

Marjorie Mello: A Súmula 330 do STJ nos crimes funcionais

Recentemente, o Brasil tem atravessado um período de instabilidade e insegurança na agenda política partidária, sobretudo nas instituições essenciais e na estrutura da Administração Pública. Essa instabilidade é comumente associada à "lava jato", que desde 2014 vem, incessantemente, desvendando esquemas de corrupção e crimes que envolvem o sistema econômico e financeiro do país. Os crimes costumam contar com a participação de funcionários públicos, que não raras vezes figuram como partícipes ou coautores de ilícitos como concussão, corrupção passiva, ativa, peculato e lavagem de dinheiro, enfim, a criminalidade de colarinho branco de agentes políticos (deputados federais, e senadores) que encontra funcionários públicos da Administração direta, indireta, autárquica e



Os crimes praticados por funcionários públicos contra a

administração há muito encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro. As ordenações as Filipinas já puniam *"oficiais do rei que recebessem 'serviços ou peitas', assim como as partes que lhes dessem ou promettessem"* [1], o que veio a ser legalmente previsto como crime de "peita" (atual corrupção ativa) no artigo 131 daquele código imperial. O Código Criminal de 1890 — republicano —, por sua vez, resolveu reunir na mesma seção (Título V, capítulo único, seção II) as duas modalidades de corrupção (ativa e passiva), a partir do artigo 214, condutas que anteriormente eram tratadas de forma apartada.

Finalmente, o Código Penal de 1940 (inspirado pelo Código Suíço) ofereceu guarida aos crimes funcionais no artigo 312 ao artigo 326, e voltou a dar tratamento aos crimes de corrupção ativa (artigo 333) e passiva (artigo 317) não apenas em dispositivos separados, mas também em capítulos distintos. Analisando o tipo penal incriminador do artigo 317, verifica-se que a corrupção na modalidade passiva consiste em solicitação, pedido ou aceite por parte do agente público a um particular, direta ou indiretamente, em razão de sua qualidade de funcionário público, de certa vantagem indevida.

No entanto, os tribunais superiores, especificamente o Supremo Tribunal Federal, vêm interpretando e discutindo a revelia da lei, alguns elementos do tipo de maneira absolutamente reducionista, como por exemplo o "ato de ofício" e a "vantagem indevida" ambos integrantes dos artigos 317 e 333, e ainda a própria natureza jurídica do termo "funcionário público".



A inconsistência parece girar em torno da relação entre a vantagem indevida, sua natureza jurídica, e o ato de ofício, bem como, "o problema da determinação do ato de ofício mercadejado. Em outras palavras: o quão certo e delimitado precisa ser o ato de ofício cogitado pelo corruptor ou pelo corrompido (ou por ambos) para que se reconheçam os crimes dos arts. 317 ou 333 do CP" [2].

Essa abordagem rasa tem acalorado sucessivas críticas tecidas por parte da doutrina, da comunidade acadêmica e de membros de instituições tanto no que diz respeito à ociosidade dos tipos penais integrantes do título XI, Capítulo I do Código Penal de 1940, quanto a esta vilipendiação por parte dos Tribunais Superiores. De acordo com o raciocínio de Gustavo Oliveira Quandt, embora o STF tenha acertado em manter o posicionamento de *"exigir, para os crimes de corrupção ativa e passiva, a relação da vantagem indevida a um ato de ofício potencial"* (Na APn 470/MG e na APn 307/DF), as divergências teóricas e de votos dos ministros ainda se sustentam, no sentido de dar um maior contorno ao grau de *"concretização que esse ato deve possuir quando de sua comercialização"* [3]

Nessa questão específica, seria possível, segundo a argumentação de Quandt, a admissibilidade de certo grau de abstração, sem o seu completo comprometimento *"a ponto de anular o requisito do tipo"*.

Os crimes funcionais são regidos por um procedimento especial, isto é, aquele previsto no artigo 513 e seguintes do Código de Processo Penal. No entanto, com a promulgação da Lei 11.719/08, as disposições do procedimento ordinário são aplicadas subsidiariamente aos procedimentos especiais, segundo o que reza o artigo 394, §5º, do Código de Processo Penal. É a chamada ordinarização do procedimento especial, proclamada pelo professor Aury Lopes Jr.. De acordo com esse procedimento, se a denúncia ou queixa estiver em consonância com as exigências legais, o juiz deve ordenar a notificação do acusado para que responda à acusação, dentro do prazo de 15 dias.

Nesse ponto é que reside a principal problemática do excerto em questão. É que a Súmula nº 330 do Superior Tribunal de Justiça prevê a prescindibilidade da defesa prévia (resposta à acusação) tratada no artigo 514 do CPP quando a ação penal estiver instruída por inquérito policial. Na realidade, a modificação trazida pela Lei 11.719/2008 conferiu uma amplitude à defesa prévia jamais vista, criando uma modalidade muito mais rica e dinâmica desta, atribuindo ao acusado o poder de arguir preliminares, alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas.

Portanto, o réu assume um papel muito mais ativo e responsivo no processo penal, e a peça processual passou a ser considerada uma etapa de muito maior *"relevância e alcance, que poderá, inclusive, evitar o prosseguimento do processo penal e o próprio interrogatório do acusado"* [4].

Notadamente, a defesa do acusado constitui procedimento de fundamental importância para a satisfação do contraditório, e da ampla defesa, ainda mais quando o próprio artigo 513 menciona que a denúncia ou queixa-crime deve vir instruída *"com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas"*. Dada a sua importância na conjuntura do processo, parte da doutrina [5] sustenta que a inexistência da defesa prévia pode gerar a nulidade absoluta do procedimento, com quem sinalizamos nossa concordância.



Com efeito, concordar com a flexibilização, ainda que mínima, das regras de direitos fundamentais, como por exemplo a dispensabilidade da defesa preliminar nos crimes praticados por funcionários públicos, ainda que diante de todo o ordenamento jurídico essa implicação seja relativamente pequena, significa, conforme nosso entendimento, *a violação do princípio do devido processo legal*. Isso porque a importância do mandamento se dá não somente pelo fato de ele integrar uma das mais antigas — idade moderna (*due process of law*, produto do Direito inglês) — e importantes garantias no Direito, que atravessa gerações, como também tem a força de representar o que há de mais democrático na sociedade moderna.

No processo penal, forma é garantia, e esse formalismo processual decorre de regras do jogo, as quais foram formuladas pelo próprio Estado democrático de Direito, e nas quais ele mesmo se sustenta. Em linhas gerais, o formalismo processual deve ser rigorosamente levado em consideração, do que se poderia concluir pela inconstitucionalidade da Súmula 330 do Superior Tribunal de Justiça quando prevê a dispensa da defesa prévia em crimes praticados por funcionários públicos. Não há nada que possa justificar a transgressão da principiologia prescrita pela Constituição da República de 1988, da qual o princípio do devido processo legal integra as bases de sustentação de um processo penal constitucional. A defesa prévia conserva as garantias do réu, garantias essas inafastáveis, a pretexto de um punitivismo irracional.

[1] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito penal. vol. 5: parte especial: Dos crimes contra a Administração Pública e dos crimes praticados por prefeitos. — 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

[2] QUANDT, Oliveira de Gustavo. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção Ativa e Passiva: A Propósito Do Julgamento Do "Mensalão" (APn 470/Mg Do STF). Florianópolis: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 106, 2014. Trimestral. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4286980/mod_resource/content/0/RTDoc%2013-04-2018%2015_04%20%28PM%29.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020.

[3] QUANDT, Oliveira de Gustavo. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção Ativa e Passiva: A Propósito Do Julgamento Do "Mensalão" (APn 470/Mg Do STF). Florianópolis: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 106, 2014. Trimestral. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4286980/mod_resource/content/0/RTDoc%2013-04-2018%2015_04%20%28PM%29.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020.

[4] MARREY NETO, José Adriano; MARREY, José Guilherme di Rienzo. Defesa Prévia -Resposta do Acusado. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 4, p. 263-277. Acesso em 11 ago 2020.

[5] TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rodrigues Rosmar. Curso De Direito Processual Penal. 12. ed. rev. e



atual. Salvador: Editora JusPodivim, 2017.

Date Created

06/09/2020