



[Início](#) > [Colunas Acervo](#) > [Penal em Foco](#)

DIREITO PENAL

Entre corrupção passiva, ativa e concussão

Uma breve análise da recente decisão de juízo criminal de SP

Raquel Scalcon, Maria Paes Barreto de Araujo

20/05/2020 | 09:07

Atualizado em 20/05/2020 às 09:15



Manifestantes fazem ato contra a corrupção e em defesa da Lava Jato em Brasília em 2016. Crédito: Marcello Casal Jr./Agência Brasil

1. O CASO

No início deste ano, o juízo da 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores de São Paulo-SP proferiu decisão que gerou certa polêmica[1]. De um lado, foi recebida denúncia oferecida em face de funcionários públicos da Prefeitura Municipal de São Paulo pela suposta prática dos crimes de corrupção passiva e de concussão em prejuízo da ordem tributária; de outro, foram sumariamente absolvidos os particulares acusados da prática do delito de corrupção ativa.

Segundo a denúncia, os particulares, executivos de construtora e incorporadora de imóveis, teriam supostamente oferecido vantagem indevida a funcionários da Prefeitura Municipal de São Paulo. Em troca, obteriam a cobrança parcial do resíduo de ISS, cujo pagamento dava ensejo à emissão da certidão de quitação necessária para expedição do “habite-se” – documento sem o qual as obras e os empreendimentos de interesse dos empresários seriam inviabilizados.[2]



APROVÔMETRO EM DESTAQUE

Relatórios preditivos antecipam cenários do Congresso para sua empresa enfrentar a crise

Com o JOTA, as decisões do poder não te surpreendem

CLIQUE PARA SABER MAIS

Ao analisar os elementos de informação produzidos ao longo do inquérito policial, o magistrado entendeu que, em verdade, *nunca* houve qualquer “oferecimento” de vantagem indevida *pelos* particulares aos funcionários públicos. Ao contrário.

Teriam sido os próprios funcionários públicos que solicitaram a propina aos particulares, que posteriormente apenas a entregaram ou a pagaram.

Com base em diferentes interrogatórios e depoimentos prestados ao longo da investigação, a autoridade julgadora concluiu que “os particulares denunciados tão somente pagaram ou entregaram a vantagem ilícita solicitada ou exigida pelos funcionários públicos réus, o que (...) não consubstancia ilícito penal, diante da exceção pluralista à teoria monista defendida pelo direito pátrio na hipótese em testilha”[\[3\]](#).

Segundo o juiz, dar ou entregar vantagem solicitada ou exigida pelo funcionário público não seriam condutas previstas nem no tipo penal do art. 333 do CP, nem em qualquer outro da legislação penal. Tratar-se-ia, pois, de condutas atípicas no direito brasileiro. Assim, os particulares denunciados foram absolvidos sumariamente, ao passo que, em relação aos funcionários públicos, foi determinado o início da instrução processual para apuração de eventuais crimes de corrupção passiva ou de concussão.

Como se observa, a decisão traz à tona importante discussão sobre os elementos do tipo objetivo do crime de corrupção ativa e sobre a possibilidade de reconhecer-se como atípica a conduta do particular que somente dá ou entrega vantagem previamente solicitada ou mesmo exigida pelo funcionário público. O assunto, porém, não é tão simples quanto parece. Afinal, quando o pagamento de propina irá se caracterizar, *in concreto*, como forma de praticar a corrupção ativa?

2. DA PRÁTICA À TEORIA: DISTINÇÃO DOGMÁTICA ENTRE CORRUPÇÃO ATIVA, PASSIVA E CONCUSSÃO

A pergunta lançada – com certo tom retórico – convida à reflexão. Para promovê-la, sustenta-se, de início, que os crimes de corrupção passiva e corrupção ativa, no nosso ordenamento jurídico, não são bilaterais, ou seja, a configuração de um independe da configuração do outro, e vice-versa[\[4\]](#). É a chamada exceção pluralista à regra da teoria monista – tão citada pelo juiz na decisão[\[5\]](#). Assim, teoricamente, não há problema algum que, em um dado caso concreto, particulares sejam absolvidos da imputação do art. 333 do CP, ao passo que funcionários públicos acabem denunciados ou condenados como incurso no art. 317 do CP[\[6\]](#).

Entendimento diverso seria inviável. A ausência de *bilateralidade* decorre – ainda que não só – da falta de perfeita correlação entre as condutas a serem praticadas pelo particular, no crime de corrupção ativa, e aquelas a serem realizadas pelo funcionário público, no crime de corrupção passiva. Para configuração do tipo penal do art. 333, o particular *oferece* ou *promete* vantagem indevida a funcionário

público *para que* este pratique, omita ou retarde ato de ofício; já no tipo penal do art. 317, o funcionário público *solicita, recebe ou aceita* promessa de vantagem indevida (sem referência, no *caput*, a ato de ofício).

Analisando-se os tipos penais cuidadosamente, há três verbos no crime de corrupção passiva, mas apenas dois no de corrupção ativa. Justamente parece não encontrar exato *par* no art. 333 a conduta de *solicitar* prevista no art. 317[7]. Se este raciocínio está correto, o Código teria criminalizado o funcionário público que solicita a vantagem, mas não o particular que, após tal pedido, a entrega.

Isso porque, como se percebe, os verbos “dar” ou “entregar” não figuram como núcleos do tipo penal do art. 333 do CP. Logo, a prática isolada de tais atos, em resposta à solicitação anteriormente realizada pelo funcionário público, não poderia ser enquadrada como corrupção ativa, sob pena de violação à legalidade, operando-se analogia *in malam partem*, vedada no direito penal[8]. A criminalização autônoma do delito de corrupção ativa visa justamente a punir a iniciativa do particular tentar corromper funcionário público ou de potencialmente fazer com que ele seja corrompido, o que não está presente nas hipóteses de tão somente dar ou entregar a “propina” solicitada ou exigida por funcionário que, portanto, já estava “corrompido”[9].

O argumento acima apresentado é reforçado pelo fato de que o legislador, ao editar os crimes dos arts. 343 (suborno) e 337-B (corrupção ativa em transação comercial internacional) do Código Penal – modalidades específicas de corrupção ativa –, *expressamente* previu o verbo “dar” como núcleo dos tipos incriminadores. É dizer: colocou-o ao lado das condutas de “oferecer” e “prometer”. Nada indica, portanto, que tenha “esquecido” de incluir tal verbo ao lado dos verbos “oferecer” ou “prometer” quando da tipificação da corrupção ativa do art. 333 do CP[10]. Se efetivamente se tratou de um lapso, pouco importa. Tempo não faltou para, ao longo dos anos, vir a corrigi-lo. Isso, todavia, nunca ocorreu.[11]

Analisando a problemática sob esse viés, a decisão proferida pelo juízo de São Paulo estaria *prima facie* correta ao reconhecer a atipicidade da conduta praticada pelos construtores e empreiteiros. Porém, as particularidades do caso expostas ao longo do *decisum* deixam dúvida se, na hipótese concreta, teria realmente havido (i) um ato de dar/entregar valores indevidos pelos particulares, diante de uma *solicitação* dos funcionários da Prefeitura (corrupção ativa vs. corrupção passiva); ou (ii) somente um ato de concordância diante de uma verdadeira *exigência* de tais funcionários públicos (corrupção ativa vs. concussão).

Para um observador externo, a distinção entre as situações *i* e *ii* pode ser desafiadora. Contudo, as consequências jurídico-penais de cada uma delas são díspares, passando-se da corrupção passiva (art. 317 do CP) à concussão do

funcionário público (seja na figura do art. 316 do CP, seja na figura específica de crime funcional em prejuízo da ordem tributária do art. 3º, II da Lei 8.137/90)[12].

Essa observação é importante, pois, na hipótese de cometimento, pelos funcionários públicos, exclusivamente, de crime de concussão e não de corrupção passiva, a absolvição sumária dos particulares (reconhecida pelo juízo de São Paulo) também encontraria amparo na própria incompatibilidade, à luz do caso, da prática simultânea de corrupção ativa pelos agentes privados e de concussão pelos funcionários[13].

Ora, diante de uma exigência cumprida para, assim, alcançar direito obstado pelo funcionário público, a conduta do particular de dar/entregar o montante exigido seria de mera submissão à imposição pública e, por isso, não de qualquer ato de corrupção ativa[14]. Em síntese: um mesmo particular, quanto à mesma conduta, não poderia ser concomitantemente sujeito ativo de um crime de corrupção ativa e sujeito passivo de um delito de concussão.

3. DA TEORIA À PRÁTICA: DISTINÇÃO, À LUZ DO CASO, ENTRE CORRUPÇÃO ATIVA, PASSIVA E CONCUSSÃO

Embora tal diferenciação – solicitar *versus* exigir – funcione bem em teoria, a sua constatação, na prática, não é tarefa fácil. Vejamos: de acordo com a narrativa exposta na sentença (único elemento sobre o qual podemos nos embasar), os funcionários públicos da Secretaria de Finanças do Município de São Paulo “solicitavam [aos particulares] o pagamento de vantagem indevida para que houvesse a cobrança parcial do resíduo de ISS, cujo pagamento daria ensejo à emissão da certidão de quitação do referido tributo, documento necessário para expedição do habite-se”. Ao longo dos interrogatórios extrajudiciais transcritos no *decisum*, tem-se a impressão de que não se tratou de solicitação, mas de exigência de pagamento, ainda que feita de maneira implícita.

A título exemplificativo, ao ser perguntado em sede policial, “se em alguma oportunidade teria sido falado que caso a empresa não pagasse aquela quantia em dinheiro não seria possível obter o documento”, um dos particulares denunciados reconheceu que “realmente foi essa a impressão dos fiscais (...), ou seja, caso não houvesse o pagamento da propina o departamento não emitiria a guia de ISS”[15]. Mais adiante, em outro trecho do interrogatório, afirmou que a entrega dos valores indevidos foi “exigid[a] pelo fiscal”[16].

Ou seja, pelos elementos citados na decisão (cuja plena “acuidade” não podemos avaliar), sugere-se que, caso os particulares não pagassem (dessem ou entregassem) a vantagem indevida aos funcionários públicos, não conseguiriam a certidão de quitação de ISS nem a expedição do “habite-se”, ainda que tivessem

direito a ele, o que inviabilizaria suas obras e empreendimento. Assim, à luz dessa descrição fática, ainda sujeita à instrução processual, parece que estaríamos em tese diante de uma concussão e, justamente por isso, a submissão do particular à exigida entrega de “propina” não poderia caracterizar corrupção ativa.

No entanto, um último ponto ainda merece atenção, a fim de se confirmar se o particular efetivamente não era sujeito ativo de crime de corrupção ativa, mas sim vítima de concussão. Trata-se da “identificação do direito ameaçado pela ação do extorsionista, verificando-se se a hipótese é de um direito já constituído, um direito prospectivo ou de um direito que sequer poderá constituir-se no futuro”[\[17\]](#).

Isso porque, somente na primeira hipótese – na qual o particular submete-se à exigência para garantir direito que já possuía, mas cuja fruição era impedida pelo funcionário público – estaria totalmente clara a sua posição de vítima do crime de concussão[\[18\]](#). Caso tal “direito” não fosse sequer constituível, tendo passado a *indevidamente* existir em razão e após a “troca de vantagens” travada entre funcionário público e particular, a escusa anterior não seria válida, havendo fortes razões para enquadrar o particular como autor do crime de corrupção ativa.

Em outras palavras, no crime de concussão, o particular submete-se ao pagamento exigido pelo funcionário público, com intuito de cessar um abuso estrutural não desejado a um direito seu (direito, este, pré-constituído, como narrado linha atrás); já no crime de corrupção ativa, a promessa ou o pagamento realizado pelo mesmo particular ao ente público tem finalidade oposta: incentivar tal abuso que, no caso, beneficia-o. Na primeira situação, o particular age para cessar um abuso público face a um direito seu e, por isso, deve ser visto como vítima do delito de concussão; na segunda, atua para promover tal abuso e beneficiar-se com ele, devendo, por conseguinte, ser encarado como autor do delito de corrupção ativa[\[19\]](#).

Trazendo essa discussão à decisão do juízo de São Paulo, com intuito de, em tese, cancelar a imputação criminosa ou a figura de vítima dos construtores e empreiteiros denunciados pela prática do delito do art. 333 do CP, é preciso determinar se o “habite-se” era um “direito já constituído” ou a “vantagem trocada”. Na narrativa que compõe a decisão não há muitas informações que ajudem a solucionar desde já essa dúvida.

Da parca descrição fática, depreende-se que, caso os particulares não pagassem os valores exigidos pelos funcionários da Prefeitura, estes não emitiriam a devida guia de ISS e, sem o pagamento e a quitação de tal guia, também não expediriam o “habite-se”. Não há indicativo de que os particulares, por exemplo, não tivessem condições de pagar o ISS e, com isso, de conseguir o “habite-se” ou que não se encaixassem em alguma exigência para tanto. Ademais, discute-se, no

contencioso tributário, a própria legalidade da vinculação do *habite-se* à quitação do ISS no âmbito da construção civil no Município de São Paulo^[20].

Logo, partindo-se das limitadas premissas apreendidas da narrativa da decisão, tudo indica que o “habite-se” seria regular e que o direito dos particulares à sua expedição já estaria pré-constituído à entrega de propina aos funcionários públicos. Se sua fruição, com a consequente expedição do *certificado* correspondente pela Prefeitura, foi intencionalmente dificultada no caso em exame (embora se tratasse de ato administrativo vinculado), mais fortes as razões para qualificar os construtores e os empreiteiros como vítimas de delito de concussão, e não como autores de crime de corrupção ativa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese: conquanto o caso analisado ainda esteja em andamento e dele não tenhamos a totalidade dos detalhes fáticos, cremos que o seu exame *prima facie* serve a três principais reflexões aqui sugeridas: (i) ausência de bilateralidade necessária entre *corrupção ativa* e *corrupção passiva* no direito penal brasileiro; (ii) incompatibilidade entre o delito de *corrupção ativa* e o de *concussão* quanto à mesma conduta e idênticos agentes e (iii) critério do *direito pré-constituído* à entrega da propina ao funcionário público pelo particular como indicador relevante da configuração do delito de *concussão* em detrimento do de *corrupção ativa*.

[1] Esclarecemos que a análise está limitada ao conteúdo da decisão e à sua coerência interna, sem se pretender emitir qualquer juízo de culpa relativamente aos acusados. Veja-se a íntegra da decisão, sem referência ao número do processo e nome dos réus, em <<https://www.conjur.com.br/dl/clique-aqui-ler-decisao-iss.pdf>> Acesso em 03 mai. 2020. Ver ainda notícia sobre o caso em <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-23/juiz-livra-empresarios-corruptao-passiva-condena-servidores>> Acesso em 03 mai. 2020.

[2] Este foi apenas mais um desdobramento do chamado “caso dos fiscais do ISS” de São Paulo. Para uma análise qualitativa das várias denúncias apresentadas pelo Ministério Público, ver PRADO, Arthur Sodré. A construção da denúncia: o caso dos fiscais do ISS em São Paulo e as práticas processuais de repressão à corrupção. *Dissertação* (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017, *passim*.

[3] Ver decisão <<https://www.conjur.com.br/dl/clique-aqui-ler-decisao-iss.pdf>> Acesso em 03 mai. 2020, p. 863.

[4] Sobre a discussão acerca da bilateralidade ou não da corrupção passiva e ativa no direito brasileiro, ver GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximações a uma teoria da corrupção. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 59-88, 2017, p. 84; QUANDT, Gustavo. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do “MENSALÃO” (STF, APn 470/MG). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 181-214, jan./2014, p. 200 ss e QUANDT, Gustavo. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: TEIXEIRA, Adriano; LEITE, Alaor (Org.) *Crime e Política*. São Paulo: FGV, 2017, p. 65 ss.

[5] No direito penal, nos termos do art. 29 do CP, a regra é que todos os coautores ou partícipes de determinado crime devem responder como incurso nas penas do mesmo tipo penal (teoria monista). Em situação excepcionais, porém, como nos casos dos delitos de corrupção ativa e passiva, os agentes não respondem pelo mesmo tipo penal, pois suas condutas são enquadradas individualmente em tipos penais próprios (teoria pluralista).

[6] Sobre a não bilateralidade dos crimes de corrupção ativa e corrupção passiva, ver: STJ, ARES 1613927, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, acórdão publicado em 30.09.2016.

[7] Sobre a atipicidade do delito do art. 333, CP, ver: TRF4, ACr 2000.71.08.008170-1, Rel. Des. Fábio Bittencourt da Rosa, 7ª Turma, acórdão publicado em 14.05.2003.

[8] No julgamento do Inq. 1145, o Ministro Gilmar Mendes destacou que “não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia *in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal” (STF, INQ 1145, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, acórdão publicado em 04.04.2008). Nesse mesmo sentido, ver recentes julgados das duas turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça: STJ, RESP 1723969, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, acórdão publicado em 27.05.2019; STF, AGRRHC 81644, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, acórdão publicado em 14.03.2018.

[9] Afirmam Greco e Teixeira que “o tipo de corrupção passiva é mais amplo que o tipo da corrupção ativa, pois este exige que o corruptor busque *determinar* o funcionário público a praticar, omitir ou retardar ato de ofício” (GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximações a uma teoria da corrupção, op. cit., p. 84).

[10] Em similar sentido: QUANDT, Gustavo. O crime de corrupção e a compra de boas relações, op. cit., p. 66 ss. Em sentido contrário ao aqui defendido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*, 6ª ed., rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1004.

[11] Acompanhando boa parte da doutrina, reputamos inconsistente a ideia de que o particular, ao *dar* a vantagem solicitada, poderia ser qualificado como partícipe do funcionário público que a recebe, conjugando-se, para tanto, o art. 317 com o art. 29, ambos do CP. Sobre o ponto, cf. QUANDT, Gustavo. O crime de corrupção e a compra de boas relações, op. cit., p. 66.

[12] Conferir relevante precedente do Supremo Tribunal Federal sobre as imbricações entre os tipos objetivos dos crimes de corrupção passiva e de concussão: STF, HC 89.686, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, acórdão publicado em 16.08.2007.

[13] Ver clássica decisão do STF no RHC 56936, Rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, public. em 27.04.1979.

[14] Bem descreve Knijnik hipóteses nas quais o particular poderia defender-se da imputação de corrupção ativa alegando ser, na verdade, vítima do delito de concussão praticado por funcionário público: “nas hipóteses em que o *extraneus* defende-se alegando de que pagou valores ao funcionário público pelo temor de injustificadamente perder uma oportunidade contratual, uma oportunidade de competição isonômica, ou, ainda, de sofrer prejuízos insuportáveis pela ação persecutória e obstrucionista do agente público” (KNIJNIK, Danilo. A universalidade do problema concussão vs. corrupção. Notas sobre a jurisprudência americana e brasileira. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 34).

[15] Ver decisão <<https://www.conjur.com.br/dl/clique-aqui-ler-decisao-iss.pdf>> Acesso em 03 mai. 2020, p. 861.

[16] Ver decisão <<https://www.conjur.com.br/dl/clique-aqui-ler-decisao-iss.pdf>> Acesso em 03 mai. 2020, p. 861.

[17] KNIJNIK, Danilo. A universalidade do problema concussão vs. corrupção. Notas sobre a jurisprudência americana e brasileira, op. cit, p. 38.

[18] Ressaltamos que, caso se trate de um direito *prospectivo*, cuja implementação dependa, em parte, de um ato administrativo discricionário, tanto mais complexa será a distinção, na hipótese de pagamento de propina pelo particular, entre *corrupção ativa* e *concussão*.

[19] SESSA, Antonino. *Infedeltà e Oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 309.

[20] Exemplificativamente, ver recentes decisões no bojo do processo n. 1002418-02.2018.8.26.0053, que tramita na 13ª Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). No STF, ver recentes decisões no bojo do Terceiro Agravo no Agravo Regimental no RE 1.181.820 (Rel. Min. Cármen Lúcia).



RAQUEL SCALCON

Professora da FGV Direito SP (graduação, mestrado e doutorado profissional), consultora e parecerista. Doutora na UFRGS, com estágio pós-doutoral na Universidade Humboldt de Berlim



MARIA PAES BARRETO DE ARAUJO

Mestre em Direito Processual Penal pela USP, com graduação pela PUCSP. Pesquisadora da FGV Law Casos e professora de Direito Penal na Universidade Nove de Julho. Advogada criminalista.

TAGS

CORRUPÇÃO

DESTAQUES

DIREITO PENAL

PENAL EM FOCO

COMPARTILHAR



JOTA

PRO
PODER

PRO
TRIBUTOS

PRO
TRABALHISTA

PRO
SAÚDE

Nossa missão é
empoderar
profissionais
com curadoria
de informações
independentes e
especializadas.

CONHEÇA O
JOTA PRO

FAQ 

| Contato 

| Trabalhe Conosco 

SIGA O JOTA

