



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EVOLUÇÃO DA CORRUPÇÃO: DE UM DELITO NACIONAL A UM DELITO DE  
INTERESSE TRANSNACIONAL: A RESSIGNIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO

Natalia Maria de Andrade Garcia

Rio de Janeiro  
2023

NATALIA MARIA DE ANDRADE GARCIA

A EVOLUÇÃO DA CORRUPÇÃO: DE UM DELITO NACIONAL A UM DELITO DE  
INTERESSE TRANSNACIONAL: A RESSIGNIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO

Monografia apresentada como exigência de  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Orientador:

José Maria de Castro Panoeiro

Coorientadora:

Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro  
2023

NATALIA MARIA DE ANDRADE GARCIA

A EVOLUÇÃO DA CORRUPÇÃO: DE UM DELITO NACIONAL A UM DELITO DE INTERESSE TRANSNACIONAL: A RESSIGNIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2023. Grau atribuído: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Claudio Luis Braga Dellorto - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

\_\_\_\_\_

Convidada: Prof.<sup>a</sup> Elisa Ramos Pittaro Neves – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

\_\_\_\_\_

Orientador: Prof. José Maria de Castro Panoeiro – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

\_\_\_\_\_

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA NATALIA MARIA DE ANDRADE GARCIA.

A Deus, por me fortalecer durante a caminhada.  
Aos meus filhos Maria Eduarda e Miguel, razão  
da minha vida, dedicação e amor.  
Ao meu esposo Raphael, por todo apoio.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por me fortalecer durante todo o período do curso, bem como todo o período de construção deste trabalho. Sem a fé e a certeza de que Deus se fez presente nos bons momentos, e, principalmente, nos momentos de tempestade, onde tudo parecia ser inviável, esta conquista não seria possível.

Agradeço ao professor e orientador José Maria de Castro Panoeiro, pessoa extraordinária, inteligente, admirável, inspiradora, iluminada e com grande coração. Para mim, um grande mestre e digno de toda gratidão. Agradeço por aceitar a orientação e embarcar comigo nessa grande jornada, compartilhando seus preciosos conhecimentos e contribuindo de forma espetacular para a realização deste trabalho. Sem a sua assistência, a conclusão não seria possível.

Agradeço, também, a professora e coorientadora Mônica Cavalieri Fetzner Areal, pessoa capaz, centrada, profissional e ao mesmo tempo educada, carinhosa, iluminada, serena e muito humana. A conclusão deste trabalho não seria possível sem o seu auxílio.

Igualmente agradeço ao professor Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara, pessoa extraordinária, admirável e inspiradora. Um grande mestre da área de Processo Civil brasileiro e que ganha minha gratidão por me permitir fazer parte do Núcleo de Pesquisa em Processo Civil – NUPEPRO, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. A bolsa de estudos permitiu que eu realizasse o sonho de estudar e concluir o curso na EMERJ, bem como ter a honra de contribuir para uma pesquisa criada pelo grande mestre, Alexandre Câmara, que ao lado da professora Izabel Saenger Nuñez, fizeram parte da realização do meu sonho.

Agradeço a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro por selecionar os melhores professores, que de forma esplêndida proporcionaram um ensino de qualidade, em um curso indiscutivelmente excelente. Mesmo durante o período extremamente difícil e delicado da pandemia, onde tudo parecia incerto e sem sentido, a Escola demonstrou a sua capacidade para conduzir e preparar os alunos. Por tudo isso sou grata.

Agradeço ao meu esposo Raphael, que comigo viveu o meu sonho e nunca deixou de me apoiar, incentivar ou ajudar, desde a época da faculdade, quando eu já sonhava em prestar concurso de ingresso para a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Em meio a tantas lutas e dificuldades, conquistas e perdas, altos e baixos, momentos bons e ruins e tantos outros percalços pelo caminho, foi ele que esteve ao meu lado, torcendo e acreditando na minha vitória. Agradeço aos meus familiares pelo apoio e auxílio nos momentos de necessidade, em especial a minha irmã Letícia, meu irmão William, minha tia/mãe Elisete, minha querida avó Tiana e meus pais Edson e Eliceia, que por quase 3 meses cuidaram dos meus filhos e assumiram todas as minhas responsabilidades, para que assim eu pudesse atravessar o Estado de Minas Gerais até o Rio de Janeiro e cumprir com as últimas etapas presenciais do curso. A conclusão dessa reta final não seria possível sem a ajuda da família. É ela que se faz presente nos momentos mais difíceis de nossas vidas.

Agradeço a minha colega de sala, Arina do Vale, não só pelo incentivo, mas por abrir as portas de sua casa e me receber com muito carinho, para que assim eu pudesse concluir as últimas etapas presenciais do curso. Sou muito grata por toda a sua ajuda e amizade ao longo de todo o curso.

Agradeço a todas as pessoas que de uma forma ou outra, também, contribuíram para a concretização desse sonho, em especial ao meu primo Laurindo e sua esposa Ana Rosa, meu sogro Sérgio e minha sogra Dilceny.

“Quem acredita sempre alcança”.  
Renato Russo.

## SÍNTESE

O trabalho apresenta uma nova perspectiva para a abordagem do crime de corrupção e seu enfrentamento. O tema merece atenção, uma vez que a corrupção deixou de ser um problema estritamente nacional, de afetação da administração pública, e passou a ser um delito de interesse transnacional. Isso porque, o bem jurídico transcendeu a mera questão de afetação da administração pública e passou a ser, também, de afetação da ordem econômica, do sistema capitalista e do modelo da economia de mercado. Assim, com base na doutrina nacional e estrangeira, faz-se uma análise histórica e evolutiva do Direito Penal até o século XXI, quando da ideia do Direito Penal Econômico. Procede-se, ainda, à análise da corrupção dentro de uma perspectiva tradicional e à questão da criminalização do enriquecimento ilícito, propiciado pelo delito. Toma-se, por fim, o debate do aspecto moderno da corrupção, que afeta a funcionalidade do sistema econômico, e, por via de consequência, o setor privado. A corrupção deixa de ser um delito que afeta, apenas, a administração pública e propicia o enriquecimento ilícito para se tornar um obstáculo ao pleno desenvolvimento do capitalismo de regulação. Sob um novo olhar ao problema, a expansão das normas de enfrentamento à corrupção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal; Direito Penal Econômico; Corrupção.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	09
1. O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL MODERNO NO SÉCULO XXI .....	12
<b>1.1. A evolução do Direito Penal</b> .....	12
<b>1.2. Os novos bens jurídicos e a Criminologia crítica</b> .....	20
1.2.1. O Direito Penal Econômico .....	28
<b>1.3. A expansão do Direito Penal</b> .....	37
2. A CORRUPÇÃO DENTRO DA PERSPECTIVA TRADICIONAL .....	44
<b>2.1. As raízes ocultas da corrupção</b> .....	44
<b>2.2. O bem jurídico tutelado</b> .....	50
2.2.1. O enriquecimento ilícito .....	55
<b>2.3. O sujeito ativo no delito de corrupção: amplitude e controvérsias</b> .....	61
2.3.1. A busca ainda incompleta pelo conceito de funcionário público .....	65
2.3.2. Participação de não funcionários: delito de infração de dever e controvérsias .....	69
2.3.3. Corrupção ativa subsequente ao ato regular: atipicidade ou aplicação da teoria monista do concurso de pessoas? .....	72
3. A RESSIGNIFICAÇÃO DA CORRUPÇÃO .....	76
<b>3.1. As Convenções Internacionais sobre a corrupção e o Direito Comparado</b> .....	76
<b>3.2. A corrupção privada no quadro axiológico de proteção aos valores de uma ordem econômica capitalista</b> .....	83
<b>3.3. A Colaboração Premiada como instrumento de enfrentamento à corrupção econômica (a experiência da Operação Lava Jato)</b> .....	95
CONCLUSÃO .....	100
REFERÊNCIAS .....	102

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a carência de um combate mais rígido e eficaz ao crime de corrupção, objeto esse, inclusive, de inúmeros documentos internacionais, que ao tratar do tema, propõe previsões e ampliações das normas dos sistemas jurídicos penais dos países signatários, dentre os quais o Brasil faz parte. Como problema antigo e mutante, a corrupção, antes evidenciada no exercício da função pública, com a funcionalidade da administração pública como objeto central de preocupação do legislador, nas últimas décadas, também têm se desenvolvido no setor privado, afetando a livre concorrência, o livre desenvolvimento dos mercados, os segredos industriais e outros setores da economia.

O amplo desenvolvimento de negócios em escala global propicia o desenvolvimento cada vez mais organizado do crime e enfraquece não só o Estado-nação, mas o sistema e a ordem econômica como um todo, causando problemas a nível individual, organizacional, nacional e internacional. Por isso o forte estímulo ao enfrentamento do delito no plano internacional. Desse modo, a pretensão que se chega é de que somente um sistema penal mais amplo e firme, com instrumentos e normas de combate eficientes, é capaz de desestimular e descompensar a prática do crime de corrupção, em todas as suas vertentes, por meio da análise econômica do direito.

Assim, a abordagem do primeiro capítulo desta pesquisa se voltou para a evolução do Direito Penal até o século XXI, dentro da perspectiva criminológica, que por teorias da criminologia crítica buscou explicação para a existência e a validade da norma, bem como o fundamento e a justificativa para a intervenção penal. Noutro ponto, uma abordagem sobre a origem dos novos bens jurídicos, igualmente essenciais para a vida em sociedade, dentre os quais se destacam aqueles relacionados com a criminalidade econômica, base do Direito Penal Econômico. Desse modo, finalizando o capítulo, foi realizada uma abordagem sobre a expansão do Direito Penal, com o denominado Direito Penal Econômico, advindo da globalização econômica e das regras do capitalismo de regulação, impostas às sociedades empresárias quando do exercício de suas atividades empresariais, limitação essa revelada como necessária e indispensável para a finalidade do instituto penal.

Posteriormente, no segundo capítulo, por meio da doutrina e do Direito Comparado, a presente pesquisa apontou o histórico da origem e do desenvolvimento do crime de corrupção, dentro da perspectiva tradicional. Assim, de início, a questão se voltou para o objeto de proteção do tipo penal, qual seja o bem jurídico tutelado, passando, logo após, para a questão da criminalização do enriquecimento ilícito obtido com a prática do crime de corrupção, indicada

pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Noutra ponta, a questão do enquadramento dos sujeitos ativos no delito, onde de um lado o problema gira em torno do conceito de funcionário público e o enquadramento dos sujeitos no tipo penal, e do outro a questão gira em torno da participação dos não funcionários no delito. Não obstante, ao final do capítulo, a questão se voltou para a atipicidade ou aplicação da teoria monista, prevista no Código Penal brasileiro, no caso da corrupção ativa subsequente ao ato regular.

Logo depois, no terceiro e último capítulo, uma abordagem do crime de corrupção sob uma nova perspectiva, a corrupção no setor privado, que apesar de não violar diretamente a funcionalidade da administração pública, afeta a ordem econômica e enfraquece o Estado-nação. Nesse ponto, a pesquisa se voltou para a questão da globalização econômica e da preocupação transnacional com os danos causados pela corrupção, bem como para a resposta internacional dispensada pelos documentos internacionais, em especial das convenções de combate ao crime de corrupção e correlatos. Assim, por meio do Direito Comparado, uma abordagem sobre o tratamento dispensado ao delito nas legislações e jurisprudências do Poder Judiciário nacional e internacional, bem como a questão da corrupção sistêmica e da independência do Poder Judiciário. Com isso, a finalização do capítulo ocorre pela exposição e análise do instituto da Colaboração Premiada, prevista na legislação brasileira, que como instrumento de combate ao delito da corrupção econômica, contribuiu para o descobrimento de um dos maiores esquemas de corrupção político-econômica do Brasil, através da Operação Lava Jato, demonstrando assim, que a previsão de instrumentos de combate ao delito, em conjunto com outros fatores e a aplicação da análise econômica do direito, leva à descompensação e ao desestímulo da prática do crime.

Posto isso, o presente trabalho se desenvolveu pelo método hipotético-dedutivo, onde a metodologia aplicada se propôs à uma abordagem dos aspectos teóricos e práticos que envolvem o tema, ainda não pacificado, desta pesquisa científica. Logo, o que se pretendeu foi a comprovação das proposições hipotéticas por meio da utilização de fontes documentais e bibliográficas, com o prevalecimento da perspectiva crítica e dialética dos fatos.

Para tanto, utilizou-se como base os livros da doutrina nacional e estrangeira; a legislação pertinente e aquelas correlacionadas ao tema da corrupção; os documentos, tratados e convenções internacionais, em especial dos que o Brasil é signatário; as recomendações das Organizações Internacionais de combate ao delito da corrupção e os casos julgados pelos Tribunais estrangeiros e pelos Tribunais nacionais, em especial a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, no que diz respeito a abordagem do objeto da pesquisa, essa prevaleceu qualitativa, na medida em que se valeu da bibliografia pertinente ao tema discutido para justificar, sustentar e comprovar a tese apresentada.

## 1. O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL MODERNO NO SÉCULO XXI

Desde os primórdios da humanidade o homem tem progredido, se organizado em grupos ou sociedades. Contudo, a interação social quase sempre foi marcada pela agressividade peculiar da espécie humana, que justifica a significativa existência dos crimes ao longo dos tempos, visto ser inerente a história do próprio homem a criminalidade. Nesse ponto, considerando as teorias que explicam a existência e a finalidade da pena, bem como a funcionalidade do Direito Penal às próprias funções do Estado, em linha geral, o instituto penal se propõe à proteção dos bens mais importantes e necessários para a o indivíduo e própria sobrevivência da sociedade, apesar da história demonstrar o caráter seletivo do sistema penal à determinados pessoas. Desse modo, a análise e compreensão do crime e do Direito Penal, dentro da perspectiva criminológica e da visão integrada da ciência criminal, se mostra um tanto quanto necessária para uma resposta penal mais justa e eficaz ao combate do crime.

Não obstante, a globalização e a expansão do Direito Penal, com o denominado Direito Penal Econômico, fizeram com que a legislação penal passasse a tratar, também, das condutas violadoras de direitos transindividuais, que afetam bens jurídicos coletivos. Contudo, estes novos crimes, em especial os crimes econômicos derivados do Crime do Colarinho Branco, apesar de não se mostrarem, claramente, repulsivos, são objetos de significativa preocupação jurídico-penal, e, por essa razão estão previstos em regras do capitalismo de regulação. Todavia, a incapacidade do Estado de impor o cumprimento às referidas regras demanda cooperação entre os setores públicos e privados, bem como o uso de instrumentos jurídicos indispensáveis para o alcance e combate destes “novos” tipos de delitos.

### 1.1. A evolução do Direito Penal

Sobre a natureza social do homem, entendia Aristóteles<sup>1</sup> que “o homem é por natureza um ser vivo político”. Nesse sentido:

a natureza do indivíduo humano só é realizável através da comunidade social e política. O indivíduo isolado torna-se insociável e apolítico, comportando-se “como um deus ou uma besta” (I, 2, 1253a29). A *polis* é, em parte, um processo biológico, em parte um processo da liberdade humana. O homem não é um animal gregário

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Rio de Janeiro: Editor Assírio Bacelar, 1998, p. 21. Coleção Vega Universidade/Ciências Sociais e Políticas. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/357991/mod\\_resource/content/1/Aristoteles\\_Pol%C3%ADtica%20%28VEGA%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/357991/mod_resource/content/1/Aristoteles_Pol%C3%ADtica%20%28VEGA%29.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2022.

(*agelaion zoon*), mas um *politikon zoon*, porque a comunidade assenta no discernimento do bem e do mal.

Parece uma premissa incontestável a natureza social do homem e o fato de que para atingir os objetivos a que se propõe e garantir ao mesmo tempo sua sobrevivência, o homem se organize em comunidade e sociedade, sendo essa sociabilidade uma necessidade e instinto primário. Logo, onde há homem, há sociedade. No entanto, a vivência em sociedade apenas é possível se presente um conjunto de normas que regulem comportamentos e decidam conflitos, uma vez que o conflito faz parte da natureza humana e da convivência entre pessoas. Daí se poder dizer que onde há sociedade, há Direito. Logo, a existência de uma estrutura com regras mínimas de convivência para minimizar os conflitos é algo desejável.

Dentro desse aspecto, o contrato social<sup>2</sup> é a forma pela qual podem ser estabelecidas as regras mínimas de convivência para os grupos sociais, visto nele poder se encontrar regras que ditam, frente a todos, o proibido, o permitido e o obrigatório, bem como regras que limitem o agir das pessoas em agrupamentos, já que a paz social é um dos fins do Direito.<sup>3</sup> Desta maneira, as regras advindas do contrato social impõem não só as limitações de determinadas ações ou condutas e as permissões de outras, mas, também, estabelece o poder/dever de repressão e punição pelo Estado das condutas indesejadas pela sociedade e a coletividade como um todo.

Assim, a razão da existência e finalidade do Direito Penal está na proteção dos bens mais importantes e necessários à própria vida em sociedade. Nesse sentido, Luiz Regis Prado<sup>4</sup> registra que “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e a comunidade -, norteada por princípios penais fundamentais.” Em complemento, Nilo Batista<sup>5</sup> aduz que “a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução de pena”.

---

<sup>2</sup> “Para Rousseau, o homem é naturalmente bom, sendo a sociedade, instituição regida pela política, a culpada pela “degeneração” dele. O contrato social para Rousseau é um acordo entre indivíduos para se criar uma sociedade e só então um Estado, isto é, o contrato é um pacto de associação, não de submissão.” JUS. *Contrato social de Rousseau*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61302/analise-da-obra-do-contrato-social-de-jean-jacques-rousseau-e-seus-principais-aspectos-nas-relacoes-sociais>>. Acesso em: 03 mai. 2021.

<sup>3</sup> SUECKER, Betina Heike Krause. *Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13.

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 82.

<sup>5</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 116.

Sobre a finalidade do Direito Penal, Bitencourt<sup>6</sup> expõe que o instituto exerce uma função ético-social de proteção do comportamento humano da maioria que mantém uma mínima vinculação ético-social ao participar da construção positiva da vida em sociedade, por meio da família, escola e trabalho. Assim, o Direito Penal garante a segurança e a estabilidade do juízo ético-social da comunidade e reage contra a violação do ordenamento jurídico-social, ao impor a pena. Logo, os valores da vida em sociedade orientam o instituto, que separa as ações contrárias, definindo-as como comportamentos desvaliosos e carecedores dos limites da liberdade individual na vida comunitária.

Dentro desse raciocínio do contrato social e da finalidade do Direito Penal existe a figura do Estado interventor, que se faz representar por meio do Direito Penal objetivo – conjunto de normas editadas pelo Estado que define crimes e contravenções sob ameaça de sanção ou medida de segurança - e do Direito Penal subjetivo – possibilidade do Estado de criar e fazer cumprir as normas. Seja por meio da elaboração de leis pelo Poder Legislativo, da execução pelo Poder Executivo ou da aplicação dessas leis pelo Poder Judiciário - quando o Estado exerce o *jus puniendi*<sup>7</sup> - o Estado revela o seu poder, poder esse legitimado pelo Direito, que é a regra emanada da sociedade e fundamentada na lei moral e social.

E o que vem a ser Estado? o Estado é uma realização do bem comum, nele os indivíduos realizam seus anseios e se desenvolvem. É sobre essa segurança jurídica que a sociedade espera que o Estado cumpra com os objetivos fundamentais elencados na Constituição. E o Direito Penal é o instituto normativo que possibilita o controle punitivo das condutas indesejadas, que degradam a paz, a organização e o bem comum, que são as principais finalidades do Estado. Logo, segundo Welzel<sup>8</sup>, o papel desempenhado pelo Direito Penal é de natureza positivo-ético-social, uma vez que proscree e sanciona as condutas indesejadas com a imposição de pena. Em outras palavras, o Direito Penal corresponde a parte do ordenamento jurídico que determina o comportamento criminoso para atribuir-lhe uma sanção.

Desse modo, é possível verificar ao longo da história do Direito Penal as várias formas e justificativas para a aplicação da pena, a depender do contexto histórico e social. O manejo

---

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral: arts. 1 a 120. 27. ed. V. 1. rev. e atual.* São Paulo: Saraiva, 2021, p. 24.

<sup>7</sup> O *jus puniendi* é uma expressão latina que pode ser traduzida como “direito de punir” do Estado. Refere-se ao poder ou prerrogativa sancionadora do Estado. Esta expressão é usada sempre em referência ao Estado frente aos cidadãos ou a coletividade como um todo. De acordo com Fernando Capez, o Estado é uma entidade dotada de poder soberano, com titularidade exclusiva ao direito de punir, também conhecido como poder-dever de punir (*jus puniendi*) qualquer pessoa que venha a praticar um fato definido como infração penal. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal. 28. ed.* São Paulo: Saraiva, 2021, p. 18.

<sup>8</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general. Traducción del alemán por el Carlos Fontán Balestra con la colaboración del Eduardo Friker.* Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 3/6.

das sanções penais guarda muito com a evolução das sociedades. Na sociedade primitiva, por exemplo, o delinquente era o estranho.<sup>9</sup> Em períodos mais remotos da história da humanidade a pena assumiu um caráter quase que totalmente arbitrário e a própria seleção de comportamentos foi marcada por tal caráter. É possível encontrar na inquisição medieval alguns dos registros mais cruéis do manejo do Direito Penal como instrumento de opressão ao diferente, à época o “herege”.<sup>10</sup>

De acordo com Bitencourt<sup>11</sup>, a imposição da pena já se justificou pela vingança divina – a própria vida dos infratores eram sacrificadas com penas cruéis, desumanas e degradantes, para purificar a alma do criminoso e satisfazer as divindades da ofensa praticada -; pela vingança privada – após a fase do envolvimento do indivíduo ou do grupo em batalhas sangrentas, banimento e “vingança de sangue”, a vítima teve o direito de cobrar, diretamente do infrator, na mesma proporção, o prejuízo e a lesão sofrida, pela denominada Lei de Talião (*ius talionis*): “olho por olho” e “dente por dente”<sup>12</sup>. Depois, na fase da composição, o infrator pôde comprar sua liberdade, livrando-se do castigo -; e pela vingança pública – caracterizada pela crueldade e severidade da repressão criminal imposta, exclusivamente, pelo Estado, que assumiu o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, garantindo assim, ainda por influência religiosa, a segurança do soberano ou monarca. Somente a partir da adoção dos valores iluministas que o Direito Penal passou a acolher a privação de liberdade como principal sanção e a partir daí a responsabilidade penal individual.<sup>13</sup>

Assim, dada a modernidade, o Estado passou a deter o monopólio sobre o poder punitivo, com a limitação da ordem jurídica, fazendo com que o Direito Penal ganhasse um caráter público e subjetivo. Nesse momento, teorias foram levantadas para justificar os fins das penas às funções do Estado, bem como legitimar e justificar a própria existência do Direito Penal. Desse modo, a pena é justificada pela necessidade, visto que a sua ausência tornaria a

<sup>9</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de Cuello Blanco*. Traducción directa del inglés Laura Belloqui. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2009, p. 77.

<sup>10</sup> BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro* – I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 238.

<sup>11</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 41/42.

<sup>12</sup> O princípio da justiça capturado pela expressão "olho por olho, dente por dente" é conhecido como Lei de Talião ou Lei de Retaliação. "O Código de Hamurabi foi o primeiro código de leis da história e vigorou na Mesopotâmia, quando Hamurabi governou o primeiro império babilônico, entre 1792 e 1750 a.C. Esse código se baseava na Lei do Talião, que punia um criminoso de forma semelhante ao crime cometido, ou seja, “olho por olho, dente por dente”. O Código de Hamurabi era constituído por 281 preceitos gravados em uma pedra negra e cilíndrica de diorito. Atualmente, essa pedra está exposta no Museu do Louvre, em Paris (França)." BRASIL ESCOLA. *Olho por olho e dente por dente significado*. Disponível em: <<https://brasilescuela.uol.com.br/historiag/codigo-hamurabi.htm>>. Acesso em: 24 nov. 2022.

<sup>13</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 25/26.



convivência social inviável. Para Capez<sup>14</sup>, a pena possui a função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, tanto pela reeducação, quanto pela intimidação coletiva. A finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delincente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões, pela intimidação dirigida à coletividade. Nesse sentido, as teorias absolutas, relativas e unificadoras ou ecléticas, a seguir expostas de acordo com a análise de Bitencourt<sup>15</sup>.

Desse modo, criadas com base no modelo iluminista do contrato social, as teorias absolutas ou retribucionistas, defendidas por Carrara, Binding, Mezger, Welzel e a antiga ética cristã, tiveram Kant e Hegel como os mais expressivos pensadores. Nessas teorias, a pena deixou de fundamentar-se em Deus e religião, soberano e Estado, e passou a ser aplicada como uma retribuição pela perturbação à ordem jurídica prevista nas leis do homem (positivismo). Esse foi o momento da laicização do Estado, o delito como uma ruptura à obrigação contratual e a pena como uma forma de indenização. A relação entre o crime e a pena passou a ser o dano causado pelo inadimplemento, uma espécie de dívida a ser reparada. Assim, a pena como forma de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido, restabelecendo a ordem jurídica quebrada (Hegel), funciona como um castigo pelo injusto penal cometido e a justiça é alcançada no combate do “mal” pelo “mal”, sem qualquer consideração sobre a utilidade preventiva especial ou geral da pena (Kant). Aqui, o *ius talionis* (Lei de Talião) é a medida para a qualidade e quantidade da pena a ser apreciada e aplicada pelo tribunal (Kant).<sup>16</sup>

Sobre a questão, o registro de Roxin<sup>17</sup>:

*la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría "absoluta" porque para ella el fin de la pena es independiente, "desvinculado" de su efecto social (...). La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión: ojo por ojo, diente por diente.*

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral: arts. 1º a 120. 24. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 485.

<sup>15</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 68-82.

<sup>16</sup> Ibid., p. 68-72.

<sup>17</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducción de la 2. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 81-82.

Consequentemente, por serem insuficientes na orientação dos sistemas punitivos modernos, as teorias absolutas receberam críticas, especialmente pela ausência da justificação externa do castigo, que permite a legitimação de sistemas autoritários do Direito Penal máximo.<sup>18</sup> Segundo Capez<sup>19</sup>, o Direito Penal protege os bens jurídicos fundamentais à subsistência do corpo social por meio não só da intimidação coletiva (prevenção geral), mas pelo acordo entre o Estado e o indivíduo sobre o respeito às normas, menos pelo receio de punição e mais pela convicção de sua necessidade e justiça.

Assim, pela necessidade de freios e limites ao poder jurídico-penal, nas teorias relativas, preventivas ou utilitaristas, a pena passou a justificar-se na prevenção de delitos, evitando a reincidência do autor. Com isso, a finalidade preventiva da pena se dividiu em prevenção geral positiva e negativa, voltada para a coletividade, e a prevenção especial positiva e negativa, voltada para o indivíduo. Dessa forma, na prevenção geral negativa da pena a finalidade é punir o sujeito como exemplo, intimidando a coletividade. Na geral positiva a finalidade está na influência sobre a compreensão da necessidade de respeito à determinados valores, positivados ou não nas normas, promovendo uma interação social. Quanto à especial negativa, a finalidade atinge o indivíduo delinquente, para que ele não volte a transgredir as normas jurídico-penais, numa neutralização desse por meio da sua segregação no cárcere. Já na especial positiva a finalidade é ressocializar o indivíduo delinquente por meio de uma imposição de tratamentos e comportamentos, evitando a sua reincidência.<sup>20</sup>

Posto isso, as ideias da prevenção geral negativa desenvolvidas no período iluminista, entre a transição do Estado absoluto e Estado liberal, foram defendidas por Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach, e levaram o Estado à fundamentação da pena na intimidação, medo e ponderação da racionalidade do homem. Contudo, a pretensão restaria insuficiente para impedir a prática do delito, visto a existência dos delinquentes profissionais, habituais e impulsivos ocasionais. No mais, exigiria dos legisladores e magistrados o estabelecimento e aplicação de penas elevadas, que superem a medida de culpabilidade do agente. Assim, faltaria às teorias preventivas a capacidade de fundamentar a aplicação das sanções jurídico-penais do poder estatal e de estabelecer limites às consequências da atividade. De outro lado, a finalidade assegura o fundamento teórico-racional de três princípios garantistas, quais sejam, o da

---

<sup>18</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 72.

<sup>19</sup> CAPEZ, op. cit., 2020, p. 51.

<sup>20</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 73.

legalidade; da materialidade dos delitos e culpabilidade; e da responsabilidade individual, todos defendidos por Feuerbach, o maior representante da teoria.<sup>21</sup>

Já pela teoria da prevenção geral positiva, a pena possui finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, dando estabilidade ao ordenamento jurídico. Daí o sustento dos efeitos da aprendizagem, reafirmação da confiança no Direito Penal e pacificação social. É do desdobramento de tais ideias, que adveio a subdivisão da teoria da prevenção geral positiva em fundamentadora e limitadora. Desenvolvidas como reação à teoria da prevenção geral negativa, as primeiras versões da positiva, inspiradas no pensamento hegeliano, firmaram-se na concepção comunitarista de Estado e foram defendidas por Mayer e Mezger, para quem a pena destinava-se a produzir efeitos sociopedagógicos à coletividade. Welzel, também, foi considerado precursor da teoria, pela tese da função ético-social do Direito Penal e da concepção normativa da culpabilidade. Nesse sentido, manifestaram-se Kaufmann e Hassemer. Contudo, as primeiras versões foram criticadas por degenerar no regime nazista.<sup>22</sup>

Assim, o propósito de reafirmação da fidelidade e da confiança da comunidade no Direito passa a ser o centro da fundamentação do sistema penal na teoria da prevenção geral positiva fundamentadora. Jakobs, partindo da concepção ético-social formulada por Welzel e da necessidade de integração social por meio das normas, desenvolveu uma perspectiva funcional do Direito Penal, baseada na teoria dos sistemas sociais de Luhmann. Para ele, compete ao Direito Penal a função orientadora das normas jurídicas. Todavia, a teoria é criticada (Mir Puig, Muñoz Conde, Alessandro Baratta e Luzón Peña) pela versão fundamentadora não satisfaz as necessidades da teoria da pena e a imposição coercitiva de padrões éticos ao indivíduo ser inconcebível num Estado social e democrático de Direito. No mais, a exclusão dos limites do *ius puniendi* é formalmente e materialmente questionável por conduzir à uma política criminal carente de legitimidade democrática.<sup>23</sup>

Quanto a teoria da prevenção especial da pena, há que se considerar que a neutralização e eliminação não foram excluídas do Direito Penal para a ressocialização, mas por suas vertentes (negativa e positiva) é possível estabelecer limites à qualidade e quantidade da pena. Von Liszt, principal defensor da teoria, entende que a pena é medida por critérios preventivos especiais que observem a ressocialização e a reeducação do delinquente, a intimidação dos que não necessitam e a neutralização dos incorrigíveis (intimidação, correção e inocuidade). A concepção resulta de fatores ligados à crise do Estado Liberal, onde o interesse jurídico-penal

---

<sup>21</sup> Ibid., p. 73-75.

<sup>22</sup> Ibid., p. 75/76.

<sup>23</sup> Ibid., p. 76/77.

já não era a restauração da ordem jurídica ou intimidação geral da sociedade, mas a defesa de uma nova ordem e sociedade (econômica e laboral), que vê o delito como um dano social e o delincente o perigo que coloca em risco essa ordem. Assim, no Estado intervencionista, o idealismo positivista é a base de fundamentação.<sup>24</sup>

Não obstante, críticas foram lançadas à teoria, em razão da violação aos princípios garantistas, em especial o da proporcionalidade, quando da fundamentação exclusiva em critérios preventivo-especiais; da derivação à um insustentável Direito Penal do autor; da imprecisão dos pressupostos das medidas ressocializadoras; e da mutabilidade e insegurança das técnicas de prognóstico. No mais, os fins da pena restariam ineficazes pela improvável reincidência dos delinquentes que prescindem de intimidação, correção ou inocuização. Contudo, sob o ponto de vista político-criminal, a teoria cumpre a finalidade da ressocialização durante a execução da pena privativa de liberdade ao mesmo tempo que a intimidação (prevenção geral) é realizada, ainda que a dessocialização da pena seja preocupante. Assim, os aspectos preventivo-especiais delimitam a execução da pena evitando os efeitos negativos.<sup>25</sup>

Já as teorias mistas, ecléticas ou inovadoras, defendidas por Merkel, surgiram da complexidade da sociedade moderna e da dificuldade de um sólido entendimento sobre o fundamento da pena. Daí a junção das teorias absolutas e relativas para a concepção dos fins da pena sob um ponto de vista democrático pluralista, donde a pena tem seu fim baseado na retribuição, prevenção e ressocialização, e sua função a proteção da sociedade. No mais, infere-se que as teorias comportam tanto a retribuição, quanto a culpabilidade, para limitar a intervenção jurídico-penal. Assim, a finalidade do Direito Penal é a prevenção, e a retribuição, seja pela culpabilidade ou proporcionalidade, é a limitação das exigências da prevenção. Não obstante, na teoria unitária ou unificadora dialética de Roxin, há uma distinção das fases da criminalização, aplicação e execução, restando ao Estado a garantia da vida comunitária e ao Direito Penal a natureza subsidiária.<sup>26</sup>

Posto isso, o moderno pensamento jurídico-penal de prevenção não se fundamenta na retribuição ou na vingança, exceto quanto a culpabilidade. Como pessoa humana, o condenado tem sua dignidade respeitada quando da busca de sua integração na sociedade, já que a aplicação concreta da pena deturpa e esvazia sua função preventiva e a ressocialização compreende num

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 77/78.

<sup>25</sup> Ibid., p. 78.

<sup>26</sup> Ibid., p. 78-80.

problema político-social do Estado.<sup>27</sup> De outro lado, o modelo de Estado Democrático de Direito exige limites ao *jus puniendi*, de onde modernas teorias foram criadas, como a teoria da prevenção geral positiva limitadora, que estabelece limites ao poder punitivo estatal, traduzidos nos princípios e garantias, democraticamente, reconhecidos pela sociedade, a exemplo da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, entre outros. Assim, observados os limites do Direito Penal do fato, a pena somente será imposta por meio do devido processo legal, garantido constitucionalmente.<sup>28</sup>

Com a modernidade, outras correntes criminológicas surgiram, objetivando a reformulação do sistema prisional por meio de alternativas às prisões e a pena privativa de liberdade. Nesse sentido, o movimento crítico de Eugenio Raúl Zaffaroni, por meio da teoria agnóstica da pena, o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, o abolicionismo penal de Michael Foucault e o minimalismo radical de Alessandro Baratta.<sup>29</sup> Em outras palavras, pode-se registrar o surgimento de uma criminologia moderna marcada pelo neorealismo de esquerda, a teoria do Direito Penal mínimo e do abolicionismo, todas visando um sistema penal mais justo, com a reconstrução do sistema penal punitivo moderno e a extinção de um Direito Penal máximo.

## 1.2. Os novos bens jurídicos e a Criminologia crítica

O Direito Penal no final do século XX e início do século XXI sofreu uma mudança paradigmática no sentido de, antigamente, se voltar para os direitos individuais, na repressão de crimes que atingem o patrimônio individual (homicídio, furto, roubo), a exemplo da integridade física da pessoa, a vida, a propriedade, entre outros, e, em determinado momento, se voltar para os direitos transindividuais, na repressão de crimes que atingem a coletividade, a exemplo dos consumidores, meio ambiente, ordem tributária e financeira, econômica, entre outros. Isso porque, a instauração da sociedade de risco, advinda da globalização, da intensa troca de informações entre as pessoas e da diminuição de barreiras dos países, contribuiu para a prática de atos que geram perigo à coletividade.

Assim, com a transformação do Direito Penal, houve uma necessidade de proteção, não só dos bens jurídicos individuais, mas, também, dos bens jurídicos transindividuais, os

---

<sup>27</sup> Isso porque, o aprendizado profissionalizante ou de ofício na penitenciária é inútil ao detento se esse, ao sair da prisão, se depara com a negativa de emprego, em razão da estigmatização de sua antiga condição de presidiário/condenado.

<sup>28</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 80-82.

<sup>29</sup> PEREIRA, Carlos Eduardo Sousa. *Movimentos do Direito Penal moderno: minimalismo, garantismo e abolicionismo*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/movimentos-do-direito-penal-moderno-minimalismo-garantismo-e-abolicionismo/>>. Acesso em: 05 dez. 2022.

coletivos. Daí o surgimento de leis que protegem a ordem tributária, a ordem econômica, as relações de consumo, o sistema financeiro nacional, entre outros. Essas leis, com características bem diversas daquelas destinadas ao Direito Penal Clássico, possuem, para tanto, tipificações abertas e elementares normativas que dependem da interpretação do operador do Direito. No entanto, as normas do Direito Penal Econômico, por exemplo, são em sua maioria crimes de perigo abstrato, em que a prática da conduta basta para a responsabilidade do crime.

Portanto, hoje têm-se aplicado um Direito Penal de terceira velocidade, em que os crimes praticados contra os bens jurídicos transindividuais – bens de extrema importância para a coletividade -, além de receberem penas altas, diminuem as garantias do acusado. Porém, o Direito Penal Econômico apresenta um problema estrutural, refletido na falta de identificação ou conhecimento desses novos crimes pelos operadores do Direito, em especial pelo Poder Judiciário, que possui grande preparo para os crimes penais clássicos.

Posto isso, retomando a questão anteriormente mencionada, numa construção histórica do avanço do Direito Penal, é possível verificar na inquisição medieval um dos registros mais cruéis do manejo do Direito Penal, como instrumento de opressão ao diferente. Essa intolerância com o “diferente” parece estar, igualmente, comprovada no tratamento dispensado aos presos estrangeiros no Brasil, cuja terminologia, estrangeiro, derivada de estranho, segundo Artur de Souza<sup>30</sup>, soa indicativo de um “status provocativo de atitudes de suspeição, desconfiança e temor frente ao desconhecido”. Para o autor, esse entendimento pode, em certa medida, levar à compreensão das razões pelas quais o tratamento diferenciado do sistema penal foi destinado à tais sujeitos, já que:

essa reação humana existiria desde o início dos tempos (...) quando o homem primitivo corria pelos campos em busca de sustento (...) e se deparava com um estranho, três possibilidades (...) lhe eram possíveis: fugir, atacar ou dialogar. (...) no plano sociológico estrangeiro significa todo aquele que é objeto de rejeição ou de estranhamento em um determinado círculo normativo-social mais ou menos homogêneo [...].<sup>31</sup>

A propósito, o registro de Nilo Batista<sup>32</sup>, sobre o traço característico da destinação de tratamento jurídico desigual àquele que se fazia diferente ser evidenciado, também, no Direito Penal e Penitencial canônico:

---

<sup>30</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 9.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>32</sup> BATISTA, op. cit., 2002, p. 163/168.

recentemente, Louk Hulsman afirmou que a lógica do sistema penal provém do sistema de moral escolástica. (...) A promiscuidade conceitual entre delito e pecado, da qual resulta a sacralização do primeiro e a politização do segundo abrirá ao direito penal canônico uma perspectiva de intervenção moral comparável a poucas experiências judiciais da antiguidade. (...) A matriz da diferenciação penal, expressa em diversas modalidades de privilégios eclesiásticos (...) é, como vimos, anterior ao sistema penal canônico (...) pense-se na excomunhão, o grande paradigma penal canônico da exclusão e do isolamento social – a desqualificação jurídica do réu almeja convertê-lo num objeto indigno de proteção e misericórdia, ameaçador e temível, cujo extermínio apenas consumará a danoção irremediável.

Dessa forma, a pesquisa de Artur de Souza<sup>33</sup>, sobre o questão do tratamento diferenciado aos presos estrangeiros no Brasil, mostra que para os condenados estrangeiros a jurisprudência por muito tempo negou o direito à progressão de regime, independentemente de ser o crime hediondo ou não, fato esse criticado pelo autor.<sup>34</sup> Segundo ele, entre vários argumentos utilizados para impedir o direito à progressão, um deles – a presunção de fuga iminente - era a desconfiança com relação àquele que sem maiores vínculos com a sociedade, encontrar-se-ia propenso a empreender fuga, frustrando, assim, o cumprimento à aplicação da lei.<sup>35</sup> Contudo, foi na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no HC 103373/SP<sup>36</sup>, julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 26/08/2008, que tal entendimento foi modificado para uma visão integrada da Criminologia e do Sistema Penal, de modo que tal ligação permita uma Política Criminal compatível com um Direito Penal mais justo.

Assim, tomando por base a intolerância revelada pela história do Direito Penal em relação àquele que é diferente, pode-se chegar ao ponto de como esse fato contribuiu para compreensão das relações existentes entre economia e crime. Nesse sentido, a reflexão de Roberto Lyra<sup>37</sup>, sobre as relações existentes entre o sistema econômico/político e o poder punitivo, em uma verdadeira crítica ao sistema penal, ao expor que:

<sup>33</sup> SOUZA, op. cit., p. 250- 251.

<sup>34</sup> Negativa do livramento condicional ao preso estrangeiro e a progressão ao regime semiaberto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 83.723/MG*, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª Turma, j. 09.03.04. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769293/habeas-corpus-hc-83723-mg>>. Acesso em: 07 jun. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 68.135/DF*, Rel. Min. PAULO BROSSARD, 2ª Turma, j. 20.08.91. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709939/habeas-corpus-hc-68135-df?ref=serp>>. Acesso em: 07 jun. 2021; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 18.747/SP*, Rel. Ministro VICENTE LEAL, 6ª Turma, j. 07.02.2002. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=24717&num\\_registro=200101255947&data=20020311&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=24717&num_registro=200101255947&data=20020311&formato=PDF)>. Acesso em: 07 jun. 2021.

<sup>35</sup> SOUZA, op. cit., p. 206.

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 103.373/SP*, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, j. 26/08/2008. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=812050&num\\_registro=200800692025&data=20080922&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=812050&num_registro=200800692025&data=20080922&formato=PDF)>. Acesso em: 07 jun. 2021.

<sup>37</sup> LYRA, Roberto. *Economia e crime*. Rio de Janeiro: Editor A. Coelho Branco Fº, 1933, p. 10/11.

a história do Direito Penal primitivo é o corpo de *delicto* de um estelionato. Inculcando-se representantes de Deus, desde as *tribus* aos impérios, os aproveitadores ilaquearam a boa-fé alheia, explorando e oprimindo. No Oriente, berço dos primeiros *syshemas* legislativos, crime era o pecado, réu era o pecador, processo era o arbítrio *pro domo sua*, pena era crueldade da “vingança divina” encarnada no representante do *Numen*, ao mesmo tempo rei e sacerdote.

Nesse ponto, mais que um estelionato, a história do Direito revela que a relação entre Economia e Direito repercutiu, também, nos programas de criminalização. Desse modo, Rusche e Kirchheimer<sup>38</sup> registram a correlação existente na administração da lei penal aos mais pobres, no período mediado entre os séculos XIV e XV, que marcam a transição do feudalismo para o capitalismo, e de onde:

o descontentamento entre os pobres da cidade e do campo alastrou-se durante o século XV. Uma desenfreada liberdade de expressão possibilitou que se tomasse consciência dos efeitos do sistema social. (...) A intensificação dos conflitos sociais (...) que marcou a transição ao capitalismo entre os séculos XIV e XV, levou à criação de leis criminais duras, dirigidas contra as classes subalternas (...) tornou necessário às classes dirigentes buscar novos métodos que fariam a administração da lei penal mais efetiva.

De acordo com os autores, a lei penal era aplicada conforme a classe social dos condenados, e, a despeito dessa discriminação na administração da justiça penal:

[...] a criação de uma lei específica para combater os delitos contra a propriedade era uma das principais preocupações da burguesia urbana emergente. (...) Von Bar refere-se ao sangue frio e à usura da burguesia (...) para quem a propriedade significava tudo.<sup>39</sup>

Logo, da correlação existente entre o modo de produção adotado por uma sociedade e as penas nela encampadas está o tipo de pena que é adotada. Daí porque numa economia escravista a escravidão será vista, necessariamente, como uma forma de pena, pois cumprirá o papel de atender a uma determinada demanda.<sup>40</sup> E dessa maneira, a atuação do sistema penal está para a resolução do problema da escassez de mão de obra, prestando-se, mais uma vez, de instrumento da exploração dos pobres pelos ricos. E essa desigualdade na administração do sistema de justiça, que protege a classe dominante, e, por via de consequência, a propriedade, também, pode ser verificada na seguinte exposição de Adam Smith<sup>41</sup>:

<sup>38</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004, p. 31.

<sup>39</sup> Ibid., p. 33.

<sup>40</sup> Ibid., p. 20.

<sup>41</sup> SMITH, Adam. *A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Tradução Getulio Schanoski Jr. São Paulo: Madras, 2009, p. 548/549.



no caso das lesões à propriedade, o caso é inverso. O benefício da pessoa que causa a injúria geralmente é igual à perda do injustiçado. (...) Apesar disso a avareza e a ambição dos ricos e, por outro lado, a aversão ao trabalho e o amor pela tranquilidade e diversão fácil dos pobres, são as paixões que rapidamente invadem a propriedade (...) a riqueza de poucos supõe a indignância de muitos. A afluência dos ricos incita a indignação dos pobres, que são quase sempre estimulados pela necessidade e induzidos pela inveja a invadir suas posses. É somente sob a proteção do magistrado civil que o dono daquela propriedade valiosa, que é adquirida com o trabalho de muitos anos, ou talvez de diversas gerações sucessivas, consegue dormir à noite com segurança.

Nesse ponto, Comparato<sup>42</sup> explica que o problema surge da consolidação de um tipo de percepção em torno da propriedade privada – vista como um valor fundamental –, da qual decorre uma submissão permanente dos pobres aos ricos, visto a desigualdade derivar da riqueza material, que seria natural. Neste sentido, caberia ao poder político garantir o livre gozo da propriedade, protegendo os ricos dos pobres, o que segundo Schünemann<sup>43</sup>, teria como reflexo a eleição do roubo como ponto central do denominado Direito Penal Clássico, tornando os pobres clientes preferenciais do sistema penal.

Desta maneira, do modelo econômico adotado por uma sociedade, duas formas de resolução dos conflitos no meio social surgiram, o de composição e o punitivo:

[...] surgindo uma linha demarcatória entre modelos de reação aos conflitos: um, o de solução entre as partes; o outro, o de decisão vertical ou punitivo. A linha divisória passa, portanto, pela posição da vítima, o que necessariamente, concede uma função ao processado ou apenado (...) no modelo de partes há duas pessoas que protagonizam o conflito [a que lesiona e a que sofre a lesão] para o qual se procura uma solução. No punitivo, a vítima fica de lado, ou seja, não é considerada pessoa lesionada, mas sim um signo da possibilidade de intervenção do poder das agências do sistema penal (...). O pretexto de limitar a vingança da vítima ou de suprir sua debilidade serve para descartar sua condição de pessoa, para tirar-lhe a humanidade. A invocação à dor da vítima não é senão uma oportunidade para o exercício do poder.<sup>44</sup>

Assim, é possível constatar na escolha do modelo punitivo o exercício do poder por parte de uma classe sobre a outra, e, talvez por essa razão, ocorreu o surgimento de um processo de conscientização e de desenvolvimento de uma perspectiva crítica do sistema em torno do caráter excludente do capitalismo. Nesse sentido, o registro de Juarez Cirino dos Santos<sup>45</sup>, sobre

<sup>42</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 284.

<sup>43</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral. In: \_\_\_\_\_. *Obras*. Tomo II. Dirigida por Edgardo Alberto Donna. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 19. Colección autores de Derecho Penal.

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. 2. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 383/384.

<sup>45</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 17.

a tese central da “Criminologia Crítica” poder ser assim enunciada: “o Direito Penal garante a desigualdade social fundada na relação capital/trabalho assalariado das sociedades capitalistas contemporâneas.”

Posto isso, sobre a existência de teorias da “Criminologia Crítica”, Hassemer<sup>46</sup> explica não ser essa orientação criminológica mais do que uma variante das teorias do *labelling approach*<sup>47</sup>, da qual se firma um setor da doutrina pátria ao reconhecer uma conexão com o enfoque do etiquetamento. Assim, a referida “Criminologia Crítica” teria como características gerais uma oposição à Criminologia Positivista; à visão do criminoso como uma pessoa normal; ao foco do estudo do delito a partir do conflito social, e, em especial, o econômico; e à crítica das distorções do processo de tipificação das leis penais - criminalização primária.<sup>48</sup> Logo, para esses partidários do pensamento crítico, o crime é apenas aquilo que venha a ser assim qualificado pela comunidade e pelo sistema penal, pois não haveria ato em si mesmo delituoso. Por essa razão, o enfoque dado no processo de criminalização seria uma expressão da divisão de classes presente na sociedade.<sup>49</sup> Contudo, a questão se volta para o fato de o crime e a resposta do sistema penal a tal fato se pautar, ainda, pela ideia do conflito de classes.

Nesse ponto, embora seja reconhecido a preferência do sistema penal por certos agentes, graduais alterações são percebidas, de acordo com Bajo Fernandez<sup>50</sup>, ao expor que:

*la experiencia de las últimas décadas permite sostener que el Derecho penal económico, con ser un instrumento de control social, no se há utilizado exclusivamente a favor de la clase dominante, ni en España, ni en los países de nuestro entorno cultural, jurídico y social. Más bien, há sido um instrumento de aplicación de la Justicia que há hecho falsa la afirmación de que los condenados en los establecimientos penitenciarios estén sólo reclutados entre las clases más desfavorecidas de la sociedad.*

<sup>46</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: *pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23/36.

<sup>47</sup> A teoria do *labelling approach* (etiquetamento) é a teoria da reação social, da rotulação social, do etiquetamento ou do interacionismo simbólico. A criminalidade é resultado de um processo de etiquetamento atribuída à certos indivíduos que a sociedade considera delinquentes. As instâncias de controle estigmatizam o indivíduo que não se enquadra na sociedade, tornando-o um desviante. INSTITUTO FÓRMULA. *Labelling approach*. Disponível em: <<https://www.institutoformula.com.br/criminologia-teoria-do-labelling-approach-etiquetamento/>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

<sup>48</sup> MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 255/256; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 141/142.

<sup>49</sup> MAÍLLO, op. cit., p. 255/256; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012, p. 160.

<sup>50</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S/A, 2010, p. 26.

Neste contexto, as tensões existentes entre a teoria e a realidade no campo penal, tornam-se objetos de inúmeras reflexões e críticas por parte de todos os que atuam ou estudam o sistema penal.<sup>51</sup> Não é exagero afirmar que existe um Direito Penal na Academia e outro bem diferente na vida real, mas a teoria deve servir à realidade e essa servir de objeto de investigação daquela. À vista disso, Quintero Olivares<sup>52</sup> esclarece que:

*es una vieja cuestión: parece que hay un derecho penal de profesores, outro de los jueces, y a eso se añaden la posición de los abogados y la unidad de criterio de los fiscales. Com grandes dificultades los miembros de esos colectivos pueden realizar la función de los otros a un comparable nivel de calidad, com las excepciones que se deseen. Para el profesor es difícil dictar una sentencia em um caso complejo, para el juez no sería sencillo pronunciar una lección magistral, y lo mismo puede extenderse a fiscales y abogados. Por supuesto he hablado de excepciones, pues hay muchos casos de acumulación de funciones entre la docencia y la judicatura, fiscalía o abogacía, y quienes se encuentren en esa circunstancia podrán vivir en primera persona las diferentes maneras de contemplar la cuestión penal.*

Segundo o autor, o juiz atua, no mais das vezes, como se houvesse apenas uma antijuridicidade formal, pois seu aspecto material seria, apenas, o derivado da ofensa ao bem jurídico, isto é, da realização de uma ação típica.<sup>53</sup> Tal entendimento guardaria proximidade com uma concepção unitária de ilicitude, em que toda ilicitude seria não apenas formal, mas material.<sup>54</sup> A observação parece pertinente quando da distinção entre ilicitude formal e material, da qual é possível extrair conclusões e repercussões, tanto de cunho político criminal,<sup>55</sup> quanto dogmático, observado neste caso, a aplicação do princípio da insignificância para exclusão da antijuridicidade material.<sup>56</sup>

Desta maneira, é relevante o juízo crítico e propositivo do sistema penal e da política criminal subjacente para a compreensão do Direito Penal a partir de uma perspectiva limitadora do poder punitivo, para que assim não se confunda o ato do poder político - legislação penal - com a operação em si, feita pelos juristas, do conjunto de normas jurídicas estabelecidas para racionalizar e legitimar a punição<sup>57</sup>, já que o contrário converte o Estado de Direito em Estado

<sup>51</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 43.

<sup>52</sup> OLIVARES, Gonzalo Quintero. *El problema penal: la tensión entre teoría y praxis em Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2012, p. 37.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. 6ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 161/162.

<sup>55</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 218.

<sup>56</sup> SANTOS, op. cit., p. 214/215.

<sup>57</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 38/39.

de Polícia, reduzindo o crime à mera expressão da vontade de um soberano, travestido de legislador.<sup>58</sup> Logo, é por meio da investigação científica que se (des)legitima o sistema penal.

Conseqüentemente, deve a investigação em matéria criminal considerar a advertência de Quintero Olivares<sup>59</sup>, sobre o viés ideológico subjacente ao debate penal, ao expor que:

*[...] el problema penal es que hay delitos y delincuentes y no hay modo de acabar com esa realidad y tal vez no es posible. (...) Pero (...) como se puede combatir desde el derecho, o qué tarea pueden cumplir las leyes y los juristas, o qué condiciones se han de cumplir para reprimir con justicia y eficacia a los delincuentes, o quién debe decidir cuáles son las conductas criminales etc., (...) No es casual que la cuestión criminal haya sido y siga siendo objeto de atención no solo de los juristas y criminólogos, sino de los filósofos, y no solo del derecho, sociólogos, teólogos (...) Es difícil conocer la ideología política o religiosa de un jurista o de un político cualquiera opinando sobre cuestiones jurídicas, pero si se trata de problemas penales em seguida emerge la ideología.*

Posto isso, a leitura do sistema penal e do Direito Penal não pode ignorar o tipo de sociedade em que se vive e a ideologia que une as pessoas enquanto membros de um único corpo social<sup>60</sup>. No entanto, é incontestável que a punição foi, e talvez ainda o seja, mero exercício de poder por parte de uma parcela da população, a exemplo da pesquisa realizada por Nilo Batista, sobre a punição dos escravos na região cafeeira de Vassouras, na então Província do Rio de Janeiro, no século XIX. O objetivo essencial era a investigação de certas funções dissimuladas de controle exercidas pelo sistema penal, bem como o fato da reafirmação da ordem legal, nas particularidades de certos delitos, manifestar a rigor, o interesse de oligarquias ou classes dominantes.<sup>61</sup>

Para Ferreira Filho<sup>62</sup>, não há dúvidas de que o sistema penal das ideias iluministas era mais racional e justo do que o sistema do antigo regime. Contudo, era instrumentalizado para interesses da classe dominante, a burguesia. Tal conclusão pode ser retirada pela própria leitura da concepção de propriedade privada, prevista no artigo 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que assim dispõe: “como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.

<sup>58</sup> Ibid., p. 41.

<sup>59</sup> OLIVARES, op. cit., p. 15/16.

<sup>60</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 97/98.

<sup>61</sup> BATISTA, op. cit., 2002, p. 15.

<sup>62</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. et. al. *Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 37/38.

### 1.2.1. O Direito Penal Econômico

Segundo os críticos do sistema penal, com a consolidação do sistema econômico capitalista no ocidente, o roubo e o furto expressaram-se como delitos principais de um Direito Penal correspondente à ascensão da burguesia, entre os séculos XVIII e XIX.<sup>63</sup> No entanto, desde o final do século XIX, constata-se uma transformação econômica e social, inclusive no plano jurídico, quando o Estado passou a intervir na ordem socioeconômica, culminado com o advento do Estado Social e Democrático de Direito.

Retomando a questão do sistema penal e da aplicação da pena, a reflexão que se chega é de que a inadmissibilidade do pensamento de crime e punição como fruto da vontade absoluta de quem quer que seja, não muda o fato de que em todas as culturas existe o pensamento da retribuição, sendo impossível a sua erradicação da consciência jurídica geral.<sup>64</sup> Deste modo, ainda que se concorde com o pensamento de Nilo Batista e Zaffaroni - quando tomam o sistema penal a partir de uma perspectiva histórica discriminatória -, seria inadequado aderir à afirmação da teoria agnóstica da pena, que recusa qualquer função para a pena que não a mera afirmação do poder.<sup>65</sup> Não obstante, de acordo com Roxin<sup>66</sup>, no âmbito do Direito Penal Econômico prevalece, ainda, a prevenção geral positiva atribuída a Feuerbach e à sua teoria da coação psicológica. De outro modo, mesmo que se considere uma linha ideológica diversa, o mérito do debate acadêmico é relevante para a construção de um Direito Penal mais justo e democrático.

Nesta linha, Quintero Olivares<sup>67</sup> registra não haver problema algum em ser o debate penal permeado pela ideologia. Contudo, na medida em que a matriz ideológica subjacente define o tipo de percepção do fenômeno do crime, reflexos são incluídos no desenvolvimento dogmático; na investigação de suas causas; no questionamento do caráter seletivo do sistema penal e na própria defesa por um determinado tipo de pena. A filiação a uma matriz ideológica não afasta a legitimidade da teoria daí levantada para que o homem explique e contenha essa “enfermidade”, “patologia social”<sup>68</sup> ou simples “fenômeno social normal”<sup>69</sup> denominado delito. Logo, é da diversidade de orientações que se extrai a melhor compreensão de crime - fenômeno

<sup>63</sup> SCHÜNEMANN, op. cit. p. 19.

<sup>64</sup> Id. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SANCHÉZ, J. M. Silva (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 97/98.

<sup>65</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 97/98.

<sup>66</sup> ROXIN, op. cit., p. 89/90.

<sup>67</sup> OLIVARES, op. cit., p. 15/17.

<sup>68</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Tomo I. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 18.

<sup>69</sup> MAÍLLO, op. cit., p. 42/43.

tão variado, quanto heterogêneo, e que comporta diferentes tipologias na Criminologia contemporânea<sup>70</sup> - e a definição dos limites nos quais um ato deva ser classificado como criminoso.

Nesse ponto, existe uma gama de comportamentos humanos à disposição da seleção do legislador. Esse fato social, segundo Christie<sup>71</sup>, se oferece de maneira abundante à política criminal, pois:

o crime está em permanente oferta. Atos passíveis de criminalização são como recurso natural ilimitado. Pouco pode ser considerado crime – ou muito. Atos não são, eles se tornam; seus significados são criados no momento em que ocorrem. Avaliar e classificar são atividades essenciais aos seres humanos. O mundo nos vem na forma em que o constituímos. O crime, portanto, é o produto de processos culturais, sociais e mentais. Para todas as condutas, inclusive aquelas tidas como indesejáveis, há dúzias de alternativas possíveis para sua compreensão: perversidade, loucura, honra distorcida, ímpeto juvenil, heroísmo político – ou crime.

Nesse ponto, a definição dos limites nos quais um ato deve passar a ser qualificado como criminoso, necessita ultrapassar a mera opção legislativa, importando na identificação da essência da conduta, nos moldes propostos pela fenomenologia.<sup>72</sup> Assim, é relevante compreender as razões pelas quais um comportamento social deixa de ser apenas indesejado e passa a ser objeto de repulsa social, bem como a razão de receberem tal significado<sup>73</sup>, pois se o ato incriminado não é objeto de repulsa, inexistente legitimidade na incriminação, e, conseqüentemente, na punição. Sobre essa questão, o registro da importância do tipo de cobertura da mídia à determinados casos de corrupção, já que essa deve contribuir para a compreensão e a consciência dos danos causados, e não para uma discussão ideológica inútil ao enfrentamento do delito. Como dito, a ideologia no debate penal não é problema, mas quando se torna obstáculo para a compreensão dos danos e suas repercussões, acaba por atender os interesses dos próprios sistemas que se estruturam na corrupção, e não dos interesses da sociedade.

---

<sup>70</sup> Ibid., p. 100/101.

<sup>71</sup> CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 29.

<sup>72</sup> O estudo da fenomenologia remete à Edmund Husserl e suas reflexões sobre a constituição do mundo e da humanidade. Husserl pretendia encontrar um novo caminho para a fundamentação rigorosa do conhecer e do agir frente ao caráter enigmático do mundo e da nossa existência histórica, visto que o caráter matemático e lógico do positivismo acabou por idealizar o mundo. Sobre o tema: GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 e GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direito Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>73</sup> CHRISTIE, op. cit., p. 30.

Posto isso, de acordo com Figueiredo Dias<sup>74</sup>, apenas no final do Séc. XIX cresceu o interesse pela ciência conjunta do Direito Penal, tomada na perspectiva da definição de estratégias de controle social do crime e do conhecimento empírico em torno dele. Desse modo, para Hassemer e Muñoz Conde<sup>75</sup>, o conhecimento do intérprete deve ir além das normas penais, alcançando toda realidade ambiente que reflete sua própria existência e seleção. Daí a importância de uma perspectiva integrada da Criminologia, Política Criminal e Direito Penal, sem supressão da autonomia científica ou “ciências criminais” que lhes é própria, numa compreensão global da delinquência e da racionalização do Direito Penal.<sup>76</sup>

Assim, Schecaira<sup>77</sup> afirma que “para a compreensão científica da tarefa de aplicação do Direito Penal não basta o conhecimento das normas postas, mas é indispensável o domínio das contribuições correlatas existentes naquilo que se convencionou denominar de “ciências criminais”. À vista disso, Roxin<sup>78</sup> defende um sistema penal aberto ao desenvolvimento social, com a influência da Política Criminal, onde:

a ideia de estruturas às categorias basilares do Direito Penal com base em pontos de vista político-criminais permite transformar não só os postulados sócio-políticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica. Se procedermos deste modo, o sistema jurídico-penal deixará de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral, mas abre-se para o desenvolvimento social, pelo qual também se interessa a Criminologia, que se empenha na explicação e no controle da delinquência.

Consequentemente, a conclusão é de que o fenômeno do crime e a legislação penal, no olhar da Criminologia e da Política Criminal, pode proporcionar resultados melhores e mais próximos ao ideal de justiça, abandonando a ultrapassada visão de crime como mera violação da lei, que segundo a história, legitimou abusos por parte do legislador. De outro modo, a aceitação de todo tipo de regulamentação do legislador ou administrador, que esvazie o conteúdo da incriminação legitimamente realizada, esgota a tutela penal de relevantes interesses sociais. Não obstante, embora questões prévias ao conhecimento da própria Criminologia não estejam superadas - objeto, conceito e influência para o Direito Penal - <sup>79</sup>, é possível adotar, como objeto da Criminologia, a infração penal ou delito, o delinquente, a vítima e o controle

<sup>74</sup> DIAS, op. cit., p. 18/20.

<sup>75</sup> HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 29.

<sup>76</sup> SOUZA; JAPIASSÚ, op. cit., p. 18.

<sup>77</sup> SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

<sup>78</sup> ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar: 2006, p. 77/99.

<sup>79</sup> HASSEMER; CONDE, op. cit., p. 16/17.

social<sup>80</sup>, restando secundários os debates de influência da criminologia na Política Criminal – ciência que “define os fins do Estado diante do problema do crime e formula meios necessários para realiza-los”.<sup>81</sup>

Posto isso, a antiga reivindicação pela compreensão integrada da ciência penal, também, é necessária ao Direito Penal Econômico, para o adequado conhecimento da relação existente entre a estrutura social e o crime; o Direito e a Economia; e o modelo capitalista do Século XX - de onde provém grande parte do arcabouço normativo desse ramo especial do Direito Penal - e do Século XXI - de onde se deve colher as bases do novo Direito Penal Econômico. Assim, o Direito Penal Econômico reclama não só o conhecimento do Direito Econômico, mas do Direito Comercial, Tributário, Societário, do Trabalho, da Propriedade Intelectual e Industrial, e outros<sup>82</sup>.

Mais que isso, o Direito Penal Econômico reclama, também, o conhecimento de novos campos no estudo da Economia, a exemplo da Psicologia. E essa importância do conhecimento transdisciplinar de outras ciências para o Direito Penal *de lege ferenda*, pode ser verificada, por exemplo, em antigas lições doutrinárias, onde já havia o registro de que:

a Justiça Penal (...) não pode desconhecer que os progressos da Criminologia são muitos e cada vez mais numerosos, e que, sob pena de falir em sua missão, deve apropriar-se dos conhecimentos fornecidos por essas indagações científicas. Daí a recomendação de Mezger de que em face da Criminologia, “o jurista não pode permanecer indiferente e abandonar a investigação psicológico-criminal a outros especialistas, porquanto a posição político-criminal pertinente aos vários problemas, tanto de Direito Penal hodierno como futuro, pertence a suas mais genuínas tarefas profissionais.” (...) Ante esse pluralismo científico, é necessário à Criminologia a conjugação racional dos esforços dispendidos pelos diversos especialistas de cada ciência particular.<sup>83</sup>

Por esse motivo, a perspectiva integrada que se mostra necessária ao operador do Direito ultrapassa a tríade Criminologia, Política Criminal e Direito Penal, abarcando, também, o conhecimento de outras variadas ciências, pois somente sob essa perspectiva é possível interpretar o sentido do Direito Penal dentro de um Estado Social e Democrático de Direito. E esse mesmo raciocínio deve ser empregado ao Direito Penal Econômico. Daí o destaque da colocação de Sutherland em relação à ruptura e o despertar da Criminologia ao “*White Colar Crime*”, uma vez que a tomada de decisões político-criminais - decisões que materializam o

<sup>80</sup> SCHECAIRA, op. cit., p. 54/75.

<sup>81</sup> BRUNO, Anibal. *Direito Penal*: parte geral. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 47.

<sup>82</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*: parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 33.

<sup>83</sup> MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*: propedêutica penal e norma penal. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 56/57.



conjunto de procedimentos pelos quais um determinado corpo social organiza respostas ao fenômeno criminal<sup>84</sup> - é uma das mais relevantes tarefas desempenhadas pelo legislador, e, a adequada compreensão do fato social que se pretende criminalizar, é o primeiro e mais relevante passo à correta regulação da questão.

Desse modo, pela perspectiva integrada da ciência penal, importante foi o histórico discurso de Edwin Sutherland perante a Sociedade Americana de Sociologia, em 27 de dezembro de 1939, quando apresentou a figura da *White-Collar Criminality*. Para Bajo e Bacigalupo<sup>85</sup>, o trabalho contribuiu para uma ruptura na Criminologia, semelhante ao provocado pelo “*L’Uomo delinquente*” lombrosiano. Assim, embora não se conteste o fato da existência de crimes econômicos bem antes do trabalho do sociólogo americano<sup>86</sup>, como visto, não há dúvidas sobre a falta de preocupação da Criminologia com o tratamento dado à determinadas pessoas pelo sistema penal.

Nesse ponto, Sutherland foi que partiu da ideia de crime para investigar a forma como os “*White Colar Crime*” eram tratados pelo sistema, verificando que:

*la característica esencial del delito es que se trata de una conducta prohibida por el Estado porque lo perjudica y contra la cual este debe reaccionar, al menos como último recurso, por medio del castigo. Los criterios abstractos generalmente considerados pelos juristas como elementos necesarios para definir el delito son: la descripción legal de un acto como socialmente lesivo y la previsión legal de una pena para dicho acto.*<sup>87</sup>

Com isso, o autor acabou se deparando com algumas situações, como a da condenação de um homem pobre na Indiana, que ao registrar numa companhia financeira bens que não lhe pertenciam, para obtenção de empréstimo, foi submetido a uma pena de até 7 anos de prisão por crime de simulação. Porém, diferentemente do ocorrido, a mesma lei aplicável às empresas, acabava não incidindo quando tais corporações falseavam seus ativos.<sup>88</sup> Tal exemplo, ao demonstrar o caráter seletivo do Direito Penal, traz semelhança com o exemplo exposto por Nilo Batista<sup>89</sup> no Brasil, em que um jovem negro e pobre do subúrbio, ao tentar furtar uma

<sup>84</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 5.

<sup>85</sup> BAJO; BACIGALUPO, op. cit., p. 26.

<sup>86</sup> Sobre a existência de delitos econômicos em períodos históricos anteriores ao Século XX: BATISTA, Nilo. *Lições de Direito Penal Falimentar*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 34; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011, p. 105.

<sup>87</sup> SUTHERLAND, Edwin. *El Delito de Cuello Blanco*. Versión completa. Traducción Laura Belloqui. Buenos Aires/Montevidéo: Editorial BdeF, 2009, p. 64/65.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>89</sup> BATISTA, op. cit., 2002, p. 19/20.

bebida, recebeu encaminhamento policial-judiciário, diferentemente da adolescente de classe média, que ao tentar furtar uma blusa num Shopping Center, recebeu uma composição com a família no centro de vigilância privada.

Para Cláudia Santos<sup>90</sup>, os estudos de Sutherland, comparado com a problemática da Criminologia do conflito, anteviu a mudança de paradigmas que teria lugar no *labelling approach*. Daí parecer incontestável, no discurso do autor, a superação dos paradigmas criminológicos até então vigentes, nos quais se chega ao questionamento se somente o pobre comete crimes ou o sistema que escolhe o pobre como inimigo preferencial. Nesse ponto, a resposta do sociólogo americano, sobre os crimes serem fatos definidos em lei, e, por isso, passíveis de cometimento tanto por ricos, quanto por pobres. Todavia, o sistema penal não colhia os ricos da mesma forma que os pobres e este fato deveria ser objeto de investigação. Deste modo, para justificar a disparidade de tratamento, dada a repulsa desorganizada do público a esses delitos, Sutherland<sup>91</sup> extraiu algumas razões, dentre as quais três podem ser tomadas como ponto de partida para a compreensão da virada criminológica provocada por ele.

Assim, a primeira razão seria a complexidade das violações à lei por parte dos empresários e o caráter difuso dos efeitos produzidos. Diferentemente da criminalidade tradicional ou clássica, o delito do Colarinho Branco seria “invisível” aos olhos da maioria da população, o que diminuiria ou anularia o traço de sua reprovabilidade. Nesse sentido, a afirmação de Oliveira e Rodas<sup>92</sup>, sobre tal característica persistir, ainda, nos dias atuais:

o epíteto de “delinquência invisível” dado aos crimes contra a ordem econômica é apropriado, pois a pequena parte deles que chega ao conhecimento das autoridades, enfrenta grandes dificuldades de investigação. Os poucos casos punidos nesse domínio confirmam a alta probabilidade de impunidade [...].

Tais crimes, além de não serem percebidos por boa parte da população, em razão da complexidade e do grau de conhecimento que envolvem, normalmente são dotados por uma aparência de licitude da conduta, traço esse característico da criminalidade do Colarinho Branco. Segundo Bajo e Bacigalupo<sup>93</sup>, essa característica dificulta a visualização dos referidos

---

<sup>90</sup> SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de Colarinho Branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 126.

<sup>91</sup> SUTHERLAND, op. cit., 2009, p. 83.

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 342.

<sup>93</sup> BAJO; BACIGALUPO, op. cit., p. 27.

crimes. Feldens<sup>94</sup> defende tratar-se de uma criminalidade organizada nos estreitos termos da expressão, pois “[...] verifica-se uma agregação (...) no sentido de planejar o delito de forma tal que a conduta ostente, em si, um “ar de licitude”, a fim de que em absoluto transpareça a ilegalidade.” Daí porque a aparência conduz à ideia de fraude ou simulação, visto que o criminoso do Colarinho Branco empreende na organização da conduta delituosa para situá-la na zona cinzenta, pairando dúvida sobre a própria tipicidade, que somente pode ser identificada por outros dados circundantes.

Há, portanto, uma semelhança com o estelionato, delito que já representava uma evolução na criminalidade, pois de acordo com Hungria<sup>95</sup>:

o estelionato é o crime patrimonial mediante fraude: ao invés da clandestinidade, da violência física ou da ameaça intimidativa, o agente emprega o engano ou se serve deste para que a vítima (...) se deixe espoliar. Nos tempos modernos, a fraude constitui o cunho predominante dos crimes contra o patrimônio. O ladrão violento (...) é, atualmente, um retardatário ou um fenômeno esporádico (...) O expoente da improbidade operosa é hoje o (...) o burlão, o cavalheiro de indústria. Não mais o assalto brutal e cruento, mas (...) o enredo sutil, a aracnídea urdidura, a trapaça, a mistificação, o embuste. (...) A mão armada evoluiu para o conto do vigário. O trabuco e o punhal, que sublinhavam o sinistro dilema “a bolsa ou a vida”, foram substituídos por um jogo de inteligência. O leão rompente fez-se raposa matreira.

Essa característica comum ao crime de estelionato poderia ser identificada, inclusive, nos Estados Unidos, quando do desenvolvimento do conceito de Crime do Colarinho Branco: “um *acto* ilegal ou uma série de *actos* ilegais, praticados por meios não físicos e com dissimulação ou engano, para obter dinheiro ou bens, para evitar o pagamento ou perda de dinheiro ou bens, ou para obter vantagens negociais ou pessoais”.<sup>96</sup> Desse conceito, Tiedemann<sup>97</sup> registra poder se extrair, como nota característica dos delitos do Direito Penal Econômico, a fraude da lei e a possibilidade de os delitos econômicos serem praticados fora das atividades profissionais, a exemplo dos crimes ambientais e fiscais, que não dependem da atividade econômica para serem cometidos. Não obstante, as lesões mais relevantes são provocadas por atividades empresariais, donde se extrai a ideia de delinquência profissional, que leva à ideia de Crime do Colarinho Branco.

<sup>94</sup> FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do Colarinho Branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 146.

<sup>95</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 7. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 159/160.

<sup>96</sup> SANTOS, op. cit., 2001, p. 59.

<sup>97</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidade*. 2. ed. Lima: Jurídica Grijley, 2007, p. 26.

Assim, diferentemente da criminalidade clássica violenta que deixa vestígios, a fraude reflete na persecução penal, em razão da criminalidade econômica ou do Colarinho Branco não deixar vestígios, já que é praticada por pessoas de grande prestígio e nível sócioeconômico superior, no campo dos negócios financeiros e nas altas rodas sociais e políticas. Desse modo, o expediente de fraudar a lei situa a conduta delituosa numa aparência diversa daquela enquadrada no modelo legal, uma vez que a criminalidade assume novos contornos, caracterizados pela audácia e aperfeiçoamento de métodos que dificultam a persecução penal. Daí a importância da prova indiciária, pois:

[...] trata-se de um "criminoso de luxo", que "não passa recibo", e, (...) em processo em que esteja envolvido, enorme será a dificuldade do Ministério Público para obter êxito na persecução criminal. Os crimes praticados por tais pessoas não diferem dos delitos comuns, porém, a punição torna-se extremamente difícil, senão impossível, caso os indícios não sejam levados na devida conta.<sup>98</sup>

De acordo com Márcia Dometila Lima de Carvalho<sup>99</sup>, essa invisibilidade é reforçada pela falta de preparo do Judiciário para lidar com a criminalidade do Colarinho Branco ou criminalidade econômica, visto que a sua formação é voltada para o combate da criminalidade clássica, sob uma interpretação literal inadequada à nova realidade do Direito. Daí a sua insensibilidade às sutilezas da criminalidade econômica.

A segunda razão extraída por Sutherland foi o fato de as agências de comunicação não expressarem os sentimentos morais da comunidade em relação ao Crime do Colarinho Branco, bem como serem elas não só controladas por empresários, mas, também, participantes das violações à lei. Como exemplo, Sutherland registra a pouca atenção dada por tais agências à uma *escuela de sabotaje* mantida por algumas companhias de Chicago, em que empregados treinados sabotavam as máquinas das empresas concorrentes. Tal fato, descoberto durante um processo judicial, não foi divulgado pelas agências.<sup>100</sup> Nesse sentido, o registro de Filomeno<sup>101</sup>, sobre a reação contrária do empresariado brasileiro, na década de 90, à proposta de aspectos penais no então debatido novo Código de Defesa do Consumidor, já que para alguns o texto

<sup>98</sup> HAMILTON, Sérgio Demoro. Aspectos da prova indiciária. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 41/52.

<sup>99</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 117.

<sup>100</sup> SUTHERLAND, op. cit., 2009, p. 83.

<sup>101</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Das infrações Penais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do projeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 604.

instalava o regime de terror por autorizar a prisão dos empresários, inclusive detentiva, pela responsabilização da fraude em vendas de produtos.

A terceira razão, defendida por Sutherland, foi o fato de que as leis de regulação dos negócios qualificavam matéria nova e especializada diferente, sobretudo dos antigos delitos da *common law*, que permaneciam nos códigos. Daí a razão de os professores de Direito Penal dispensarem pouca atenção aos citados delitos e de restar ausente, no público em geral, o mesmo sentimento de repulsa à certos crimes graves.<sup>102</sup> Assim, de modo presumido, Bajo Fernandez e Bacigalupo<sup>103</sup> corretamente identificam o mérito de Sutherland, ao exporem que:

*el mérito del descubrimiento de Sutherland estriba en presentar a la delincuencia como algo no privativo de una clase social, y demostrar la existencia de una delincuencia em clases superiores y dirigentes de la sociedad. Esta es la característica central de la aportación del sociólogo americano.*

Posto isso, as três características fundamentais do criminoso do Colarinho Branco de Sutherland, extraídas pelos citados autores, resumem-se no cometimento de um crime, o alto nível social a que pertence o autor do delito e a atividade profissional.<sup>104</sup> Para Virgolini<sup>105</sup>, as ideias de Sutherland, em torno do “*White Collar Crime*”, revelaram-se verdadeiros nortes para o Direito Penal Econômico, em razão das características expostas proporcionarem uma melhor compreensão dos delitos, pois:

*por lo general, se remarca su excepcional gravedad, la extensión de sus efectos y la proverbial ineficacia de los organismos predispuestos para su control, y suele ser abordado desde la perspectiva de las transformaciones ocurridas o en curso en el ámbito de la economía, la tecnología y la política de un país o em un ámbito supranacional, em virtud de que uno de los datos com que com más frecuencia suele caracterizar el fenómeno es su transnacionalización.*

Embora Bajo e Bacigalupo<sup>106</sup> concordem com a referência de Sutherland, acrescentam eles às características originais a lesão à confiança do tráfego comercial; o abuso da credulidade ou ignorância da vítima e a utilização da astúcia para impedir a descoberta do crime. De tal inclusão e ênfase numa ou noutra característica, o surgimento das expressões delinquência

<sup>102</sup> SUTHERLAND, op. cit. 2009, p. 83.

<sup>103</sup> BAJO; BACIGALUPO, op. cit., p. 21. No mesmo sentido, destacando que o mérito do sociólogo americano foi o de chamar atenção para uma criminalidade “esquecida”: SANTOS, op. cit., 2001, p. 46.

<sup>104</sup> Cláudia Maria Cruz Santos reconhece cinco características: “[...] (1) existência de um crime (...); (2) cometido por pessoas respeitáveis; (3) com elevado estatuto social (...); (4) no exercício da profissão (...); (5) ocorrendo, em regra, uma violação da confiança.” [...] Ibid., p. 45/46.

<sup>105</sup> VIRGOLINI, Julio E.S. Delito de Cuello Blanco: punto de inflexión en la Teoria Criminológica. In: NUÑEZ, Ricardo C. (Dir.). *Doctrina Penal: teoría y práctica en las Ciencias Penales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, Año 12, nº 45 a 48, p. 353/367.

<sup>106</sup> BAJO; BACIGALUPO, op. cit., p. 21/23.

profissional (*delincuencia profesional ou occupational crime*) – relevância no vínculo entre a infração e a atividade profissional -; delinquência de cavaleiros (*kavaliersdelikt*) - realce do alto nível social do autor – ou criminalidade de empresa (*criminalidad de empresa*) e crime corporativo (*corporate crime*) - reforço do aspecto de ser através do ente coletivo que tais delitos são cometidos. Todavia, ambas buscam o alcance do fenômeno descoberto por Sutherland.

Não obstante, apesar dos autores observarem o tratamento idêntico da doutrina às expressões delinquência econômica e Crime do Colarinho Branco, as investigações de Sutherland se voltam aos crimes praticados dentro de atividades econômicas, embora essas não englobem o todo representativo da criminalidade do Colarinho Branco. Logo, para eles, a delinquência econômica é uma espécie da criminalidade do Colarinho Branco.<sup>107</sup> Por sua vez, Cláudia Santos<sup>108</sup> realça o traço profissional dessa criminalidade ao fato dos demais crimes - relacionados com a vida privada – praticados pelos agentes citados por Sutherland não integrarem a concepção de Crime do Colarinho Branco. Assim, curiosamente na Alemanha, investigações criminológicas revelaram que a criminalidade violenta não era uma peculiaridade da classe mais baixa, o que valida a ideia de Sutherland sobre todas as classes sociais cometerem delitos de todas as espécies. Contudo, por ser algo mais visível neste segmento social, torna-se mais punido.<sup>109</sup>

### 1.3. A expansão do Direito Penal

A partir do mérito de Sutherland, quanto ao despertar da Criminologia para o crime ou criminoso do Colarinho Branco, o denominado Darwinismo, também previsto em sua obra, revelou-se um estudo importante para a identificação do processo de expansão ou evolução do Direito Penal nos EUA, já que:

*estas leyes para la regulación de los negocios pertenecen a una parte relativamente nueva y especializada de la legislación. Los antiguos delitos del common law continuaron en los códigos penales regulares, generalmente se limitaban a ataques entre personas, que cualquiera podría cometer en cualquier sociedad. En la sociedad actual, más compleja, los legisladores se vieron obligados a regular muchas ocupaciones y grupos especiales. El Código Penal de California (...) contiene un índice de normas penales previstas en las leyes complementarias del Código Penal, destinadas a regular la actividad de peluqueros, plomeros, agricultores,*

<sup>107</sup> Ibid., p. 22.

<sup>108</sup> SANTOS, op. cit., 2001, p. 46.

<sup>109</sup> Os crimes de violência contra a mulher é um exemplo: HEFENDEHL, Roland. Uma teoria do bem jurídico. In: *Revista brasileira de ciências criminais – RBCCRIM*, São Paulo, V. 18, nº 87, p. 108, dez. 2010.

*empresas y muchos otros grupos especiales. (...) Esto ilustra la gran expansión de las leyes penales, más allá de las simples exigencias de las sociedades previas.*<sup>110</sup>

Se por um lado a evolução da sociedade norte-americana influenciou a expansão do Direito Penal, de outro o avanço do reformismo influenciou a superação do capitalismo liberal na Europa Continental. De acordo com Araújo Júnior e Barbero Santos<sup>111</sup>, a Encíclica *Rerum Novarum*, do papa Leão XIII, seria o primeiro documento relevante à modificação do sistema capitalista então vigente. Nesse ponto, o reformismo - que buscava um modelo econômico intermediário ao capitalismo puro e o socialismo extremado - era uma forma de reação à implantação do comunismo pela Revolução Russa (1917) e se materializava no campo institucional, como na Constituição mexicana (1917) e na de Weimar (1919), marcos da eclosão do Direito Econômico, e, conseqüentemente, do Direito Penal Econômico. Assim, o “novo” Estado, guardião do bem comum, intervinha no domínio econômico para impedir distorções e reparar injustiças.

À vista disso, Nieto Matín<sup>112</sup> verifica a relação do darwinismo jurídico com a evolução dos sistemas econômicos vigentes na Europa Continental e o desenvolvimento do Direito Penal Econômico. Partindo do fato histórico de que as relações de produção aceitam o Direito Penal do seu tempo, a criminalidade econômica é “a expressão da delinquência mais característica de sociedades cada dia mais sofisticadas”<sup>113</sup>, onde o Direito Penal dos negócios ou Econômico<sup>114</sup> é o Direito Penal adequado à sociedade atual. Daí o motivo do avanço do comércio, na baixa Idade Média, originar os delitos de quebra, punidos por conta de comportamentos contrários às boas práticas do comércio, caso falido o comerciante.<sup>115</sup> Todavia, o fato não exclui a existência anterior de tais crimes, visto que o devedor insolvente, na Antiguidade, sofria conseqüências, como a escravização.<sup>116</sup> Logo, o Direito Penal Econômico é fenômeno antigo, já que no Império Romano, a fixação de preços máximos de produtos e salários, sob pena de morte, motivou delitos relacionados à adulteração de alimentos ou à saída de ferro e de armas do Império.<sup>117</sup>

<sup>110</sup> SUTHERLAND, op. cit., 2009, p. 84.

<sup>111</sup> ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello; SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal: ilícitos econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 81/82.

<sup>112</sup> MARTÍN, Adán Nieto. Introducción. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. *Introducción El Derecho Penal Económico em la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 11.

<sup>113</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 108.

<sup>114</sup> ARAÚJO JÚNIOR; SANTOS, op. cit., p. 85.

<sup>115</sup> MARTÍN, op. cit., p. 11.

<sup>116</sup> BATISTA, op. cit., 2006, p. 29/34.

<sup>117</sup> TIEDEMANN, op. cit., 2007, p. 4/5.

Posto isso, o delito de manipulação de preços, derivado da Revolução Francesa e previsto no Código Penal napoleônico, é um delito do liberalismo econômico que viola a livre formação de preços. Porém, com o aperfeiçoamento das organizações societárias no final do século XIX, delitos societários surgiram na Alemanha, França e Itália. A ideia era proteger os sócios dos abusos dos administradores e garantir a veracidade da informação societária. Já no século XX, o Estado passou a intervir na economia, momento em que, por meio do fascismo e do Estado Social e Democrático de Direito, incriminações coerentes com o tipo de intervenção surgiram.<sup>118</sup> No entanto, o recente desenvolvimento do Direito Penal Econômico foi possível pela autonomia adquirida com a renúncia ao Direito Administrativo Econômico. Todavia, a origem do Direito Penal Econômico, na Europa Continental, guarda sua importância pela ligação com a forte regulação econômico-administrativa dos países europeus na Primeira Guerra Mundial, onde o objetivo era o controle da satisfação de necessidades.<sup>119</sup> Da mesma forma o Direito Econômico, por se voltar à resolução do problema de escassez das mais variadas sociedades.

Atualmente, a intervenção estatal na economia se justifica no modelo de Estado Social - pelo equilíbrio das premissas de um sistema econômico capitalista com determinados objetivos sociais -, e, muito embora a sociedade empresaria seja a razão e a principal beneficiária dos delitos econômicos – para alguns *corporate crime* (crime corporativo) ou *Derecho Penal de la Empresa* (Direito Penal da Empresa)<sup>120</sup> -, o Direito Penal Econômico ultrapassa os crimes cometidos pelas sociedades empresarias e alcança, também, os delitos tributários ligados à função de redistribuição da riqueza - cometidos inclusive por pessoas comuns - e a tutela penal dos trabalhadores e consumidores - partes mais frágeis do processo econômico -, por exemplo. Nas décadas de 70 e 80, surgiram os crimes contra a seguridade social, as fraudes de subvenções, e, com o processo de produção em massa da Revolução Industrial, os crimes contra o meio ambiente.<sup>121</sup> Daí a afirmação de que o Direito Penal Econômico acolhe “os ilícitos penais cometidos contra a ordem econômica, ou seja, os que violam as regras destinadas a organizar e proteger a vida econômica”.<sup>122</sup>

No Brasil, a evolução do Direito Penal Econômico, da legislação genuinamente brasileira<sup>123</sup>, começa com o Código Penal de 1890, que no capítulo do estelionato trouxe figuras

<sup>118</sup> MARTÍN, op. cit., p. 11.

<sup>119</sup> TIEDEMANN, op. cit., 2007, p. 2/5.

<sup>120</sup> Ibid., p. 3.

<sup>121</sup> MARTÍN, op. cit. p. 11/12.

<sup>122</sup> ARAÚJO JÚNIOR; SANTOS, op. cit., p. 86.

<sup>123</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 65.



de fraudes no comércio.<sup>124</sup> Em seguida, o Decreto Lei nº 22.626/1933 trata da usura, e a Lei de Economia Popular (Decreto Lei nº 869/1938) introduz uma série de delitos de índole econômica, além de preservar o crime de usura, que na história, segundo Hungria<sup>125</sup>, assemelha-se à ideia de intervenção do Estado nos regimes jurídicos do contrato e da propriedade. Desde então, inúmeras leis passaram a tratar de temas pertinentes ao Direito Penal Econômico, como a Lei de Falências (Decreto Lei nº 7.661/45); a Lei de Economia Popular (Lei nº 1.521/51); a Lei de condomínios e incorporação imobiliária (Lei nº 4.591/64); a Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/65); a Lei de Sonegação Fiscal (Lei nº 4.729/65), e, recentemente, a Lei de Crimes do Colarinho Branco (Lei nº 7.492/1986); o Código do Consumidor (Lei nº 8.078/1990); os Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica (Lei nº 8.137/1990); os Crimes contra o Meio Ambiente (Lei nº 9.605/1998) e a Lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998).<sup>126</sup>

Segundo Nieto Martín<sup>127</sup>, a evolução do Direito Penal Econômico, na Europa continental, não encontra paralelo nos EUA - país de baixa capacidade de intervenção do Estado (regulação), com mercado de valores mais relevante ao financiamento de atividades econômicas, e, diferentemente dos países europeus, sem condução delineada do Direito Penal Econômico -, mas as estratégias neles desenvolvidas para o combate dos delitos econômicos, devem ser analisadas. E esta investigação é importante pelo fato de a globalização econômica fomentar a aproximação de ordenamentos distintos, bem como pelo fato de o efetivo combate aos delitos econômicos passar, não apenas pela aproximação dos países no âmbito da cooperação, mas pelo assenhoreamento dos institutos dos outros ordenamentos, a exemplo da responsabilização penal da pessoa jurídica, numa harmonização e uniformização do combate às condutas indesejadas.

Nessa linha parece estar a Europa continental, que incorporou as referidas proposições.<sup>128</sup> No Brasil, o fato pode ser constatado nas legislações penais que tratam dos crimes que afetam a livre concorrência (art. 4º da Lei nº 8.137/1990, com a redação dada pela Lei nº 12.529/2011); da responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 3º da Lei nº 9.605/1998); do *insider trading* (art. 27-D da Lei nº 6.385/1976 introduzido pela Lei nº 10.303/2001) e das regras de *compliance* (Lei nº 9.613/1998 com a redação dada pela Lei nº 12.683/2012). Daí

---

<sup>124</sup> ARAÚJO JÚNIOR; SANTOS, op. cit., p. 83.

<sup>125</sup> HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939, p. 139/143.

<sup>126</sup> ARAÚJO JÚNIOR; SANTOS, op. cit., p. 84/85.

<sup>127</sup> MARTÍN, op. cit., p. 12.

<sup>128</sup> Ibid.

poder dizer que há uma mútua influência entre os sistemas anglo-saxão e europeu continental, com repercussão na legislação e doutrina de países periféricos.

Não obstante, a crise da economia norte-americana evidenciou a relevância do papel do Estado, já que a intervenção anticíclica foi necessária para o bloqueio de desastres na economia. De acordo com León Berini<sup>129</sup>, a crise financeira mundial de 2008 pode ter sido o início de uma nova era, pois se para os economistas o panorama da economia mundial do século XXI é identificado no colapso dos paradigmas liberais e socialistas, restaria aberto o espaço para um novo paradigma “que nega simultaneamente o totalitarismo socialista e o liberalismo exacerbado, a saber, o paradigma de democracia de cidadania ampliada condicionando o capitalismo regulado.”<sup>130</sup>

Nesse sentido, Nieto Martín<sup>131</sup> aponta na Europa o desaparecimento do Estado interventor e protetor, que prestava inúmeros serviços, e o surgimento de outro tipo de Estado, ao expor que:

*desde los años 80 del pasado siglo assistimos a lo que John Braithwaite ha denominado como regulatory capitalismo. El Estado actual no supone un revival del XIX. Cada vez presta menos servicios – quizás por esto pueda ser tildado de (neo)liberal -, pero ha incrementado notablemente el número de normas y de agencias administrativas. Definitivamente, no cree en la mano invisible.*

Por essa razão, pode-se dizer que a expansão do Direito Penal, no âmbito do denominado Direito Penal Econômico, decorreu desse novo modelo do capitalismo de regulação, que pelo mesmo motivo é aplicado no Brasil. Segundo o autor, apesar do novo Estado não perder a pretensão de ser mínimo, paradoxalmente espera ou precisa garantir obediência àqueles regramentos. Nesse quadro, a globalização econômica, por proporcionar a atuação, em mais de um território, de sujeitos globais com poderes superiores aos poderes do próprio Estado, acaba contribuindo para o descumprimento das regras do capitalismo de regulação. Daí a questão dos meios e dos instrumentos necessários ao combate do delito, que em resposta se apresenta na *soft law* de origem pública e privada; na harmonização do direito

<sup>129</sup> BERINI, Arturo González de León. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho Penal: pasado, presente u futuro de los límites Jurídico-Penales al libre mercado Y a la libertad de empresa. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013, p. 77.

<sup>130</sup> ASSIS, José Carlos de. A idade da cooperação. In: MAGALHÃES, João Paulo de Almeida et. al.; COSENZA, Carlos Alberto; DORIA, Francisco Antonio (Orgs). *Crise na economia*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 53/67.

<sup>131</sup> MARTÍN, op. cit., p. 12.

dos negócios das organizações internacionais, e, no contexto atual, nos programas de cumprimento (*compliance*), um dos elementos essenciais do capitalismo de regulação.<sup>132</sup>

Segundo Nieto Martín<sup>133</sup>, tais programas são uma hibridização estranha entre o público e o privado; o Estado e o mundo corporativo, já que as regras do “novo capitalismo” refletem as políticas da sociedade empresária, caracterizada pela conjunção de padrões públicos e privados, com gênese estatal e supraestatal. É nesse momento que o sistema denominado *twin track fight* passa a ser utilizado, face a constatação da incapacidade do Estado de prevenir e reprimir certos delitos sem a colaboração dos “intermediários econômicos e financeiros”, numa conexão entre criminalidade, economia e sistema financeiro.<sup>134</sup> Essa foi a razão da introdução dos programas de *compliance* nos países da Europa Continental, inclusive no Brasil, para uma diminuição da possibilidade da ocorrência de violações às regras do capitalismo de regulação. E essa integração público-privado é identificada, também, em uma série de medidas preventivas relacionadas à criminalidade da empresa, a exemplo das listas negras para exclusão de licitações, a existência dos programas de anticorrupção, e outros.<sup>135</sup>

Consequentemente, pode-se dizer que a evolução do Direito Penal Econômico interligado a um processo de integração econômica dinâmico, possibilitará a incorporação, em países da *civil law*, de instrumentos até então típicos da *common law*, a exemplo da responsabilidade penal da pessoa jurídica e dos programas de *compliance*. Nesse ponto, Bajo Fernandez<sup>136</sup> afirma que a responsabilidade penal da pessoa jurídica sempre foi objeto de resistência na Espanha, Alemanha e Itália, onde se preserva a responsabilidade do ente coletivo em âmbito administrativo. Contudo, esse panorama foi mudado pela reforma de 2010, já que a tendência internacional à admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica rompeu com o referido triângulo de resistência, fazendo com que o ordenamento espanhol admitisse tal responsabilidade.<sup>137</sup>

De igual modo, os programas de *compliance* se inclinam para uma maior relevância no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, acatando assim, a concepção de

---

<sup>132</sup> Ibid., p. 13.

<sup>133</sup> Ibid.

<sup>134</sup> ARAS, Vladimir. *Lavagem de dinheiro e corrupção: irmãs siamesas*. Disponível em: <<https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/20830-lavagem-de-dinheiro-e-corrupcao-irmas-siamesas>>. Acesso em: 24 out. 2022.

<sup>135</sup> MARTÍN, op. cit., p. 14.

<sup>136</sup> FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. Vigencia de la RPPJ en Derecho sancionador Español. In: \_\_\_\_\_; SANCHÉZ, Bernardo Feijoo; DIEZ, Carlos Gómez-Jara. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Editorial Aranzadi/Civitas, 2012, p. 20.

<sup>137</sup> DIEZ, Carlos Gómez-Jara. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal Español. In: SANCHÉZ, Jesús-Maria Silva; MUÑOZ, Nuria Pastor. *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley, 2012, p. 47.

Tiedemann, sobre um Direito Penal Empresarial baseado na culpa da organização das empresas.<sup>138</sup> De outra forma, a tipificação de condutas mais uniformes é um desejo comum, visto o maior interesse na proteção do capitalismo face aos ataques dos capitalistas. Tal via aparenta ser a mesma que motivou a integração econômica e política verificada na União Europeia, o que alimenta, segundo Ortega y Gasset,<sup>139</sup> a força que impulsiona os povos à uma sociedade mundial.

---

<sup>138</sup> SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el Derecho Penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. *Introducción el Derecho Penal Económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 65.

<sup>139</sup> GASSET, José Ortega y. *A rebelião das massas*. Tradução Herrera Filho. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1962, p. 308.

## 2. A CORRUPÇÃO DENTRO DA PERSPECTIVA TRADICIONAL

Muitos foram os doutrinadores e operadores do Direito que se debruçaram sobre o estudo do tema da corrupção, para analisar e compreender o desenvolvimento do crime de corrupção no seio da sociedade, bem como para alcançar respostas concretas ao combate do delito. Desse modo, como fenômeno antigo e mutante, através da linha histórica de evolução da corrupção dentro da perspectiva tradicional, é possível verificar a capacidade de violação ao bem jurídico desde os tempos do Império. Assim, muito embora o delito tenha sido objeto de combate em diversos momentos da história, nunca deixou de ser um instrumento utilizado para obtenção de inúmeras vantagens, tanto de cunho pessoal, quanto econômico.

Nesse ponto, o enriquecimento ilícito obtido torna-se uma manifestação pública de injustiça e afronta, tanto para a coletividade, quanto para as normas e princípios constitucionais. Por esses motivos, a identificação das mais variadas formas e possibilidades da prática do crime de corrupção, bem como de todos os sujeitos que possam favorecer, praticar ou contribuir para a prática do delito, torna-se indispensável, visto que determinadas questões relacionadas ao enquadramento no tipo penal, ainda, não foram superadas. Não obstante, a criminalização do enriquecimento ilícito obtido com a prática do crime de corrupção é exemplo de instrumento jurídico capaz de proporcionar uma resposta penal mais justa e eficaz ao combate do crime, bem como condizente com os objetivos propostos pela legislação criminal.

### 2.1. As raízes ocultas da corrupção

Segundo Ribeiro<sup>140</sup>, a corrupção de Hobbes é aquela praticada contra os corpos políticos e a sua preocupação é evitar que se degradem. A teoria é atacar as pretensões políticas dos religiosos, por meio da reforma de linguagem, visto que as ideias corrompem a obediência devida e o próprio corpo político. Já Hume e Rousseau, segundo Araújo<sup>141</sup>, baseiam-se na socialização do homem desde as “origens”. O primeiro, partindo da socialidade mínima fundada na natureza humana, explica a “origem da justiça e propriedade”, definindo a corrupção como a fusão indevida do “meu” com o “nosso”. Daí a necessidade de instituições que se sobrepõem às primeiras - até o governo e a separação do público e privado - e de órgãos governamentais de controle mútuo. Já o segundo se volta à validade da compensação, visto que a socialização produz ricos e pobres - os primeiros oprimindo os segundos - e a alienação da coordenação

---

<sup>140</sup> AVRITZER, Leonardo et al. *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 57/62.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 65/71.

social para as mãos do governo instaura o despotismo – que oprime a todos. Assim, o homem é um ser decaído por natureza e a mácula da origem explica a tendência à corrupção, visto inexistir o “pecado original”. Se existe corrupção no homem ela é fruto da própria sociedade, a corrupção como um modo de vida. Daí a necessidade da reforma social pelo contrato.

Sobre a esfera pública, do conceito elaborado pela teoria política da segunda metade do século XX, sobreveio a opção interativo-participativa. A demarcação entre o público e privado é o elemento central da política que possibilita a ação e interação entre os indivíduos. Leonardo Avritzer<sup>142</sup> aborda a questão sob a perspectiva de Hannah Arendt e Jürgen Habermas. Assim, para Arendt, a política é a atividade puramente humana que adquire permanência pela visibilidade em comum. Contudo, a sociedade de massas e a ascensão do social despolitizaram a condição humana, uma “societalização da política” afetada pela dimensão do interesse privado. Daí a necessidade do retorno da política à dimensão de permanência pela visibilidade em comum, restabelecendo assim, o processo de demarcação entre público e privado.

Já na perspectiva de Habermas, a esfera pública é formada pelos públicos políticos criados na Inglaterra junto com o surgimento da imprensa e os públicos culturais criados nos salões franceses do século XVIII. Desses dois tipos de públicos, a reunião de um grupo de indivíduos privados que questionam o poder e o dinheiro enquanto geradores de propostas políticas ou de melhor argumento. Para ele, o debate na esfera pública se deu “sem levar em consideração as hierarquias sociais e políticas preexistentes e esteve de acordo apenas com regras universais”. Do conceito de publicidade, Habermas propõe um debate público desvinculado das estruturas de poder, como o que ocorreu na formação da esfera pública inglesa no século XVII<sup>143</sup>. Essa foi a principal dimensão da esfera pública política.

Posto isso, das críticas ao conceito de esfera pública, Habermas aceita a diversidade dos atores sociais que compõem o espaço público e modifica a tese de decadência da esfera pública, acolhendo a existência de espaços relevantes para a continuidade do debate de questões políticas e do controle do exercício da autoridade pública pelos atores sociais. Desse espaço público - da teoria democrática contemporânea -, Arendt reconhece a corrupção do público na substituição da ação pela fabricação ou repetição, que no espaço da política corrompe a condição humana da pluralidade, principal característica de espaço público. Assim, o público é estruturalmente dependente da pluralidade humana, pela garantia do processo de inovação da

---

<sup>142</sup> Ibid., p. 133/137.

<sup>143</sup> No século XVII, com a liberação das publicizações e restrições às discussões das decisões tomadas pela autoridade pública, um grupo de indivíduos privados realizava discussões em público, através do órgão de imprensa, nos cafés londrinos. Ibid., p. 135.

política. Para Habermas, a corrupção do espaço público está no desenvolvimento das formas de comunicação, que manipulam a opinião por meio da fixação de conteúdo e caracteriza a política moderna, desfeita pelas estruturas da sociedade de massas. Logo, para ambos os autores, a corrupção é uma disputa pela forma da política e não pela forma de governo<sup>144</sup>.

Quanto a existência da corrupção, Fragoso<sup>145</sup> registra os principais momentos históricos, através da reflexão de alguns doutrinadores, ao expor que o objetivo do Direito Romano era declarar a punição dos magistrados corruptos por meio da impunidade do corruptor que confessasse seu ato - apesar da impossibilidade da repetição, que o corruptor entregou indevidamente, tornar duvidoso o alcance do efeito visado -, bem como, durante a idade média, punir o corruptor com as mesmas penas infligidas ao juiz corrompido (Farinacio): “*corrumpens iudicem tenetur poena, quae tenetur iudex corruptus*.” Segundo o autor, ao juiz corrompido os praxistas italianos chamavam *baractaria* para expressar “o barato que se faz do dinheiro com a justiça” (Carrara). Tal sistema foi seguido pelo Direito Moderno, estabelecendo o Código Francês de 1810 que o agente da corrupção ativa “*sera puni des mêmes peines que le fonctionnaire, agent ou préposé corrompu*” e que:

“[...] tout fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire, tout agent ou préposé d'une administration publique, qui aurait agréé des offres ou promesses, ou reçu des dons ou présents pour faire un acte de sa fonction ou de son emploi, même juste, mais non sujet a salaire, sera puni du carcan.”<sup>146</sup>

Assim, a corrupção era cogitada desde a Lei das XII Tábuas, que impunham a pena capital ao juiz que recebesse dinheiro ou valores (*qui pecuniam acceperit*), passando ao Direito posterior com penas constituindo a corrupção no *crimen repetundarum*.<sup>147</sup> Por sua vez, a lei Calpurnia estabelecia, apenas, a sanção civil da repetição - a devolução era imposta do indebitamente recebido -, passando para ilícito penal na Lei Acilia. Porém, a sanção foi agravada nas *leges repetundarum*, dentre as quais se destaca a Lei de Cesar (*lex julia de repetundis*). Ao tempo do Império, penas mais graves foram editadas.<sup>148</sup> E as Ordenações

<sup>144</sup> Ibid., p. 133/137.

<sup>145</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. Editor BUSHATSKY, José. *Lições de Direito Penal: parte especial*. V. 4. São Paulo: Jose Bushtaku, 1959, p. 909/973.

<sup>146</sup> Ibid., p. 909/910.

<sup>147</sup> “*Crimen repetundarum* consistia numa cobrança indevida realizada por funcionário público ou magistrado, mediante ameaça. O Direito Romano conheceu, além da extorsão, a *concussio*, que podia ser pública - simulação da condição de funcionário público ou autoridade para extorquir dinheiro ou valores - ou privada - ameaça de ação pública para obter vantagem patrimonial.” MPPR. *crimen repetundarum significado*. Disponível em: <[https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/2\\_-\\_Do\\_Roubo\\_e\\_da\\_Extorsao\\_-\\_Paulo\\_Cesar\\_Busato.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/2_-_Do_Roubo_e_da_Extorsao_-_Paulo_Cesar_Busato.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>148</sup> Na corrupção da magistratura, as partes juravam, tocando os santos evangelhos, que nada deram ou prometeram aos juízes, para que assim a pureza dos juízes fosse revelada e o suborno dos litigantes não burlasse as leis. Desse

Filipinas puniam os oficiais do Rei “que recebessem serviços ou peitas, e as partes que lhes dão ou prometem”, com penas de perda do ofício e multa. Ao magistrado a pena variava conforme o valor da peita<sup>149</sup>, podendo ir do confisco à morte natural, e, se a sentença prolatada fosse criminal injusta, o juiz era submetido à mesma pena imposta ao condenado, além da perda do emprego e multa. Assim, para os antigos, a corrupção dos juízes era a mais grave, visto ser impossível defender-se de juízes corrompidos que se tornam cúmplices infames da injustiça que devem proscreever (Noailles).<sup>150</sup>

No que diz respeito a vantagem - *altre utilità* no Código Rocco da Itália, *avantage* no Código Suíço e o *vorteil* no Código Alemão –, o surgimento de um debate sobre a interpretação do vocábulo, onde de acordo com Fragoso<sup>151</sup>, para Binding, Frank, Meyer-Allfeld, e Nelson Hungria, a vantagem tem sentido objetivo, representando um valor econômico ou material. Já para Feuerbach, Maurach, Schoenke-Schroeder, Welzel, Kohlrausch-Lange e Mezger, a vantagem tem sentido subjetivo, representando qualquer espécie de benefício ou satisfação de um desejo. Assim, o benefício imaterial representa a satisfação da vaidade e a prestação de natureza sexual. Já para determinados intérpretes da Itália, representa qualquer vantagem ao patrimônio ou personalidade (Manzini). Nesse sentido, entende Paul Logoz. Logo, a vantagem referida na lei ultrapassa a natureza patrimonial ou material, revelando a retribuição pelo ato de ofício como preço de sua corrupção.

Sobre a “cultura cívico-democrática”, Rubens Goyatá<sup>152</sup> registra o desequilíbrio entre o particular e o coletivo, expondo que tanto a maior parte das elites, quanto o “povo-massa”, formaram-se no mais extremado privatismo<sup>153</sup>. Nesse ponto, o povo brasileiro seria privatista, despreparado à administração do bem comum e da coisa pública, pela sociedade ter se formado por uma população carente de mentalidade coletiva, associativa e solidária (Oliveira Vianna). Logo, o privatismo patriarcal causou a formação inicial da sociedade em razão do povoamento e a colonização se basearem nas energias dos particulares, das grandes famílias latifundiárias. Porém, com a urbanização, após a independência, o Estado se fez presente e o privatismo patriarcal se projetou na política, tornando-a espaço de mandonismo e autoritarismo (Gilberto

---

modo, a pena era aplicada conforme a causa - cível ou criminal -, variando entre o triplo do recebido, o confisco e a deportação. FRAGOSO, op. cit., p. 908/909.

<sup>149</sup> Oferecer algo, geralmente dinheiro ou bens, para que se faça ou consiga uma coisa ilegal. Comprar com peitas ou dádivas, corromper, subornar, dádiva para subornar. DICIONÁRIO PRIBERAM. *Peita significado*. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/peita>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>150</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 910/911.

<sup>151</sup> Ibid., p. 913/914.

<sup>152</sup> AVRITZER, op. cit., p. 180.

<sup>153</sup> Privatismo é um termo de crítica à esfera particular reservada e egoísta, projetada na vida contemporânea, na valorização unilateral da propriedade, do consumo e do lucro, tudo em desfavor dos valores da solidariedade e da justiça social, traços esses da esfera pública cívica e coletiva. Ibid., p. 179.



Freyre). Não distante se percebe as consequências deletérias do padrão de mentalidade incompreensível à dimensão coletiva da vida – exposta por Hegel (Nestor Duarte), e, por isso a vigência, sobretudo nas classes pobres, de um código social disruptivo, rudemente egoísta e individual (Florestan Fernandes). Dessa forma, o privatismo alimenta a corrupção.<sup>154</sup>

Noutro ponto, Maurício Domingues<sup>155</sup> explica que a separação entre o público e privado se contrapõe a uma visão patrimonialista<sup>156</sup> do Estado, da qual se definiu como forma de “dominação” a racional-legal moderna, a tradicional e a carismática<sup>157</sup>. A tradição absolutista misturava o tesouro do Estado com o tesouro do rei e da nobreza, dificultando o controle dos prepostos pela metrópole. Porém, desde o período colonial, há uma constância no controle que um “estamento burocrático”<sup>158</sup> mantém sobre o Estado, sugando a nação (Faoro). Com isso, evidencia-se o momento societário do patrimonialismo do Estado (Fernandes e Franco) e o caráter modernizador do Estado neopatrimonialista<sup>159</sup> (Schwartzman). Desse modo, a dominação racional-legal define a legitimação dos Estados latino-americanos modernos, que operam o patrimonial de forma oculta e sem legitimação no plano macro, conquanto no plano micro - pequenas propinas e apropriações - permanecem na ilegitimidade formal, a corrupção como elemento do neopatrimonialismo contemporâneo.

---

<sup>154</sup> Ibid., p. 180/182.

<sup>155</sup> Ibid., p. 187/190.

<sup>156</sup> O conceito do patrimonialismo foi desenvolvido por Max Weber (1864-1920), no fim do século XIX, e tem como objetivo a compreensão de um modo específico de dominação ou de poder, que atinge as esferas econômica e sociopolítica. Patrimonialismo é uma concepção de poder em que as esferas pública e privada se confundem, e, muitas vezes, tornam-se quase indistintas. Assim, no momento em que o líder político assume o cargo na esfera pública e cria mecanismos de controle para satisfação de necessidades pessoais e privadas, ele se qualifica como patrimonialista. BRASIL ESCOLA. *Patrimonialismo*. Disponível em: <<https://brasilescola.uol.com.br/politica/patrimonialismo.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>157</sup> Na forma de dominação racional-legal moderna, a burocracia funcionava de acordo com as normas e as regras universais, buscando eficiência em um Estado onde os membros estão separados dos “meios da administração”. Na dominação tradicional, legitimada pela repetição, não há separação do público e privado, nem dos meios de administração e funcionários ou governantes, que na oportunidade exploram suas posições e cargos. Já na dominação carismática, caracterizada pela instabilidade, há uma dependência do reconhecimento das qualidades extraordinárias de um indivíduo (Weber). AVRITZER, op. cit., p. 187/188.

<sup>158</sup> O “estamento burocrático” (Weber), utilizado por Raymundo Faoro na interpretação da sociedade brasileira, geralmente é associado ao patrimonialismo, aos privilégios extra-econômicos e ao desenvolvimento das estruturas institucionais e políticas centralizadas e não racionais, especialmente para a constante adaptação aos mecanismos de continuidade e permanência das estruturas políticas de uma sociedade. LUME. *Estamento burocrático*. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/27417>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>159</sup> O conceito do “neopatrimonialismo” foi formulado no trabalho de Simon Schwartzman, em seu livro *Bases do Autoritarismo Brasileiro*, onde o sociólogo defende que o Estado foi capaz de ações modernizadoras, mesmo se valendo de uma organização autoritária e privatista de mando. A formulação conceitual de Schwartzman representou uma ruptura com as narrativas baseadas na sociologia da dominação weberiana, de domínio essencialmente tradicional (Marcos Abraão Ribeiro e Roberto Dutra). *POLÍTICA E SOCIEDADE*, Florianópolis: UFSC, V. 19, nº 46, set./dez. 2020, p. 388/389. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/66958/45360>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

Não obstante, Luciano Raposo Figueiredo<sup>160</sup> narra o fato de que a sociedade e a administração dos séculos XIX e XX foram modeladas pela dissolução, desregramento e desordem, donde a corrupção manifestou-se naturalmente. Assim, na colonização do Brasil inexistia a separação entre público e privado. O cargo público ou ofício na administração pertencia ao rei, que por conveniência os negociava (Arno e Wehlig). Porém, a má remuneração dos servidores propiciava a complementação, e se a coroa não tolerasse essa margem de lucro, sequer encontrava candidatos para os cargos (Boxer). Tal lógica integrava o universo cultural desde o ambiente das relações locais até as esferas decisórias na metrópole. Todavia, a corrupção como deterioração material e moral restou, então, denunciada, visto que o poder dos funcionários violava os direitos dos súditos e as regras do bom governo. Desta forma, através da justificativa teológico-política, eruditos condenaram a ambição e a corrosão das bases que deveriam regular a conduta harmônica e virtuosa da comunidade cristã<sup>161</sup>.

Posto isso, José Murilo de Carvalho<sup>162</sup> afirma que a corrupção política é um fenômeno histórico antigo e mutante, presente nos governos desde o Império, e que pode ser identificada em diversas mudanças. Nesse ponto, a mudança no sentido é evidenciada pelas acusações de corrupção ao Império e à Primeira República, já que corruptos eram os sistemas monárquico ou republicano, por serem despóticos, oligárquicos e não promoverem o bem público. A mudança na alteração semântica é evidenciada pelas acusações de corrupção ao indivíduo, contra a falta de moralidade das pessoas, já que corruptos eram os indivíduos que roubavam dinheiro público para o próprio enriquecimento. Todavia, atualmente, o comportamento individual se enquadra na perspectiva política e sistêmica, não moralista, mas inaceitável por minar o sistema democrático-representativo. Daí a busca por um bom governo, que cumpra a finalidade coletiva, a promoção do interesse dos excluídos e a redução da desigualdade social.

Sobre a mudança na extensão da corrupção política, o autor registra que quanto mais despótico o Estado, maior a corrupção pela dificuldade de combatê-la, questão essa evidenciada desde 1930, quando o crescimento acelerado da máquina estatal ampliou as práticas clientelísticas e patrimoniais, e aumentou o predomínio do Executivo sobre o Legislativo. Não obstante, fatores agravantes ocorreram com a ditadura militar e a construção de Brasília, bem

---

<sup>160</sup> AVRITZER, op. cit., p. 209/214.

<sup>161</sup> As denúncias do Padre Antônio Vieira sobre os perigos políticos que cercavam as condutas dos servidores do rei: “alguns ministros de Sua Majestade não vêm cá buscar o nosso bem, vem cá buscar nossos bens”. No “Sermão do bom ladrão”, Vieira atacou a corrupção governamental, apontando que a distância e a demora dos meios de coação provocam a generalização do furto, que com regularidade, torna-se uma prática legal. Ibid., p. 214/215.

<sup>162</sup> Ibid., p. 237/239.

como uma grande impunidade nas duas ditaduras, além de uma persistência na democracia da ineficiência dos sistemas policial e judiciário.<sup>163</sup>

Quanto a mudança na reação, o autor afirma ser ela percebida pela classe média, que se volta contra a corrupção por não se beneficiar dela, bem como por dispor de recursos para identificá-la e combatê-la. No entanto, permanece sozinha à frente da luta, visto não ter a cumplicidade dos pobres e nem dos ricos.<sup>164</sup> Assim, o desencontro entre a classe média e os setores populares comprova o distanciamento entre a opinião pública e a opinião popular. Essa, por ser majoritária, vence aquela nas eleições e reduz o impacto político da reação à corrupção. No entanto, apesar das diversificadas atitudes diante da corrupção<sup>165</sup>, a expansão democrática pós-1985 começa a produzir reação, transformando eleitores mais atentos e menos dependentes do governo, uma vez que a consciência do cidadão e do contribuinte exige a transparência no uso do dinheiro público, e a pressão por reformas políticas nos sistemas policial e judiciário impede o desvio dos recursos públicos, permitindo assim, a punição dos culpados.<sup>166</sup>

## 2.2. O bem jurídico tutelado

De acordo com a abordagem do capítulo anterior, ao Direito Penal compete a preservação dos bens jurídicos-criminais, entendidos esses como o conjunto de valores necessários para a convivência comunitária e a realização pessoal. Por essa razão, o legislador brasileiro, dentro de suas competências e atribuições, bem como pela evolução e significativa ofensa causada pelo delito da corrupção, inseriu no Código Penal atual, o Decreto Lei nº 2.848/1940<sup>167</sup>, o Título XI “Dos Crimes Contra a Administração Pública”, subdividindo-o em três capítulos. Assim, o Capítulo I trata “Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral”; o Capítulo II trata “Dos crimes praticados por particular contra a

---

<sup>163</sup> Ibid., p. 239/240.

<sup>164</sup> Os pobres não reclamam em razão de serem eles beneficiados pelas políticas sociais. Já os ricos não têm razões de queixa graças à alta lucratividade dos grandes negócios nos setores financeiro, agrícola e industrial. Ibid., p. 240.

<sup>165</sup> Carvalho faz o registro das mais variadas formas de atitudes frente ao crime de corrupção: há os moralistas que a julgam sinal da degradação dos costumes; os céticos fatalistas para quem ela sempre está no DNA do brasileiro; os cínicos para quem o país é assim mesmo, o melhor é aproveitar; os instrumentais que a consideram um meio para atingir objetivos - em chave conservadora é o instrumentalismo do roubo, mas faz, e em chave de esquerda é a ideia de meio para promover a justiça social -; os sistêmicos de esquerda para quem o que deve ser virtuoso é o sistema, não importando os vícios das pessoas; e, ainda, os sistêmicos liberais não moralistas, para quem, também, o mais importante é a virtude do sistema, porém, consideram o governo honesto e eficiente como parte integrante da virtude do sistema, um fim em si e não apenas o meio. Ibid., p. 241.

<sup>166</sup> Ibid., p. 240/242.

<sup>167</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2021.

Administração em geral” e o Capítulo III trata “Dos crimes contra a Administração da Justiça”. Não obstante, para este último o Código não reservou um capítulo autônomo, como no caso de outras legislações alienígenas, de modo que os considerou subclasse dos crimes contra a administração pública, revelando assim, a amplitude conferida ao conceito.

Vale, porém, mencionar o fato de que no Código Penal de 1.890<sup>168</sup> os crimes dos particulares contra a administração pública e os atentados contra a segurança interna do Estado estavam ligados. Contudo, a Lei de Segurança Nacional nº 1.802/1953<sup>169</sup> passou a tratar dos atentados contra a segurança interna do Estado, aqueles que afetam a ordem político-social interna, ou seja, os que afetam a atuação do regime político-social adotado pela Constituição Federal brasileira<sup>170</sup> - para os alemães *Rechtsstaat*. Assim, restou ao Código Penal o tratamento dos crimes praticados por particulares contra a Administração em geral, aqueles que afetam a atuação do Estado nos interesses coletivos ou fins governamentais *in concreto* - para os alemães *Verwaltungsstaat*, administração pública.<sup>171</sup>

Posto isso, a objetividade jurídica do crime de corrupção no Código Penal brasileiro é o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública, entendida essa no sentido lato (jurídico-penal) como a atividade do Estado na consecução de seus fins, seja ela no Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Em outras palavras, o Código Penal objetiva a proteção da Administração Pública, que é “o conjunto das funções exercidas pelos vários órgãos do Estado, em benefício do bem-estar e do desenvolvimento da sociedade”.<sup>172</sup>

Desta maneira, o crime de corrupção - peita ou suborno do antigo Código - praticado no âmbito do desempenho de um cargo oficial ou no exercício de uma função pública, seja pela conduta ilícita de pessoas integradas na órbita administrativa, ou seja, dos funcionários públicos - agentes do poder público, empregados públicos - (*intraneus*), seja por particulares (*extraneus*), é tipificado no Código Penal vigente<sup>173</sup> nos artigos 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa), respectivamente.<sup>174</sup>

<sup>168</sup> BRASIL. *Código Penal de 1890*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>169</sup> BRASIL. *Lei nº 1.802*, de 05 de janeiro de 1953. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/11802.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/11802.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>170</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>171</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 250 a 361. V. 9. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 312.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>173</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 166.

<sup>174</sup> HUNGRIA, *op. cit.*, 1958, p. 311/312.

Nesse ponto, as duas espécies de corrupção no Código brasileiro são incriminadas separadamente, de modo que a consumação de qualquer delas não depende da consumação da outra. Dito de outra forma, a consumação não depende do acordo de vontades entre o corrompido ou corruptor, diferentemente do que ocorria no Código anterior. Basta, portanto, o oferecimento ou a aceitação da vantagem indevida em razão da função. Também independe que o ato comissivo ou omissivo seja ilícito (corrupção própria) ou lícito (corrupção imprópria). Logo, o tipo central da corrupção é a venalidade da função pública.

Posto isso, sob a análise do Direito Comparado é possível verificar que o Código Penal Português<sup>175</sup> (Decreto Lei nº 48/95), ao tratar da corrupção, traz no atual artigo 372 o novo tipo penal de recebimento indevido de vantagem, contemplando assim, a corrupção passiva própria nas modalidades antecedente e subsequente. Com isso, o referido Código expõe a concepção de transação com o cargo, numa correlação entre as “prestações” do corruptor (peita ou suborno) e do funcionário corrupto (ato do serviço). Logo, não há uma exigência de que a vantagem se destine à gratificação pela prática da ação ou omissão do funcionário público, basta a ocorrência da conexão com o exercício do cargo<sup>176</sup>.

Deste modo, a Lei nº 32/2010<sup>177</sup>, que procedeu com a 25ª alteração do referido Código português, trouxe uma importante novidade em matéria de luta contra a corrupção, ao criar um novo tipo de crime no artigo 372 – inspirado na *Vorteilsannahme* da Lei de Combate à Corrupção alemã (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption – KorrbekG*) de 13 de agosto de 1997 -, bem como incluir no artigo 373 a corrupção passiva para ato lícito e ilícito. Assim, dentre outras várias alterações que potencializaram e facilitaram a perseguição penal da corrupção, a referida lei proporcionou, ainda, um aumento eficaz da ameaça penal, através do agravamento das penalidades.<sup>178</sup>

No que diz respeito ao bem jurídico tutelado, os modernos sistemas jurídicos criaram a *fattispecie* da corrupção, que prevê uma relação existente entre a vantagem auferida pelo empregado público e a realização do ato compreendido dentro das suas competências ou nos atos dos meros “poderes de fato” decorrentes. Desse modo, a incriminação passa pela definição

<sup>175</sup> PORTUGAL. *Código Penal*. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>176</sup> MENDES, Paulo de Sousa. *Direito Penal Econômico e Financeiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 331.

<sup>177</sup> PORTUGAL. *Lei nº 32*, de 02 de setembro de 2010. Disponível em: <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?tabela=leis&nid=1261&pagina=1&ficha=1](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=1261&pagina=1&ficha=1)>. Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>178</sup> MENDES, op. cit., p. 329/331.

do bem jurídico-criminal, o que não ocorria na origem do Direito Romano, onde o bem jurídico tutelado consistia na “gratuidade das funções públicas”<sup>179</sup>.

Assim, na Itália, o bem jurídico ínsito à corrupção se resume na “dignidade” e “prestígio” do Estado, refletidos na “confiança” que a coletividade deposita na objetividade e independência do funcionamento dos seus órgãos. Logo, o objeto de proteção é o prestígio e a dignidade do Estado, de modo que a sua eficácia ou operacionalidade seja garantida. Tal definição é aplicada tanto na corrupção própria, quanto na corrupção imprópria, acrescida nesta última, também, a ofensa à normalidade da atuação do serviço público, visto a afetação da eficácia “virtual” do Estado na realização de seus fins.<sup>180</sup>

Já no Direito Alemão, a corrupção passiva se qualifica como um crime de “perigo” ou “dano”, desconsiderando assim, o objeto de proteção “gratuidade do serviço público” (*Unentgeltlichkeit der Amtsführung*). Para tanto, em um primeiro momento, os alemães levantaram a tese de que o bem jurídico tutelado seria a manutenção da pureza das funções públicas (*Reinhaltung der Amtsführung*). Depois, que na corrupção passiva se pune a falsificação ou adulteração da vontade do Estado (*Verfälschung des Staatswillens*), visto que ela, por si só, apenas põe em “risco” ou “perigo” de lesão aquele bem jurídico. Deste modo, a corrupção passiva “própria” estaria para o crime de perigo concreto e a corrupção passiva “imprópria” para o crime de perigo abstrato.<sup>181</sup>

Contudo, a tese não abrange a corrupção subsequente<sup>182</sup> e a corrupção imprópria<sup>183</sup>, além do fato de que na corrupção própria o ato do funcionário visado pelo suborno constitui, antes, um ilícito administrativo, fiscal, civil ou contraordenacional. Tal assertiva envolve a indiscutível questão de que nem sempre o bem jurídico violado por tal conduta possui, também, natureza penal, e por essa razão não é possível residir nele e na “falsificação da vontade do Estado” o objeto de proteção do tipo legal de corrupção. Nesse ponto, a tese defendida é de que o bem jurídico da corrupção seria a confiança ou credibilidade do Estado perante a coletividade (*Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachlichen Entscheidungen*), e daí a sua decorrente

<sup>179</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário conimbricense do Código Penal*: parte especial artigos 308º a 386º. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 656.

<sup>180</sup> Ibid., p. 656/657.

<sup>181</sup> Ibid., p. 657/658.

<sup>182</sup> A corrupção subsequente ocorre quando a recompensa é dada ou prometida em vista de uma ação ou omissão pretérita. HUNGRIA, op. cit., 1958, p. 367. Por essa razão, não caberia a corrupção subsequente, pois sua ocorrência se dá após a falsificação da vontade do Estado. Logo, não se qualifica como crime de perigo.

<sup>183</sup> A corrupção imprópria é aquela cujo ato funcional (comissivo ou omissivo) é lícito, ou seja, não contrário aos deveres do cargo ou função. Ibid., p. 366/367. Portanto, não caberia a corrupção imprópria na falsificação da vontade do Estado, justamente, por estar em conformidade com a sua vontade.

eficácia ou capacidade de intervenção para a realização de suas finalidades (*Funktionsfähigkeit der Ataatlichen Verwaltung*).<sup>184</sup>

Todavia, por sempre integrar um crime de “dano” - pela efetiva lesão ao prestígio do poder público e uma inequívoca quebra de confiança dos particulares -, a capacidade interventiva do Estado restaria diminuída, razão pela qual a tese adequada seria a de um bem jurídico “duplo” ou “complexo”, em que o objetivo seria a “salvaguarda das condições necessárias ao bom funcionamento do Estado” e a manutenção da correspondente capacidade interventiva. Não obstante, a finalidade se analisa, por um lado, na defesa da “dignidade” e do “prestígio” da Administração, como pressuposto da “confiança” que nela deposita a coletividade (aspecto externo), e por outro, na criação de um obstáculo ao perigo de “falsificação da vontade do Estado” (aspecto interno).<sup>185</sup>

No entanto, é importante observar que a generalidade dos autores italianos e alemães assimilam o bem jurídico da corrupção à “funcionalidade” ou “capacidade funcional” do Estado - apesar de tal tese levar à qualificação da corrupção como crime de perigo<sup>186</sup> -, e, também, à tutela da “confiança” da sociedade civil na imparcialidade e independência da Administração - apesar da confiança e prestígio do Estado não serem afetados em razão da ausência de publicidade do delito ou outras circunstâncias. Porém, a construção teórica que representa a evolução do entendimento ínsito à tradição jurídica portuguesa aponta como bem jurídico tutelado a manipulação ou violação da autonomia intencional do Estado.<sup>187</sup>

Posto isso, o funcionário público que mercadeja com o cargo coloca os poderes funcionais a serviço dos interesses particulares, em total abuso da posição que ocupa, de maneira que a sub-rogação e a substituição dos interesses do Estado extrapola a esfera da atividade. Há, portanto, uma manipulação do aparelho do Estado, pelo funcionário, em violação ao bem jurídico tutelado. Logo, desconsiderando as teses maioritárias italiana e alemã, a presente concepção assemelha-se com o direito positivo português, a teoria germânica e a tradição jurídica brasileira. A corrupção passiva, própria ou imprópria, antecedente ou subsequente, constitui o crime de dano por concretizar uma lesão à autonomia funcional do Estado.<sup>188</sup>

---

<sup>184</sup> DIAS, op. cit., p. 658.

<sup>185</sup> Ibid., p. 658/659.

<sup>186</sup> Os delitos que ofendem a autonomia intencional do Estado não se qualificam como crime de perigo, visto que a Administração (valor-meio) se revela imprescindível para a realização ou satisfação de finalidades fundamentais indispensáveis à organização social. Logo, tal entidade têm uma “densidade” penal própria e integra bem jurídico-criminal independente, cuja violação constitui crime de dano. Ibid., p. 661.

<sup>187</sup> Ibid., p. 659/660.

<sup>188</sup> Ibid., p. 661.

### 2.2.1. O enriquecimento ilícito

No que diz respeito ao enriquecimento ilícito obtido por meio da corrupção, há muito que se discute a possibilidade ou não da incriminação de tal conduta. No entanto, a corrupção, como foco de preocupação internacional, motivou diversos documentos internacionais a se debruçarem sobre o tema, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Artigo IX)<sup>189</sup> e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção<sup>190</sup>. Esta última, por exemplo, em seu artigo 20, indicou a introdução do delito no ordenamento jurídico de cada Estado parte, que por sua vez “considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outra índole necessárias para qualificar como delito o enriquecimento ilícito, intencional e não justificado, de um funcionário público”.

Desse modo, tal incriminação, além de se revelar uma emergência nacional, será, também, mais um instrumento de combate ao crime de corrupção, se considerado os altos níveis da falta de transparência na obtenção dos rendimentos e da falta de probidade e de fiabilidade das respectivas fontes dos funcionários e ocupantes dos cargos políticos. Logo, a “titularidade” ou “fruição” de patrimônio ilicitamente adquirido e publicamente ostentado é uma manifestação pública de injustiça, que viola princípios constitucionalmente consagrados, como o princípio do Estado Social de Direito e da ética. Não obstante, causa degradação e conflitualidade social. No mais, promove comportamentos ilícitos criminalmente previstos, como os crimes tributários, patrimoniais, fiscais, o peculato, a prevaricação, o branqueamento de capitais e os crimes cometidos no exercício de funções públicas, seja de forma direta ou em participação, sobretudo pela certeza da não descoberta dos atos ilícitos a montante. Daí o motivo da criminalização de aquisição ou fruição do patrimônio ilícito por interposta pessoa - seja ela singular ou coletiva -, necessariamente, ter que ser levada em consideração no tipo proposto, para que assim não haja quaisquer lacunas de punibilidade.<sup>191</sup>

Posto isso, a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito de funcionários públicos, tão debatida em alguns países, com a adoção em uns e rejeição em outros, não distante se mostra necessária, também, no Brasil. Nesse ponto, partindo do que se tem por corrupção e

<sup>189</sup> BRASIL. *Decreto n° 4.410*, de 07 de outubro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2022.

<sup>190</sup> BRASIL. *Decreto n° 5.687*, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2022.

<sup>191</sup> MATTA, Paulo Saragoça da. *Enriquecimento ilícito: “quem cabritos vende e cabras não tem...!”* – reflexões esparsas sobre a emergência da incriminação. Disponível em: <[https://www.academia.edu/24585868/ENRIQUECIMENTO\\_IL%C3%8DCITO\\_Quem\\_cabritosvende\\_e\\_cabras\\_n%C3%A3o\\_tem\\_1\\_Reflex%C3%B5es\\_esparsas\\_sobre\\_a\\_emerg%C3%Aancia\\_da\\_incrimina%C3%A7%C3%A3o?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/24585868/ENRIQUECIMENTO_IL%C3%8DCITO_Quem_cabritosvende_e_cabras_n%C3%A3o_tem_1_Reflex%C3%B5es_esparsas_sobre_a_emerg%C3%Aancia_da_incrimina%C3%A7%C3%A3o?email_work_card=view-paper)>. Acesso em: 21 jul. 2022.



da forma como pode ser ela combatida - para que a mesma não comprometa a realização do interesse público - é que se resume a proposta do tipo penal, que neste país ocorreu por meio do Projeto de Lei nº 4.850/2016, que reúne as 10 Medidas contra a Corrupção, elaboradas pelo Ministério Público Federal<sup>192</sup>, dentre as quais a Medida nº 2 propõe a criminalização do enriquecimento ilícito de funcionários públicos. Não obstante, o referido tema já foi objeto de outras propostas legislativas, como o Projeto de Lei nº 5.586/2005, de autoria da Controladoria Geral da União, e o Projeto de Reforma do Código Penal (PLS 236/2012).<sup>193</sup>

Assim, a conduta que se pretende criminalizar é o enriquecimento ilegítimo ou ilícito, aquele que não apresenta justo título à luz do Direito ou da ordem jurídica na sua globalidade. Em outras palavras, a proibição e incriminação reside no fato de o agente adquirir ou fruir de patrimônio, sem origem lícita conhecida, incompatível com os seus rendimentos e o patrimônio legitimamente adquiridos. Daí a ação ser determinada, já que decorre de um comportamento humano dominado ou dominável pela vontade.<sup>194</sup> No entanto, o que se propõe é uma implementação de vetores que demarquem a ilicitude do comportamento, separando o enriquecimento ilícito do meramente injustificado, que como tal, não pode ser conectado ao ato de corrupção, sob pena de se confundir evolução patrimonial a descoberto de origem lícita, a ser enfrentada no âmbito dos crimes ou infrações tributárias, com o presente tipo proposto.<sup>195</sup>

Deste modo, como em outros países, os argumentos prós e contras à criminalização do enriquecimento ilícito, também, foram levantados no Brasil, em um debate aberto pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, através do editorial intitulado “todos contra a corrupção”, referente às propostas contidas nas “Dez Medidas contra a Corrupção”. Neste debate foi discutido, entre outras questões, o fato de a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção apenas ter indicado aos país signatários uma consideração e não uma obrigação de incriminar o ato do enriquecimento ilícito. No entanto, o que se pode concluir é que apesar de não ser um mandamento obrigatório, não há qualquer empecilho para que a proposta seja submetida ao Congresso. Nem mesmo o apontamento da literatura, de uma quase inexistência de condenações pelo tipo nos países que adotaram tal medida, é argumento adequado para justificar a falta de adoção da previsão do tipo no âmbito da legislação penal brasileira, já que os instrumentos

---

<sup>192</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. *As dez medidas contra à corrupção*. Disponível em: <<https://dezmedidas.mpf.mp.br/tramitacao-no-congresso>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

<sup>193</sup> PANOEIRO, José Maria de Castro. *O delito de enriquecimento ilícito como estratégia para o combate à corrupção: considerações, críticas e reflexões político-criminais*. Disponível em: <<https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/crime-de-enriquecimento-ilicito-jose-panoeiro.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

<sup>194</sup> MATTA, op. cit.

<sup>195</sup> PANOEIRO, op. cit.

manejados por países europeus, que recusaram a criminalização do tipo, parecem não adequados à realidade brasileira.<sup>196</sup>

Nesse sentido, há de se considerar, inicialmente, que o Direito Penal serve para conformar a sociedade, acompanhando os tempos e as características da criminalidade. Daí porque o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade do Direito Penal não pode ser levantado como oposição à incriminação do enriquecimento ilícito, já que todo o percurso do Direito Penal se deu pela necessidade do controle de comportamentos que afetaram a ordem social. Logo, o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal não é um obstáculo intransponível para a criação do tipo, pois ainda que a violação das regras de escrutínio, transparência e lisura justifiquem uma infração administrativa ou mesmo um tipo penal de natureza omissiva - que não é objeto da proposta -, o fundamento da criminalização permanece válido.<sup>197</sup>

Do mesmo modo, também, não há que se falar em violação ao princípio da proporcionalidade, pois mesmo que o tipo não pressuponha qualquer prática criminosa a quantia, a previsão para a proteção de um bem não impede a existência de outros tipos penais que protejam o mesmo bem, sobretudo bens jurídicos complexos, que o legislador criminal pode tutelar sob diversas perspectivas. Não obstante, há de se considerar, ainda, que os demais tipos penais previstos na legislação não garantem a efetiva tutela dos bens jurídicos que se pretende tutelar com a incriminação do enriquecimento ilícito.<sup>198</sup>

Por outro lado, a escolha da discrepância patrimonial injustificada como ilícito administrativo ou penal, não muda o fato da distinção entre elas atender critérios de conveniência e oportunidade, na medida dos interesses da sociedade e do Estado. Assim, o desvalor do enriquecimento ilícito justifica a existência não só de infração administrativa, mas também de infração penal, já que não há diferença ontológica entre as condutas, mas uma decisão política criminal. Nesse ponto, a previsão do enriquecimento ilícito na Lei de Improbidade Administrativa (artigo 9º, Lei nº 8.429/1.992)<sup>199</sup> só demonstra o desvalor reconhecido em tal conduta, independentemente de ter sido ela procedida da prática do crime de corrupção ou de qualquer outro crime, o que justifica a criminalização do ato.<sup>200</sup>

Nesse ponto, embora a criminalização possa se vincular à tutela da probidade administrativa, parece adequado a justificação do tipo na proteção do bem jurídico da

---

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> Ibid.

<sup>198</sup> MATTA, op. cit.

<sup>199</sup> BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2022.

<sup>200</sup> PANOEIRO, op. cit.

Administração Pública, pois se a conduta é uma consequência da corrupção, o fundamento da decisão política criminal é a tutela da função pública, já que o comportamento desvalorado não estaria no mero enriquecimento do funcionário público, mas na forma conectada - ainda que por provas indiciárias - com o exercício inadequado da função pública, ou seja, o enriquecimento em razão da função pública, conforme defendido na proposta.<sup>201</sup>

Logo, sobre o argumento da carência de indicação do bem jurídico a ser tutelado pelo novo tipo penal, os adeptos defendem ser a corrupção o objeto central da proposta, não podendo ser o bem jurídico tutelado outro que não a Administração Pública, em sua acepção ampla - interesse da normalidade funcional, da probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública (Nelson Hungria)<sup>202</sup>. Ademais, como dito, presente no ordenamento jurídico o enriquecimento ilícito, enquanto ato de improbidade administrativa, nada obsta que se reconheça como bem jurídico tutelado no delito de enriquecimento ilícito a probidade administrativa, sobretudo pela já mencionada proximidade existente entre infração administrativa e penal.<sup>203</sup>

Não obstante, tomando por base a tese defendida em Portugal, por vias transversas, há que se considerar que tais bens não seriam os únicos a serem tutelados pelo tipo. Aqui também, alguns fundamentos que são base da vida em sociedade, como a transparência, a lealdade, a igualdade, a verdade e a probidade cidadã no que diz respeito à titularidade e fruição patrimonial. Se há o dever de verdade fiscal ou tributária, não há qualquer direito à omissão, ocultação e sonegação de rendimentos e patrimônio ao conhecimento do Estado-fisco. E isso vem da própria ideia de igualdade, de cidadania participativa e de justiça redistributiva do estado de Direito, já que parte da legitimação na aquisição e fruição dos rendimentos e patrimônio, na ordem jurídica constitucional, fiscal e criminal, fundamenta-se no conhecimento, por parte do Estado, dos rendimentos e patrimônio de cada um, bem como na correlativa tributação para cumprimento dos fins sociais do patrimônio.<sup>204</sup>

No entanto, a principal crítica ao tipo proposto, que motivou a declaração de inconstitucionalidade, tanto em Portugal, quanto na Itália, é a de se estar diante de um “crime de mera suspeita”, pois a incriminação recairia sobre um estado individual e não sobre um comportamento comissivo ou omissivo. Daí a inversão do ônus da prova em claro prejuízo à presunção de inocência, já que bastaria ao Ministério Público afirmar que o valor do patrimônio

---

<sup>201</sup> Ibid.

<sup>202</sup> HUNGRIA, op. cit., 1958, p. 311.

<sup>203</sup> PANOEIRO, op. cit.

<sup>204</sup> MATTA, op. cit.

é superior e desproporcional aos rendimentos do funcionário e que não há outro meio lícito que o justifique, para competir ao acusado a prova da origem lícita do patrimônio, sob pena de sua condenação.<sup>205</sup>

Porém, do mesmo modo que o Direito Penal e Processo Penal constituem instrumentos complementares à realização de política criminal, a vedação ao enriquecimento ilícito é um princípio geral do direito, pois para ninguém é dado o direito de se enriquecer de forma ilícita. No mais, o ônus de provar o enriquecimento ilícito compete à acusação, que vai se fundamentar nas declarações de renda do acusado, não ao servidor público suspeito. De outro modo, a dúvida sobre a ilicitude da renda enseja na absolvição.<sup>206</sup> Logo, não há inversão do ônus da prova se não há qualquer imposição ao réu de provar a sua inocência. O que há é uma garantia ao acusado de escolher se deseja ou não produzir a comprovação da origem lícita dos bens. Em outras palavras, assim como em qualquer outro crime, a opção de alegar e demonstrar a existência de fonte legítima ou de causa de justificação para a aquisição e fruição do patrimônio desconhecido, pertence ao acusado, que o fará de acordo com a sua vontade e conveniência, dentro do devido processo legal, garantido constitucionalmente.<sup>207</sup>

Desta maneira, a tipificação não decorre da mera incompatibilidade patrimonial, mas da anormalidade econômica, aquela extravagância de situação absolutamente inacreditável que indique a aquisição, posse ou fruição de patrimônio sem origem lícita determinada, e não qualquer acréscimo ou incompatibilidade. Pela lógica, se para todos os contribuintes compete o dever de declarar ao Estado todo o patrimônio e rendimentos adquiridos, a falta de declaração, em princípio, revela uma suposta origem ilícita, passível de incriminação, já que a violação do referido comando, antes, constitui fraude fiscal punível pela legislação.<sup>208</sup> Afinal, como dito, o ordenamento jurídico e constitucional brasileiro não confere para ninguém o direito de manter ocultas, dissimuladas ou desconhecidas as fontes de seus rendimentos ou patrimônio, nem confere direito à propriedade privada de um patrimônio ilicitamente adquirido, pois a proteção do ordenamento jurídico pressupõe a legitimidade do título aquisitivo da coisa.

Nesse ponto, ainda que o tipo do enriquecimento ilícito seja prova indireta da corrupção, consistente numa pena de suspeita, pode ele possuir um desvalor autônomo justificado na sua contrariedade ao ordenamento jurídico, já que é derivado de um ato ilícito, a corrupção – como no caso da lavagem de dinheiro, em que a manifestação é um desvalor de

---

<sup>205</sup> PANOEIRO, op. cit.

<sup>206</sup> Ibid.

<sup>207</sup> MATTA, op. cit.

<sup>208</sup> PANOEIRO, op. cit.

ativos provenientes de infração penal. Por essa razão, não há que se falar em presunção de culpabilidade do tipo, que viola a presunção de inocência, pois o que se verifica é o desconhecimento do patrimônio incompatível com os rendimentos do agente. Em outras palavras, o que se tem são indícios da prática de um crime que, eventualmente, possa ter proporcionado riqueza ilícita ao agente. Logo, não há presunção de culpabilidade, nem há presunção de ilicitude maior do que aquela existente em toda e qualquer outra investigação de crime.<sup>209</sup>

No mesmo sentido, não há que se falar em violação ao princípio da auto incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*), pelos mesmos motivos expostos acima, já que o acusado detém o inteiro controle e disponibilidade de revelação da fonte do enriquecimento, restando ao Ministério Público a comprovação de todos os elementos do tipo, quais sejam, a demonstração positiva da titularidade, posse ou fruição de certo patrimônio, bem como a demonstração positiva da incompatibilidade de tal situação com o patrimônio e/ou rendimento legitimamente adquiridos pelo acusado, sob pena de a denúncia ser julgada improcedente, com a conseqüente absolvição do réu.<sup>210</sup>

A propósito, os contrários defendem a ineficácia da medida incriminadora ao combate da corrupção, já que como prova indireta da corrupção, o enriquecimento ilícito pode ser enquadrado no próprio delito de corrupção passiva, prevista no art. 317, *caput*, do Código Penal.<sup>211</sup> Nesse ponto, como crítica, apontam a dificuldade do Ministério Público de comprovar a prática de corrupção, embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal 470/DF, tenha adotado o entendimento sobre a possibilidade de condenação do funcionário público por crime de corrupção passiva, independentemente, da comprovação do ato de ofício, o que facilitou a atividade probatória da acusação na luta contra a corrupção.<sup>212</sup>

Porém, em defesa argumenta-se que o Código Penal se contenta com o recebimento da vantagem em razão da função e que o Supremo Tribunal Federal, apenas, reforçou, com base no próprio tipo penal do artigo 317<sup>213</sup>, o entendimento doutrinário de que “a corrupção passiva é a venalidade em torno da função pública” e que o ato deve ser “da competência do agente ou estar relacionada ao exercício da função”. Logo, não há uma exigência de indicação do ato de ofício para a comprovação da corrupção, o que afasta a tese e a crítica acima levantada. Conseqüentemente, não há que se falar em supressão da ampla defesa, mas em mera

---

<sup>209</sup> Ibid.

<sup>210</sup> MATTA, op. cit.

<sup>211</sup> BRASIL, op. cit., nota 166.

<sup>212</sup> PANOEIRO, op. cit.

<sup>213</sup> BRASIL, op. cit., nota 166.

interpretação do tipo penal da corrupção passiva, que em sua modalidade “receber”, como crime bilateral, demanda imputação simultânea com a corrupção ativa.<sup>214</sup>

No mais, permanece para a acusação o dever de indicar a conexão entre o recebimento da vantagem e o exercício da função, bem como a existência de um acordo proposto ou celebrado entre o funcionário e o particular, apesar da natureza do crime de corrupção, por ser dissimulada, impedir o êxito de precisão do ato negociado, dificultando assim, o seu alcance. Porém, a fruição de seu proveito, como regra, não é dissimulada, já que é da natureza das coisas que o agente ou pessoa a ele ligada venha a fruir dos ganhos ilícitos. Desse modo, a presença da ilicitude em tais proveitos justifica a possibilidade da criminalização como uma medida de combate à corrupção, tal como consta na proposta.<sup>215</sup>

Todavia, apesar de não haver divergência quanto à necessidade de privar o corrupto dos proveitos da corrupção, há quem defenda que isso poderia ser feito por meio de outros instrumentos político-criminais. Porém, pela análise de cada instrumento é possível concluir a ineficácia das medidas a serem, supostamente, adotadas para a referida finalidade, já que o crime de lavagem de dinheiro tem como dificuldade a demonstração do delito antecedente – para o recebimento da denúncia basta um juízo de probabilidade da ocorrência do delito antecedente, mas para a condenação definitiva exige-se a certeza – e a problemática prova em torno da identificação de quem aderiu o acordo escuso, que gerou o proveito. Já o confisco, em termos de legislação brasileira, se encontra no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, que prevê a perda dos bens em caso de condenação por enriquecimento ilícito (art. 12, Lei nº 8.429/92), embora tal legislação não se revele suficiente ao combate da corrupção. Por fim, o crime tributário, por seu regime vigente - em especial, da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo após a atuação do Estado; a existência de parcelamento com efeito de suspensão da pretensão punitiva; e do impedimento à persecução penal sem o encerramento da instância administrativa (Súmula Vinculante 24) – frustra o intuito almejado.<sup>216</sup>

### **2.3. O sujeito ativo no delito de corrupção: amplitude e controvérsias**

Nelson Hungria<sup>217</sup> registrava que os tipos penais previstos no Capítulo I do Título XI eram crimes funcionais. Essa expressão correspondia àquilo que os práticos chamavam de

---

<sup>214</sup> PANOEIRO, op. cit.

<sup>215</sup> Ibid.

<sup>216</sup> Ibid.

<sup>217</sup> HUNGRIA, op. cit., 1958, p. 313/314.

*delicta in officio* ou *delicta propria* daqueles que participam da atividade administrativa do Estado. Em suma, sob tal rubrica eram descritos atos lesivos a bens jurídicos praticados pelos próprios exercentes de cargo, emprego ou função pública. O desenvolvimento da expressão crimes de responsabilidade, ainda hoje existente, dizia Hungria, representativos da submissão a um regime especial, não deveria levar a qualquer dificuldade interpretativa, pois os delitos funcionais são crimes próprios. É possível aqui recordar-se dos delitos do Decreto Lei nº 201/67, impropriamente designados como crimes de responsabilidade de prefeitos que, sob o prisma penal, constituem tão somente delitos funcionais praticados por prefeitos no exercício do cargo.<sup>218</sup>

Assim, os crimes funcionais se dividem em próprios e impróprios (mistos). Os primeiros são aqueles em que o exercício da função pública pelo sujeito ativo é elementar do tipo e sua ausência torna o fato atípico. Essa classificação é aplicada tanto ao crime de corrupção passiva quanto aos crimes de concussão e prevaricação. Tome-se, por exemplo, a inexistência do delito de corrupção privada no Brasil, como se verá melhor adiante, que encontra tipicidade em países como a Espanha, e constam no Código Penal desde a Lei Orgânica 5/2010:

[...] o crime de corrupção entre particulares visa punir atos que possam ser enquadrados como suborno na esfera privada. Desta forma, e seguindo claramente a estrutura daquele crime, distinguem-se dois tipos de conduta, ou seja, a ativa e a passiva. Após a reforma pela LO 1/2015 art. 286 bis. 1º inclui — talvez por motivos de maior visibilidade — a modalidade passiva, na qual é penalizada a conduta de dirigentes, administradores, empregados ou colaboradores de empresas que recebam, solicitem ou aceitem benefício ou vantagem injustificada com o fim de favorecer terceiros. Por outro lado, em sua modalidade ativa (art. 286 bis 2), simétrica em relação à anterior, é punida a conduta de quem prometer, oferecer ou conceder tais vantagens a esses empregados.<sup>219</sup>

A ausência da condição de funcionário público diante de um ajuste escuso entre particulares em detrimento de uma empresa, há de se resolver em outra quadra, mas não a da corrupção. Por outro lado, nos delitos funcionais impróprios o sujeito ativo viola o dever funcional numa conduta que encerraria, na ausência da função pública, um delito comum. O peculato, por exemplo, não deixa de ser uma apropriação indébita especial. De outra banda, não se deve ignorar, como no exemplo dos crimes praticados por prefeitos, o fato de que existem crimes funcionais típicos, embora não previstos em título próprio do Código Penal. Assim,

<sup>218</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 70.671/PI*, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, j. 19.05.1995. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72599>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

<sup>219</sup> BAUTISTA, Silvia Fernández. El delito de corrupción entre particulares (art. 286 Bis CP): una interpretación restrictiva. In: JIMÉNEZ, Joan Queralt; VEGA, Dulce María Santana (Dir.). *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 213.

assumiriam tal natureza todos aqueles cometidos pelo funcionário ou qualificado pela circunstância de que o agente é funcionário e abusa do cargo ou função.<sup>220</sup> É de relevo notar que a corrupção exige uma conexão com a competência do corrompido, ou seja, deve dizer respeito ou estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais. Logo, o caso de um juiz que recebe uma vantagem para recomendar uma causa não se enquadraria, em tese, no delito de corrupção passiva.<sup>221222</sup>

Sobre a questão, Francisco Conde Muñoz<sup>223</sup>, ao expor a análise da situação espanhola, registra que, sob o ponto de vista sociológico, muitos dos crimes praticados contra a administração pública estão relacionados com a "corrupção política e administrativa", razão pela qual, numa fenomenologia complexa, também alcança crimes não tipificados no Título. Neste caso estariam os crimes econômicos, os de falsidades documentais, contra os planejamentos do território ou do meio ambiente, de tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, entre outros. Assim, o denominador comum entre esses crimes e os crimes contra a administração pública é o fato de “muitas vezes serem eles praticados desde o poder ou favorecidos de cargos de poder e autoridade que o exercício de funções públicas confere”.<sup>224</sup> Para o autor espanhol, a organização da cumplicidade em redes de poder do crime organizado é um fato preocupante para a sociedade moderna.

Nesta quadra é preciso ter presente que a corrupção é um meio pelo qual se alcança um ambiente criminosamente livre, onde as normas jurídicas perdem potência em favor da vontade pessoal do corruptor. Em outros termos, a corrupção se conecta com a criminalidade organizada na medida em que ela é o meio que esse tipo de grupo se vale para paralisar o braço que a deveria combater,<sup>225</sup> apesar dessa constatação e da advertência de outros doutrinadores, como Ferrajoli<sup>226</sup>, para quem o Estado, deveria preocupar-se notadamente com as infrações cometidas por cavalheiros, com destaques para a corrupção, as falsidades - de balanços ou em laudos de risco de atividade, por exemplo -, as fraudes fiscais e a lavagem de dinheiro. Todavia, a doutrina, majoritariamente, prefere fazer propaganda da necessária punição, o que não se

<sup>220</sup> HUNGRIA, op. cit., 1958, p. 314/315.

<sup>221</sup> Ibid., p. 369.

<sup>222</sup> Tal fato não exclui a possibilidade de sanções em outras esferas, como aquela relacionada à probidade administrativa.

<sup>223</sup> CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal*: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 879/883.

<sup>224</sup> Ibid., p. 879/883.

<sup>225</sup> BRAVO, Jorge dos Reis. Fraude e corrupção: repensar um modelo contemporâneo de prevenção e controle da criminalidade econômico-financeira. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes; SOUSA, Susana Aires de. *Crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 113.

<sup>226</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008, p. 254.



discute, mas quase que exclusiva, o que é expressão da seletividade não do Direito Penal, mas dela própria, a doutrina, da criminalidade de rua.

Posto isso, como dito, a identificação do sujeito ativo do delito de corrupção, nos termos da legislação brasileira, exige a presença do funcionário público - agentes do poder público, empregados públicos (*intraneus*) - que pratica o ato no âmbito do desempenho de um cargo oficial ou no exercício de uma função pública. É preciso, ainda, a presença de um terceiro, o particular (*extraneus*), seja ele detentor ou não da capacidade penal, afinal, a corrupção envolve a venalidade da função pública, um acordo escuso, ao menos tentado por uma das partes. Assim, o modelo de incriminação seguiu a distinção em duas espécies de corrupção, a ativa (art. 333 CP) e a passiva (art. 317 CP).

Deste modo, ao optar por uma autonomia entre os delitos, o modelo do Código vigente elimina a necessidade, diferentemente do Direito anterior, do encontro de vontades (*summatum opus*) entre o corrompido (*intraneus*) e o corruptor (*extraneus*), sendo suficiente que o primeiro “solicite” ou o segundo “ofereça” a “vantagem indevida”, ainda que a solicitação ou a oferta seja recusada. Logo, a corrupção é um crime doloso (dolo genérico) e embora relevante setor doutrinário afirmasse não haver espaço para o crime tentado<sup>227</sup>, ou o agente solicita e o delito está consumado, ou não chega a fazê-lo e tal fato é irrelevante. Contudo, há entendimento diverso. Para este segundo setor, sendo a conduta plurissubsistente, é possível haver tentativa, como no caso da solicitação de vantagem por meio de carta ou e-mail que não chega a seu destinatário, por exemplo.<sup>228</sup>

Sob o ponto de vista do Direito comparado, na legislação portuguesa, como no Brasil, vigora o sistema jurídico da *fattispecie*, em que o núcleo do tipo se esgota no “mercadejar” com o cargo. Nesse ponto, a corrupção passiva é entendida como um crime material ou de resultado, uma vez que a consumação ocorre com a emissão da declaração de vontade - “solicitação” ou a “aceitação”, expressa ou tácita, do suborno ou promessa -, por parte do funcionário público, e o conhecimento pelo destinatário, ainda que o sentido da declaração não seja “compreendido”. Haveria nesse momento uma evidência inequívoca da intenção de mercadejar com o cargo, de vender o exercício dele, relativo a uma atividade lícita ou ilícita, passada ou futura, mas desde que compreendida nas atribuições ou nos meros “poderes de fato” que detém.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> HUNGRIA, op. cit., 1958, p. 365/370.

<sup>228</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 846.

<sup>229</sup> DIAS, op. cit. p. 662.

Não obstante, outro ponto de destaque reside no fato de que a corrupção imprópria constitui o “delito base” ou “tipo fundamental” e a corrupção própria o tipo penal agravado ou qualificado, já que acrescenta o ato ilícito. Assim, a corrupção subsequente própria ou imprópria, como a antecedente, também é prevista na legislação portuguesa, por não alterar a continuidade da transação com o cargo e nem a ofensa ao bem jurídico. Como na tradição dos direitos continentais, aqui incluída a legislação brasileira, a corrupção passiva é tratada de forma específica e com a exigência de que o agente seja funcionário, nestes incluídos os magistrados e membros do Ministério Público. Na legislação extravagante lusitana, o delito estende-se aos titulares de cargos políticos (Lei nº 34/87) e aos integrantes do fenómeno desportivo (Decreto Lei nº 390/91).<sup>230</sup>

### 2.3.1. A busca ainda incompleta pelo conceito de funcionário público

A corrupção passiva como delito funcional somente pode ter como autor um funcionário público. Entretanto, embora exista a pretensão de uniformidade no Direito, aquilo que constitua funcionário público para o Direito Administrativo deveria servir de substrato à compreensão do mesmo conceito no Direito Penal, mas tal pretensão não prevalece diante da autonomia das instâncias. É de relevo remontar ao conceito de funcionário público, por exemplo, previsto para fins administrativos (improbidade administrativa), no artigo 2º da Lei nº 8.429/1992<sup>231</sup>, que assim dispõe:

para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.

O Código Penal<sup>232</sup>, por sua vez, embora mantenha a expressão “funcionário público”, seguiu uma concepção ampliativa para o termo:

é funcionário público quem quer que exerça, profissionalmente, uma *função pública*, seja esta de império ou de gestão, ou simplesmente técnica. O conceito de *funcionário público* deve ser, assim, ligado à noção ampla de “função pública”. Este critério prevalente ou moderno. Consoante a lição de Gavazzi, o conceito de funcionário público já não deriva do de autoridade, mas do de *função pública*. Tanto é funcionário público o presidente da República quanto o estafeta de *Vila de Confins*, tanto o

<sup>230</sup> Ibid., p. 662/663.

<sup>231</sup> BRASIL, op. cit., nota 198.

<sup>232</sup> BRASIL, op. cit., nota 166.



Isso porque o Estado tem cada vez mais delegado certas competências, através de contratos firmados com setores privados, que por sua vez prestam muitos dos serviços públicos que deveriam ser prestados pelos entes federativos, mas em razão da Publicização dos Serviços Públicos não Exclusivos do Estado são repassados ao terceiro setor. Assim, o terceiro setor é compreendido nas organizações paraestatais, que são entidades não governamentais, sem fins lucrativos, privadas, que atuam por iniciativa própria, prestando atividades de interesse público. E muito embora não façam parte da administração pública, atuam ao lado do Estado, prestando serviços públicos, em total colaboração com ele.

Diante de tais hipóteses, como pode o Direito Penal intervir para a proteção do bem jurídico tutelado?

Em determinado caso envolvendo o Instituto Candango de Solidariedade (Organização Social), noticiou-se sobre um esquema de “cabide de empregos”, para apadrinhados de políticos e até de integrantes de servidores de instâncias e esferas variadas do Poder Público.<sup>237</sup> Destarte, investigação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios revelou as relações do citado Instituto com Governo do Distrito Federal, o que mostrou uma série de contratações cuja legalidade era discutível - seja pela natureza do serviço ou pela dispensa de licitação ou concurso público -, todas a partir de uma organização social. Desse modo, a Operação Caixa de Pandora, em 2009, revelou que as prestadoras de serviços alimentavam, com propina, uma caixa para deputados e integrantes do Governo do Distrito Federal.

Posto isso, a ampliação da atuação de particulares em colaboração com a Administração Pública tem provocado discussões sobre a condição de determinados agentes. Assim, por exemplo, é de relevo assentar o registro de que todas as atividades da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do Brasil são reguladas e fiscalizadas pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. A Resolução nº 116/2009<sup>238</sup> dispõe sobre os serviços auxiliares ao transporte aéreo, que em muitos casos são fornecidos por sociedades empresárias - terceirização de serviços para aeroportos -, mediante contrato de *facilities*. O referido contrato diz respeito aos serviços de infraestrutura, como limpeza, segurança e manutenção, bem como tudo que possa facilitar os processos do dia a dia de uma organização. Em outras palavras, é a aplicação de mão-de obra especializada e dedicada à serviços dentro de

---

<sup>237</sup> CORREIO BRASILIENSE. *Instituto Candango de Solidariedade*. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/05/09/interna\\_cidadesdf,679326/prejuizo-causado-por-instituto-candango-de-solidariedade.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/05/09/interna_cidadesdf,679326/prejuizo-causado-por-instituto-candango-de-solidariedade.shtml)>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>238</sup> BRASIL. *Resolução nº 116*, de 20 de outubro de 2009. Disponível em: <[https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2009/resolucao-no-116-de-20-10-2009/@@display-file/arquivo\\_norma/RA2009-0116.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2009/resolucao-no-116-de-20-10-2009/@@display-file/arquivo_norma/RA2009-0116.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

uma empresa, com o propósito de coordenar o ambiente empresarial por completo, oferecendo suporte principal ou prestando auxílios aos usuários, para garantir o funcionamento das atividades que ocorrem dentro das organizações.<sup>239</sup> Tais funcionários fazem aquilo que era atribuído, em outros tempos, a funcionários públicos da administração indireta – como a Infraero.

Nesse ponto, muitos são os casos de funcionários terceirizados que prestam os serviços de segurança e limpeza, por exemplo, nos setores de embarque e desembarque, alfândega, inspeção de bagagens, no controle de acesso às áreas restritas, entre outros, onde podem ser verificadas situações de oferecimento e recebimento de vantagens e ou auxílio para entrada e saída de produtos ilícitos no país, como no caso do tráfico de drogas, contrabando de mercadorias, sonegação fiscal, entre outros. É possível que ocorra solicitação de vantagem para a facilitação de certos crimes. Nesta quadra, seriam tais funcionários, que se valendo do cargo que ocupam e da facilidade de acesso a determinados locais restritos, facilitam e contribuem para a prática de crimes, considerados funcionários públicos para fins penais? Ou, alternativamente, suas condutas se enquadrariam no delito de corrupção?

Note-se que a prestação do serviço de interesse público propiciada ao terceiro setor acaba por permitir situações de difícil incidência do Direito Penal no combate do crime de corrupção, uma vez que tais funcionários, dificilmente, são enquadrados no conceito de funcionário público do tipo penal dos artigos 333 (corrupção ativa) e 317 (corrupção passiva), o que gera uma certa discussão entre os juristas.

Retomando ao caso noticiado, do Instituto Candango de Solidariedade, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 131.672/DF<sup>240</sup>, firmou o entendimento sobre a equiparação do dirigente sindical de Organização Social (OS), considerada entidade paraestatal, à funcionário público, para os fins do disposto no parágrafo 1º, do artigo 327, do Código Penal, tornando legítima a qualificação, para efeitos penais, de funcionário equiparado. Logo, os ocupantes de cargo, emprego ou função no referido Instituto, respondem pela prática de crimes contra a Administração Pública. Tal entendimento, parece ser o mais correto e viável para o enquadramento dos funcionários do terceiro setor no tipo de sujeito ativo do crime de corrupção passiva, nos casos em que eles, se valendo da posição ocupada, na execução de serviços de interesse público, praticam o crime de corrupção.

---

<sup>239</sup> GRUPO DELTA. *Facilities*. Disponível em: <<https://deltafacilities.com.br/blog/o-que-e-facilities/>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>240</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR no HC 131.672/DF*, Rel. Min. ROSA WEBER, 1ª Turma, j. 05/10/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4890516>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

Já no caso dos funcionários terceirizados que prestam serviços nos aeroportos, e que, se valendo de tal posição, igualmente, praticam, contribuem ou facilitam a prática dos crimes de tráfico de drogas, contrabando de mercadorias, sonegação fiscal, e outros, em troca de qualquer vantagem indevida, apesar do enquadramento no tipo penal do crime de corrupção passiva ser um tanto quanto mais complexo, na discussão do exercício de uma função pública não se pode descartar tal incidência. Tudo a vista do fato de que funcionário público em Direito Penal, numa interpretação literal, alcança o funcionário terceirizado, como prevê o artigo 327 do Código Penal.

Dito isso, parece ter razão Damásio de Jesus ao concluir que para o Direito Penal, não é necessário a permanência ou remuneração paga pelo Estado ao funcionário para que esse se enquadre no conceito de funcionário público, razão pela qual pode ele ser considerado sujeito ativo da corrupção passiva, por exercer função pública ou estar investido em emprego público - contratados, mensalistas, diaristas ou nomeados a título precário -, como nos casos dos prestadores de serviços terceirizados. Assim, o fato de o funcionário não ser concursado ou receber remuneração do Estado, não pode ser considerado para afastar a incidência penal do combate de condutas típicas do crime de corrupção passiva, já que ao exercer a prestação dos serviços de interesse público, em colaboração com o ente federado, o funcionário se vale dessa condição para obter a vantagem indevida em prejuízo do bem jurídico. Nesse ponto, o próximo capítulo aponta para a previsão de novos regimes penais ao crime de corrupção e a extensão das margens incriminadoras ou um endurecimento do sistema repressivo no plano penal.

### 2.3.2. Participação de não funcionários: delito de infração de dever e controvérsias

No crime de corrupção, outro tema é digno de reflexão, os concorrentes que não ostentam a condição de funcionários públicos, mas concorrem para a conduta delituosa do funcionário, e que, por essa razão, nos moldes da teoria monista (artigo 29 do Código Penal)<sup>241</sup>, respondem pelo delito funcional. A posição no delito, autor ou partícipe, nos moldes da doutrina tradicional brasileira, se definiria consoante a presença do domínio final do fato.<sup>242</sup> Posta tal distinção e assegurada uma posição acessória da parte do concorrente, é suficiente para que sua contribuição possa ensejar responsabilidade, nos moldes da teoria da acessoriedade limitada, que o autor realize um ato típico e ilícito.<sup>243</sup>

---

<sup>241</sup> BRASIL, op. cit., nota 166.

<sup>242</sup> NUCCI, op. cit., p. 203.

<sup>243</sup> Ibid., p. 204.

Posto isso, ao se discutir o posicionamento do particular que coopera para o delito funcional, autores como Roxin<sup>244</sup> desenvolvem a figura dos delitos de infração de dever. Tal conceito foi criado por uma suposta insuficiência da teoria do domínio do fato para explicar a posição do terceiro que determina o funcionário à prática de um delito funcional. Na visão do autor, apenas aqueles que se vinculem ao ordenamento jurídico a partir de um dever, no caso os servidores públicos, é que possuem uma posição de dever que lhes permite cometer o crime funcional. Logo, todos os demais que não tenham tal condição, independentemente da concorrência, seriam partícipes.

Destarte, o particular que se presta a concorrer para a solicitação da vantagem pelo funcionário, ou seja, o intermediário (*interpositam personam*), seja ele correlacionado ao corrompido ou ao corruptor, não importando que a vantagem (*pretium*) se destine ao corrompido ou terceiro, por quem aquele se interesse <sup>245</sup>, deve responder pelo fato. Todavia, se na corrupção ativa, delito praticado por particular, a posição do intermediário pode ser de coautor, na corrupção passiva, delito praticado pelo funcionário público, segundo a visão roxiniana, seria sempre partícipe.

No que diz respeito ao aspecto da participação de não funcionários no Direito português, igualmente, se exige a incidência de funcionários que exerçam o cargo público. A gratificação deve representar uma contrapartida do ato no exercício do cargo, aqui desconsideradas as hipóteses em que a dádiva respeita a uma atividade ou prestação realizada fora do desempenho das competências públicas, ainda que materialmente idêntica com as exercidas na investidura do cargo. A atividade “privada” proibida por razões do cargo, também, são excluídas do delito de corrupção passiva, já que o objeto não se constitui por “atos de serviço”, importando ao delito, apenas, as condutas que consubstanciam o exercício do cargo. Todavia, há uma controvérsia acerca da consideração de condutas correspondentes às específicas competências legais ou as advindas da simples atuação de meros “poderes de fato”, decorrentes da posição “funcional” do agente.<sup>246</sup>

Nesse ponto, um primeiro entendimento não reconhece as atividades realizadas pelo particular que se passa por empregado público ou do próprio empregado que arroga competência para atuar em atribuições que não lhe pertence, pois existe um dever de “fidelidade ao cargo” que somente pode ser violado pelo próprio titular, aquele formalmente investido para

---

<sup>244</sup> BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 13/14.

<sup>245</sup> HUNGRIA, op. cit., 1958, p. 366/369.

<sup>246</sup> DIAS, op. cit. p. 663/664.

o desempenho das funções. Já um segundo entendimento, excluindo, também, os particulares, no segundo caso defende que a atividade se encontra numa relação funcional imediata com o desempenho do respectivo cargo. Assim, toda vez que o ato couber no âmbito “fático” das possibilidades de intervenção do funcionário público, nos “poderes de fato” inerentes ao exercício da função, será considerado fato típico, ainda que seja exorbitante, já que propiciado pelo cumprimento “normal” de suas atribuições. Isso porque o agente pertence ao serviço ou departamento a que está adstrito aquele setor de atividade social, mantendo assim, as conexões institucionais direta. Logo, o ato praticado no âmbito dos meros “poderes de fato”, ofende o bem jurídico tutelado. Do contrário, o agente é estranho ao serviço, como qualquer particular, por não participar da “relação funcional imediata”. À vista disso, no entendimento da legislação portuguesa, não se enquadra no tipo penal.<sup>247</sup>

Não obstante, uma outra controvérsia se volta à questão do pagamento do suborno, correspondente ao exercício dos meros “poderes de fato”, recair somente na corrupção própria ou poder incidir, também, na corrupção imprópria. Nesse ponto, pelo argumento formalista, somente poderia recair sobre a corrupção própria, já que o ato do funcionário é incompetente. Porém, numa interpretação teleológica, pela ofensa dos “deveres do cargo”, o ato é inválido por razões “substanciais” ou “de fundo” e não pela forma ou competência do agente, daí poder recair, também, sobre a corrupção imprópria.<sup>248</sup>

A propósito, por ser o objeto de proteção comum aos dois tipos de corrupção e a diferença entre essas se dar pela forma quantitativa - a primeira de forma agravada pelo ato ilícito -, a graduação deve atentar-se ao conteúdo do ato subornado e não a forma ou competência, pois a invalidade dessas não implica situações diferentes das compreendidas na corrupção imprópria, que somente comporta característica qualitativa e fundamenta a agravação da corrupção própria se a atividade subornada for ilegal ao seu fundo ou substância. Caso contrário, o critério de distinção entre as duas espécies residiria na competência ou incompetência do empregado público, se ele exerceu sua específica competência ou meros “poderes de fato”. Dessa forma, a distinção entre própria e imprópria se reporta ao caráter justo ou injusto do ato subornado, o que não impede, segundo interpretação teleológica, que a ele se restrinja o significado da “contrariedade aos deveres do cargo”, como na legislação portuguesa. Assim, no Brasil, a corrupção sobre o mero exercício dos “poderes de fato”, e não só sobre a competência do funcionário, reveste tanto a corrupção própria, quanto a corrupção imprópria.<sup>249</sup>

---

<sup>247</sup> Ibid., p. 664/665.

<sup>248</sup> Ibid., p. 666.

<sup>249</sup> Ibid., p. 666/667.



Não distante, a discussão em torno da corrupção própria e imprópria, também, se volta aos casos em que o ato subornado entra nos poderes discricionários do funcionário. Desse modo, se em razão da gratificação o funcionário exorbita o âmbito de discricionariedade conferido por lei, o ato é ilícito pelo fundo ou substância, integrando assim, uma corrupção própria. De outro lado, se o funcionário não exorbita o âmbito de discricionariedade, mas influenciado pelo suborno pratica ato que não praticaria caso ausente a gratificação, da mesma forma o ato é ilegal, inválido pelo fundo ou substância, fundada no vício do “desvio de poder”, integrando assim, uma corrupção própria. Desta forma, a configuração da corrupção imprópria só ocorre quando o suborno em nada influenciou na conduta do funcionário, ou seja, não interferiu no uso dos seus poderes discricionários. Porém, como no direito administrativo, a dificuldade se encontra na prova do elemento subjetivo inerente ao “desvio de poder”, pois no plano substantivo, esta é a solução apresentada.<sup>250</sup>

### 2.3.3. Corrupção ativa subsequente ao ato regular: atipicidade ou aplicação da teoria monista do concurso de pessoas?

A corrupção passiva comporta, conforme a abordagem anterior, a espécie própria e imprópria, consoante a atuação do funcionário, empolgada pela vantagem oferecida, seja irregular ou regular. Há, todavia, ainda, uma distinção proposta pela doutrina quanto ao momento em que a corrupção se verificaria, se antes ou depois da atuação do funcionário público. Como já mencionado, a primeira ocorre quando a recompensa é dada ou prometida por uma ação ou omissão futura, e a segunda quando se refere a uma ação ou omissão pretérita. Para um setor da doutrina, o Código Penal não excluiria a possibilidade de punição da corrupção subsequente no artigo 317.<sup>251</sup> Entretanto, é necessário visitar Heleno Fragoso<sup>252</sup> para compreender o problema:

nosso código não previu expressamente a corrupção subsequente. É *antecedente* a corrupção, quando o benefício é solicitado ou recebido para a prática de ato futuro; é *subsequente* quando se trata de solicitação ou recebimento de recompensa por ação ou omissão já realizada. O código italiano (art. 318) prevê a corrupção subsequente como modalidade menos grave do crime. Nosso código não subordina a solicitação ou recebimento à prática de um ato futuro (como faz o código suíço), contentando-se em reconhecer a criminosidade da ação praticada *em razão da função pública* exercida pelo agente. É assim possível afirmar a punibilidade da corrupção subsequente, desde que o ato de ofício tenha sido viciado pela esperança da obtenção de um proveito, ou

<sup>250</sup> Ibid., p. 667/668.

<sup>251</sup> HUNGRIA, op. cit., 1958, p. 367.

<sup>252</sup> FRAGOSO. op. cit., p. 915.

se a solicitação e o recebimento forem praticados em face de ação ou omissão funcional já realizada. Esta solução remonta ao direito romano [...].

Tomada a questão nesses termos, a aceitação de promessa somente se refere à corrupção antecedente.<sup>253</sup> Do mesmo modo, a solicitação parece dizer respeito com a venda prévia da função pública, pois sem a venalidade desta não se cogitaria de corrupção. Nesses termos se colhe da descrição de Fragoso acerca do pensamento de Manzini:

não constitui corrupção passiva o recebimento de dádivas de “boas festas”, desde que pela sua espécie e natureza não correspondam ao preço de favores ou benefícios. Manzini (*Trattato, Vol. V, p. 188*) exclui também pequenas doações ocasionais, de mera cortesia, de comestíveis, bebidas ou coisas semelhantes, mesmo que a ação seja mais ou menos desinteressada. Em tais casos não há também de parte do funcionário, coincidência de aceitar a retribuição por um ato funcional, que é elementar ao dolo na corrupção, nem haveria vontade de corromper.<sup>254</sup>

Destarte, não bastassem as considerações já expostas, para a dificuldade quanto à existência de uma corrupção passiva subsequente a ato regular e sem elementos a indicar qualquer tipo de avença prévia em torno da função pública se soma outro problema: existe corrupção ativa subsequente?

A luz da legislação brasileira vigente a resposta é desenganadamente negativa, afinal, exige o tipo penal que a ação vise determinar a prática corrupta do ato de ofício pelo funcionário público. Outrossim, a dádiva concedida ao funcionário em razão, por exemplo, da prisão do ladrão, por mais imoral que seja, não deita guarida no delito de corrupção passiva e nem mesmo na ativa. Não obstante tal conclusão, há autores que defendem em casos tais, que tanto o corruptor, quanto o corrompido, respondam por corrupção passiva na modalidade receber, por incidência da teoria monista do concurso de agentes.<sup>255</sup>

Há, não obstante a divergência, reflexões outras que merecem ser colhidas na doutrina estrangeira. Assim, no que toca à natureza ou qualidade do suborno há muito que se pretendeu, na legislação portuguesa, ter ele que revestir o caráter de uma vantagem patrimonial. No aspecto quantitativo, também, se pretendeu que ao significar a contrapartida ou “preço” do ato do funcionário ele teria de ser proporcional ao valor ou importância do ato. Porém, uma eventual situação de crise ou indigência do empregado público falsearia a aplicação do critério. Não obstante, se entendeu, ainda, que a determinação do montante mínimo na corrupção deveria aferir-se a partir de um critério de “causalidade adequada”, que atendesse à concreta situação

---

<sup>253</sup> Ibid., p. 916.

<sup>254</sup> Ibid., p. 916.

<sup>255</sup> NUCCI, op. cit., p. 874.

do funcionário<sup>256</sup>, o que se poderia denominar de idoneidade da proposta escusa. Há propostas que não prestam para corromper o funcionário público desde uma perspectiva inicial.

Assim, partindo do entendimento de que a corrupção ativa seria uma autoria mediata/instigação da corrupção passiva, com abrangência à autoria de participação, o conceito de autor residiria na ideia de causalidade. Na extensão do conceito, a falta de autodeterminação das corrupções ativa e passiva, como crimes independentes, desloca critérios válidos de uma para outra. Logo, o corruptor só seria autor mediato/instigador se o suborno fosse a causa capaz de determinar a conduta do funcionário, quando constituísse a sua “causa adequada”. De outro modo, na corrupção passiva a ofensa ocorre pela solicitação ou aceitação de uma peita, sendo irrelevante ao suborno a satisfação da medida oriunda do juízo de “prognose póstuma” da causalidade adequada. A gratificação recebida, embora não complete o montante, ofende o bem e integra a corrupção passiva pela específica relação da conduta do funcionário com o bem, restando o critério da causalidade ao interesse da relação prévia existente entre o corruptor e o empregado público corrupto.<sup>257</sup>

Não obstante, a visão “causalista” do suborno pode confundir o bem jurídico com o valor lesado pela conduta. Ademais, remeter o suborno à “causalidade adequada” evidencia sua improcedência pelo não acolhimento da corrupção subsequente, pois se a conduta não objetiva a obtenção de vantagem indevida, descabe a causalidade. No mesmo sentido os casos de corrupção passiva por iniciativa do funcionário, já que o simples pedido de suborno, ainda que não satisfeito, consome o delito, afastando, também, a aplicação da teoria da causalidade adequada. Desse modo, a lesão ao bem não guarda relação com a imputação do resultado à conduta, que se limita a causalidade, e a determinação do quantum observado pelo suborno deve acatar o sentido que a ofensa assume no contexto ético-social. Logo, a corrupção estará presente sempre que o suborno ou gratificação não forem “irrelevantes” ou “consentidos” pelos hábitos e praxes sociais gerais ou do setor de atividade, ou seja, pela esfera da adequação social, não prevista em rol taxativo, mas identificável no caso concreto de cada setor de atividade.<sup>258</sup>

Quanto ao suborno ter de revestir uma “contrapartida” pelo ato do funcionário, no momento da solicitação, aceitação ou promessa a peita já deve significar uma “troca” ou “transação” com o cargo, ainda que a conduta não esteja pré-determinada ou subordinada à discricionariedade do agente no tempo da conclusão. A corrupção passiva se fundamenta nas prestações recíprocas. Daí porque o simples recebimento de dádivas ou presentes, a exemplo

---

<sup>256</sup> DIAS, op. cit., p. 668/669.

<sup>257</sup> Ibid., p. 669.

<sup>258</sup> Ibid., p. 669/671.

das lembranças de cortesia, gratificações de épocas festivas, medalhas, livros, condecorações, prêmios ou recompensas por atos meritórios, sem qualquer ligação com a atividade do cargo, não constitui o delito, visto que todas as hipóteses contidas na adequação social devem ser desconsideradas pelo tipo. Logo, na falta de obstáculo legal, esse é o entendimento que vigora na legislação portuguesa, que como a brasileira e a maior parte das legislações, exclui a punição pelas dádivas realizadas, não com o abjetivo imediato de obter um ato determinado, mas de criar um clima de “permeabilidade” ou “simpatia” que assegure eventuais diligências futuras.<sup>259</sup>

Não obstante, tal exceção à regra torna-se inadequada quando a simples dádiva não se mostra justificável e por vez assumo o significado de criar o referido clima de “permeabilidade” ou “simpatia” para diligências futuras. Assim, os presentes ou dádivas formam a corrupção passiva consumada por representarem uma contrapartida “virtual” de eventuais atos a serem praticados no futuro, pelo que a sua aceitação, desde logo, implica a “transação” com o cargo e a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. E ainda que na ocasião do recebimento o agente não pratique quaisquer atos do cargo, o crime se consome pela mera aceitação da coisa ou promessa. No entanto, a questão se volta ao fato de a punição recair na corrupção própria ou imprópria, já que o ato do funcionário (lícito ou ilícito) ao tempo não foi definido. Nesse ponto, como dito, se a divergência entre elas está na gravidade da ofensa – “qualificação” ou “agravação” e “crime-base” ou “fundamental” -, a falta de comprovação do elemento qualificador ou agravante faz com que a sanção recaia na corrupção passiva imprópria. Essa é a solução da legislação portuguesa na falta de obstáculo legal.<sup>260</sup>

---

<sup>259</sup> Ibid., p. 671.

<sup>260</sup> Ibid., p. 672.

### 3. A RESSIGNIFICAÇÃO DA CORRUPÇÃO

A corrupção como fenômeno histórico antigo e mutante, antes conceituada no ato corrupto do funcionário público, sob uma perspectiva tradicional do crime, com a globalização econômica passou a ser um problema de interesse transnacional, com tratamento dispensado em instrumentos internacionais, já que o crime de corrupção como obstáculo à competitividade e à própria integração econômica, também, enfraquece o Estado-nação. Desse modo, a corrupção como ponto de encontro entre o Crime Organizado e o Crime do Colarinho Branco, conta com a atuação de sujeitos globais que atuam em mais de um território e possuem poderes superiores aos poderes do próprio Estado, que por sua vez se mostra cada vez mais incapaz de combater certos delitos. Assim, para garantir o cumprimento das regras do capitalismo de regulação, a cooperação entre os setores público e privado se mostra necessária. Não obstante, o desenvolvimento do crime de corrupção no setor privado é preocupante e a independência do judiciário é desejável para o combate do delito, visto a crescente compreensão pela comunidade dos danos advindos da corrupção e a consequente demanda pela maior eficácia na sua repressão, além das imposições em matéria de combate ao crime geradas por instrumentos internacionais.

#### 3.1. As Convenções Internacionais sobre a corrupção e o Direito Comparado

Embora antiga e pacífica a compreensão da ofensividade da corrupção ao Estado e o reconhecimento de que os diversos delitos praticados por funcionários públicos afetam o bem jurídico de várias formas, no plano internacional, convenções começaram a surgir para tratar do tema da corrupção, a exemplo da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 3.678/2000<sup>261</sup>, sobre a competitividade no comércio internacional, potencialmente afetada pela corrupção. Tal internalização levou à introdução no Código Penal de dois delitos relacionados às transações internacionais, a corrupção ativa e o tráfico de influência em transação comercial internacional, previstos, respectivamente, nos artigos 337-B e 337-C.<sup>262</sup>

Assim, a problemática mais ampla dos bens jurídicos coletivos, bem como a incriminação das práticas de corrupção que envolvem agentes públicos de outros Estados e a criminalização da corrupção no setor privado, por exemplo, têm sido matérias recorrentes e de

<sup>261</sup> BRASIL. *Decreto Lei nº 3.678*, de 30 de novembro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm)>. Acesso em: 25 out. 2022.

<sup>262</sup> BRASIL. op. cit., nota 165.

grande relevância para o Direito Penal.<sup>263</sup> Desse modo, as porventura mais radicais novidades em matéria de combate à corrupção são originadas e tratadas em vários instrumentos internacionais, que vinculam, em alguns casos Portugal, noutros o Brasil, e em outros ambos os países, por exemplo. Nesse ponto, em Portugal, a Convenção do Conselho da Europa sobre corrupção e a Convenção relativa à Luta contra a Corrupção de Funcionários das Comunidades ou dos Estados Membros da União Europeia. Já no Brasil, a Convenção contra a Corrupção da OEA, ratificada em julho de 2002. Ratificadas tanto pelo Brasil, quanto por Portugal, foram a Convenção da OCDE sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.<sup>264</sup>

No que diz respeito a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.687/2006<sup>265</sup>, importante registrar que a sua criação se deu pela preocupação dos Estados Partes com a gravidade dos problemas e das ameaças decorrentes da corrupção. Assim, o preâmbulo do referido documento aponta que os riscos levam ao enfraquecimento das instituições, da democracia, da ética e da justiça, comprometendo o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito. Não obstante, os vínculos entre a corrupção e as outras formas de delinquência, em especial o crime organizado e a corrupção econômica - nessa incluída a lavagem de dinheiro -, e ainda, os casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, comprometem os recursos dos Estados e ameaça a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos.

Nesse ponto, conclui o preâmbulo, que como fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, a prevenção e a erradicação da corrupção é uma responsabilidade de todos os Estados. Logo, é por meio da cooperação internacional, com enfoque amplo e multidisciplinar, e disponibilidade de assistência técnica, que os Estados obterão as melhores condições de prevenção e combate à corrupção. Para tanto, importante o apoio e a participação de pessoas e grupos não pertencentes ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e de base comunitárias.

Desse modo, o enriquecimento pessoal ilícito, nocivo às instituições democráticas, às economias nacionais e ao Estado de Direito, são alvos da citada Convenção, que tem por objetivo prevenir, detectar e dissuadir, com maior eficácia, as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente, bem como fortalecer a cooperação internacional para a

---

<sup>263</sup> SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção: reflexões (a partir da Lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Portugal: Coimbra, 2009, *Ibid.*, p. 29/30.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 32/33.

<sup>265</sup> BRASIL. *op. cit.*, nota 189.

recuperação destes ativos. Para tanto, a Convenção reconhece o princípio do devido processo nos processos penais e nos procedimentos civis ou administrativos de direitos da propriedade, e a presença dos princípios da devida gestão dos assuntos e dos bens públicos, da equidade, da responsabilidade e da igualdade perante a lei, bem como a necessidade de salvaguardar a integridade e fomentar uma cultura de rechaço à corrupção.<sup>266</sup>

Não menos importante é a observação de que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, quando da sua criação, levou em consideração e reconheceu a importância de vários trabalhos e documentos internacionais de combate ao crime de corrupção e correlatos, a exemplo da Comissão de Prevenção de Delitos e Justiça Penal e o Escritório das Nações Unidas contra as Drogas e o Delito na prevenção e na luta contra a corrupção; o Conselho de Cooperação Aduaneira; o Conselho Europeu; a Liga dos Estados Árabes; a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos; a Organização dos Estados Americanos; a União Africana e a União Europeia; a Convenção Interamericana contra a Corrupção; o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção; o Convênio sobre a luta contra o suborno dos funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais; o Convênio de Direito Civil sobre a corrupção; a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Internacional.<sup>267</sup>

Posto isso, levando em consideração que as definições de corrupção, em sua maioria adotadas nos documentos internacionais, partem da autonomia da corrupção passiva e da corrupção ativa, dispensando do elemento constitutivo do crime o pacto de corrupção, pelo que a prova do acordo de vontades não se exige, tratar da corrupção no setor privado soa um tanto quanto estranho para aqueles juristas de sistemas jurídicos penais nos quais prevalecem a corrupção tradicional própria, em que uma das partes é o funcionário público. Porém, a corrupção privada, nos últimos anos, tem sido objeto de várias iniciativas supranacionais, que promovem a sua criminalização, a exemplo da Convenção Criminal sobre Corrupção do Conselho da Europa; da Ação Comum da União Europeia; da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e da Decisão-Quadro da União Europeia, que em seu preâmbulo registra a corrupção privada como um problema transnacional, causado pelo crescimento do comércio transfronteiriço advindo da globalização.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> Ibid.

<sup>267</sup> Ibid.

<sup>268</sup> FOFFANI, Luigi. La corrupción privada: iniciativas internacionales y perspectivas de armonización. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Coords). *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo: Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 381/382.

Nesse ponto, o objetivo central da Decisão-Quadro da União Europeia é uma abordagem conjunta da União Europeia, para assegurar que a corrupção ativa e passiva, no setor privado, constitua infração penal em todos os Estados-Membros, com a responsabilização e punição efetiva das pessoas coletivas. Assim, o que se deduz é que o legislador europeu considera a corrupção, do ponto de vista econômico-criminológico, como um fenômeno patológico, ampliado pela globalização, que afeta seriamente o bom funcionamento da economia de mercado em um Estado de Direito, ao distorcer a concorrência na aquisição de bens e serviços e impedir um desenvolvimento econômico sólido. Daí a necessidade de uma efetiva harmonização das legislações penais dos Estados-Membros da União à um núcleo qualificado de infrações penais que evidenciem a corrupção, tanto na vertente pública, quanto na privada, visto que a opção criminal é uma aposta firme para sancionar comportamentos de corrupção privada, alinhando-a ao esquema tradicional de corrupção pública e prevendo a responsabilização das pessoas coletivas por tais comportamentos.<sup>269</sup>

Essa é a tendência político-criminal dos últimos anos, que objetiva delinear um esquema unitário de definição europeia do crime ou crimes de corrupção, nele abrangida a corrupção entre os indivíduos. Não obstante, essa linha político-criminal da União Europeia em matéria de corrupção não contrasta com a evolução do Direito Comparado, já que a criminalização da corrupção no setor privado não é um fenômeno excepcional nos sistemas jurídicos europeus, visto que uma minoria de países da Comunidade Europeia (Bélgica, Grécia, Espanha e até então a Itália) não reconhecem o crime de corrupção privada em seus ordenamentos jurídicos. Porém, a especificação do conceito político-criminal de intervenção na atividade econômica privada, é heterogêneo e variado à cada país, indo de um modelo radical e abrangente da corrupção - como um crime comum - até um modelo orientado para a defesa da concorrência, a exemplo do modelo alemão.<sup>270</sup>

Um ponto importante a ser registrado é que a neocriminalização da corrupção no setor privado, na maior parte dos países, teve origem nos documentos internacionais a que se vincularam. Outro ponto é que em alguns destes instrumentos internacionais, há uma imposição da criminalização do tráfico de influência, a exemplo da Convenção Penal contra a Corrupção do Conselho da Europa. Nesse sentido, dentre outros países signatários, a incriminação do referido tipo restou procedida no regime jurídico de Portugal. Porém, nem todos os países subscritos da Convenção do Conselho da Europa adotaram, no que diz respeito a norma relativa

---

<sup>269</sup> Ibid., p. 382/383

<sup>270</sup> Ibid., p. 383/384.



ao tráfico de influência, soluções tão punitivas como Portugal, a exemplo da Bélgica, que a adotou com reservas.<sup>271</sup>

Nesse ponto, o motivo da rejeição de uma criminalização ampla pode ser atribuído à dificuldade de distinguir o tráfico de influência das outras formas de comportamentos tidas como lícitas, chamadas de *lobbying*. No entanto, enquanto no *lobbying* legítimo se argumenta com o agente público fazendo uso, apenas, dos melhores argumentos, para assim poder determinar em certos sentidos um decisor ou alguém próximo que o influencie, na corrupção e no tráfico de influência existe a promessa, outorga ou aceitação de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, já que a pretensão é a compra da decisão do agente público, através de vantagem não insignificante, prometida ou atribuída.<sup>272</sup>

Voltando a questão da tendência político-criminal em matéria de corrupção e a evolução do Direito Comparado, o modelo alemão, indiscutivelmente, é o mais expressivo, já que em matéria de corrupção privada procedeu com a tipificação da corrupção do empregado. Deste modo, com a Lei de Proteção contra a Concorrência Desleal, no século XX, o referido tipo foi reformado e incluído no Código Penal Alemão sob a qualificação de corrupção ativa e passiva no tráfico econômico, dentro do título dos crimes contra a concorrência. Desta maneira, atualmente, o legislador alemão aplica pena privativa de liberdade ou multa aos envolvidos na relação ilícita da qual “o trabalhador ou representante de uma empresa pretenda, se deixe prometer ou aceite vantagem, para si ou para terceiro, em consideração a privilegiar injustamente o corruptor ou uma troca de mercadorias ou serviços profissionais”.<sup>273</sup>

Com isso, o perfil econômico do crime e a orientação específica à proteção da concorrência evidenciou-se com a integração do pacto entre os sujeitos ao tráfico econômico, bem como com a conduta do corruptor voltada para os fins de concorrência. Assim, o legislador alemão, com a atual tendência para a globalização dos mercados, alargou o quadro da intervenção penal para as condutas praticadas na concorrência estrangeira. Nesse sentido, é o projeto de harmonização do Direito Penal Econômico na União Europeia - Projeto Eurocrime -, coordenado por Tiedmann, que no artigo 36 prevê a criminalização do suborno ativo e passivo no tráfico econômico.<sup>274</sup>

Por outro lado, essa orientação de Direito Público alemão, que protege a concorrência leal como um direito jurídico supra-individual estendido à toda coletividade, refuta a base

---

<sup>271</sup> SANTOS, op. cit. 2009, p. 34/35.

<sup>272</sup> Ibid., p. 35/36.

<sup>273</sup> FOFFANI. op. cit., p. 384.

<sup>274</sup> Ibid., p. 384/385.

privada idealizada no modelo francês, que insere a tipificação da corrupção dos trabalhadores na visão das relações laborais, onde o objeto de proteção criminal é o dever de fidelidade que liga o trabalhador e o empregador na execução do serviço. Porém, a relevância criminal é afastada nos casos em que a conduta do empregado é praticada em desfavor de um bem jurídico de natureza estritamente privada e disponível, e tal situação seja de conhecimento do doador.<sup>275</sup>

No entanto, o modelo do Código Penal Sueco, dentre todos, é o mais drástico, pois desde 1978 prevê um tipo unitário de corrupção que abrange ambas as corrupções, pública e privada. Essa opção político-criminal ocorreu pelo crescente processo de privatização das atividades empresariais em mãos públicas e dos serviços públicos, que extinguiu a diferença ontológica entre as atividades públicas e privadas. Nesse mesmo sentido é a visão das iniciativas europeias – quando aborda a corrupção sob o ponto de vista econômico -, que reduzindo a diferença entre público e privado – tal distinção, também, não guarda importância, para os criminologistas, durante a abordagem das definições do crime de corrupção -, favorece a consideração unitária do crime de corrupção.<sup>276</sup>

Já o ordenamento jurídico austríaco possui uma visão, basicamente, patrimonial, ao considerar a corrupção entre os particulares uma forma de lesão à relação de lealdade patrimonial entre o presidente e o comitente, quando da introdução, em 1987, do tipo de aceitação de vantagens indevidas pelo representante, situado ao lado da figura tradicional anterior de infidelidade. De outro lado, a criminalização da corrupção privada, necessária à proteção penal do crime de administração injusta, também, restou incorporada pelo legislador italiano, com a reforma dos crimes corporativos em 2002. Porém, diferente do modelo austríaco, o novo tipo penal de *infedeltà a seguito di dazione di una promessa di utilità*, no que toca aos destinatários ativos, é limitado aos administradores, diretores gerais, auditores e liquidatários de sociedades comerciais. Também não efetiva e nem procede qualquer avanço na proteção penal contra a taxa base da *infedeltà patrimoniale*, visto a exigência da mesma lesão ao patrimônio social.<sup>277</sup>

Desta maneira, é relevante observar que esse novo mundo do regime jurídico de corrupção, com novas matérias de combate impostas por instrumentos internacionais, antes parecem corresponder à uma busca de eficácia reclamada pela sociedade e pelos próprios aplicadores do Direito. Nesse ponto, é a partir do propósito de combate às elevadas cifras negras da corrupção, na procura de uma maior eficácia no combate ao delito, que medidas de índoles

---

<sup>275</sup> Ibid., p. 385/386.

<sup>276</sup> Ibid., p. 386.

<sup>277</sup> Ibid., p. 386/387.

mais adjetivas devem ser analisadas, como os novos meios de obtenção da prova, as derrogações do sigilo profissional, a perda de bens, o incentivo à denúncia, a proteção de denunciantes, os projetos de alterações legislativas nas quais se pretenda eliminar a distinção entre corrupção própria e imprópria ou até mesmo a incriminação do enriquecimento ilícito, anteriormente abordada.<sup>278</sup>

Posto isso, das linhas do tipo de corrupção privada, traçadas pelas iniciativas supranacionais, é possível constatar que a uniformidade de incriminação do legislador europeu consiste na certeza de que para ambos os setores, público e privado, a corrupção é uma ameaça ao Estado de Direito, quando distorce a concorrência na aquisição de bens ou serviços e impede o desenvolvimento econômico sólido. Nesse ponto, há quem entenda que o fenômeno no mais alto nível da relação entre Economia e Política, confere à dimensão e à natureza dos danos causados, um peso excedente àquele que atinge o bom desempenho e a independência da Administração Pública, já aplicável à integridade da economia nacional, às regras de concorrência e ao funcionamento das instituições democráticas. E esta lesão ocorre por conta de a corrupção instaurar um estímulo recíproco da demanda e oferta de propinas, que implica na saída do sistema dos honestos.<sup>279</sup>

Não obstante, tal questão, parece recordar a ideia de uma corrupção extensiva, onde a tradicional separação entre público e privado já não tem lógica e acaba introduzindo à uma ideia de indicação da criminalização do tipo sueco, onde a corrupção, como crime comum, dispensa qualquer qualificação subjetiva do autor e abrange tanto a corrupção pública, quanto a privada. Porém, o critério político-criminal do legislador europeu está na materialização de um tipo penal de corrupção privada diversa e autônoma da corrupção pública tradicional, onde a proteção do tipo se volta à liberdade e à lealdade da concorrência, conforme previsto no artigo 2º, ap. 2, da própria Decisão-Quadro 2003/568, que ao tratar dos tipos penais de corrupção ativa e passiva no setor privado, prevê que: “qualquer Estado-Membro pode declarar que restringirá o âmbito de aplicação do n.º 1 às práticas, relacionadas com a aquisição de bens ou de serviços comerciais, que impliquem ou possam implicar distorção da concorrência.”<sup>280</sup>

Assim, pela análise do Direito Comparado, sob a visão da objetividade jurídica, o modelo alemão - previsto no projeto Eurocrimes - é o que mais se aproxima do planejamento político-criminal do legislador europeu, pois defende a proteção da concorrência como um direito jurídico-criminal. De outro modo, a referida opção político-criminal harmoniza-se com

---

<sup>278</sup> SANTOS, op. cit. 2009, p. 36/38.

<sup>279</sup> FOFFANI. op. cit., p. 388.

<sup>280</sup> Ibid., p. 388/389.

os princípios fundantes do Direito Comunitário, já que a concorrência, certamente, reflete o seu direito jurídico fundamental e, principalmente, o interesse jurídico do qual a defesa legislativa recorre à instrumentos sancionatórios mais competentes, como a regulamentação antitruste.<sup>281</sup>

### **3.2. A corrupção privada no quadro axiológico de proteção aos valores de uma ordem econômica capitalista**

Desde 1939, quando da apresentação ao debate da criminalidade do Colarinho Branco, por Sutherland, na *American Sociological Association*, que o Direito Penal vem passando por uma série de transformações. De indiferente ao sistema de justiça criminal, as condutas praticadas por pessoas de elevado *status* social, durante o desenvolvimento de sua atividade profissional, passou a ganhar notabilidade. Isso porque, o crime econômico que se constituía no campo do exercício profissional, mediante a violação da confiança, “ganha estatuto de profissão, deixa de ser um subproduto dos negócios para ser negócio em si mesmo. Não é estranho à economia: funciona segundo as suas regras”.<sup>282</sup>

Não obstante, a ideia de uma sistematização dos delitos em que geralmente se envolvem tais pessoas é uma construção mais recente. Ela encontra seu eixo motriz na ideia de que existem interesses da coletividade merecedores de proteção e que poderiam ser compreendidos, de forma bastante imediata, naquilo que se convencionou denominar de “ordem econômica”. Tomada em outros termos, existe na Constituição um modelo econômico para as atividades econômicas, e o Direito Penal é um instrumento legítimo à preservação dos interesses relacionados a tal modelo ou ideologia Constitucional. Assim, a “Constituição Econômica Formal” é o instrumento que prevê os princípios básicos da ordem econômica, de aplicação unitária, que ordenam e regulam o funcionamento da atividade econômica, como forma de garantia da existência de uma ordem econômica e social justa, característica do Estado de Direito.<sup>283</sup>

Nesse quadro, o reconhecimento da liberdade de iniciativa econômica, a livre concorrência e a propriedade privada, ao lado de outros princípios de índole social - função social da propriedade, defesa do meio ambiente e do consumidor, por exemplo -, são

<sup>281</sup> Ibid., p. 389.

<sup>282</sup> RODRIGUES, Cunha. Os senhores do crime. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 9, fasc. 1, p. 7-29, jan. - mar. 1999.

<sup>283</sup> VILLAREJO, Carlos Jiménez. *La tolerancia judicial ante la delincuencia financiera: delincuencia económica e inseguridad social*. In: *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 19, p. 159/180, nov. 2008. Disponível em: <<https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/132248>>. Acesso em: 21 out. 2022.

conformadores da atividade econômica e dignos de proteção jurídica. Note-se que não é preciso ressaltar, por ser questão devidamente eloquente e debatida na doutrina, que o capitalismo de regulação que emerge da Constituição possibilita uma série de intervenções, por parte do Estado, em prol do desenvolvimento econômico e da proteção da coletividade. Assim, por exemplo, ao criar um mercado de capitais e possibilitar a canalização da poupança privada para investimentos na atividade econômica de terceiros, o Estado o faz por meio de uma série de regramentos que exigem transparência e não aproveitamento de informações privilegiadas. Quem informa falsamente aos potenciais investidores ou usa de informações não compartilhadas com o mercado, responde, respectivamente, por manipulação de mercado e *Insider Trading*.

Não é preciso rememorar que o modelo de economia de mercado, na concepção do liberalismo clássico, exclui a intervenção do Poder Público e atribui ao próprio mercado a sua autorregulação. Por isso, as posturas restritivas de uma intervenção estatal na economia, inclusive por medidas penais, apenas reverberam argumentos liberais sob uma nova roupagem, o neoliberalismo. Não obstante, ignora-se com isso, a exposição da história de que a intervenção do Estado se fez necessária à própria preservação do modo de produção capitalista.

Em outros termos, limites regulatórios à atividade empresarial são necessários, e o manejo do Direito Penal consubstancia o reforço à proteção dos cidadãos - sujeito coletivo de direitos -, face as condutas graves de empresários que possam gerar dano ou perigo de dano aos seus interesses. Desse modo, as referidas medidas criminais se apresentam como consentâneas e necessárias ao sistema de Direito Econômico Constitucional e estão materializadas em inúmeras normas penais econômicas. E se nelas se pune o abuso, a concorrência desleal e a afetação de consumidores, em suma o mecanismo de funcionamento da economia, são os crimes econômicos cometidos a partir de uma empresa, no âmbito da participação da vida econômica ou em estreita ligação com ela (Schünemann), aquilo que potencialmente se precisa reprimir.<sup>284</sup>

Insta salientar, que no plano do enfrentamento da corrupção, inúmeros instrumentos são desenvolvidos com intuito de combater práticas corruptivas em âmbitos extrapenais - civil, financeiro ou administrativo -, conforme previsto no desenvolvimento dos Programas de *Compliance*. Porém, dentro do objeto do presente trabalho constata-se o surgimento de novos regimes penais à corrupção, com a extensão das margens incriminadoras ou o endurecimento do sistema repressivo no plano penal. Tudo isso é justificado a partir da crescente compreensão

---

<sup>284</sup> Ibid.

pela comunidade dos danos advindos da corrupção e da conseqüente demanda pela maior eficácia na sua repressão, bem como pelas imposições em matéria de combate à corrupção geradas por instrumentos internacionais que vinculam tanto o Brasil, quanto outros países signatários, a exemplo de Portugal.<sup>285</sup>

Tomando como ponto de partida o impacto econômico da corrupção é possível constatar a repercussão negativa que ela gera no âmbito do próprio sistema tributário, uma vez que a sua prática reduz de forma drástica o valor cobrado nos impostos, fazendo com que os governos busquem financiamentos, a exemplo dos empréstimos, para o cumprimento de suas obrigações. Assim, o abatimento da dívida contraída pelo Estado causa o desvio de verbas que poderiam ser aplicadas em outras finalidades do interesse público. Não distante, reduz a flexibilidade do orçamento, criando com isso um círculo vicioso, que coloca em perigo a própria sustentabilidade orçamental. Além disso, cria em outros contribuintes a decisão de fuga ao confisco, até por razões de competitividade.<sup>286</sup>

Desse modo, a corrupção afeta a qualidade da governança no momento em que os agentes públicos, por interesse próprio, decidem mercadejar com o cargo, tomando decisões inadequadas à prossecução do interesse comum. Por essas razões, pessoas incompetentes são contratadas, bens são adquiridos sem que correspondam à proposta do melhor preço e qualidade, tendo como reflexo, como é intuitivo, o baixo ou incerto lucro - pela incapacidade de prever racionalmente custos - e o desincentivo ao empreendedorismo. É na falta de crescimento econômico e no comprometimento do desenvolvimento que as perdas são potencializadas. Não custa lembrar que é no domínio das atividades especialmente inovadoras que os operadores necessitam de autorizações ou licenças dos estados. A soma dos custos inerentes à corrupção com os custos sociais associados à expansão das várias atividades ilícitas, revelam essa grande perda.<sup>287</sup> Dito de outro modo, a corrupção é um fenômeno que bloqueia investimentos nacionais e estrangeiros, compromete a arrecadação e os gastos do Estado, degrada o orçamento público e reforça a economia clandestina do sistema financeiro, provocando assim, o crescimento dos níveis de pobreza e a desigualdade de proventos.<sup>288</sup>

Logo, é na ideia de que a corrupção afeta não apenas o Estado e a sua natureza democrática, mas também a economia, que reside a justificativa para a incriminação da corrupção no setor privado e, do mesmo modo, a criminalização da corrupção ativa de agente

---

<sup>285</sup> SANTOS, op. cit., 2009, p. 09/12.

<sup>286</sup> Ibid., p. 16.

<sup>287</sup> Ibid., p. 16/17.

<sup>288</sup> GOTTSCHALK, Petter. *Fraud e corruption: convenience perspective*. Irvine Califórnia: Universal Publishers, 2019, p. 13.

público estrangeiro, tal como proposto em alguns documentos internacionais, como a Convenção Penal contra a Corrupção do Conselho da Europa, por exemplo. Nesse ponto, o foco da citada convenção é o setor privado e a extraterritorialidade, o que levou os Ministros da Justiça dos Estados do Conselho da Europa, em 1994, expedirem uma recomendação para o tratamento da corrupção ao nível europeu, ante a grave ameaça à estabilidade das instituições democráticas e o funcionamento da economia de mercado. Não obstante, de forma mais direta, uma indicação da necessidade de proteção da economia pelo Direito Penal, para garantir um dos pilares fundamentais de tal modelo, a livre concorrência.<sup>289</sup>

Posto isso, a doutrina portuguesa afirma a existência de dois valores afetados pelas práticas corruptivas, os crimes de corrupção, primacialmente, construídos como crimes contra cada Estado, que mediatamente podem afetar a economia, a exemplo dos crimes de corrupção dos funcionários, que há muito são conhecidos pelos Códigos Penais, e os outros crimes de corrupção, primeiramente, atentatórios à economia, que só reflexamente atingirão o Estado, bem como os crimes de corrupção no setor privado e o crime de corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional. Apesar da diferença entre eles, a lesão de um afeta o outro, pois se de um lado as perdas econômicas limitam a capacidade funcional do Estado, de outro a ilegalidade no Estado - com a perda da objetividade decisória, credibilidade ou eficácia - afasta os investidores e fragiliza a economia.<sup>290</sup>

Dessa maneira, os danos sociais causados pela corrupção ultrapassam o plano econômico, assumindo negativas repercussões na atuação e na imagem do próprio Estado. Não obstante, a perda dos proventos por parte do Estado pelos subornos aceitos por seus agentes, limitam os direitos fundamentais à saúde e à educação, por exemplo, já que os desvios das verbas inviabilizam o investimento em tais áreas. Daí a necessidade de maior atenção, por parte da Comunidade dos Direitos Humanos, ao crime de corrupção, pois a distorção das prioridades nos gastos e a dissolução dos recursos destas áreas redundam no descuido de algumas doenças e das comunidades por elas afetadas. Tal situação é evidenciada quando aqueles que não possuem capacidade econômica para suportar os tratamentos, que muitas vezes lhe salvam a vida, acabam não recebendo a atenção sanitária que seus governos estão obrigados a proporcionar-lhes, pois o dinheiro que deveria destinar-se a aliviar a pobreza e as doenças acaba em bolsos privados, em razão da corrupção, que viola literalmente os direitos humanos.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> SANTOS, op. cit., 2009, p. 17.

<sup>290</sup> Ibid., p. 19/24.

<sup>291</sup> Ibid., p. 24/25.

Com base em tais desvalores, mediatamente comportados pela corrupção, pode-se compreender a ideia de corrupção como criminalidade contra o Estado. A corrupção, na sua dimensão jurídico-penal, assume um reflexo criminológico por seu caráter bifronte, se considerado o desdobramento dos crimes de corrupção em uma modalidade passiva - regra geral, a qualificação de Crime do Colarinho Branco - e outra ativa - uma das formas de atuação do crime organizado. Logo, a corrupção estará, em muitos casos, no exato ponto de encontro entre os senhores das instituições que cometem crimes (os *white-collars*) e os senhores do crime organizado, que de delinquentes podem se transformar em senhores das mais relevantes estruturas coletivas - economia, política, governo. Isso porque, a corrupção faz parte do crime organizado e muitas vezes os criminosos do Colarinho Branco participam dessa organização.<sup>292</sup>

Desse modo, a criminalidade organizada paralisa o braço punitivo do Estado, que deve combatê-la.<sup>293</sup> E essa imobilização provoca a deslegitimação e descrédito do Estado, uma vez que a sua atuação é contra a justiça que o mesmo está incumbido de realizar, por meio do exercício do *jus puniendi*. Com isso, ocorre uma espécie de efeito dominó, que contamina o sistema à um formato criminógeno, pois quanto mais corruptos e corruptores impunes no Estado, maior a probabilidade de crescimento do crime de corrupção, já que os agentes tendem a encobrir os comportamentos ilícitos uns dos outros, para dificultar a descoberta e diminuir o risco da punição, e os cidadãos tendem a se tornarem mais corruptores, por verem a conduta de forma menos desvaliosa, e, por vezes, até justificada por uma situação de necessidade.<sup>294</sup>

Em outras palavras, a linha de raciocínio do crime de corrupção guarda relação com uma lógica muito simples. A falta de punição ou punição ineficaz alimenta o desrespeito às normas, seja pela falta de punição dos agentes criminosos ou pelo incentivo àqueles que percebendo a impunidade acabam, também, praticando o delito. No mais, fortalece a continuidade da prática do crime de corrupção, visto que a corrupção gera corrupção, e pela análise econômica do direito, a corrupção resta compensada – e na verdade, como em qualquer outro crime, ela não pode compensar.

Tal lógica, mal comparando, muito se assemelha com a educação dispensada aos filhos, já que frente à um mal comportamento da criança/adolescente, se os pais cedem aos caprichos ou empregam correções ineficazes, a tendência é a repetição do mal comportamento por parte dos filhos, em total indiferença e desrespeito aos pais. Nesse ponto, a lógica do crime de corrupção segue o mesmo raciocínio, facilmente identificável por meio da Análise

---

<sup>292</sup> Ibid., p. 26.

<sup>293</sup> BRAVO, op. cit., p. 113.

<sup>294</sup> SANTOS, op. cit., 2009, p. 27/28.



Comportamental do Direito e pelas variáveis explicativas do Modelo da Teoria Analítico-comportamental do Direito.<sup>295</sup>

Não obstante, dentro desta mesma perspectiva racional, a corrupção não punida que fomenta novas corrupções parece se situar na mesma lógica, visto a existência de determinantes econômicas que apontam para tal repetição de atos, a chamada análise econômica do direito, que segundo Rodrigues<sup>296</sup>, funciona da seguinte maneira:

em primeiro lugar, temos o acréscimo de rendimento proporcionado pelo crime face à melhor aplicação alternativa do tempo ( $Y$ ).  $Y$  representa aqui não só o rendimento monetário como a satisfação que o ato criminoso, em si mesmo, eventualmente proporciona. [...] Em segundo lugar, temos o custo em que o indivíduo incorrerá no caso de ser penalizado ( $f$ ). Novamente, este custo  $f$  pode ter uma parte explicitamente monetária (multas e indenizações que haja de pagar, rendimentos perdidos em virtude do tempo passado na cadeia) e uma parte “psíquica” (insatisfação, desutilidade, decorrente da pena). O valor de  $f$  corresponde à resposta à pergunta: quanto é que o indivíduo estaria disposto a pagar para evitar a perda da utilidade decorrente de ser sujeito à pena? Em terceiro lugar, a probabilidade subjetiva de ser penalizado ( $P$ ). Dizemos subjetiva porque a probabilidade relevante é a que o indivíduo atribui à possibilidade de ser penalizado, não a probabilidade de que isso efetivamente aconteça. A probabilidade subjetiva reflete a expectativa que o indivíduo tem de ser penalizado e corresponde a um valor entre 0 (impossível ser penalizado) e 1 (certeza de ser penalizado).

Nestes termos, pela análise da fórmula, se a utilidade esperada for positiva o crime compensará. De outro lado, se a probabilidade subjetiva de ser descoberto e os custos do crime aumentarem, superando os benefícios, a prática do crime restará descompensada. Daí o motivo da doutrina eleger dois instrumentos que converte a citada equação em negativa, quais sejam, a imposição de pena com duração e condições de vida na prisão significativas e a aplicação de multas superiores aos benefícios do crime.<sup>297</sup> Isso porque, a corrupção econômica é apenas mais uma escolha do homem, já que:

de acordo com a teoria econômica, os indivíduos escolhem a atividade [...] a que querem se dedicar de forma a maximizarem sua utilidade. Ou mais precisamente, a sua utilidade esperada: decisões são tomadas em função de expectativas em relação ao futuro. Para a Economia, o crime [...] é apenas mais uma das muitas atividades a que cada indivíduo pode dedicar o seu tempo como forma de obter utilidade. As pessoas que escolhem cometer crimes são, neste sentido, consideradas pessoas

<sup>295</sup> Sobre a Análise Comportamental do Direito: AGUIAR, Julio César de; TABAK, Benjamin Miranda. Análise Comportamental do Direito: ideias básicas. In: AGUIAR, Julio César de; TABAK, Benjamin Miranda (Orgs.). *Direito, Economia e Comportamento Humano*. Curitiba: CRV, 2016, p. 15/20. Já sobre a Teoria Analítico-comportamental do Direito: AGUIAR, Julio César de. *Teoria Analítico-comportamental do Direito: para uma abordagem científica do direito como sistema social funcionalmente especializado*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2017, p. 31/43.

<sup>296</sup> RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016, p. 207.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 208.

“normais”, pessoas que escolhem o que querem fazer da mesma forma que quaisquer outras.<sup>298</sup>

Assim, retomando à questão de afetação do Estado, a corrupção é fortalecida pela promiscuidade entre os agentes do crime organizado e os agentes da democracia, que junto à percepção comunitária do crime de corrupção, como um mal generalizado ou ainda necessário, fragiliza e enfraquece a democracia. Logo, a corrupção como ponto de encontro entre o crime organizado e o crime do Colarinho Branco, enfraquece a própria autoridade estatal, colocando em causa a administração da justiça e minando as estruturas das instituições e das democracias.<sup>299</sup> Isso porque, a corrupção, no que toca a delinquência econômica, é uma forma não violenta de viabilizar interesses proibidos por lei, já que “é muito mais fácil corromper do que persuadir” (Sócrates). Dentro desta perspectiva, não deixa de ser preocupante o nível de gravidade e de percepção da corrupção por parte dos cidadãos, bem como a forma que o delito tem sido combatido.

Nesse sentido, a afirmação da revista norte-americana *The Yale Law Journal*, sobre ser o sistema penal de seu país excessivamente severo com os criminosos econômicos, em razão das altas penas impostas por sentença aos responsáveis pela crise empresarial da *Enrom* (20 anos de prisão) e da *WorldCom* (25 anos de prisão). De outro modo, as penalidades foram consideradas excessivas, uma vez que, segundo o jornal *La Vanguardia*, o infrator não cria insegurança econômica e nem ataca os interesses básicos da coletividade. Para a colunista, nestes casos, a perda de prestígio advinda da sentença é uma punição a ser considerada na dosimetria da pena, e as frequentes demandas por maior severidade, não promovem um modelo igualitário a todos os referidos criminosos.<sup>300</sup>

De outro lado, a Espanha, longe de toda severidade contra o crime econômico, possui um judiciário que, frequentemente, arquiva ou absolve os acusados por tais crimes. Tal afirmação pode ser evidenciada nos sete processos judiciais analisados pela justiça espanhola, e, em boa parte, impulsionada pelo exercício da ação popular de seus cidadãos. Atuação essa reconhecida e prevista na Constituição, na legislação Processual Penal e na Lei Orgânica do Judiciário Espanhol, que autorizam a intervenção dos cidadãos, tanto nos processos criminais, quanto nos processos administrativos, em casos de interesse público. Assim, inspirada no liberalismo, a ação popular foi criada como uma forma de desconfiança à exclusividade da

---

<sup>298</sup> Ibid., p. 206/207.

<sup>299</sup> SANTOS, op. cit., 2009, p. 27/28.

<sup>300</sup> VILLAREJO. op. cit.

autoridade estatal nas causas criminais, o que permitiu o referido impulsionamento de alguns dos sete processos judiciais a seguir expostos.<sup>301</sup>

Posto isso, o caso das cessões de créditos do Banco Santander que, particularmente, contabilizou um montante superior de 410.000 milhões de pesetas, foi tipificado em trinta e seis crimes de fraude fiscal, no valor total de 6.091.905.18 euros, bem como em crimes de falsificação de documentos oficiais. Em 2006, após 14 anos, acatando o pedido do Ministério Público de arquivamento gratuito do processo por ausência de ilegalidade penal dos fatos e do princípio acusatório, a justiça rejeitou a legitimidade das ações populares, e, em julgamento oral, arquivou o processo. O entendimento foi de que a ação popular violou o princípio da celeridade do procedimento abreviado e o direito de defesa, não tendo a referida ação direito superior ao direito dos demais. Outrossim, a confiança nas instituições, conferidas por disposições constitucionais ao órgão do Ministério Público, justifica o pedido, já que a ele foi conferido a missão de promover a ação da justiça em defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e dos interesses públicos protegido por lei.<sup>302</sup>

Caso semelhante foi a solução dada ao caso da concessão de indenizações elevadas acordadas entre o presidente do banco e dois quadros superiores, por ocasião de suas demissões, após a fusão do Santander com a Central Hispano. Um superior recebeu o pagamento de 7.279.387.500 pesetas e uma pensão anual superior a 7.000.000 euros, e o outro o pagamento líquido total de 56.254.732,98 euros. A acusação ocorreu por crime de administração injusta, mas a justiça absolveu o presidente e os demais sob o argumento de que na esfera empresarial da iniciativa privada os crimes corporativos exigem o dano, que no caso restava ausente em razão do acordo - remuneração, prêmios ou bônus - ser matéria regida pela liberdade de mercado, que exclui a atuação do Direito Penal. Logo, carente o exercício abusivo dos poderes administrativos e os limites legais ou convencionais, inclusive do próprio Banco de Espanha - que é a entidade pública de supervisão e fiscalização bancária competente para fixar limite indicativo para pagamentos multimilionários -, a lei não se interpreta contrária ao réu pela alegada desproporção indenizatória.<sup>303</sup>

Não distante foi o caso do BBV, que desde 1987 mantinha fundos clandestinos em contas domiciliadas na Ilha de Jersey, fora do controle contabilístico e dos órgãos sociais da entidade e do Banco de Espanha. A acusação por crime empresarial de falsidade contábil, pelo princípio da intervenção mínima do Direito Penal, foi rejeitada pela justiça, sob argumento de

---

<sup>301</sup> Ibid.

<sup>302</sup> Ibid.

<sup>303</sup> Ibid.

interpretação extensiva e ausência de violação à interesse geral. Negado provimento ao recurso, o processo foi arquivado em razão do procedimento ter sido iniciado e processado indevidamente. Mesma lógica permeou o caso da Abengoa S/A. A ruptura aberta da fidelidade devida à empresa, pela obtenção de um benefício para o IC Corporate Investment S/A, dada a dupla administração de ambas as sociedades, gerou um dano patrimonial não inferior a 25 milhões de euros. A acusação, inicialmente aceita pela grave repercussão no tráfego comercial e os danos patrimoniais à uma pluralidade de pessoas, dentre elas os membros do Conselho da administração, restou indevida, e a justiça declarou nulo e sem efeito o procedimento seguido na instrução.<sup>304</sup>

Por sua vez, o caso dos fundos de investimento ou planos de pensão dos diretores do BBV, que levou a condenação inicial do ex-presidente por apropriação indébita de 508.042.965 pesetas à uma pena de 6 meses de prisão e multa, também foi apreciada pela justiça espanhola, com a rejeição de 19 diretores nas investigações e a absolvição de dois administradores acusados. Posteriormente, a justiça absolveu o ex-presidente sob o argumento de ter ele agido dentro dos limites de seus poderes, sem violação de lei ou acordos do Conselho de Administração, nem danos ao Banco. Já na Ercros-Ertoil, um alto funcionário, que deixou o Conselho de Administração da Ercros S/A (constituída em 1989) em 1991, após a venda da subsidiária Ertoil S/A - intermediada pela General Mediterranean Holding S/A - à petrolífera Elf por 41.400 milhões de pesetas, assumiu a presidência da Ercros em 1992. Supostamente foi distraído 18.300 milhões do preço antecipado e distribuído a distração de 9.970 milhões que não entrou no caixa da Ercros. Assim, a justiça, que reconheceu as comissões de intermediação da venda, procedeu com o arquivamento pela inexistência de elementos incriminatórios suficientes e levantou a imputação do referido presidente.<sup>305</sup>

Tanto no caso dos Albertos, quanto no caso Alierta, a justiça declarou a prescrição, colocando fim aos processos. No primeiro caso, a falsificação de uma carta, supostamente assinada por Richard M. Robinson, em nome da empresa KIO, foi destinada aos sócios minoritários da Urbanor S/A, para compra dos direitos de subscrições preferenciais por preços mais baixos do que o acordado com os sócios majoritários, causando um prejuízo econômico de 25 milhões de euros. A justiça, após afirmar o cometimento dos crimes, declarou a prescrição e absolveu os acusados. Em recurso, sob o fundamento de que a queixa defeituosa teve a virtualidade de integrar a reclamação para a transferência da *“notitia criminis”*, o Tribunal Superior afastou a prescrição e condenou os réus pelos crimes de concurso medial, falsidade de

---

<sup>304</sup> Ibid.

<sup>305</sup> Ibid.

documento mercantil e fraude. Porém, o Supremo Tribunal Federal, concedeu o recurso de amparo, anulou a decisão anterior e novamente declarou a prescrição, sob o argumento de suposta doutrina consolidada de rejeição da viabilidade processual da denúncia, pela ausência de requisitos formais.<sup>306</sup>

Já no segundo caso, o presidente do Conselho de Administração da estatal Tabacalera S/A, por meio da aquisição de ações da empresa, aproveitou-se de informações reservadas, adquiridas pelo cargo ocupado, para torná-las públicas, suscitando assim, a cotação das ações para em benefício próprio obter o lucro de 309.931.590 pesetas. Com isso, a violação da confiança do operador econômico e do bom funcionamento do mercado bolsista, bem como da igualdade de oportunidade a todos os investidores e operadores bolsistas, causou prejuízos. Todavia, o crime do uso de informação privilegiada foi arquivado e declarado prescrito pelo Tribunal Provincial de Madri, que atendendo recurso antecipou o momento processual adequado. Não obstante, repudiando o Tribunal de Madrid, o Supremo Tribunal qualificou como extemporânea a decisão e ordenou a continuidade do processo.<sup>307</sup>

À vista disso, a conclusão que se chega é que o sistema judiciário só consegue força no combate à corrupção quando possui independência. Tal raciocínio pode ser verificado no caso da luta contra a corrupção no sistema político-econômico italiano. O referido combate, marcado pela Operação “Mãos Limpas” (*Mane Pulite*), foi uma das mais notórias experiências de combate à corrupção iniciada pelo Ministério Público, em Milão, no ano de 1992. A operação contribuiu para o desaparecimento de significativos personagens da política, como os partidos, e entre eles, a democracia Cristiana, que por décadas governou o país. Assim, em meio a um cenário complexo, a atividade do judiciário foi favorecida pelas circunstâncias políticas, geopolíticas e econômicas:

*[...] desde un punto de vista económico la situación se había tornado en Italia prácticamente intolerable para los empresarios, porque los márgenes de beneficio en aquellos años eran muy estrechos y no permitían satisfacer ya las pretensiones siempre más ávidas, y descaradas, de los partidos políticos, de sus líderes, de los notables, de los intermediarios. Desde el punto de vista político y geopolítico, el cambio de los equilibrios mundiales había debilitado el histórico monopolio de las formaciones políticas italianas que en el pasado habían respetado, aunque cada vez con menor nitidez, la contraposición entre el bloque occidental y el bloque oriental. Por otro lado, nuevos sujetos políticos nacionales reclamaban espacio, y esto significó una ruptura de la tradicional alianza existente en el interior de la mayoría y de la oposición.<sup>308</sup>*

---

<sup>306</sup> Ibid.

<sup>307</sup> Ibid.

<sup>308</sup> BORRELLI, F. S. Corrupción y política: la experiencia italiana. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Coords). *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*: Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 371/372.

O panorama italiano envolvia um quadro perturbador com a chamada corrupção sistêmica, revelada pela união do mundo das grandes empresas, dos partidos políticos e dos entes públicos. Desse modo, no início da Operação “Mãos Limpas”, as novas eleições gerais eram iminentes e a imprevisão do resultado gerou insegurança pela incerteza da identidade dos protetores políticos. Com a colaboração de vários protagonistas e as investigações da polícia, foi descoberto um modesto episódio sobre a extorsão de todo um sistema oculto de contribuições fornecidas pelo meio econômico e os partidos políticos. Nesse ponto, a vida econômica do país, dos partidos, e suas respectivas correntes internas, foram mantidas mediante um hábito de corrupção, desenvolvida por regras próprias - com percentuais de tarifas -, e que colocou em prática uma espécie de relação esponjosa entre o mundo das instituições públicas e o mercado. Assim, quanto mais acentuada era a competência entre as correntes internas dos partidos, maior era o incentivo do político à corrupção. Conseqüentemente, as formas de corrupção se desenvolveram no seio do judiciário, dentro de organismos estatais e de locais que deviam respeito à legalidade, prosperando desta forma, nos níveis burocráticos mais modestos, pequenos tráficos individuais que deram lugar à uma rede de cumplicidade recíproca.<sup>309</sup>

À vista disso, a realidade italiana poderia ser justificada na desorganização dos aparatos administrativos, na irracionalidade dos regramentos e na escassa efetividade das normas sancionadoras, que constituem fatores de ineficiência e produzem corrupção. Com essa realidade, a ação do judiciário de Milão e de outras grandes cidades italianas, tiveram sua subseção pelo sobressalto na tomada de consciência da vida nacional. Nas grandes sedes judiciais, a luta contra a corrupção a todos os níveis se manteve, apesar dos corruptos e corruptores terem se tornado mais hábeis. Contudo, processos judiciais demonstram casos de más práticas administrativas, com características semelhantes às encontradas nas investigações das últimas duas décadas. Logo, a ação do judiciário é devida e legal, mas não capaz de acuar a corrupção se não agir sobre as causas estruturais ou ocasionais que a determinem.<sup>310</sup>

Nesse ponto, importante observar que a competência judiciária é cedida pela intervenção dos parlamentares e dos governos. Daí o motivo da atuação do Judiciário somente ser possível se não estiver vinculado aos mesmos centros de poder econômico e político interessados em manter a corrupção. Isso porque a subordinação às ordens e indicações ou lisonjas vindas de altos escalões, acaba provocando o temor de danos pela ousadia ou permissão de perseguição ou condenação à um poderoso, além de promover esperanças de vantagens às

---

<sup>309</sup> Ibid., p. 372/373.

<sup>310</sup> Ibid., p. 373/374.

carreiras. Assim, diante das práticas episódicas do delito e das situações de corrupção sistêmica, apenas um judiciário independente de qualquer outro Poder pode estar em condições de atuar contra a corrupção político-administrativa, sem qualquer condição imposta pelas maiorias políticas e as forças sociais que o sustentam. E o mesmo raciocínio vale ao Ministério Público.<sup>311</sup> De outro modo, um processo seletivo de magistrados para as cortes superiores, voltado para limitar a influência política do Poder Executivo no Poder Judiciário, pode ser qualificador ao enfrentamento da corrupção e da reafirmação de separação dos poderes, bem como do sistema de freios e contrapesos.

Posto isso, a independência do judiciário italiano foi essencial à origem e o sucesso da Operação “Mãos Limpas”, que de forma imediata, cessou com as maiores fraudes e conscientizou o país de que a corrupção não representa um destino incontornável, mas um fenômeno negativo contra o qual é possível se levantar para combater. Logo, a independência da função judiciária, no auge da tripartição de poderes (Montesquieu), correspondia, apenas, de forma parcial a esse ideal, já que as nomeações, destinos, carreiras e promoções estavam nas mãos do Ministro da Justiça e dos membros do Poder Público. Porém, com a Constituição Republicana e a Lei de 1958, o Conselho Superior da Magistratura Judicial ganhou atuação e poder, tanto interno, quanto externo. Assim, a independência definitiva do judiciário tornou-se um alicerce contra as possíveis interferências dos Poderes Legislativo e Executivo, não só no Judiciário que julga, mas, também, no que investiga. Não obstante, a tramitação de um Projeto de Lei sobre a reforma do sistema judiciário, gerou uma forte tensão.<sup>312</sup>

Desse modo, no que diz respeito à justiça penal, atrelado ao argumento favorável à independência da magistratura italiana está a disponibilidade direta da polícia judiciária, instituída em seções junto aos Ministérios Públicos. Tal organização permitiu uma colaboração mais ágil e imediata, em razão das diretrizes da investigação não mais passar pelo filtro das ordens hierárquicas dos serviços policiais externos, mas atingir o nível operacional, neutralizando assim, o risco da dependência hierárquica - em relação ao poder executivo - acabar criando condições que desviem ou interrompam investigações por motivos políticos. Não obstante, no crime de corrupção política ou administrativa a questão é relevante, já que os episódios mais graves e perigosos de corrupção, em altos níveis do mundo institucional, raramente ou nunca foram relatados aos magistrados por parte da polícia, que em geral, também, não está suficientemente bem equipada, sob o ponto de vista cultural e profissional, para iniciar uma investigação. Isso porque, as notícias dos delitos chegam por meio de

---

<sup>311</sup> Ibid., p. 375.

<sup>312</sup> Ibid., p. 375/377.

denúncias particulares, reportagens jornalísticas ou investigações promovidas em outros crimes de Colarinho Branco, a exemplo dos fiscais, falsos saldos ou falências.<sup>313</sup>

### 3.3. A Colaboração Premiada como instrumento de enfrentamento à corrupção econômica (a experiência da Operação Lava Jato)

O enfrentamento de grandes esquemas de corrupção político-econômica sempre se apresentou como uma dificuldade para o sistema de justiça criminal. A corrupção desenvolvida pela confluência de grandes interesses econômicos e políticos é objeto, inclusive, da preocupação de Ferrajoli, como relata a doutrina na descrição de evento realizado no corrente ano:

o evento foi realizado na Universidade Roma Tre, contando com a ilustre presença do professor Luigi Ferrajoli, que leciona na instituição há décadas. Muito do que o teórico italiano afirmou nesse evento é de uma enorme obviedade e razoabilidade. No entanto, não consegui deixar de pensar de que, em outras circunstâncias, o discurso seria denominado de “punitivista”. (...) A apresentação tinha como temática “Garantismo Constitucional e Poder Judiciário” e focalizava três argumentos centrais. (...) O segundo ponto envolvia a necessidade de simplificação e racionalização de recursos, mencionando especificamente a criminalidade organizada e do poder (no caso italiano a máfia e a corrupção político-burocrática) que consegue se livrar dos processos através de prescrição, nulidades e legislações *ad personem* que resultem em abolição criminis.<sup>314</sup>

Sobre esse aspecto, relata-se, ainda, a afirmação de Ferrajoli sobre muito dos casos mais escrachados serem encontrados na Era Berlusconi, depois do enterro da Operação Mãos Limpas, na Itália. O discurso é coerente com a análise que ele faz sobre esse período, onde é possível perceber as semelhanças com a conjuntura jurídica brasileira atual:

esta desigualdade é o efeito de um sistema legislativo que parece ser concebido para dificultar a investigação e a acusação da criminalidade dos poderosos. O sistema de corrupção prospera e cresce com base na impunidade, que é determinada por punições inadequadas, prazos curtos para a ação penal e falta de delitos adequados. As estatísticas mostram que mais de 80% das condenações por corrupção nos últimos 20 anos foram por menos de dois anos, com sentenças suspensas. A lógica da prescrição, por outro lado, foi derrubada nos últimos anos: longos prazos para os delitos mais simples agravados pela reincidência, que geralmente exigem quase nenhuma investigação; curtos prazos para os delitos mais complexos – falência, suborno, extorsão, fraude contra o Estado – que exigem investigações longas e complexas e

<sup>313</sup> Ibid., p. 378/379.

<sup>314</sup> LERSCH, Eduardo Schneider. *A quem interessa o gatekeeping do debate jurídico acerca do garantismo penal?* Disponível em: <<https://temasjuridicospdf.com/a-quem-interessa-o-gatekeeping-do-debate-juridico-acerca-do-garantismo-penal/>>. Acesso em: 28 nov. 2022.



cujos perpetradores são defendidos por advogados habilitados, capazes de executar todos os tipos de táticas dilatórias.<sup>315</sup>

Posto isso, na esteira das manifestações sociais ocorridas no ano de 2013 e como forma de responder a uma série de reclamos populares, inclusive relacionados à impunidade e à corrupção, foi aprovada a Lei Federal nº 12.850/2013, que trata do combate às Organizações Criminosas e que teve o mérito de trazer contornos mais específicos para o instituto da Colaboração Premiada. Não se tratava de um instituto propriamente novo, pois constava na Lei Federal nº 7.492/1986, que trata dos Crimes contra o Sistema Financeiro, hipótese semelhante, mas sem qualquer regulamentação mais específica. De modo mais específico, a Lei das Organizações Criminosas confere benefícios como o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por pena restritiva de direitos, tudo a depender da obtenção de um ou mais resultados, previstos na norma. Nesse sentido, a identificação dos coautores, partícipes e infrações penais cometidas; a revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades criminosas; a recuperação do produto ou proveito das infrações penais cometidas e a localização de eventual vítima com integridade física preservada.<sup>316</sup>

Desta forma, a concessão do benefício considerará a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social e a eficácia da colaboração, podendo o processo ser suspenso por seis meses, prorrogáveis por mais seis, sem o cômputo da prescrição, para averiguação dos requisitos. O Ministério Público pode não propôr ação contra o colaborador que primeiro promover a colaboração, desde que ele não seja o chefe da Organização Criminosa. Após a condenção, é possível a redução da pena privativa de liberdade e progressão do regime de prisão, mesmo não cumprido os requisitos objetivos à sua concessão. Tanto o Procurador, quanto o Chefe de Polícia podem celebrar o acordo, que será encaminhado ao juiz para aprovação, rejeição ou adaptação às condições legais, após oitiva do colaborador, assistido por seu advogado. Assim, o acordo escrito e assinado por todas as partes conterá o relato da colaboração e os possíveis resultados, as condições, a aceitação e as medidas de proteção ao colaborador e à sua família, se necessário. O pedido de homologação ficará

---

<sup>315</sup> Ibid.

<sup>316</sup> FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. La colaboración premiada en la ley brasileña de combate a las organizaciones criminales: su aplicación en el presunto caso de corrupción en la empresa Petrobrás. In: JIMÉNEZ, Joan Queralt; VEGA, Dulce M. Santana (direts). *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 427/428.

reservado até o início da ação. Ao colaborador será garantido direitos, e as provas apresentadas serão apreciadas na sentença, não podendo ser elas a única fundamentação da condenação.<sup>317</sup>

Com isso, o descobrimento de um dos maiores esquemas de corrupção no âmbito do que se denominou de Operação Lava Jato, só foi possível, graças a uma conjunção de fatores, a existência da Colaboração Premiada e a prisão em segunda instância, que havia sido admitida no julgamento do HC nº 126.292/SP, em 2016, pelo Supremo Tribunal Federal<sup>318</sup>. Esse quadro criava, por um lado, o risco de uma condenação para os corruptos sem a necessidade do esgotamento das instâncias extraordinária e especial, mas, abria-lhe a possibilidade de minorar os efeitos de uma condenação, caso colaborassem com a Justiça. Desse modo, descobriu-se um grandioso esquema que envolvia a corrupção de agentes públicos, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, tendo por pano de fundo as atividades econômicas levadas a cabo pela estatal de petróleo - Petrobrás S/A. Assim, licitações superfaturadas, compras desnecessárias e direcionamento de processos seletivos para escolha de fornecedores estavam todos permeados por interesses políticos e não econômicos.

A referida operação teve início com a prisão de Carlos Habib Chater, dono de uma casa de câmbio situada em um posto de gasolina de Brasília, onde remessas de dinheiro à outros países eram realizadas mediante operações dólar-cabo - método de embarque clandestino de dólares ilegais por empresas offshore -, revelando assim, sua atuação conjunta com Alberto Youssef, outro operador de câmbio, onde juntos mobilizaram 224 milhões de reais em operações financeiras suspeitas. O termo da Colaboração Premiada, assinada por Youssef com o Ministério Público Federal em 2014 e aprovado pelo Supremo Tribunal Federal, apresentou outros colaboradores, gerando outros 11 acordos, com os quais meio bilhão de reais foram recuperados. Dos 12 acordos, 10 foram a pedido dos colaboradores.<sup>319</sup>

Segundo o Ministério Público Federal, estavam envolvidos no esquema criminoso, os construtores – as empresas, que formaram cartel para competição fictícia, acordaram preços e condições ajustadas em reuniões secretas -; os empregados da Petrobrás, responsáveis pelas vitórias das empresas do cartel nas licitações - realizaram negociações diretas injustificadas, prorrogaram contratos de forma fraudulenta e com preços excessivos, suprimiram fases da licitação para uma rápida contratação, favoreceram vazamento de informações sigilosas e outras irregularidades -; os operadores financeiros – intermediaram as construtoras e os empregados,

---

<sup>317</sup> Ibid., p. 429/430.

<sup>318</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Plenário, j. 17.02.16. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

<sup>319</sup> FURTADO, op. cit., p. 432/433

pagando a quantia em dinheiro, já lavado, aos beneficiários, mediante transferências offshore ou entrega de mercadorias (o dinheiro passou das construtoras para as operadoras financeiras, responsáveis pela lavagem e pagamento das gorjetas, por meio de empresas de fachada e contratos simulados) – e os Agentes Políticos responsáveis por colocar e manter, na Petrobrás, gestores com cargos estratégicos e decisórios nas áreas de suprimentos, serviços e internacional - o caráter hierárquico do esquema de corrupção foi evidenciado em 2015, quando a Procuradoria Geral da República apresentou 28 petições ao Supremo Tribunal Federal, para a abertura de inquéritos contra 55 pessoas, das quais 49 tinham foro por prerrogativa de função.<sup>320</sup>

Em 2015, o Procurador-Geral da República solicitou ao Supremo Tribunal Federal a abertura de 28 inquéritos contra 49 autoridades, nelas incluídas um ex-presidente, ex-ministros, deputados e senadores de diversos partidos políticos. Os acordos de colaboração foram incorporados às respectivas ações penais.<sup>321</sup> Assim, todos esses fatos só puderam ser descobertos, porque aplicou-se na operação uma lógica de compreensão dos delitos que é muito presente na delinquência econômica, a análise econômica do direito. Logo, o aumento dos riscos por meio de instrumentos jurídicos se revela um potencial incentivador da cooperação com a Justiça e, conseqüentemente, de uma melhor funcionalidade do sistema penal. Todavia, a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à prisão em segunda instância, analisadas nas ADCs 43, 44 e 54<sup>322</sup>, trouxe de volta o panorama anterior ao da operação, onde os riscos são minimizados e a prescrição torna-se a regra em delitos de corrupção.

Deste modo, no quadro atual, a lição de Nelson Hungria<sup>323</sup> parece se apresentar, mais de sessenta anos depois, como uma verdade inconveniente:

o afarismo, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, a *steepchase* dos interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o "contínuo", que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia seu gáudio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, a mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne.

<sup>320</sup> Ibid., p. 431/432.

<sup>321</sup> Ibid., p. 432/433.

<sup>322</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADCs nº 43, 44 e 54*, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Plenário, j. 07.11.19. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

<sup>323</sup> HUNGRIA, op. cit., 1958, p. 362/363.

Dentro desta perspectiva, sobre o *modus operandi* do crime de corrupção na sociedade, o autor finaliza a sua exposição constatando que:

o "estado-maior" da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições. (...) Deve reconhecer-se, entretanto, que a corrupção não se apresenta como um traço peculiar da época contemporânea: ela é de todos os tempos.

Por todo exposto, a conclusão que se chega é de que as leis brasileiras, em conjunto com o sistema penal e os instrumentos jurídicos até então utilizados na luta contra a corrupção, nem de longe se mostram justos e eficazes, se tomada a evolução do delito e o nível de gravidade dos danos alcançado, atrelado ao fracasso e a incapacidade do Estado de reprimir e inibir as práticas corruptivas. Assim, a solução se revela na ampliação dos horizontes em matéria de combate ao crime de corrupção. Caso contrário, a convivência e a sobrevivência na sociedade, há de se tornar insustentável, visto que na atual circunstância do país pode-se dizer que o crime de corrupção já inaugurou o caos.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar que a corrupção, para além do conceito tradicional do delito, têm sido cada vez mais percebido e repellido pela coletividade, especialmente em nível internacional, o que demanda, cada vez mais, reprimendas com maior rigidez e eficácia das normas de enfrentamento do crime, bem como a sua expansão. Assim, partindo de uma investigação interdisciplinar, buscou-se evidenciar o caráter antigo e mutante do crime, bem como o fato de ser ele um obstáculo ao desenvolvimento pleno da atividade estatal, da atividade socioeconômica e do capitalismo de regulação.

Como delito que enfraquece o Estado-nação, provocando danos à ordem econômica e à economia de mercado, com o capitalismo globalizado e as facilidades tecnológicas contemporâneas, o crime de corrupção, também, ultrapassa as fronteiras e influencia as relações públicas internacionais do país. Desse modo, constatou-se que o combate ao crime carece de um novo olhar voltado ao problema da corrupção e que novas medidas devem ser tomadas, como a expansão das normas de enfrentamento ao delito, a perda dos bens e valores obtidos ilicitamente com a prática do crime de corrupção, a fixação de penas mais severas e condicentes com delito praticado, um sistema penal adequado às demandas do processo e o bom uso de instrumentos de combate à corrupção político-econômica, a exemplo da Colaboração Premiada e da criminalização do enriquecimento ilícito obtido com a prática do crime de corrupção.

A relevância da pesquisa é evidenciada pelo fato de a corrupção afetar não só a funcionalidade da administração pública, mas o sistema socioeconômico, a economia de mercado e as regras do capitalismo de regulação, por meio de esquemas e ações criminosas cada vez mais organizadas, que contam com altas estruturas e colaborações, não só de funcionários públicos e agentes políticos, mas de criminosos do Colarinho Branco e dos diversos setores e segmentos de mercado. A gravidade é percebida na corrupção do sistema e no capitalismo globalizado, onde o enriquecimento ilícito ultrapassa as fronteiras e afeta, inclusive, as relações internacionais do país. Por isso a preocupação internacional, evidenciada nos documentos, tratados e convenções internacionais, inclusive, nos quais o Brasil é signatário.

As fontes de conhecimentos reunidas ao longo do trabalho, sobre o tema da corrupção, tiveram como finalidade a demonstração da gravidade dos problemas causados pela corrupção e da necessidade de um combate mais rigoroso e exigente, que proporcione maior eficácia para o objetivo visado, qual seja, a resposta penal adequada à proteção do bem jurídico tutelado, em atendimento aos anseios da coletividade. Desse modo, para atingir os fundamentos expostos pela legislação, doutrina e jurisprudência, com a conseqüente solução apresentada, restou

fundamental a exposição sobre o histórico da evolução do Direito Penal e do fenômeno do crime de corrupção. Tais considerações conferem uma percepção não só da capacidade de desenvolvimento do instituto criminoso, mas da gravidade dos danos cada vez mais presentes no seio da vida em sociedade.

Com isso, a pesquisa permitiu o reconhecimento e a consciência de que a corrupção carece de olhar mais atento por parte dos legisladores e aplicadores do Direito, e que o sistema jurídico penal deve voltar-se à um combate mais ferrenho e aberto à novas propostas e instrumentos, inclusive os indicados em documentos internacionais, que permitam desestimular e descompensar a prática do delito, por meio da análise econômica do direito, muito comum na delinquência econômica. Caso contrário, não haverá limites à obtenção de enriquecimento ilícito, auferidos por meio da prática do crime de corrupção, uma vez que a baixa punibilidade ou até mesmo impunidade de certos casos, compensará o sacrifício da responsabilidade penal e estimulará não só os reincidentes, mas aqueles indivíduos que, com respeito às normas de convivência em sociedade, contribuem para o desenvolvimento social de um Estado Democrático de Direito. Situação essa já evidenciada e que ganha força com as amarras do sistema penal.

Por se tratar de tema complexo, a consolidação de um sólido entendimento global sobre o tratamento e o combate ao crime, atualmente, é algo distante, mas não ausente dos debates jurídicos, que com frequência se posicionam no sentido de alcançar uma resposta penal condizente com as demandas da sociedade. Não distante, a conclusão e a solução apresentada neste trabalho revela ser a resposta mais adequada e acordante com as novas propostas de combate ao crime de corrupção, qual seja, a adoção de novos regimes penais ao crime da corrupção; a extensão das margens incriminadoras; o endurecimento do sistema repressivo no plano penal e o uso de instrumentos de combate capazes de descompensar e desestimular a prática do crime de corrupção, por meio da análise econômica do direito, a exemplo da criminalização do enriquecimento ilícito obtido com a prática do crime de corrupção e a criminalização da corrupção no setor privado.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Julio César de; TABAK, Benjamin Miranda. Análise Comportamental do Direito: ideias básicas. In: AGUIAR, Julio César de; TABAK, Benjamin Miranda (Orgs.). *Direito, Economia e Comportamento Humano*. Curitiba: CRV, 2016.
- AGUIAR, Julio César de. *Teoria Analítico-comportamental do Direito: para uma abordagem científica do direito como sistema social funcionalmente especializado*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.
- ARAS, Vladimir. *Lavagem de dinheiro e corrupção: irmãs siamesas*. Disponível em: <<https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/20830-lavagem-de-dinheiro-e-corrupcao-irmas-siamesas>>. Acesso em: 24 out. 2022.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello; SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal: ilícitos econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Rio de Janeiro: Editor Assírio Bacelar, 1998, p. 21. Coleção Vega Universidade/Ciências Sociais e Políticas. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/357991/mod\\_resource/content/1/Aristoteles\\_Pol%C3%ADtica%20%28VEGA%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/357991/mod_resource/content/1/Aristoteles_Pol%C3%ADtica%20%28VEGA%29.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2022.
- ASSIS, José Carlos de. A idade da cooperação. In: MAGALHÃES, João Paulo de Almeida et. al.; COSENZA, Carlos Alberto; DORIA, Francisco Antonio (Orgs.). *Crise na economia*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- AVRITZER, Leonardo et al. *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S/A, 2010.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Lições de Direito Penal falimentar*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUTISTA, Silvia Fernández. El delito de corrupción entre particulares (art. 286 Bis CP): una interpretación restrictiva. In: JIMÉNEZ, Joan Queralt; VEGA, Dulce María Santana (Dir.). *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

BERINI, Arturo González de León. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho Penal: pasado, presente u futuro de los límites Jurídico-Penales al libre mercado y a la libertad de empresa. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Dir.); FERNANDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral: arts. 1 a 120*. 27. ed. V. 1. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021.

BORRELLI, F. S. Corrupción y política: la experiencia italiana. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Coords). *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo: Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código Penal de 1890*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm)>. Acesso em: 25 out. 2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 1.802, de 05 de janeiro de 1953*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/11802.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/11802.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 21 out. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19790.htm#:~:text=LEI%20No%209.790%2C%20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm#:~:text=LEI%20No%209.790%2C%20)>



DE%2023%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%200a%20qualifica%C3%A7%C3%A3o%20de,Parceria%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.>. Acesso em: 21 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. *As dez medidas contra à corrupção*. Disponível em: <<https://dezmedidas.mpf.mp.br/tramitacao-no-congresso>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 116*, de 20 de outubro de 2009. Disponível em: <[http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2009/resolucao-no-116-de-20-10-2009/@@display-file/arquivo\\_norma/RA2009-0116.pdf](http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2009/resolucao-no-116-de-20-10-2009/@@display-file/arquivo_norma/RA2009-0116.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 18.747/SP*, Rel. Ministro VICENTE LEAL, 6ª Turma, j. 07.02.2002. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=24717&num\\_registro=200101255947&data=20020311&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=24717&num_registro=200101255947&data=20020311&formato=PDF)>. Acesso em: 07 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 103.373/SP*, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, j. 26.08.2008. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=812050&num\\_registro=200800692025&data=20080922&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=812050&num_registro=200800692025&data=20080922&formato=PDF)>. Acesso em: 07 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADCs nº 43, 44 e 54*, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Plenário, j. 07.11.19. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AgR no HC nº 131.672/DF*, Rel. Ministra ROSA WEBER, 1ª Turma, j. 05.10.20108. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4890516>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 68.135/DF*, Rel. Ministro PAULO BROSSARD, 2ª Turma, j. 20.08.91. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709939/habeas-corpus-hc-68135-df?ref=serp>>. Acesso em: 07 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 70.671/PI*, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, j. 19.05.1995. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72599>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 83.723/MG*, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª Turma, j. 09.03.04. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769293/habeas-corpus-hc-83723-mg>>. Acesso em: 07 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Plenário, j. 17.02.16. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL ESCOLA. *Olho por olho e dente por dente significado*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/codigo-hamurabi.htm>>. Acesso em: 24 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. *Patrimonialismo*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/politica/patrimonialismo.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRAVO, Jorge dos Reis. Fraude e corrupção: repensar um modelo contemporâneo de prevenção e controle da criminalidade econômico-financeira. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes; SOUSA, Susana Aires de. *Crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal: parte geral*, Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120*. 24. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

CORREIO BRASILIENSE. *Instituto Candango de Solidariedade*. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/05/09/interna\\_cidadesdf,679326/prejuizo-causado-por-instituto-candango-de-solidariedade.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/05/09/interna_cidadesdf,679326/prejuizo-causado-por-instituto-candango-de-solidariedade.shtml)>. Acesso em: 13 jun. 2022.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário conimbricense do Código Penal: parte especial artigos 308º a 386º*. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal Español. In: SANCHÉZ, Jesús-Maria Silva; MUÑOZ, Nuria Pastor. *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley, 2012.

DICIONÁRIO PRIBERAM. *Peita significado*. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/peita>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. Vigencia de la RPPJ en Derecho sancionador Español. In: \_\_\_\_\_; SANCHÉZ, Bernardo Feijoo; DIEZ, Carlos Gómez-Jara. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Editorial Aranzadi/Civitas, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. et. al. *Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Das infrações penais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do projeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FOFFANI, Luigi. La corrupción privada: iniciativas internacionales y perspectivas de armonización. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Coords). *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo: Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Editor BUSHATSKY, José. *Lições de Direito Penal: parte especial*. V. 4. São Paulo: José Bushatsky, 1959.

FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. La colaboración premiada en la ley brasileña de combate a las organizaciones criminales: su aplicación en el presunto caso de corrupción en la empresa Petrobrás. In: JIMÉNEZ, Joan Queralt; VEGA, Dulce M. Santana (dirigs). *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GASSET, José Ortega y. *A rebelião das massas*. Tradução Herrera Filho. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1962.

GOTTSCHALK, Petter. *Fraud e corruption: convenience perspective*. Irvine Califórnia: Universal Publishers, 2019.

GRUPO DELTA. *Facilities*. Disponível em: <<https://deltafacilities.com.br/blog/o-que-e-facilities/>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Coleção primeiros passos na Filosofia do Direito.

\_\_\_\_\_. *Fenomenologia e Direito Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HAMILTON, Sérgio Demoro. Aspectos da prova indiciária. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: *pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

\_\_\_\_\_; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria do bem jurídico. In: *Revista brasileira de ciências criminais – RBCCRIM*, São Paulo, V. 18, nº 87, p. 108, dez. 2010.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: arts. 250 a 361*. V. 9. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Penal*. V. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

\_\_\_\_\_. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939.

INSTITUTO FÓRMULA. *Labelling approach*. Disponível em: <<https://www.institutoformula.com.br/criminologia-teoria-do-labelling-approach-etiquetamento/>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública - arts. 289 a 359-H do CP*. 20. ed. V. 4. atual. André Estefam. São Paulo: Saraiva, 2020.

JUS. *Contrato social de Rousseau*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61302/analise-da-obra-do-contrato-social-de-jean-jacques-rousseau-e-seus-principais-aspectos-nas-relacoes-sociais>>. Acesso em: 03 mai. 2021.

LERSCH, Eduardo Schneider. *A quem interessa o gatekeeping do debate jurídico acerca do garantismo penal?* Disponível em: <<https://temasjuridicospdf.com/a-quem-interessa-o-gatekeeping-do-debate-juridico-acerca-do-garantismo-penal/>>. Acesso em: 28 nov. 2022.

LUME. *Estamento burocrático*. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/27417>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

LYRA, Roberto. *Economia e crime*. Rio de Janeiro: Editor A. Coelho Branco Filho, 1933.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal: propedêutica penal e norma penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1954.

MARTÍN, Adán Nieto. Introducción. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. *Introducción el Derecho Penal Económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MATTA, Paulo Saragoça da. *Enriquecimento ilícito: “quem cabritos vende e cabras não tem...!”* - reflexões esparsas sobre a emergência da incriminação. Disponível em: <[https://www.academia.edu/24585868/ENRIQUECIMENTO\\_IL%C3%8DCITO\\_Quem\\_cabr\\_ itos\\_vende\\_e\\_cabras\\_n%C3%A3o\\_tem\\_1\\_Reflex%C3%B5es\\_esparsas\\_sobre\\_a\\_emerg%C3 %A4ncia\\_da\\_incrimina%C3%A7%C3%A3o?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/24585868/ENRIQUECIMENTO_IL%C3%8DCITO_Quem_cabr_ itos_vende_e_cabras_n%C3%A3o_tem_1_Reflex%C3%B5es_esparsas_sobre_a_emerg%C3 %A4ncia_da_incrimina%C3%A7%C3%A3o?email_work_card=view-paper)>. Acesso em: 21 jul. 2022.

MENDES, Paulo de Sousa. *Direito Penal Econômico e Financeiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Crimen repetundarum significado*. Disponível em: <[https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/2\\_-\\_Do\\_Roubo\\_e\\_da\\_Extorsao\\_-\\_Paulo\\_Cesar\\_Busato.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/2_-_Do_Roubo_e_da_Extorsao_-_Paulo_Cesar_Busato.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. *El problema penal: la tensión entre teoría y praxis en Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2012.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PANOEIRO, José Maria de Castro. *O delito de enriquecimento ilícito como estratégia para o combate à corrupção: considerações, críticas e reflexões político-criminais*. Disponível em: <<https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/crime-de-enriquecimento-ilicito-jose-panoeiro.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

PEREIRA, Carlos Eduardo Sousa. *Movimentos do Direito Penal moderno: minimalismo, garantismo e abolicionismo*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/movimentos-do-direito-penal-moderno-minimalismo-garantismo-e-abolicionismo/>>. Acesso em: 05 dez. 2022.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

POLÍTICA E SOCIEDADE, Florianópolis: UFSC, V. 19, nº 46, set./dez. 2020, p. 388/389. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/66958/45360>> Acesso em: 20 ago. 2021.

PORTUGAL. *Código Penal*. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 32, de 02 de setembro de 2010*. Disponível em: <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?tabella=leis&nid=1261&pagina=1&ficha=1](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabella=leis&nid=1261&pagina=1&ficha=1)>. Acesso em: 25 nov. 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Cunha. Os senhores do crime. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 9, fasc. 1, p. 7-29, jan. - mar. 1999.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria del delito*. Tomo I. Traducción de la 2. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Tháís de. *A corrupção: reflexões (a partir da Lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Portugal: Coimbra, 2009.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de Colarinho Branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da Justiça Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral. In: \_\_\_\_\_. *Obras*. Tomo II. Dirigida por Edgardo Alberto Donna. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 19. Colección autores de Derecho Penal.

\_\_\_\_\_. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SANCHEZ, J. M. Silva (Ed). *Política criminal y nuevo Derecho Penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el Derecho Penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. *Introducción el Derecho Penal Económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Tradução Getulio Schanoski Jr. São Paulo: Madras, 2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

\_\_\_\_\_; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUECKER, Betina Heike Krause. *Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. *El Delito de Cuello Blanco*. Traducción directa del inglés Laura Belloqui. Montevideo/Buenos Aires: Editorial BdeF, 2009.

\_\_\_\_\_. *El Delito de Cuello Blanco*. Versión completa. Traducción Laura Belloqui. Montevideo/Buenos Aires: Editorial BdeF, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidade*. 2. ed. Lima: Jurídica Grijley, 2007.

\_\_\_\_\_. *Manual de Derecho Penal Económico: parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. 6ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.

VILLAREJO, Carlos Jiménez. *La tolerancia judicial ante la delincuencia financiera: delincuencia económica e inseguridad social*. In: Revista Catalana de Seguretat Pública, nº 19, p. 159/180, nov. 2008. Disponível em: <<https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/132248>>. Acesso em: 21 out. 2022.

VIRGOLINI, Julio E. S. Delito de Cuello Blanco: punto de inflexión en la Teoría Criminológica. In: NUÑEZ, Ricardo C. (Dir.). *Doctrina penal: teoría y práctica en las Ciencias Penales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, Año 12, nº 45 a 48.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Traducción del alemán por el Carlos Fontán Balestra con la colaboración del Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 3/6.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. 2. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.