunção da conduta à norma, sendo o fato atípico. Vale a ressalva que alguns Ministros identificaram sim atos de ofício, como a nomeação de Marcelo Ribeiro para a Secretaria Nacional dos Transportes, em um episódio, e o possível fechamento das portas do governo, no caso Curió – Mercedes-Benz, mas restaram vencidos.

Seguindo o raciocínio até então dominante, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, expuseram, quando do julgamento da Ação Penal 470, em 2012, a necessidade de apontamento, na denúncia, do ato de ofício, mesmo que não praticado, mas específico e potencial. No caso, ao elaborar a inicial acusatória, o Ministério Público já havia indicado os

atos, justamente por ser este o entendimento firmado na Ação Penal 307, e, o “erro” anterior do órgão de não indicá-lo, havia resultado na absolvição dos réus. Assim, nesta nova oportunidade, o *Parquet* apontou atos específicos como forma de mostrar a tipicidade das condutas imputadas.

Contudo, neste novo julgamento, a maioria dominante da Corte defendeu a tese da não necessidade de indicação do ato de ofício na denúncia, bastando o apontamento da possibilidade de se influir nas funções do funcionário público. Ademais, defendeu-se, majoritariamente, que o ato de ofício não é elementar do tipo contido no *caput* do artigo 317, e, se resta identificado que o funcionário retardou, deixou de praticar, ou praticou ato infringindo dever funcional, isso só aumenta a sua pena, pois incide o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo. Ou seja, para haver corrupção passiva não é necessário o ato de ofício, ele é mero exaurimento do ilícito, que se consuma com a solicitação, recebimento de vantagem ou aceitação da sua promessa, por agente público, em razão das suas funções, ou seja, pela possibilidade de que o recebimento da propina venha a influir na possível prática de ato de ofício.

Ademais, para os Ministros que defenderam essa tese, tanto no julgamento do Caso Collor, quanto do Mensalão, se o *caput* do artigo 317 exigisse a identificação de algum ato de ofício, não haveria razão para a existência do parágrafo primeiro, que aumenta a pena. Se o ato já é identificado na denúncia, a conduta só se enquadra no *caput* se o ato ainda não foi praticado, estava em perspectiva somente. Uma vez praticado, retardado ou omitido, imputa-se o parágrafo primeiro. Porém, haver a necessidade de se apontar um ato em perspectiva é sim prova diabólica, e textualmente o artigo não exige. O termo utilizado é “em razão da função”, ou seja, se o funcionário solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem, tendo como escopo influenciar no normal funcionamento da administração pública, o agente comete corrupção passiva. Ele não precisa necessariamente saber um ato específico que irá praticar, retardar ou omitir. O favor, como o Ministro Luiz Fux salientou, será cobrado adiante. E é essa venda da função pública que a norma pune.

Caso reste demonstrado o ato de ofício, isso só é a prova máxima que a vantagem foi recebida em razão da função, e, por chegar ao resultado de afetar diretamente o normal funcionamento da Administração, que a pena do agente será aumentada de um terço. Contudo, o simples recebimento da vantagem pelo fundamento de ser a pessoa funcionária pública, já é fato punível no Código Penal, no *caput* do artigo 317.

Portanto, por todo o exposto, a despeito das colocações dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, resta claro que o entendimento mudou. A mesma norma interpretada em

1994 de forma a exigir a identificação de um ato de ofício, que culminou na absolvição do ex-Presidente da República, do seu Chefe de Gabinete Pessoal, e de um empresário, em 2012, foi lida de forma a desprezar a necessidade de apontamento do ato, o que resultou na condenação do Presidente da Câmara dos Deputados, do Diretor de Marketing do Banco do Brasil, e 10 parlamentares.

O entendimento doutrinário dominante também sofreu modificações ao longo dos anos, e, atualmente, as publicações mais recentes defendem o mesmo entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal: desnecessidade de identificação do ato de ofício para a caracterização do crime de corrupção passiva, na forma do *caput*.

Quando do julgamento da Ação Penal 307, os Ministros adeptos da tese hoje minoritária, prevalente à época (necessidade de apontamento do ato), citaram Magalhães Noronha, Heleno Cláudio Fragoso e Mirabete. Estes autores foram repetidos para fundamentar esta mesma tese no julgamento da Ação Penal 470, adicionando-se a doutrina de Damásio de Jesus, em livro datado de 1988, Celso Delmanto, livro de 1991, e Paulo José da Costa, obra de 1989.

Para alicerce da tese hoje prevalente, minoritária à época, fora citado pelos Ministros no Caso Collor, isoladamente, Nelson Hungria, em livro datado de 1958. No julgamento do Mensalão o autor foi repetido, acrescido da doutrina de Luiz Regis Prado, em livro do ano de 2010, Cezar Roberto Bitencourt, livro de 2010, e Guilherme de Souza Nucci, obra de 2010. Conclui-se, portanto, que a doutrina mais recente defende a tese atualmente dominante no Supremo, a qual, de fato, reflete a literalidade do artigo.

Assim, o exame do artigo 317 do Código Penal, pelos Ministros, em ambos os julgamentos, revelou que, como a doutrina, em dado momento uma tese irá prevalecer na jurisprudência, e, em um contexto diferente, ela pode ser enfraquecida, e outra ocupar seu lugar. Seja pelo momento político, seja pela evolução no debate, seja pelo apelo da população, seja pelo maior cuidado com o tipo penal e sua análise, a interpretação da norma por magistrados e autores sofre alterações ao longo do tempo, havendo, sempre, jurisprudência e doutrina em movimento, em formação.

Em relação ao crime de corrupção passiva, especificamente, o reflexo da política e da sociedade no Direito é mais claro. Não que a interpretação hoje prevalente esteja errada. Pelo contrário. É a literalidade do artigo. Contudo, essa literalidade permite maior incidência da norma, o que é exatamente o que a população brasileira, nos dias atuais, busca. População, esta, que evolui de forma a demonstrar sua insatisfação com o que é feito com o que é

público, seja material, como o dinheiro, seja mais abstrato, como saúde, educação, segurança pública.

A Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135 de 2010, que alterou a Lei Complementar nº 64 de 1990, sobre as condições de inelegibilidade) é um ótimo exemplo. Resultou de um projeto de lei de iniciativa popular, que exprime o sentimento da sociedade de intolerância com o comportamento corrupto alastrado por seus representantes políticos. E, antes que se conclua de forma errada, é importante ressaltar que a fala da população não é direcionada a apenas um partido. Refere-se a todos, visto que os “escândalos” não envolvem somente o grupo que ocupa a Presidência da República.

Na Ação Penal 470, por exemplo, diversos partidos estão envolvidos, como o Partido Progressista (PP), Partido Liberal (PL), atual Partido da República (PR), Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), e o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). No Mensalão Tucano, por sua vez, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) é o investigado. Quanto a este último caso, ainda sem conclusão, o Ministro Carlos Ayres Britto explanou a identidade entre os dois mensalões, afirmando que "esse filme já é conhecido, parece o mesmo script"⁶⁹. As acusações tratam de um esquema de financiamento irregular, com recursos públicos e doações privadas ilegais, à campanha à reeleição, no ano de 1998, do então governador mineiro Eduardo Azeredo, montado pelo empresário, e também réu na Ação Penal 470, Marcos Valério. O trâmite processual, contudo, não será o mesmo do Mensalão petista, pois não será o Supremo o órgão originário julgador, havendo várias ações em curso na primeira instância referentes a este esquema corrupto, incluindo os autos das Ações Penais 536 e 606, atinentes, respectivamente, ao ex-deputado federal Eduardo Azeredo, e ao ex-senador Clésio Andrade, ações que neste ano foram remetidas à instância inferior julgadora, devido à renúncia dos parlamentares.

A Ação Penal 470, ademais, não foi o maior caso de corrupção da história do Brasil, como muito se fala, onde os recursos envolvidos nas fraudes seriam da ordem de 150 milhões de reais. Do ponto de vista de valores desviados, a CPI dos Anões do Orçamento, de 1993, investigou 37 parlamentares envolvidos em um esquema de desvio bilionário de recursos⁷⁰; em 1997, houve o caso dos precatórios, onde a Fazenda Pública sofreu a perda de alguns

⁶⁹ <http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/a-istoe-e-o-mensalao-mineiro-para-que-jbarbosa-nao-esqueca>

⁷⁰ Havia dois esquemas fraudulentos. No primeiro, parlamentares faziam emendas remetendo dinheiro para entidades filantrópicas ligadas a parentes e laranjas. O principal, contudo, eram os acertos com grandes empreiteiras para a inclusão de verbas orçamentárias para grandes obras, em troca de polpudas comissões.

bilhões⁷¹; o caso, de 1999, da construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, onde se constatou desvios de muitas dezenas de milhões⁷²; e, claro, o escândalo do Banestado, no ano de 2003, com a remessa fraudulenta para o exterior de muitos bilhões de reais⁷³.

Ou seja, a corrupção não é privativa de um partido político, e, sim, da política brasileira como um todo. É um problema no qual os protagonistas se revezam, quando conveniente. A própria estrutura eleitoral do nosso país, com os grandes financiamentos de campanha por pessoas jurídicas, proporciona um cenário onde o “favor” será cobrado adiante, e os interesses particulares dos financiadores serão postos a frente dos coletivos.

A sociedade vem demonstrado que o problema da corrupção deve ser tratado de forma mais incisiva, com mais respostas do judiciário, principalmente, vez que, para muitos, a resposta só vem quando o agente é preso (uma infeliz visão que não cabe ser debatida no presente trabalho). Claro que esta mesma sociedade ainda está evoluindo e ainda elege os mesmos agentes envolvidos em esquemas de corrupção⁷⁴, mas este é um longo caminho que, positivamente, já começou a ser percorrido.

⁷¹ A CPI dos Títulos Públicos, também conhecida como CPI dos Precatórios, foi uma comissão parlamentar do Senado que investigou durante noventa dias, no transcorrer de 1997, irregularidades relacionadas à autorização, emissão e negociação de títulos públicos, estaduais e municipais, nos exercícios de 1995 e 1996, dos governos de Alagoas, Pernambuco e Santa Catarina e de prefeituras como São Paulo, Campinas e Osasco. O principal foco das apurações acabou recaindo sobre a emissão de títulos públicos destinados a saldar precatórios judiciais. O esquema consistia em simular dívidas judiciais para emitir títulos públicos, para o pagamento de outras contas, não decorrentes das condenações judiciais. Além disso, os processos eram feitos sem licitação, e intermediadas por instituições financeiras, que depois adquiriam os títulos com deságio, ou seja, muito abaixo do valor de mercado.

⁷² O Grupo OK, do ex-senador Luiz Estevão, perdeu a licitação para a construção do Fórum Trabalhista de São Paulo. A vencedora, Incal Alumínio, deu os direitos para o empresário Fabio Monteiro de Barros. Contudo, uma investigação mostrou que Fabio repassava milhões para o Grupo OK, com aval de Nicolau dos Santos Neto, o Lalau, ex-presidente do TRT-SP.

⁷³ Durante quatro anos, bilhões de reais foram remetidos ilegalmente do antigo Banestado (Banco do Estado do Paraná) para fora do país por meio de contas de residentes no exterior. Uma investigação da Polícia Federal descobriu que as remessas fraudulentas eram feitas por meio de 91 contas correntes comuns, chamadas contas CC-5, abertas em nome de “laranjas”. A fraude seria conhecida por gerentes e diretores do banco. Foram denunciados 684 funcionários e 97 foram condenados a penas de até quatro anos de prisão. Em pesquisas realizadas, constatou-se que o número do processo não é divulgado em razão de sigilo, mas que quinze ex-funcionários do banco foram condenados por gestão fraudulenta ou evasão de divisas, ou ambos, mas as penas de dez deles já prescreveram. Em números, 2,45 bilhões de reais em depósitos ilegais foram comprovados, e 28 bilhões em movimentações financeiras foram alvos de processos criminais.

⁷⁴ Cabe, aqui, a observação de que Fernando Collor de Mello (PTB), em 2014, foi eleito Senador pelo estado de Alagoas. No mesmo ano, por insuficiência de provas sobre a autoria e a materialidade dos delitos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente Ação Penal que acusava o ex-presidente e atual senador de ter desviado verbas públicas entre 1991 e 1992, enquanto estava na Presidência da República, fatos estes diversos de outros procedimentos já arquivados. A maioria da corte avaliou não ter ficado comprovada a prática dos crimes de falsidade ideológica, corrupção passiva e peculato. Segundo denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, os desvios foram feitos naquela época com base em contratos de publicidade, após empresários pagarem propina a agentes públicos para saírem vencedores em licitações. O caso foi recebido pela Justiça de primeira instância em 2000 e chegou ao Supremo em 2007, mas estava desde 2009 no gabinete da relatora, a ministra Cármen Lúcia. O andamento só continuou em novembro de 2013, após pedido de providências apresentado pela Procuradoria-Geral da República. Venceu no Plenário a tese da relatora e do revisor do processo, o ministro Dias Toffoli, que afirmaram que, para a condenação, exige-se certeza sobre o cometimento de crime, absolvendo o

Uma resposta do judiciário veio no VI Encontro Nacional do Poder Judiciário, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, onde foi estabelecida a Meta 18. O objetivo foi julgar, até o fim de 2013, os processos contra a administração pública e de improbidade administrativa, distribuídos ao Superior Tribunal de Justiça, à Justiça Federal e aos estados, até 31 de dezembro de 2011. No final de 2013, os levantamentos apontaram a conclusão de mais de 61 mil ações judiciais e a condenação de mais de 8 mil pessoas⁷⁵. O resultado levou o CNJ a manter o objetivo para o ano de 2014.

Nesta linha de pensamento, é extremamente necessária a continuação da conscientização da população sobre o assunto, e a própria mudança de postura das pessoas e da forma como elas veem a administração pública, vez que são elas que futuramente poderão vir a ocupar uma função pública. De nada adianta cobrar resposta do judiciário e atitudes do governo, se na vida particular, o cidadão oferece propina ao serventário para “quebrar um galho”, promete dinheiro ao policial para não aplicar uma multa, presenteia um juiz visando um resultado favorável no processo. Essas pessoas cobram atitudes, mas praticam corrupção em sua rotina. Essas pessoas cobram atitudes agora, mas, caso um dia venham a tornarem-se funcionários públicos, estão bastante inclinadas a mudar o discurso, pois quem oferece propina em um momento, está absolutamente apto a aceitá-la em outro, e daí em diante.

acusado com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Os ministros Joaquim Barbosa, Teori Zavascki e Rosa Weber haviam considerado prescrita a pretensão punitiva nos casos de falsidade ideológica e de corrupção passiva. Três membros da corte estavam ausentes: os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

⁷⁵ Em anexo, a planilha disponibilizada pelo CNJ, com os resultados obtidos.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que o crime de corrupção passiva só sofreu uma única alteração textual ao longo dos anos de vigência do atual Código Penal Brasileiro: a referente à sua pena, que era de um a oito anos de reclusão, passando a ser de dois a doze. Contudo, no tocante à interpretação do dispositivo pelos autores e aplicadores do Direito, foi possível perceber a mudança na leitura do crime.

Atualmente, as publicações mais recentes defendem o mesmo entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal: desnecessidade de identificação do ato de ofício para a caracterização do crime de corrupção passiva, na forma do *caput*. Nos anos noventa, entretanto, a tese dominante exigia o apontamento do ato na denúncia, sob pena de atipicidade da conduta, por falta de um dos elementos essenciais do tipo. Assim, o exame do artigo 317 do Código Penal, no presente trabalho, revelou que em dado momento uma tese irá prevalecer na jurisprudência e doutrina, e, em um contexto diferente, ela pode ser enfraquecida, e outra ocupar seu lugar.

O momento político influencia essa dinâmica de mudanças, assim como o apelo popular, a evolução no estudo do assunto, o maior cuidado e atenção com o dispositivo, entre outros fatores. De qualquer forma, a interpretação da norma por magistrados e autores está passível de sofrer alterações ao longo do tempo, havendo, sempre, jurisprudência e doutrina em movimento, em formação.

Outro fator extremamente relevante, em especial no tocante ao Poder Judiciário, é a composição do Supremo Tribunal Federal. Os pensadores de 1994, quando do julgamento da Ação Penal 307 foram diversos (com uma exceção) dos Ministros que participaram da Ação Penal 470, em 2012. Assim, a tese que a maioria entendeu ser mais adequada em uma época, mostrou-se, para a maior parte da Corte, superada, em outra. Portanto, a depender da pessoa ocupante do cargo, o resultado do julgamento na Suprema Corte pode pender para teses diversas. Prova disso foi o resultado do julgamento dos Embargos Infringentes no Mensalão, onde somente nove dos onze Ministros votantes à época do julgamento do processo principal estavam presentes, contando o órgão com dois novos Ministros, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso, diante da aposentadoria de Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto. Houve alteração na decisão original, a exemplo da absolvição de João Paulo Cunha quanto ao crime de lavagem de capitais.

O único Ministro presente em ambos os julgamentos (caso Collor e caso Mensalão) foi Celso de Mello, e até mesmo seu entendimento sofreu modificações. O Ministro afirma que

não, contudo resta claro que no julgamento da Ação Penal 307, ele defendeu a exigência de demonstração na denúncia do ato de ofício omitido ou praticado. Como o ato, na sua visão, não foi demonstrado, e era elemento integrante do tipo penal do artigo 317, as condutas dos acusados eram atípicas. Já no julgamento da Ação Penal 470, expôs ser suficiente para efeito de integral realização do tipo penal, que a conduta do agente, quando não venha ele a concretizar desde logo a prática, ou abstenção, de um ato de seu próprio ofício, tenha sido motivada pela perspectiva da efetivação ulterior de um determinado ato funcional. Ou seja, ele ainda exige o ato de ofício, mas, antes, tinha que ser desde pronto demonstrado, quando da comercialização da função pública, agora, basta a perspectiva de prática ou omissão de determinado ato. Se em 1994 ele defendesse o entendimento demonstrado em 2002, possivelmente os acusados, em sua opinião, seriam culpados, pois haveria a perspectiva de prática de um ato não demonstrado na denúncia.

O crime de corrupção passiva ultrapassa o âmbito de uma vítima singular, afetando toda uma coletividade, por ser praticado por funcionário público contra a administração em geral. As formas de executá-lo são as mais complexas, o que dificulta a produção de provas e a individualização das condutas, apontadas pelo Ministério Público. Conclui-se, portanto, que o tema é de suma importância, e extremamente atual, em que pese não ser novo. Sua recorrência nos noticiários, com a peculiar atenção despendida pela mídia, aquece o debate político e agrava tensões sociais, pressionando o poder judiciário.

REFERÊNCIAS

- ANTONIO VIEIRA, Pe.. **Sermão do bom ladrão**. São Paulo: Princípio, 1993.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 307. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1994. **Diário da Justiça**. Brasília, 13 out. 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2002. **Diário da Justiça**. Brasília, 22 abr. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21689. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1993. **Diário da Justiça**. Brasília, 07 abr. 1995.
- COSTA, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- DRUMMOND, Magalhães. **Comentários ao Código Penal**. vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, 1944.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Lições de Direito Penal**. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1980
- GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 12ª ed., Niterói: Impetus, 2010.
- GRECCO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- ISTOÉ. **A IstoÉ e o Mensalão Mineiro, para que J.Barbosa não esqueça**. 2009. Elaborada por Roger S. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/a-istoe-e-o-mensalao-mineiro-para-que-jbarbosa-nao-esqueca>>. Acesso em: 15 set. 2014.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1988.
- JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Meta 18: Combate à Corrupção**. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013/meta-18>>. Acesso em: 23 out. 2014.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal**, vol. 4, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. III. São Paulo: Atlas, 1989.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro, Campus: Elsevier, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

PEREIRA, Merval. **Mensalão: o dia a dia do maior julgamento da história política do Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 3 - parte especial: arts. 250 a 359-H. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

VEJA, Revista. **O PC: o testa-de-ferro do Fernando**. 1992. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/capa_27051992.shtml>. Acesso em: 30 abril 2014.

ANEXO



Meta 18 de 2013 - Identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, distribuídas até 31/12/2011

	IMPROBIDADE						CRIMINAIS						AMBAS					
TRIB	Alvo	julgados em 2012	julgados em 2013	julgados	Pendentes	% cumprimento	Alvo	julgados em 2012	julgados em 2013	julgados	Pendentes	% cumprimento	Alvo	julgados em 2012	julgados em 2013	julgados	Pendentes	% cumprimento
STJ	1027	396	370	766	261	74,59%	969	276	319	595	374	61,40%	1996	672	689	1361	635	68,19%
TRF1	5298	1002	938	1940	3358	36,62%	1809	401	405	806	1003	44,56%	7107	1403	1343	2746	4361	38,64%
TRF2	929	238	254	492	437	52,96%	2849	1168	925	2093	756	73,46%	3778	1406	1179	2585	1193	68,42%
TRF3	845	565	260	825	20	97,63%	4713	3024	1075	4099	614	86,97%	5558	3589	1335	4924	634	88,59%
TRF4	926	384	235	619	307	66,85%	6523	3764	1605	5369	1154	82,31%	7449	4148	1840	5988	1461	80,39%
TRF5	1757	863	670	1533	224	87,25%	2942	1471	731	2202	740	74,85%	4699	2334	1401	3735	964	79,48%
TJAC	140	88	26	114	26	81,43%	237	105	87	192	45	81,01%	377	193	113	306	71	81,17%
TJAL	315	124	71	195	120	61,90%	228	107	52	159	69	69,74%	543	231	123	354	189	65,19%
TJAM	655	164	31	195	460	29,77%	427	40	45	85	342	19,91%	1082	204	76	280	802	25,88%
TJAP	268	189	51	240	28	89,55%	515	382	122	504	11	97,86%	783	571	173	744	39	95,02%
TJBA	2234	62	80	142	2092	6,36%	1996	184	158	342	1654	17,13%	4230	246	238	484	3746	11,44%
TJCE	1733	272	522	794	939	45,82%	1886	466	760	1226	660	65,01%	3619	738	1282	2020	1599	55,82%
TJDFT	182	50	54	104	78	57,14%	566	225	217	442	124	78,09%	748	275	271	546	202	72,99%
TJES	1607	620	201	821	786	51,09%	474	163	58	221	253	46,62%	2081	783	259	1042	1039	50,07%
TJGO	1000	164	231	395	605	39,50%	1943	543	668	1211	732	62,33%	2943	707	899	1606	1337	54,57%
TJMA	1791	342	687	1029	762	57,45%	621	190	180	370	251	59,58%	2412	532	867	1399	1013	58,00%
TJMG	4172	772	408	1180	2992	28,28%	16624	4350	3286	7636	8988	45,93%	20796	5122	3694	8816	11980	42,39%
TJMS	539	305	93	398	141	73,84%	809	360	200	560	249	69,22%	1348	665	293	958	390	71,07%
TJMT	1089	181	143	324	765	29,75%	1429	379	332	711	718	49,76%	2518	560	475	1035	1483	41,10%
TJPA	1591	361	171	532	1059	33,44%	662	144	116	260	402	39,27%	2253	505	287	792	1461	35,15%
TJPB	523	39	190	229	294	43,79%	397	32	175	207	190	52,14%	920	71	365	436	484	47,39%
TJPE	1270	147	277	424	846	33,39%	2119	437	644	1081	1038	51,01%	3389	584	921	1505	1884	44,41%
TJPI	851	30	76	106	745	12,46%	48	3	5	8	40	16,67%	899	33	81	114	785	12,68%
TJPR	1227	396	302	698	529	56,89%	2058	421	357	778	1280	37,80%	3285	817	659	1476	1809	44,93%
TJRJ	1901	247	574	821	1080	43,19%	3990	995	2619	3614	376	90,58%	5891	1242	3193	4435	1456	75,28%
TJRN	1015	127	379	506	509	49,85%	498	152	187	339	159	68,07%	1513	279	566	845	668	55,85%
TJRO	437	164	130	294	143	67,28%	137	78	44	122	15	89,05%	574	242	174	416	158	72,47%
TJRR	39	10	11	21	18	53,85%	374	147	90	237	137	63,37%	413	157	101	258	155	62,47%
TJRS	565	112	200	312	253	55,22%	55	5	41	46	9	83,64%	620	117	241	358	262	57,74%
TJSC	1197	224	333	557	640	46,53%	3604	1276	992	2268	1336	62,93%	4801	1500	1325	2825	1976	58,84%
TJSE	291	78	95	173	118	59,45%	373	158	193	351	22	94,10%	664	236	288	524	140	78,92%
TJSP	5321	1868	1301	3169	2152	59,56%	7087	2154	1715	3869	3218	54,59%	12408	4022	3016	7038	5370	56,72%
TJTO	1038	59	500	559	479	53,85%	323	49	87	136	187	42,11%	1361	108	587	695	666	51,07%
TJMRS	-	-	-	-	-	0%	249	154	91	245	4	98,39%	249	154	91	245	4	98,39%
TJMSP	-	-	-	-	-	0%	315	237	75	312	3	99,05%	315	237	75	312	3	99,05%
TJMMG	-	-	-	-	-	0%	176	100	60	160	16	90,91%	176	100	60	160	16	90,91%
TOTAL	43773	10643	9864	20507	23266	46,85%	70025	24140	18716	42856	27169	61,20%	113798	34783	28580	63363	50435	55,68%