



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Sylvia Chaves Lima Costa

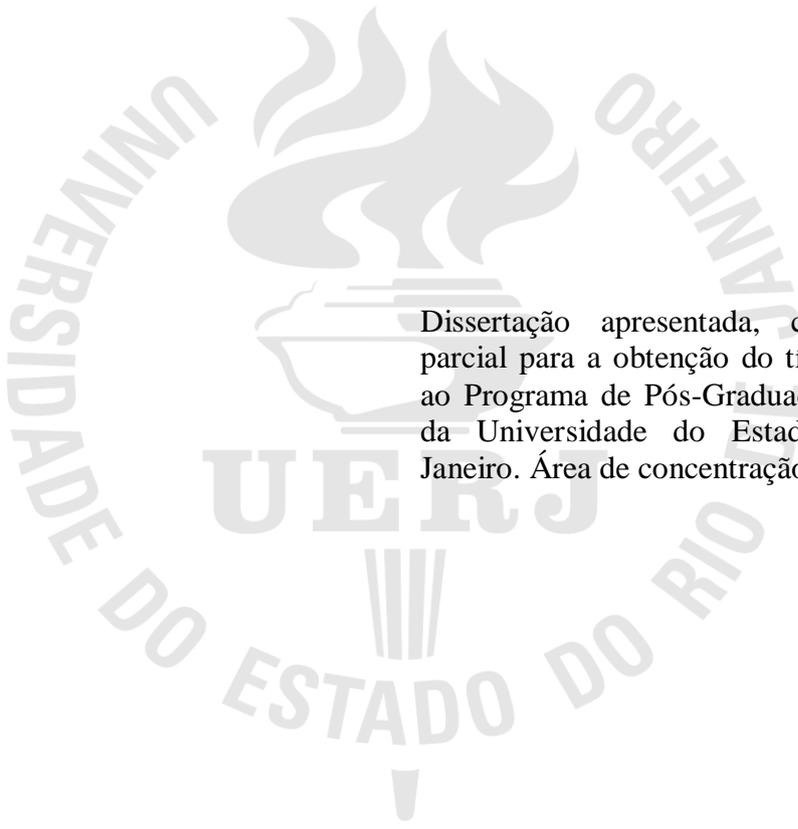
**O fenômeno da Grande Corrupção sob a perspectiva contemporânea:
um estudo à luz dos matizes do Direito Penal Econômico**

Rio de Janeiro

2013

Sylvia Chaves Lima Costa

**O fenômeno da Grande Corrupção sob a perspectiva contemporânea:
um estudo à luz dos matizes do Direito Penal Econômico**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C837 Costa, Sylvia Chaves Lima.

O fenômeno da Grande Corrupção sob a perspectiva contemporânea :
um estudo à luz dos matizes do Direito Penal Econômico / Sylvia Chaves
Lima Costa. – 2013.
151 f.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito penal econômico - Teses. 2. Crime contra a administração
pública – Teses. 3. Criminologia – Teses. 4. Direito penal – Teses. I. Souza,
Artur de Brito Gueiros. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade
de Direito. III. Título.

CDU 343.35

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Sylvia Chaves Lima Costa

**O fenômeno da Grande Corrupção sob a perspectiva contemporânea:
um estudo à luz dos matizes do Direito Penal Econômico**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof^a. Dra. Vânia Siciliano Aieta
Faculdade de Direito - UERJ

Prof^a. Dra. Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Ao meu querido pai, que, apesar de ausente, sempre será minha fonte de inspiração.

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, Professor Artur de Brito Gueiros Souza, por me conduzir à grande paixão pelo Direito Penal, por toda a paciência na orientação de meus trabalhos, pelo apoio e estímulo para seguir a vida acadêmica. Agradeço, principalmente, a confiança pelo querido Mestre depositada, sobretudo, com a entrega das chaves do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado, para que eu pudesse ali desenvolver meus trabalhos. Sem dúvidas, todo esse incentivo mostrou-se indispensável para a continuidade as minhas pesquisas além dos muros da UERJ, meu querido e eterno segundo lar. Pessoa íntegra, comprometida e empenhada com afinco, tanto em classe como no seio da instituição, na qual é membro. Mais do que um professor, um verdadeiro exemplo de dedicação aos alunos e à Sociedade, qualidades essas que, para mim, o torna um grande referencial.

À professora Ana Elisa Liberatore S. Bechara, pelo carinho ao me acolher em sua disciplina “Corrupção: Aspectos atuais”, na gloriosa USP. Faltam-me palavras para descrever tamanha gratidão pela recepção em uma cidade que, até então, era-me desconhecida, pela disponibilidade para sanar minhas inesgotáveis dúvidas, pelos valerosos materiais cedidos, que iam desde livros físicos até um pendrive repleto de obras em PDF, e, porque não, pelas diversas caronas após as aulas. Sinto-me honrada com sua Ilustre presença em minha banca de Dissertação de Mestrado.

À Vânia Siciliano Aieta pela, dedicação e disposição para as extensas discussões teóricas, que subsidiaram novas reflexões em minhas pesquisas. Dentre suas inúmeras características, vale destacar o brilhantismo, autenticidade e perspicácia. Sou-lhe imensamente agradecida por ser a pessoa maravilhosa com quem sempre posso contar, não apenas como profissional, mas, também, pelos mais sinceros vínculos de amizade, bem como eternamente grata pelo carinho nesses quatro anos de convivência.

Ao professor Juan Carlos Ferré Olivé, os mais sinceros agradecimentos pelo apoio em minhas pesquisas, através do envio de suas grandes obras dedicadas aos delitos de corrupção. Além de seus ricos e aprofundados estudos, por meio do Mestre, tive a oportunidade de conhecer cinco dos grandes projetos desenvolvidos pelo Programa Grotius II, dedicado,

dentre outros temas, à relação entre delitos financeiros, fraudes e corrupção. Nutro verdadeira admiração pela corrente adotada pelo Ilustre professor.

À minha mãe Vera Lucia Chaves Leite, pessoa mais importante na minha vida. Agradeço seu afeto, atenção e, principalmente, compreensão durante os períodos de ausência e ansiedade no decorrer de minhas pesquisas. Verdadeira amiga, sempre ao meu lado, pronta a ajudar, naqueles momentos de intranquilidade que eventualmente pairavam sobre mim.

À Bruna Laiber Monteiro, quase irmã, que me acompanhou nos momentos bons e ruins, nas certezas e incertezas, desde o primeiro período da faculdade. Carinhosa, gentil, meiga, doce, inteligentíssima, empenhada, que, sem dúvidas, engrandece a querida Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UERJ e fará jus a orientação do professor Artur Gueiros.

Aos meus amigos e futuros ilustres Mestres, Milenna Marjorie Cunha e Ulysses Gomes Bezerra, companheiros de eventos étlicos repletos de discussões teóricas complexas, agradeço a troca de ideias e o apoio em minha jornada acadêmica.

Aos professores da linha de pesquisa de Direito Penal do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pelo estímulo aos enriquecedores debates em sala de aula. Em especial, Patrícia Mothé Glioche Bezé, Juarez Estevam Xavier Tavares e Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Por fim, não posso deixar de registrar meus agradecimentos às pessoas que colaboraram, ainda que indiretamente, para a elaboração da presente dissertação. Aos funcionários da biblioteca da Faculdade de Direito da UERJ, do IBCCrim, da USP, à Rúbia, funcionária do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado, sobretudo à Maria, responsável pela limpeza do nosso querido sétimo andar, que, por diversas vezes, se disponibilizou a ficar na faculdade até tarde, aguardando o término de minhas pesquisas, para que pudesse fechar as portas do corredor da Direção da Faculdade, onde se situa o NEDIPI.

Pela justiça o rei faz que o país fique de pé, mas o homem à procura de suborno o derruba.

Provérbios 29:4

RESUMO

COSTA, Sylvia Chaves Lima. *O fenômeno da Grande Corrupção sob a perspectiva contemporânea: um estudo à luz dos matizes do Direito Penal Econômico*. 2013. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A presente dissertação tem por escopo analisar a eficácia no tratamento que o ordenamento jurídico brasileiro tem dado às práticas de Grande Corrupção, fenômeno onde chefes de Estado, ministros e altos funcionários, se valem de suas funções, no contexto de atividades comerciais, para a obtenção de benefícios privados. Por essa razão, o ensaio analisa a teoria estadunidense, sob a qual se cunhou a referida construção. Contudo, em que pese o fato de a perspectiva se tratar, *a priori*, de iniciativa no âmbito da Economia, o trabalho, após as considerações dos mecanismos internacionais de combate à corrupção, explicitará, através dos estudos das Ciências Penais os fatores que mobilizam o delinquente potencial às práticas dos delitos, os interesses tutelados pelos mecanismos de combate ao fenômeno e suas peculiaridades, para, ao depois, diferenciar a Pequena e Grande Corrupção.

Palavras-chave: Grande Corrupção. Direito Penal Econômico. Criminologia. Contratos Públicos. Administração Pública.

RESUMEN

COSTA, Sylvia Chaves Lima. *El fenómeno de la Gran Corrupción en la perspectiva contemporánea: un estudio sobre los matices del Derecho Penal Económico*. 2013. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

El objetivo de la tesis es analizar el alcance y la eficacia en el tratamiento que el sistema jurídico brasileño ha dado a las prácticas de la Gran Corrupción, fenómeno donde los jefes de Estado, ministros y altos funcionarios, hacen uso de sus funciones, en el marco de las actividades comerciales, para obtener beneficios privados. Por esta razón, el trabajo analiza la teoría estadounidense, en el que fue acuñada la construcción. Sin embargo, a pesar de tratarse de una perspectiva, *a priori*, de la Economía, el trabajo, tras el examen de las iniciativas internacionales para combatir la corrupción, explicitará, a través de los estudios criminológicos, los factores que movilizan al delincuente para las prácticas de esos posibles delitos. Por último, se hace la diferencia entre la Pequeña y Grande Corrupción, así como el análisis del tratamiento penal del fenómeno por parte de los sistemas jurídicos extranjeros, para, a continuación, proceder a evaluar las medidas del Brasil para luchar contra esa última.

Palabras-clave: Gran Corrupción. Derecho Penal Económico. Criminología. Contratos Públicos. Administración Pública.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ABP *Anti-Bribery Pact*
- AGU Advocacia-Geral da União
- CGU Controladoria-Geral da União
- CP Código Penal
- CPI Comissão Parlamentar de Inquérito
- CRG Corregedoria-Geral da União
- CSNU Conselho de Segurança das Nações Unidas
- ENCCLA Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
- EUBestG *Gesetz zu dem Protokoll v. 27.9.1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (Alemanha)*
- FCPA *Foreign Corrupt Practices Act* (Estados Unidos)
- FATF *Financial Action Task Force*
- GAFI Grupo de Ação Financeira
- GTLD Grupo de Trabalho em Lavagem de Dinheiro
- IntBestG *Gesetz zu dem Übereinkommen v. 17.12.1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (Alemanha)*
- IPC Índice de Percepção de Corrupção
- KorrBG *Korruptionsbekämpfungsgesetz*
- OCDE Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento
- ONU Organização das Nações Unidas
- PEP *Politically Exposed Persons*
- PLS Projeto de Lei do Senado
- SFC Secretaria Federal de Controle Interno da Controladoria-Geral da União
- SPCI Secretaria da Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas da Controladoria-Geral da União
- StGB *Strafgesetzbuch (Alemanha)*
- TI *Transparency International*
- UNODC *United Nations Office on Drugs and Crime*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A CORRUPÇÃO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO	16
1. 1 Considerações introdutórias	16
1. 2. Análise histórica do delito de corrupção	16
1. 3 Mudança de paradigmas do fenômeno delitivo	19
1. 4. Os instrumentos de combate à corrupção a partir da década de 70	22
1. 4. 1. <i>Foreign Corrupt Practices Act</i>	22
1. 4. 2. <u>Grupo de Ação Financeira – GAFI/FATF</u>	25
1. 4.3 <u>Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos</u>	27
1. 4. 4 <u>A Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais</u>	29
1. 4. 5 <u>As Convenções do Conselho da Europa de Combate à Corrupção de 1999</u>	31
1. 4. 6 <u>A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional</u>	34
1. 4. 7 <u>A Convenção da União Africana para Prevenir e Combater a Corrupção</u>	36
1. 4. 8 <u>A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção</u>	37
1. 4. 9 <i>Transparency Internacional</i>	40
2. ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO	43
2. 1 Considerações Introdutórias	43
2. 2 A Teoria das Atividades Rotineiras	44
2. 3 A Teoria da Eleição Racional	46
2. 4 O ponto de integração entre as duas teorias	48
2. 4.1 <u>Motivação</u>	49
2. 4. 2 <u>Oportunidade</u>	54
2. 5 Uma possível alternativa ao desequilíbrio da balança	57

3 OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELOS DELITOS DE CORRUPÇÃO	60
3. 1 Considerações Introdutórias	60
3. 2 Do Contratualismo à Função do Direito Penal	61
3. 3 Breve histórico acerca do Bem Jurídico	64
3. 4 Os bens jurídicos supraindividuais	66
3. 5 Direito Penal <i>versus</i> Direito Administrativo Sancionador	68
3. 6 Os Bens Jurídicos tutelados pelos Delitos de Corrupção	72
3. 6.1 <u>Evolução</u>	73
3. 6.2 <u>Teorias favoráveis à diversidade de bens jurídicos</u>	78
3. 6. 3 <u>Teoria favorável a unidade de bens jurídicos tutelados pelos delitos de corrupção</u>	79
3.6.3.1 A confiança da sociedade no correto funcionamento da Administração Pública	79
3. 6.3.2 O correto funcionamento da Administração Pública.....	82
3. 6.3.3 A Não Venalidade dos Atos Funcionais	84
3. 6.3.4 A capacidade funcional do Estado	87
3. 6. 3.5 Ordem Econômica	89
3. 6. 4. <u>A pluriofensividade dos delitos de corrupção</u>	93
3. 6. 5. <u>Tomada de postura</u>	95
4. A GRANDE CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO HODIERNO	98
4. 1 Considerações Introdutórias	98
4. 2 A Pequena Corrupção	98
4. 3. A Grande Corrupção	101
4. 3.1 <u>Os atores envolvidos</u>	104
4. 3. 2 <u>A estrutura organizacional dos agentes</u>	108
4. 3. 3 <u>O tratamento penal de ordenamentos jurídicos estrangeiros</u>	111
4. 4 O tratamento dispensado à (grande) corrupção no Brasil: a busca de uma solução além dos matizes do Direito Penal Simbólico	127
CONCLUSÃO	140
REFERÊNCIAS	143

INTRODUÇÃO

O dinheiro é uma mercadoria genérica, haja vista não ser bem de consumo e tampouco bem de capital. Ainda assim, o dinheiro impera. O dinheiro confere poder. O dinheiro, na sabedoria alemã, sim o dinheiro, é praticamente o governo (*Geld ist dem Gelten nah*). O dinheiro pode ser considerado meio hábil a traduzir o preço de objetos, serviços ou mesmo a força de trabalho, de maneira “justa”. Com o dinheiro, o indivíduo pode adquirir coisas ou vendê-las, na expectativa de receber o seu valor correspondente. Através do dinheiro, tem-se como possível promover a subsistência da pessoa individualmente considerada ou de toda uma coletividade. O detentor do dinheiro pode satisfazer suas pretensões, no todo ou em parte, lícitas ou não, pode empregá-lo nas mais variadas causas, emprestá-lo, ou efetuar outras medidas para satisfazer-se.

Diante disso, observa-se que o dinheiro desperta ambições, estimula os pensamentos bons ou maus na mente humana. Com efeito, em função do dinheiro, os Governos, ao longo da História, travaram guerras, dizimaram populações, submeteram pessoas a tratamentos degradantes, etc. Mais especificamente, por intermédio do dinheiro, não raro, indivíduos financiam práticas delitivas e titulares de cargos públicos privilegiam interesses privados, em detrimento das funções que justificam seu *munus publicum*.

Frente a esse espectro econômico-social, o presente trabalho tem por objetivo analisar a ilícita mercancia de funções públicas, sob o viés daquilo que será denominado de Grande Corrupção, enfocando tanto aspectos históricos, criminológicos e jurídicos.

Várias razões motivaram à escolha dessa investigação.

O tema, ainda que indiretamente, é um desdobramento de minha monografia de graduação “Captação Ilícita de Sufrágio e suas demais correlações com a Corrupção Eleitoral”, defendida perante a Faculdade de Direito da UERJ. Em linhas gerais, aquele ensaio centrou-se no ilícito previsto no art. 41-A, da Lei nº. 9.504/97, onde o candidato ao pleito ou interposta pessoa com seu conhecimento, doa, oferece, promete, ou entrega, bem ou vantagem pessoal ao eleitor, muitas vezes aproveitando-se de sua carência, com o fim de lhe obter o voto. Semelhantemente à Corrupção Eleitoral, na Captação Ilícita de Sufrágio, a ação é executada com a finalidade precípua de ascensão ao Poder. Sendo assim, de certa forma, este fenômeno se aproxima da já mencionada Grande Corrupção, pois, não raro, envolvem-se

vultuosos financiamentos de campanhas eleitorais, em detrimento da lisura do processo democrático de escolha de nossos representantes políticos.

A dissertação ora apresentada se justifica, ainda, em função das inúmeras vicissitudes que permeiam as investigações realizadas. Como será visto adiante, a estrutura rigidamente hierarquizada e qualificada, na qual os sujeitos envolvidos na empreitada ilícita têm à sua disposição, e a fragilidade dos interesses protegidos, convidam o meio acadêmico a uma reflexão mais acurada com o escopo de contribuir a um debate que se faz premente na nossa Sociedade.

O último motivo, mas não de menor importância, refere-se a uma questão de ordem político-social. Recentemente, não apenas nas cidades do País, como também em outros Estados, assistem-se reiteradas ondas de protestos nas ruas e praças. Entre os clamores dos que se manifestam, verificam-se, em geral, exigências de uma atuação ativa e eficaz dos Governos no combate à corrupção. Tal comoção, sem dúvida, mostra-se positiva, na medida em que gera o fortalecimento da conscientização da participação popular na fiscalização da *res publica*, e, estimulando, inclusive, a elaboração de leis para fazer frente a esse fenômeno delitivo. Contribuir para que sejam dados aportes científicos sobre elementos a serem avaliados para fins de medidas de *lege ferenda* contra a corrupção, notadamente, às de alto escalão, insere-se nos fins desse estudo.

Dito isto, e considerando o título do trabalho – O fenômeno da Grande Corrupção sob a perspectiva contemporânea: um estudo à luz dos matizes do Direito Penal Econômico –, cumpre apresentar a hipótese de investigação.

Objetiva-se saber o grau de eficácia que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe para enfrentar as práticas de alta corrupção. Em outras palavras, o ensaio tentará apontar possíveis soluções às suas lacunas de prevenção e repressão de tal fenômeno, caso existam.

Para tanto, esta dissertação vale-se da comunicação entre as denominadas “ciências penais” – Criminologia, Direito Penal e Política Criminal –, com o objetivo de responder à hipótese apresentada, ultrapassando-se, tanto quanto possível, uma perspectiva formalista ou fragmentada do objeto de estudo.

Sob a vertente criminológica, para fins da presente, mostra-se indispensável a consideração de suas teorias para a aferição dos elementos sopesados pelos potenciais sujeitos ativos dos delitos de corrupção. Como bem destacado por Lorenzo Morillas Cueva, as zonas comuns entre a Criminologia e a Ciência do Direito Penal “são mais atrativas que

desagregadoras. Como disse Peláez, não existe problema jurídico dogmático que não requeira um conhecimento de suas bases criminológicas. O penalista que queira afastar-se do perigo formalista ao qual com tanta facilidade pode incidir a Ciência Punitiva há de confiar, como parte importante de seus conhecimentos, nos ensinamentos criminológicos”.¹

Ainda sobre a metodologia empregada, utiliza-se do recurso histórico como mecanismo de auxílio para a obtenção de respostas, dotadas de cientificidade para a hipótese acima destacada.

Ademais, um outro esclarecimento metodológico deve ser apresentado. Apesar de o conteúdo do presente trabalho se pautar no estudo do fenômeno da Grande Corrupção, sob a perspectiva da Ciência do Direito Penal, é preciso destacar que essa teoria teria se desenvolvido a partir dos conhecimentos das Ciências Econômicas. Não obstante, entende-se inexistir óbice a análise da corrupção de alto nível, sob a vertente do Direito Penal, na medida em que diante do reconhecimento progressivo de direitos, o Estado tornou-se responsável pela tutela de interesses socioeconômicos.

O Capítulo 1, de caráter histórico, reconstrói a trajetória dos crimes de corrupção. Ao avançar do capítulo, o ensaio se ocupa da exposição dos elementos que corroborariam mudanças de paradigmas da observação sobre o grau de lesividade das práticas corruptas, contribuindo para a adoção de medidas legislativas de combate a corrupção, inicialmente, de caráter unilateral, nos Estados Unidos, através da *Foreign Corrupt Practices Act*, e, subsequentemente, multilateral, representadas através de convenções, com abrangência global ou regionais.

O Capítulo 2 se vale da conexão das teorias criminológicas das Atividades Rotineiras e da Eleição Racional, desenvolvida por Isidoro Blanco Cordero, buscando explicar aspectos de cunho situacional, fatores como as oportunidades, por exemplo, hábeis a incitar o potencial delinquente a cometer o delito. Essa explicação parece ser de vital importância, sobretudo porque o êxito dos mecanismos de combate a tal mazela, para serem eficazes, precisariam levar em conta os reais fatores que impulsionam o indivíduo ao ilícito.

O interesse jurídico tutelado por essa modalidade delitativa também será objeto de estudo, do que se ocupa no Capítulo 3. Com efeito, discussões acerca da matéria, tais como a administrativização dos mecanismos de combate à corrupção, a evolução do conceito de bem

¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Metodologia y ciencia penal. Granada: Universidad de Granada, 1990. P. 316.

jurídico dos delitos ora em análise, serão avaliadas. E, ao final dessa abordagem, pretende discorrer sobre a possível pluriofensividade da prática da grande corrupção.

O Capítulo 4, além de ser o cerne do ensaio, efetua uma digressão do tratamento dispensado aos delitos de corrupção, por parte de ordenamentos jurídicos estrangeiros. Como será constatado, diversos legisladores têm se valido da elevação das penas cominadas para os tradicionais delitos de corrupção, sejam prisões ou multas excessivas, além de inúmeras agravantes, dentre outras providências normativas. O capítulo enfrenta a hipótese do grau de eficácia das medidas de combate à alta corrupção, previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho realiza o desfecho de maneira objetiva, secundando-se as ideias desenvolvidas ao longo dos capítulos.

De forma a tornar mais cômoda a leitura, optou-se por inserir recursos visuais no corpo do texto. No mesmo sentido, optou-se, quando pertinente, pela tradução livre de algumas das citações de fontes primárias consultadas em língua estrangeira.

Vale destacar que o tema apresentado é objeto de preocupação recente em nossa literatura jurídica. Isso porque, da pesquisa realizada, não foi encontrado no Brasil estudos aprofundados acerca da discussão da Grande Corrupção, bem como seus mecanismos de controle. Não se desconhece haver artigos doutrinários em revistas especializadas, além de obras de autoria conjunta de grande qualidade sobre o tema. Por essa razão, boa parte das obras consultadas foram obtidas através de pesquisas junto ao valoroso acervo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, bem assim junto a rica bibliografia disponibilizada pelos Professores Ana Elisa Liberatore S. Bechara e Renato de Mello Jorge Silveira, na disciplina Corrupção: Aspectos Atuais, da Universidade de São Paulo. A isso se agrega a investigação durante minha estadia em Salamanca - Espanha, na biblioteca Francisco Vitória, *Universidad de Salamanca*, no primeiro bimestre de 2013.

Por fim, e para responder a eventual curiosidade do leitor, optou-se pela repetição excessiva, logo nos primeiros parágrafos, da palavra “dinheiro”, na medida em que, se tem a convicção de que, não fosse ele; não fosse a ânsia e ganância do ser humano em obtê-lo, ainda que em prejuízo de um sem número de pessoas, a motivação para a elaboração dessa dissertação desapareceria.

1 A CORRUPÇÃO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

1. 1 Considerações Introdutórias

Com o advento da globalização novos horizontes foram descobertos. Vem à existência um mundo altamente tecnológico, onde negociações empresariais e transações bancárias são realizadas a tempo real, muitas vezes entre extremidades do globo. Contudo, acopladas a essas facilidades erigem-se os fenômenos desfavoráveis, que têm induzido povos à reflexão se os benefícios, decorrentes da nova onda tecnológica, compensam ou não os prejuízos que lhes acompanham.

O presente capítulo tem por objetivo principal avaliar a mudança de paradigmas, refletida nas medidas legislativas adotadas, em âmbito internacional, para combater a corrupção, tanto em sua dimensão tradicional quanto sob aquela revestida de vicissitudes inerentes à Economia na comunidade internacional contemporânea.

De maneira a compreender a evolução do combate às práticas corruptas, inicialmente, será realizado um breve excuroso sobre a história dos delitos de corrupção. Através de tal digressão, tentar-se-á verificar a existência ou não de um marco inicial para o seu surgimento. Logo, em seguida, o ensaio adentrará na concepção da escola funcionalista americana, acerca de uma possível utilização de atos de corrupção para fins de desenvolvimento econômico, tanto do ponto de vista público quanto privado. Embora hoje tal ideia pareça, quase que em sua totalidade, impensável, até fins da década de 1970 se fez muito presente, não apenas nos Estados Unidos, mas no mundo, daí a pertinência de sua abordagem. Na mesma seção, serão tratados os elementos norteadores da mudança de concepção do mercadejar da função pública, em sua perspectiva tradicional.

Para que seja possível desenvolver satisfatoriamente a temática, bem como apresentar uma eficaz solução ao fenômeno, ora em análise, imperioso se torna o cotejamento dessa abordagem inicial, o desenvolvimento de diferentes iniciativas históricas, instrumentos internacionais, sejam eles através de resposta normativa unilateral, organizações não governamentais, grupos de combate à corrupção ou iniciativas multilaterais.

1. 2 Análise histórica do delito de Corrupção

O intercâmbio, as trocas de favores, as reciprocidades, ao longo dos tempos foram, e alguns continuam sendo, não apenas admitidos como também protegidos, na medida em que se enquadravam como comportamentos corretos, moralmente aceitos. Contudo, teria sido através da bíblia e, mais tarde, com a filosofia de Sócrates e Platão que a ideia de corrupção assume a carga de culpa ou pecado.²³⁴

A Lei das XII Tábuas, já aludia à venalidade de magistrados, impondo a pena capital ao juiz que aceitasse dinheiro ou valores (“*Si iudex aut arbiter jure datur ob rem iudicandam pecuniam acceperit capite luito*”).⁵

Em sede de financiamentos de campanha, no seio do Império Romano, há registros de que César teria recorrido a Craso, rico construtor, para obtenção de fundos e, em troca, lhe recompensaria com contratos públicos. Talvez por esse motivo Montesquieu tivesse afirmado que César, juntamente com Craso e Pompeyo, teria introduzido o costume de corromper o povo a um preço alto.⁶

Não se ignora que a corrupção perpassa a história da humanidade. Afinal, desde a ascensão e queda de Roma⁷, do período medieval à Reforma Protestante⁸, de Maquiavel à conquista do Novo Mundo⁹, da Era Industrial à Era de Extremos do século XX¹⁰, aquela sempre se fez presente.

Talvez por essa razão seja inviável apontar um período específico como marco do surgimento de práticas corruptas. Como bem salientado por Sérgio Habib, a corrupção

não é o sinal característico de nenhum regime, de nenhuma forma de governo, mas decorrência natural do afrouxamento moral, da desordem e da degradação dos costumes, do sentimento de impunidade e da desenfreada cobiça por bens materiais, da preterição da ética e do exercício reiterado e persistente da virtude, substituindo-se pelas práticas consumistas e imediatistas tão caras ao hedonismo. Esta constatação é possível pelo cotejo da história, pelo estudo da trajetória do homem

² BRIOSHI, Carlos Alberto. *Breve Historia de la Corrupción: de la Antigüedad a nuestros días*. Tradução de Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurus, 2010. P. 42.

³ Dentre alguns textos bíblicos, *vide* Deuteronômio 10:17; 16:19; Salmo 26:10; Provérbios 29:4.

⁴ BRIOSHI, op. cit., p. 42.

⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.10 v. V. 9. P. 362-363.

⁶ BRIOSHI, op. cit., p. 55.

⁷ BRIOSHI, op. cit., p. 55-68.

⁸ BRIOSHI, op. cit., p. 69-85

⁹ BRIOSHI, op. cit., p. 87-98..

¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A idéia penal sobre a corrupção no Brasil: As seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa (org.). *Estudios sobre la corrupción: Una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, 2013. P. 74.

através dos tempos, donde se infere que a corrupção esteve presente por todo o tempo, contida e limitada, em alguns períodos, crescente e fortalecida em outros, incomensurável e avassaladora em outros tantos.¹¹

Não obstante, optou-se, de maneira arbitrária, por tecer considerações a partir da fase de descoberta da *terra brasilis*, haja vista a pertinência do histórico evolutivo da percepção de práticas corruptas no cenário interno, para o enfrentamento do objeto do ensaio.

As solicitações de favores de Pêro Vaz de Caminha ao rei D. Manuel, em benefício de seu genro, na célebre “Carta de Descobrimento do Brasil”, são evidências da existência do fenômeno logo durante o primeiro contato dos portugueses com o “Novo Mundo”:

E desta maneira dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta Vossa terra vi. E se a um pouco alonguei, Ela me perdoe. Porque o desejo que tinha de Vos tudo dizer, mo fez pôr assim pelo miúdo. *E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro - o que d'Ela receberei em muita mercê.* Beijo as mãos de Vossa Alteza. Deste Porto Seguro, da Vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500. Pero Vaz de Caminha.¹²

No Brasil Colônia, as práticas de corrupção também se alinhavam as formas de organização da sociedade, através de estruturas fortemente hierarquizadas. Subsistia no sistema, redes de proteção baseadas no parentesco, nas relações de patronagem, clientelismo e amizades, todos regidos por um princípio complexo de reciprocidades.¹³

O sistema de Capitanias Hereditárias mostrou ser uma clara evidência da troca de favores entre o Poder Público e grupos aliados. Basta a remissão ao perfil dos quinze donatários, beneficiados pela doação de lotes de terra, para constatar que, além de integrarem a nobreza da Corte, investiram substancialmente na conquista da Coroa de Portugal.¹⁴

No que concerne às previsões legais repressoras dos delitos de corrupção, vale citar as Ordenações Filipinas, que constituíram a base do direito português, inclusive com muitas disposições vigentes no Brasil à época. No bojo de suas disposições, a lei já coibia o recebimento de serviços e peitas por parte dos oficiais do rei. Entretanto, quedava excluído

¹¹ HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editora, 1994. P. 26.

¹² Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/brasil-colonia-documentos-1-carta-de-achamento-do-brasil.htm>. Acesso: 03/07/2013. 23:02:30.

¹³ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?: comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999. P. 68.

¹⁴ Idem. P. 69.

dessas vedações o recebimento de “pão, vinhos, carnes, frutas e outras coisas de comer, que entre parentes e amigos se costumam dar e receber”.

A seu turno, o Código Criminal do Império de 1830, sob o Título V, Dos Crimes contra a Boa Ordem e a Administração Pública, além de equiparar as práticas de corrupção passiva e ativa, realizava a distinção entre peita e suborno. A primeira, tipificada no art. 130, previa a sanção de perda do cargo, multa e pena privativa de liberdade de três a nove meses, para aqueles que recebessem dinheiro, ou algum outro donativo, aceitassem promessa para praticar ou se omitir em algum ato de ofício contrário ou não a lei. Sujeito a idênticas penas, o suborno (art. 133) consistia tão somente no ato de corromper-se “por influência, ou peditório de alguém”.

Interessante destacar que o mesmo instrumento legal, em seu art. 131, criminalizava individualmente, ainda que sob as mesmas sanções cominadas nos dispositivos supracitados, quando justa a sentença, a peita de magistrados e árbitros. Se injusta, a sanção variava conforme a natureza da decisão, podendo chegar à prisão perpetua. O Código Penal de 1890 manteve a bilateralidade dos crimes de corrupção, bem como se absteve de realizar a distinção entre peita e suborno (art. 214).

Contudo, apenas com o advento do Código Penal de 1940, houve uma cisão da linha adotada pelo Código Penal Rocco de 1930, marcadamente conhecido pelo caráter bilateral entre as práticas de corrupção ativa e passiva, e se passou a conferir autonomia e independência esses delitos.¹⁵

Em que pesem os casos de corrupção ao longo do século passado, tais como os ocorridos durante a República Velha, o Estado Novo, o Estado Getulista, teria sido durante o governo Collor o período em que a história do Brasil fora fortemente abalada. Na visão de Renato de Mello Jorge Silveira, com o advento de inúmeras denúncias, escândalos, culminados no *impeachment* do à época presidente que “a corrupção, [...], começa a conhecer novo combate”¹⁶.

1.3 Mudança de paradigmas do fenômeno delitivo

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Dos crimes contra a Administração pública, dos crimes praticados por prefeitos* (Lei n. 10.028/2000), 3. ed., ver., atual.. São Paulo: Saraiva, 2009.5 v. V. 5. P. 207.

¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr. 2011. P. 410.

Apesar de tipificada em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do globo, até um passado muito recente, a escola funcionalista americana acreditava que a corrupção possuía elevada importância nos países com sistemas subdesenvolvidos, repleto de exigências burocráticas. Seus membros defendiam que, através de um incentivo ou, segundo a praxe brasileira, “jeitinho”, as negociações comerciais se tornariam cada vez mais céleres, o processo de modernização ganharia maior agilidade, ocorreriam avanços na implementação de políticas de infraestrutura, possivelmente inexistente em países subdesenvolvidos.

Nessa linha, Samuel P. Huntington, ex-professor da Universidade de Harvard, chegou a sustentar que “em termos de crescimento econômico, a única coisa pior do que uma burocracia rígida, supercentralizada e desonesta é uma burocracia rígida, supercentralizada e honesta”.¹⁷

Entretanto, a partir de fins dos anos 70, a concepção de corrupção como “*motor de arranque*” passa a ser encarada como obsoleta ou até mesmo equivocada, por diversas razões. O mito de que apenas nos países em desenvolvimento existiria a corrupção se esvazia. Apesar inúmeras vezes ocuparem o topo das listas da ONG *Transparency International*¹⁸, os Estados ricos paulatinamente vêm se tornando palco de práticas corruptas de larga escala, não apenas no cenário interno, como também ao nível internacional. A título de exemplo, vale mencionar as empresas norte-americanas Enron, Merrill Lynch, WorldCom, a espanhola Gescartera, bem como casos concretos de corrupção em vários países europeus e asiáticos, em negociações vinculadas ao petróleo.¹⁹

O argumento de que a corrupção se tratava de mazela restrita a regimes comunistas não teve melhor sorte. Mesmo após a queda do muro de Berlim, em novembro de 1989, a ruptura do comunismo chinês, dentre outras várias transformações democráticas ao redor do globo, o fenômeno delitivo não apenas manteve-se presente como também se ampliou.²⁰

¹⁷ HUNTINGTON, Samuel P. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975. P. 82.

¹⁸ Disponível em: <http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results>, último acesso em 25 de setembro de 2011, às 02:20 hs.

¹⁹ WILLIAMS, Robert; MORAN, Jonathans; FLANARY, Rachel. *Corruption in the Developed World*. Cheltenham: Edward Elgar Pub., 2000.

²⁰ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. A corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador). In: ANDRADE, M. C. et al.. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. P. 965

Em meio a inúmeras transformações mundiais, criação e ruptura de blocos econômicos, graves crises institucionais, o mundo adentra na Era da Globalização. A partir de então se desencadeiam uma série de avanços, que na esteira de Natacha Viada, em consonância com Delmas-Marty, representam um duplo processo de abertura de fronteiras.²¹ De um lado, a ampliação dos mercados internacionais, decorrente do fenômeno da “mundialização da economia”²² e, por outro, a expansão das garantias dos Direitos Humanos.

Contudo, como bem destaca Viada, o avanço da primeira foi muito mais célere que o da segunda, acarretando, por consequência, no crescimento das desigualdades sociais, que vem a contribuir para a criminalidade atual.²³

Ainda que indesejável, fato é que, no palco externo, os benefícios, oriundos do encurtamento de distâncias, contracenam com a delinquência potencializada, revestida de uma nova roupagem, difícil de ser visualizada e reprimida. Para ilustrar, a maior mobilidade de pessoas e coisas abre espaço para o aumento de casos de delitos cometidos por estrangeiros ou de crimes que compreendam algum elemento relacionado à transnacionalidade; o progresso dos meios de comunicação facilita o cometimento de crimes delitos informáticos; a “mundialização da economia” que, conseqüentemente, amplia a delinquência econômica e a concentração poder nas mãos de grandes conglomerados empresariais, tende a incentivar o abuso de poder e a corrupção.²⁴

De acordo com o magistério acadêmico de Artur Gueiros, a corrupção em âmbito internacional:

Do ponto de vista econômico, [...], incrementou os custos da produção, diminuiu a eficiência nos resultados de uma salutar competição comercial internacional, afetou a qualidade e os preços de produtos e serviços oferecidos aos povos em geral, além de ser o motor para o sistemático desvio de investimentos em políticas públicas de erradicação da miséria e das condições subumanas em que vive a maior parte da população mundial.²⁵

²¹ VIADA, Natacha G.. *Derecho Penal y Globalización: cooperación penal internacional*. Marcial Pons: Madrid, 2009. P. 35.

²² SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves Considerações sobre a Corrupção em Transações Comerciais Internacionais. JAPIASSÚ, CARLOS EDUARDO ADRIANO (coord.). *Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 3.

²³ VIADA, op. cit., p. 24.

²⁴ VIADA, op. cit., p. 18.

²⁵ SOUZA, op. cit., p. 3-4.

Contudo, foi tão somente no momento em que os Estados, organizações públicas internacionais e entidades não-governamentais de âmbito transnacional, se voltam para os danos decorrentes do fenômeno da corrupção em grandes dimensões, no cenário externo, para os perigos advindos da integração da economia e da corrida por novos mercados, nos últimos 40 anos, que chegaram à conclusão que “a própria sobrevivência da economia de mercado internacional se encontrava numa rota suicida ou autofágica”.²⁶

O primeiro país a tomar iniciativa no combate a tal mazela, no ano de 1977, foram os Estados Unidos, através da *Foreign Corrupt Practices Act*, que posteriormente veio a motivar as demais iniciativas a nível internacional a coibir as práticas corruptas. Como se verá logo adiante, a lei teve por escopo frear a expansão de uma conduta que, contrariando os interesses dos grandes conglomerados que ali mantinham sua sede, atinge diretamente a concorrência leal.

É bem verdade ser inviável mensurar como e quando o fenômeno da globalização influenciou essas práticas delitivas. Contudo, todas essas e outras mudanças dela advindas, contribuíram, e muito, para a potencialização dos efeitos do fenômeno delitivo, culminando no surgimento da face poliédrica dos crimes de corrupção.

De maneira a responder a essa delinquência globalizada, ainda que tardiamente, diversas iniciativas internacionais de combate à corrupção foram elaboradas. Desta feita, passemos a avaliar as principais, em cronológica, perpassando por suas características, inovações, dificuldades que circundam a implementação no ordenamento jurídico interno, bem como eventuais elementos que lhes possam ser conferidos para fins de aprimoramento.

1. 4 Os instrumentos de combate à corrupção a partir da década de 70

1. 4. 1 Foreign Corrupt Practices Act

Apesar de constituir uma medida de caráter unilateral, a *Foreign Corrupt Practices Act* representa o primeiro grande passo no combate às práticas corruptas, dado pela maior potência mundial, os Estados Unidos da América.

²⁶ SOUZA, op. cit., p. 4.

Após diversos escândalos, tais como Lockheed e Watergate, a imagem da comunidade norte-americana ficou fragilizada, resultando na propagação de um sentimento de desconfiança no estabelecimento de acordos bilaterais, dos quais os Estados Unidos ou as empresas que ali se instalavam fossem partes. No primeiro caso, a *Lockheed Corporation*, uma das mais destacadas empresas aeroespaciais norte-americanas, efetuou o pagamento de cerca de vinte e cinco milhões de dólares a funcionários japoneses, inclusive ao Primeiro Ministro Japonês, com fins de garantir a venda de aviões TriStar L-1011. No tocante ao segundo escândalo, a Sociedade constatou que casos de corrupção não se limitam ao ambiente empresarial. *Watergate* foi um exemplo do impacto desse fenômeno delitivo na política dos Estados Unidos, que teria até mesmo culminado na renúncia do presidente americano Richard Nixon, eleito pelo partido republicano.²⁷

Em razão de sucessivos casos como os acima destacados, a *Securities and Exchange Commission* efetuou uma pesquisa, a fim de levantar a frequência de pagamentos de subornos a funcionários públicos por empresas norte-americanas. Mais de quatrocentas empresas confessaram ter efetuado em algum momento de sua trajetória o pagamento de subornos e, o mais surpreendente é que dentre esse número, cento e dezessete estavam entre as quinhentas empresas mais importantes do país.²⁸

Diante dessa conjuntura, o legislador não teve outra alternativa senão a elaboração de uma lei contra as práticas de subornos de funcionários públicos estrangeiros, realizadas por pessoas físicas ou jurídicas estadunidenses, no âmbito de transações comerciais internacionais.

O objetivo da FCPA²⁹ é coibir o pagamento de vantagens indevidas por parte de pessoas físicas/jurídicas estadunidenses, com fins de obtenção de negócios ou influência em legislações ou regulamentações estrangeiras. Contudo, ficam excluídos do âmbito dessa lei os pagamentos realizados a título de “ação governamental de rotina”³⁰, como, por exemplo,

²⁷ BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El Delito de Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales*, 1. ed.. Madrid: Iustel, 2012. P. 54-55.

²⁸ MALEM SEÑA, Jorge F.. *Globalización, Comercio Internacional y Corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2000. P. 76.

²⁹ Vale destacar que em 1988 a FCPA sofreu uma reforma através da *Omnibus Trade and Competitiveness Act* (OTCA). As alterações ocorreram no sentido de esclarecer algumas lacunas que a versão inicial da lei apresentava.

³⁰ *Foreign Corrupt Practices Act* USC 78 dd-2, (a).

quantias fornecidas para agilizar remessas em aduanas, obter permissões obrigatórias ou adequada proteção de força policial.³¹

Para que seja configurado o delito, é preciso ainda que a conduta preencha outros requisitos, tais como, que o sujeito ativo tenha se valido de correio ou qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual³², afim de que se possa constatar o elemento de territorialidade. O segundo se refere ao atuar com o *animus* de cometer suborno (*corruptly*). Apesar de a exigência aparentar ser demasiado genérica, tem-se entendido que a conduta deve se mostrar contrária ao Direito do país ao qual o funcionário público estrangeiro exerce suas funções. Significa dizer que, caso o ordenamento jurídico interno do país estrangeiro não contemple esse ilícito, não haverá delito.³³

Outra exigência gira em torno da oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro ou a dação, doação, promessa de doação ou autorização de doação de qualquer item que possa ser mensurado financeiramente, isto é, tenha valor econômico.³⁴

Por fim, a lei exige que o sujeito ativo tenha conhecimento de que o pagamento da quantia indevida tenha por escopo influenciar ou induzir qualquer ato ou decisão do funcionário público estrangeiro para agir no exercício de suas funções, atuar ou abster-se de praticar algo, violando seus deveres funcionais.³⁵

Apesar de representar um grande avanço no sentido de proteger a concorrência leal nas transações comerciais internacionais, sobretudo por se tratar de coibir práticas de corrupção ativa de nacionais da maior potencia mundial, não faltaram argumentos contrários às restrições legais da FCPA.

Dentre as ácidas criticas a lei, vale citar a questionável desvantagem na concorrência entre empresas submetidas à FCPA e adversárias livres das exigências legais. Outro argumento seria o de que a corrupção transnacional deveria ser de responsabilidade apenas

³¹ *Foreign Corrupt Practices Act* USC 78 dd-2, (h) (4) (A).

³² *Foreign Corrupt Practices Act* USC 78 dd-2, (h) (5):

“(5) O termo "comércio interestadual" significa intercâmbio, comércio, transporte ou comunicação entre vários Estados ou entre um país estrangeiro e qualquer Estado, ou entre qualquer Estado e um lugar ou navio qualquer fora do mesmo, e tal termo inclui o uso intra-estadual de –
(A) um telefone ou outro meio de comunicação interestadual, ou
(B) qualquer outro organismo governamental interestadual.”

³³ BENITO SÁNCHEZ, op. cit., p. 60.

³⁴ *Foreign Corrupt Practices Act* USC 78 dd-2, (a).

³⁵ *Foreign Corrupt Practices Act* USC 78 dd-2, (a) (1) (A) e (B).

dos países cujos funcionários públicos aceitassem suborno. Contudo, com o passar dos anos, as empresas que adentram na concorrência por mercados internacionais vêm compreendendo a importância de tal medida, e constatando que resta plenamente justificada.

1.4.2 Grupo de Ação Financeira – GAFI/FATF

Criado no ano 1989, o Grupo de Ação Financeira, mais conhecido pelas siglas GAFI e/ou FATF³⁶, passou a ser o principal órgão no sistema internacional antilavagem de dinheiro. Trata-se de uma iniciativa do G-7³⁷, grupo dos sete países mais industrializados do mundo, que, através de uma organização intergovernamental, com sede em Paris, visa estabelecer padrões, desenvolver e promover políticas de combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

Atualmente, o Grupo conta com trinta e quatro países membros³⁸, além de diversas organizações internacionais que acompanham seus trabalhos. Seus membros editaram as Quarenta Recomendações, que versam sobre a Lavagem de Dinheiro, e as Nove Recomendações Especiais, que tratam da matéria de financiamento ao terrorismo.

No que tange ao tema objeto de estudo, talvez a disposição mais importante das Recomendações do GAFI seja a maior cautela dispensada às negociações estabelecidas entre *Politically Exposed Persons* (PEP's).

Segundo as Quarenta Recomendações do GAFI, essa categoria compreende indivíduos a quem estão ou foram conferidas funções públicas proeminentes num país estrangeiro, como por exemplo, Chefe de Estado ou de Governo, altos quadros políticos, altos cargos governamentais, judiciais, ou militares, altos quadros de empresas públicas e funcionários importantes de partidos políticos³⁹. Trata-se de definição abrangente, na medida em que enquadra não apenas detentores ou ex-detentores de funções públicas de alto nível de países

³⁶ *Financial Action Task Force*.

³⁷ Estados Unidos da América, Alemanha, Inglaterra, Japão, Itália, França, Espanha e Rússia.

³⁸ Disponível em: <<http://gtld.pgr.mpf.mp.br/gtld/lavagem-de-dinheiro/gafi>>, último acesso em 02 de julho de 2013. 18:09:30.

³⁹ Para o referido documento, as relações negociais com membros da família, ou pessoas muito próximas dos politicamente expostos, envolvem riscos de reputação idênticos aos daquelas pessoas ocupantes de alto cargo.

estrangeiros, como também altos funcionários do Judiciário, militares, membros destacados de partidos políticos e como altos executivos de empresas estatais.

Se voltarmos nossos olhos para o cenário europeu constataremos que não é novidade a preocupação com as PEP's. Desde a Diretiva 2005/60/CE, vem-se aplicando todas as medidas de vigilância sobre as pessoas politicamente expostas a nível interno, bem como as politicamente expostas que advenham de outros países que não façam parte da União Européia. Curiosamente, as PEP's estão sendo, ainda, objeto de atenção em casos diversos da prática de Lavagem.

A União Européia, através da Diretiva 2011/37/PESC, de 28 de fevereiro de 2011, ao manifestar sua reprovabilidade frente às violações ao Direito Internacional, bem como violações graves dos Direitos Humanos na Líbia, determinou a implementação de medidas restritivas em face de qualquer pessoa, singular ou coletiva, entidade ou órgão deste Estado⁴⁰. Mais do que isso, a referida Diretiva, além de impor diversas restrições a essas pessoas, ao final de seu instrumento, lista nomes das pessoas físicas, número de passaportes, data de nascimento, cargos e motivos que julga ser suficiente, não apenas para frustrar qualquer negociação que se tente realizar na União Européia como também para congelar todos os fundos, ativos financeiros e recursos econômicos que sejam propriedade dos indivíduos destacados e se encontrem em instituições financeiras na Europa.

Ao longo da presente dissertação, justamente em função de seu objeto, será analisada a multiplicidade de medidas que vêm sendo ou estão em vias de implementação a nível interno, em razão dos compromissos assumidos e da constatação da importância do trato diferenciado dessas personalidades.

⁴⁰ “Artigo 6º, da Diretiva 2011/37/PESC:

1. São congelados todos os fundos, outros ativos financeiros e recursos econômicos que sejam propriedade ou se encontrem, direta ou indiretamente, sob controle de:

a) Pessoas e entidades constantes da lista do Anexo II da Resolução 1970 (2011) do CSNU, e outras pessoas e entidades designadas pelo Conselho de Segurança ou pelo Comitê em conformidade com o ponto 22 da Resolução 1970 (2011) do CSNU, ou pessoas ou entidades que atuem em seu nome ou às suas ordens, ou entidades que sejam propriedade ou se encontrem sob controle das mesmas, constantes da lista do Anexo III;

b) Pessoas não abrangidas pelo Anexo III que tenham, enquanto participantes ou cúmplices, ordenado, controlado ou dirigido a prática de graves violações dos direitos humanos contra pessoas na Líbia, designadamente planeando, comandando, ordenando ou conduzindo, enquanto participantes ou cúmplices, ataques, em violação do direito internacional, incluindo bombardeamentos aéreos, contra populações ou instalações civis, ou por pessoas ou entidades atuando em seu nome ou sob a sua direção, ou por entidades que sejam propriedade ou se encontrem sob controle das mesmas, constantes da lista do Anexo IV.

[...]”

1. 4.3 Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos

A Convenção Interamericana contra a Corrupção é a iniciativa pioneira, vinculante e supranacional, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, para fazer frente ao ilícito em epígrafe⁴¹. Composta por vinte e oito artigos, a presente convenção visa coibir práticas corruptas, tanto no campo preventivo quanto repressivo, trazendo como seu elemento central o combate ao suborno transnacional, ilícito este até então previsto apenas na *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA).

Sob a perspectiva preventiva, o supracitado instrumento internacional incentiva os Estados Partes a adotarem uma série de medidas de combate às práticas corruptas, tais como a utilização de sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas, a implementação de mecanismos que mantenham registros minuciosos de sociedades mercantis e outros tipos de associações, de maneira que venham a refletir com exatidão a aquisição e alienação de ativos e, talvez mais significativa, a adoção de medidas profiláticas que levem em consideração a relação entre uma remuneração equitativa e a probidade no serviço público, uma vez que em muitos dos casos um dos elementos que compõe a motivação para a prática do ilícito advém da avaliação por parte do funcionário público do que auferir, a título de subsídios e o que poderia captar se atuasse em sua função às margens da legalidade.

No bojo das previsões de tipificação de práticas corruptas ali destacadas, é possível constatar diferentes níveis de força obrigatória, para a implementação de seus preceitos no ordenamento jurídico interno do Estado signatário. O primeiro deles, sob os arts. VI e VII, exige uma maior força obrigatória. Já os arts. VIII e IX possuem uma menor força obrigatória, haja vista a existência de cláusulas de salvaguarda, que têm por escopo sujeitar os dispositivos à Constituição e aos princípios fundamentais de direito interno do país signatário.⁴²

O art. VI tipifica as práticas de corrupção passiva (art. VI.1.a) e ativa (art. VI.1.b), segundo a perspectiva clássica do fenômeno. Ainda sob o mesmo tipo encontra-se a

⁴¹ No Brasil, ela foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

⁴² BENITO SÁNCHEZ, op. cit., p. 65.

tipificação da lavagem de capitais oriundos dessas práticas, bem como o encobrimento dos bens provenientes desses delitos (art. VI.1.d).

Com vistas a promover a incorporação do dispositivo no ordenamento jurídico interno dos Estados signatários, o art. VII dispõe acerca da necessidade de implantação de medidas legislativas ou de outra natureza que mostrem ser pertinentes àquelas Partes que não tenham adequado sua legislação à linha da convenção.

A contrario sensu, os artigos VIII e IX da Convenção, em função da cláusula de salvaguarda, consideram a Carta Maior, bem como os princípios fundamentais da legislação interna do país signatário, como elementos norteadores para a incorporação dos delitos de suborno transnacional⁴³ e enriquecimento ilícito⁴⁴.

Como se verá mais adiante, o Brasil, com vistas a adequar sua legislação interna aos diversos compromissos internacionais firmados, editou a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, responsável pela inserção do Capítulo II-A sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, ao Título XI do Código Penal, tipificando, entre outros, o art. 337-B do Código Penal, corrupção ativa em transação comercial internacional.

No que tange ao enriquecimento ilícito, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei elaborado pelo Conselho da Transparência, em 30 de junho de 2005, bem como o anteprojeto do Código Penal criminalizando o enriquecimento ilícito. Atualmente, tal conduta constitui ato de improbidade administrativa, previsto na Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992, importando ao autor da infração administrativa a penalidade de “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda

⁴³ “Artigo VIII.

Suborno transnacional

Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte proibirá e punirá o oferecimento ou outorga, por parte de seus cidadãos, pessoas que tenham residência habitual em seu território e empresas domiciliadas no mesmo, a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca da realização ou omissão, por esse funcionário, de qualquer ato no exercício de suas funções públicas relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial.

Entre os Estados Partes que tenham tipificado o delito de suborno transnacional, este será considerado um ato de corrupção para os propósitos desta Convenção.

O Estado Parte que não tenha tipificado o suborno transnacional prestará a assistência e cooperação previstas nesta Convenção relativamente a este delito, na medida em que o permitirem as suas leis.”

⁴⁴ “Artigo IX

Enriquecimento ilícito

Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.”

da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos”.⁴⁵

1.4.4 A Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais

Firmada pelo Brasil em 17 de dezembro de 1997, ratificada através do Decreto Legislativo nº. 125, de 14 de junho de 2000 e promulgada sob o Decreto nº. 3.678 de 30 de novembro de 2000, a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em dezembro de 1997, foi o fruto de uma longa trajetória de trabalhos de combate à corrupção iniciada, em 1976, pelo Conselho da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento.

Trata-se de resposta internacional frente aos impactos lesivos que as práticas corruptas de funcionários públicos estrangeiros podem gerar no comércio e o investimento exterior, uma vez que além de abalar a boa governança e o desenvolvimento econômico, distorcem, consideravelmente, as condições internacionais de competitividade.

À semelhança da Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos, ao firmar esta Convenção da OCDE, o Brasil se compromete a sancionar os acusados de corromper funcionários públicos estrangeiros, inclusive funcionários de Estados não membros da Convenção, com fins de obter ou manter contratos comerciais, no âmbito internacional.⁴⁶

Na esteira da presente convenção, entende-se por corrupção de funcionários públicos estrangeiros (art. 1º) o ato intencional de “oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a

⁴⁵ Art. 12, inciso I, da Lei nº. 8.429 de 2 de junho de 1992.

⁴⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.. *La Corrupción en un mundo globalizado: Análisis Interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004. P.255.

omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais”.

Interessante destacar que restarão excluídos do âmbito da convenção todos aqueles casos em que envolvam o pagamento de quantias, permitidos pela legislação ou jurisprudência do Estado Parte. Contudo, aqueles pagamentos indevidos, admissíveis tão somente por um cariz consuetudinário, ainda que entregues em suposto estado de necessidade, serão considerados delito para fins do instrumento legal em epígrafe.

Na linha da *Foreign Corrupt Practices Act*, a convenção exclui os pagamentos de facilitação do círculo de dação de vantagens indevidas, tipificados no art. 1º da Convenção, desde que não importem em grandes somas de dinheiro.

Entretanto, tal postura parece ter sido revisada, haja vista o teor da Recomendação do Conselho para um maior combate de corrupção de funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, de 26 de novembro de 2009. Conforme o documento destaca, ainda que a título de rotina, essas práticas comportam “efeitos nocivos [...], particularmente para o desenvolvimento econômico sustentável e o estado de direito, que os Países Membros”.⁴⁷

Ainda que sob força obrigatória branda, por subordinar a previsão aos princípios do ordenamento jurídico interno do Estado Parte, o art. 2º do Convênio destaca a necessidade de cada Signatário tomar todas as medidas pertinentes para estabelecer as responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro.

Apesar de parecer controvertida a submissão de alguns preceitos contidos no Convênio de 1997 à legislação interna de cada Signatário, é preciso salientar que o sucesso de sua implementação, na perspectiva do Conselho da OCDE, se encontra exatamente nesse espaço de liberdade que lhes é assegurado. O alvo da Convenção concentra-se na *equivalência funcional* entre as medidas adotadas pelos diferentes Estados, sem que se exija um alinhamento ou troca de princípios fundamentais por parte dos ordenamentos jurídicos internos. Cabe aos Estados Partes a eleição dos mecanismos que melhor lhes aprouver, para

⁴⁷ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/conferenciabrocde/arquivos/Portugues-Recomendacao-OCDE-para-o-Setor-Privado.pdf>. Acesso em: 01/07/2013. 11:02:30.

alcançar as metas que tenha se comprometido, metas essas que serão periodicamente fiscalizadas através de procedimentos de avaliação contínua.⁴⁸

Em face dos compromissos assumidos pela Convenção da OCDE, o Código Penal Brasileiro, através da Lei n.º. 10.467, de 2002, passou a tipificar no artigo 337-B o delito de corrupção ativa em transação comercial internacional, prever no artigo 337-C o delito de tráfico de influência em transação comercial internacional e, conforme mencionado anteriormente definir o conceito de funcionário público no artigo 337-D.

Contudo, a implementação no ordenamento jurídico pátrio da Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas, por atos de corrupção do funcionário público estrangeiro, ainda encontra óbices.⁴⁹

A OCDE, fundada em 1960, sem dúvidas vem desempenhando seu papel de buscar a promoção do desenvolvimento econômico estável. Suas contribuições, apesar de não quedarem isentas de críticas, ocupam grande destaque na manutenção da concorrência leal. E, juntamente com suas Recomendações periódicas, é peça indispensável para a salvaguarda da probidade nas transações comerciais internacionais.

1. 4. 5 As Convenções do Conselho da Europa de Combate à Corrupção de 1999

Apesar de, em regra, limitar-se tão somente ao território Europeu, as Convenções Civil e Penal do Conselho da Europa, em razão do primor na técnica e nas medidas nelas contidas, merecem, ainda que brevemente, serem citadas e, por conseguinte, avaliadas.

No ano de 1994, o Conselho da Europa criou um Grupo Multidisciplinar contra a Corrupção,⁵⁰ encarregado de avaliar medidas a serem adotadas em um futuro programa de ação contra a corrupção, bem como de avaliar a viabilidade de elaborar uma convenção internacional sobre a temática. O Programa de Ação contra a Corrupção foi implementado em

⁴⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, op. cit., p. 255.

⁴⁹ “Artigo 3 (2), da Convenção da OCDE:

Sanções

[...]

2. A corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas. A extensão das penas deverá ser comparável àquela aplicada à corrupção do próprio funcionário público da Parte e, em caso de pessoas físicas, deverá incluir a privação da liberdade por período suficiente a permitir a efetiva assistência jurídica recíproca e a extradição.

[...]”

⁵⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, op. cit., p.255.

1996, pelo Comitê de Ministros, e em sua pauta continha necessidade de elaboração de um convênio na matéria.⁵¹ Após diversos e intensos debates, em 1999, entram em vigor duas convenções, uma em matéria civil⁵² e outra em matéria penal⁵³.

A Convenção Civil do Conselho da Europa⁵⁴, ciente das consequências econômicas negativas da corrupção sobre pessoas, empresas, Estados e organizações internacionais, bem como sobre o correto e leal funcionamento das economias de mercado, buscou prever recursos eficazes para reparar os indivíduos de danos oriundos de práticas corruptas. E, exatamente, por reconhecer a boa contribuição que o Direito Civil pode dar ao combate à corrupção, o Conselho da Europa elaborou a Convenção Civil de 1999.

O artigo 3 da Convenção Civil prevê a necessidade de o Estado Parte dispor em seu direito interno do cabimento de indenização integral às pessoas em função de danos por elas sofridos, resultantes de atos de corrupção, indenização em função de danos patrimoniais, lucros cessantes e até mesmo danos não patrimoniais.

Para que a pessoa, empresa ou organização seja beneficiada pela reparação do injusto é necessária a reunião de três elementos indissociáveis. Em primeiro lugar, é imperioso que o demandado tenha cometido ou autorizado o ato de corrupção ou não tenha tomado as medidas necessárias para impedi-lo. Em seguida, deve-se constatar a existência do dano sofrido pelo lesionado. Por fim, deve-se verificar o nexo causal entre o ato de corrupção e o dano.⁵⁵

A Convenção em matéria civil, entre suas inúmeras inovações no cenário internacional, prevê ainda seu artigo 5º a Responsabilidade Civil do Estado, onde cada Estado Parte deve implementar em seu ordenamento jurídico pátrio procedimentos adequados para condenar o

⁵¹ BENITO SÁNCHEZ, op. cit., p. 101.

⁵² Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/corrupcion/1999-Convenio-civil-sobre-corrupcion.htm>>. Último acesso em 06 de novembro de 2012.

⁵³ Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ce/rar68_2001.html>. Último acesso em 06 de novembro de 2012.

⁵⁴ Convênio realizado em Estrasburgo, na data de 04 de novembro de 1999. Em função de inúmeras postergações na assunção do compromisso, a Convenção Civil do Conselho da Europa entrou em vigor geral somente em 1º de novembro de 2003.

⁵⁵ “Artículo 4 del Convenio Civil sobre la Corrupción.

Responsabilidad.

1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno que deberán reunirse las siguientes condiciones para que pueda indemnizarse el daño:

- I. que el demandado haya cometido o autorizado el acto de corrupción, o no haya tomado las medidas adecuadas para impedir el acto de corrupción;
- II. que el demandante haya sufrido un daño; y
- III. que exista nexo de causalidad entre el acto de corrupción y el daño.

2. Cada parte dispondrá en su derecho interno que, en caso de que varios demandados sean responsables de daños resultantes del mismo acto de corrupción, éstos serán responsables solidariamente.”

Estado à indenização caso os danos sofridos pelo lesionado tenham sido originados de agentes públicos no exercício de suas atribuições.

Em contrapartida, a Convenção Penal do Conselho da Europa busca uma política penal comum no âmbito dos Estados membros do bloco, através da adoção de medidas legislativas e preventivas adequadas. Apesar de prever o direito de reserva de algumas condutas ali descritas⁵⁶, o referido documento é o único instrumento internacional que prevê taxativamente diversas modalidades de corrupção. São elas: a corrupção ativa e passiva de agentes públicos nacionais,⁵⁷ de membros das assembleias públicas nacionais e estrangeiras,⁵⁸ de agentes públicos estrangeiros,⁵⁹ ativa e passiva no setor privado,⁶⁰ de funcionários de organizações internacionais,⁶¹ de membros de assembleias parlamentares internacionais,⁶² bem como de juízes e funcionários de tribunais internacionais.⁶³

Além das diversas espécies de corrupção, a supracitada convenção prevê a lavagem de produtos oriundos desses delitos, bem como condutas geralmente conexas às “corrupções”, desde infrações contabilísticas até o tráfico de influências.

Vale destacar que tanto a Convenção Civil quanto a Convenção Penal do Conselho da Europa não limitam sua adesão apenas aos países membros da União Europeia. O artigo 16 e o artigo 33 dos respectivos convênios prevêem a possibilidade de qualquer Estado que não pertença ao Conselho aderir aos instrumentos internacionais em epígrafe, desde que, após consulta aos Estados Contratantes da Convenção, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa o convide para aderir às convenções, por decisão tomada pela maioria prevista na alínea d) do artigo 20.º do Estatuto do Conselho da Europa e por unanimidade de votos dos representantes dos Estados Contratantes com assento no Comitê dos Ministros.

⁵⁶ “Artigo 37º, da Convenção Penal sobre a Corrupção.

Reservas

1 - Qualquer Estado pode, no momento da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, declarar que não considerará como infrações penais, total ou parcialmente, nos termos do seu direito interno, as práticas referidas nos artigos 4.º, 6.º a 8.º, 10.º e 12.º, bem como as infrações de corrupção passiva previstas no artigo 5º.

[...]”

⁵⁷ Artigo 2º e 3º, da Convenção Penal sobre a Corrupção.

⁵⁸ Artigo 4º e 6º, da Convenção Penal sobre a Corrupção.

⁵⁹ Artigo 5º, da Convenção Penal sobre a Corrupção.

⁶⁰ Artigo 7º e 8º, da Convenção Penal sobre a Corrupção.

⁶¹ Artigo 9º, da Convenção Penal sobre a Corrupção.

⁶² Artigo 10º, da Convenção Penal sobre a Corrupção.

⁶³ Artigo 11, da Convenção Penal sobre a Corrupção.

O objetivo destes instrumentos é justamente promover uma maior cooperação entre os países do bloco e os demais que deles participarem, através do incentivo a uma uniformização legislativa, intercâmbios de provas e facilitação na recuperação dos produtos oriundos dos crimes por elas tipificados.

1. 4. 6 A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional

Com a rápida especialização e propagação das organizações criminosas no cenário mundial, o impacto lesivo de suas atuações frente ao processo de desenvolvimento interno de cada país, a lesão às liberdades fundamentais e o fracasso de iniciativas unilaterais no tratamento dessa criminalidade organizada, os Estados e entidades internacionais passaram a se mobilizar e a agregar esforços na busca de uma solução no cenário que passava a se compor.

Marcadamente conhecida por sua iniciativa pioneira no combate ao tráfico de entorpecentes, através da elaboração da Convenção de Viena de 1988, a Organização das Nações Unidas inicia o desenvolvimento de estudos acerca da delinquência organizada, desvinculada do objeto precípua de seu primeiro instrumento internacional.

Em 15 de novembro de 2000, a ONU aprovou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, em Palermo. Na conferência realizada entre os dias 12 e 15 de dezembro de 2000, a Organização das Nações Unidas oportunizou a assinatura do instrumento a todos os Estados. Contudo, sua entrada em vigor internacional somente se deu em 29 de setembro de 2003.

Em razão do procedimento de internalização de instrumentos internacionais, a Convenção de Palermo⁶⁴ passou a vigorar no Brasil apenas em 28 de fevereiro de 2004, após a aprovação do Congresso Nacional e o depósito do documento de ratificação junto à Secretaria Geral da ONU⁶⁵.

A supracitada Convenção, no âmbito da criminalidade organizada transnacional, passa a definir alguns delitos como infrações principais. Dentre estes, o documento estabelece a definição de participação em um grupo organizado criminoso (artigo 5º), lavagem de ativos,

⁶⁴ A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional é comumente conhecida como Convenção de Palermo, em razão da firma desta ter se dado na referida cidade Siciliana.

⁶⁵ Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º. 231, de 29/0/2003, promulgada pelo Decreto n.º. 5.015, de 12/03/2004, DOU 15/03/2004, Seção 1.

decorrente dos crimes previstos nos artigos 5º, 8º e 23 (artigo 6º) e corrupção (artigo 8º). Em relação à corrupção, este último dispositivo passa a conceituá-la como a atuação intencional do indivíduo ao “prometer, oferecer ou conceder a um agente público, direta ou indiretamente, um benefício indevido, em seu proveito próprio ou de outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais”.

Interessante notar que a Convenção de Palermo, no art. 8 (4), abarca na definição de funcionário público qualquer pessoa que venha a prestar um serviço público, respeitada a aceção dada a este termo pelo direito interno e aplicada pelo Direito Penal do Estado Parte em que a pessoa em causa exerce essa função. Este dispositivo é significativo, na medida em que alguns países não abrangem no conceito de funcionário público àqueles que exercem funções típicas da Administração Pública através de empresas terceirizadas. Tal definição permite a aplicação das normas de combate à corrupção em relação aos demais indivíduos que exerçam atividades públicas, hábeis a promover a prática de atos tão ou mais desastrosos que os funcionários que exerçam atividades diretamente vinculadas à Administração.

No tocante ao conceito de funcionário público para efeitos penais no Brasil, este se encontra inserido no Capítulo II-A do Título XI do CP⁶⁶, em decorrência da Lei n.º 10.467/2002, possivelmente criado sob a inspiração da *Foreign Corrupt Practices Act*⁶⁷ (FCPA).⁶⁸

A referida Convenção possui um duplo caráter. O primeiro deles de cunho preventivo, por prever a adoção de medidas eficazes de ordem legislativa, administrativa ou qualquer outro meio, seja através da elaboração e promoção de projetos nacionais, promoção de

⁶⁶ “Art. 327 do Código Penal Brasileiro: Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”

⁶⁷ A Lei contra Práticas de Corrupção no Exterior (FCPA, na sigla em inglês), Lei 95-213, de 19/12/77, dos EUA, tem por objetivo impor uma intensa regulamentação e fiscalização sobre empresas americanas, cidadãos nacionais ou residentes nos Estados Unidos, qualquer corporação, parceria, associação, sociedade por ações, organização sem personalidade jurídica, ou unipessoal que tenha sua sede nos Estados Unidos, negociadores estrangeiros que estejam mantendo negócios nos Estados Unidos, como forma de coibir a corrupção através de negociações com funcionários públicos estrangeiros, partidos políticos estrangeiros, candidatos a cargos políticos estrangeiros.

⁶⁸ PITOMBO, Antônio Sérgio A. *Lavagem de Dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Pág. 64.

melhores práticas e políticas para prevenir a criminalidade organizada transnacional ou elaboração de códigos de conduta para determinadas profissões, em particular para advogados, notários públicos, assessores fiscais e contadores.⁶⁹ Possui o viés repressivo, na medida em que trata, respeitadas as disposições do Estado Signatário, de uma articulada assistência judiciária recíproca dos Estados, no que tange às investigações, processos e atuações judiciais relacionados à matéria, a adoção de vigilância eletrônica, entrega vigiada, dentre outras que se considerem necessárias.⁷⁰

Mais do que um instrumento de combate às organizações criminosas, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional reconhece o vínculo indissolúvel entre atuação da criminalidade organizada e a delinquência econômica à corrupção, na medida em que, geralmente, a existência das duas primeiras se dá em função da última.

1. 4. 7 A Convenção da União Africana para Prevenir e Combater a Corrupção

Aprovada pelos Chefes de Estado e Governo da União Africana⁷¹, em 12 de julho de 2003, a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção é, sem dúvidas, um instrumento singular.

Resultado de uma incessante busca por melhores condições de vida, proteção aos direitos do homem e dos povos, consolidação das instituições e cultura democráticas e asseguramento da boa governação, do Estado de Direito, a União Africana buscou elaborar um instrumento internacional, hábil a promover os direitos sociais e a concorrência leal em seus mercados, tudo em consonância com o disposto na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e nos demais compromissos internacionais de tutela de Direitos Humanos.

Ao longo do artigo 4º, a Convenção elenca as condutas consideradas como atos de corrupção, bem como suas infrações relacionadas. Dentre elas encontra-se a corrupção passiva, corrupção ativa, peculato na modalidade desvio, corrupção no setor privado, tráfico de influências e lavagem dos ativos oriundos dos ilícitos previstos no referido instrumento internacional.

⁶⁹ Artigo 31 (b), da Convenção de Palermo.

⁷⁰ Artigo 20, da Convenção de Palermo.

⁷¹ Vale destacar que o bloco é composto por todos os países do continente, a exceção do Marrocos.

Dentre as medidas preventivas, a Convenção busca estimular nos Estados membros a iniciativa para implementação de mecanismos que promovam a educação social à respeito da coisa pública, criar a sensibilização à luta contra a corrupção e as infrações relacionadas, até mesmo inculcando nas crianças tal conscientização, através de os programas escolares e a promoção de um ambiente propício para o respeito da ética.

Outro importante compromisso assumido pelos Estados Partes, implementado hoje no Brasil, é a exigência de declaração de bens e recursos por parte dos funcionários públicos no momento da assunção de suas funções no serviço público, durante o seu exercício e em seu término. Tal medida torna-se expressiva, notadamente, nos casos em que o Estado prevê o tipo do enriquecimento ilícito, também objeto da Convenção.

No que concerne ao setor privado, além do comprometimento na adoção de mecanismos de combate à corrupção, na esteira das previsões do instrumento, os Estados Partes devem estimular a participação dos atores deste setor na luta contra a concorrência desleal, bem como no asseguramento do respeito nos contratos e os direitos de propriedade.

Não atuando de forma diversa aos demais instrumentos internacionais de combate à corrupção, todos os bens ou proventos oriundos dos crimes previstos na convenção deverão ser confiscados pelo Estado Parte, ainda que o ato de corrupção não tenha ali sido praticado.

Com fins a garantir a observância deste documento internacional, recolher dados sobre os níveis de corrupção no âmbito da União Africana, a convenção, em seu artigo 22º, impôs a criação de um Órgão Consultivo sobre a Corrupção, a ser criado no seio da União Africana. Composto por onze membros eleitos pelo Conselho Executivo, reputados pela sua mais elevada integridade e imparcialidade, e reconhecida competência em matérias relativas à Prevenção e Combate à Corrupção, tal órgão tem, dentre suas atribuições, a tarefa ímpar de aconselhar os governos dos Estados Partes sobre as melhores formas de combater o fenômeno delitivo.

Poucos meses após o início da adoção de tal iniciativa, surge a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, instrumento internacional de maior alcance já implementado, abarcado muitos dos países africanos submetidos àquela iniciativa.

1. 4. 8 A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil, em 09 de dezembro 2003⁷², na pessoa do à época Ministro do Controle e da Transparência, Waldir Pires, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁷³ é referência, senão o instrumento internacional mais importante que versa sobre a temática.

A presente convenção demonstra seu peso ao obter a ratificação de cento e vinte e oito países⁷⁴. Trata-se de um reflexo do reconhecimento por parte dos Estados Partes de que a corrupção tornou-se um fenômeno transnacional, agravado pela vinculação a outras formas de delinquência, pela interpenetração em diversos setores da sociedade, hábil a comprometer recursos estatais, ameaçar a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável da sociedade.⁷⁵

A presente convenção, em seu Capítulo 2, de maneira acertada, dispõe acerca de medidas preventivas de combate a corrupção. Dentre elas vale citar o estabelecimentos de medidas que viabilizem a promoção da participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como as sociedades civis, as organizações não governamentais e organizações com base na comunidade, na luta contra a corrupção, manifestação essa que merece toda a reverência por se tratar estímulo a sensibilização da opinião pública no que tange à existência, às causas e à gravidade das práticas corruptas, assim como a ameaça que esta representa. O instrumento prevê ainda a necessidade de avaliação periodicamente dos instrumentos jurídicos e das medidas administrativas para combater a corrupção e a garantia de existência de um ou mais órgãos, encarregados de prevenir práticas corruptas com medidas de supervisão e coordenação da prática das políticas previstas no art. 5º da Convenção, aumento e difusão de conhecimentos em matéria de prevenção da corrupção, dentre outras.

No que tange as medidas repressivas, o referido documento prevê que cada Estado Signatário deverá adotar, respeitada a sua legislação interna, ações não apenas relacionadas à conversão, transferência de bens, ocultação, dissimulação, posse ou utilização de bens, como

⁷² Em virtude da abertura de assinaturas desta convenção a todos Estados ter se iniciado no dia 09 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, México, em 09 de dezembro passou-se a comemorar o Dia Internacional de Luta contra a Corrupção em todo o mundo.

⁷³ Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º. 348, de 18/05/2005, ratificada em 15/06/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial n.º. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

⁷⁴ Dados coletados pela UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime até a data de 19 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>>. Último acesso em 02/11/2012.

⁷⁵ Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/brazil/ConvONUcorrup_port.pdf>. Último acesso em 06/11/2012.

também qualquer tipo de auxílio às pessoas envolvidas na prática da corrupção, seja através de associação, confabulação para o cometimento do crime, ajuda, incitação, facilitação e o assessoramento com vistas à sua prática, chegando até mesmo a prever a necessidade de repressão à tentativa destas formas destas condutas.

Outro ponto que merece destaque está relacionado à preocupação do supracitado instrumento legislativo com a fiscalização no setor particular, com vistas a combater a nova modalidade de corrupção, de natureza privada. O art. 12 da Convenção de Mérida estimula os Estados Signatários a adotarem ações aptas a prevenir a corrupção através da fiscalização e implementação normas contábeis e auditoria minuciosas junto a entidades privadas, estabelecendo sanções civis, administrativas ou penais, eficazes, proporcionais, em face de empresas que não cumpram as medidas neste dispositivo elencadas, se incorporadas pelos Estados Partes.

A Convenção de Mérida propõe aos Estados Partes a adoção mecanismos legislativos que tenham por escopo qualificar como delito o suborno no setor privado. Conforme se poderá observar posteriormente⁷⁶, no Brasil, a Lei nº. 9.279/96, ao tratar de matérias atinentes à propriedade industrial, previu a corrupção ativa e passiva no setor privado⁷⁷, guardando estreita relação com o artigo 21 da convenção, na medida em que naquela busca-se tutelar a concorrência de mercado, enquanto esta, sob maior abrangência, visa o asseguramento da isonomia nas atividades econômicas, financeiras e comerciais.

Como seu princípio basilar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção trás a recuperação de ativos oriundos de práticas corruptas. Sob o capítulo 5, Recuperação de Ativos, a partir do artigo 51 em diante, o instrumento internacional estipula a adoção de medidas hábeis a facultar a seus tribunais a imposição, àqueles que tenham praticado as ações típicas previstas na convenção, de indenização ou ressarcimento aos cofres públicos por danos e prejuízos ao outro Estado Parte que tenha sido lesados.

⁷⁶ Vide Capítulo V.

⁷⁷ “Art. 195:

[...]

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador

[...]

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

[...]”

No que se refere à restituição de ativos, a letra *c* do supracitado dispositivo afirma a necessidade de os Estados Partes criarem medidas que permitam a seus tribunais ou suas autoridades competentes, quando devam impor o confisco, que reconheçam o legítimo direito de propriedade de outro Estado Parte, lesionado pela prática de um dos delitos qualificados na presente Convenção, desde que levado em conta os direitos de terceiros de boa-fé.

Com esta Convenção, deu-se um notável avanço no âmbito da cooperação internacional, pois os Estados Partes, através de suas adesões, comprometeram-se a facilitar e agilizar o compartilhamento de material probatório e evidências para instrução de processos judiciais, além de promover maior apoio ao rastreamento e o confisco de ativos obtidos por meio da corrupção.

1. 4. 9 Transparency International

A *Transparency International* é uma organização não governamental internacional, que tem por objetivo combater a corrupção internacional. Concentra-se nas práticas de corrupção de grande magnitude, na medida em que, nas palavras de Eigen, “afecta a los países em desarrollo”.⁷⁸

Trata-se de iniciativa promovida através de uma organização sem fins lucrativos, criada no ano de 1993, e presente em mais de cem países. O movimento tem por escopo estimular a sociedade à participação ativa no combate à corrupção. A ONG, apesar de não focar em casos individuais de corrupção, tem desenvolvido um papel crucial na contribuição na elaboração de convenções internacionais de combate à práticas corruptas, no julgamento de líderes corruptos, nas apreensões de suas riquezas ilicitamente obtidas, dentre outras.⁷⁹

Hoje a *Transparency* conta com a parceria de governos, empresas e sociedades civis para implementar medidas eficazes para o exercício de suas atividades. E, para manter sua neutralidade política, mostram-se apolíticos e primam pela independência, não admitindo qualquer tipo de doação de cunho eminentemente político. De maneira a garantir o crédito de suas funções, disponibilizam abertamente todas suas fontes de financiamento e despesas ao público em geral.

⁷⁸ EIGEN, Peter. La creación de coaliciones para generar “islas de integridad”. *Pena y Estado: Revista latinoamericana de política criminal*. Buenos Aires, v. 1, n. 1, 1995. P. 241.

⁷⁹ Para maiores informações, vide o sítio eletrônico da ONG: <http://www.transparency.org/>. 02/07/13. 21:50:30.

Dentre os princípios norteadores das atividades da ONG encontram-se o trabalho conjunto com todos os indivíduos, grupos, corporações e organizações, com os governos e organismos internacionais empenhados na luta contra a corrupção, sujeitos apenas às políticas e prioridades definidas pelos seus órgãos.

Seus trabalhos são marcadamente conhecidos, em razão da maciça divulgação dos Índices de Percepção de Corrupção (IPC), baseados em pesquisas acerca do nível de práticas corruptas em determinado país, a partir da perspectiva de empresários e analistas ali localizados⁸⁰, das publicações que avaliam atos de corrupção sob as mais variadas atividades⁸¹, bem como da iniciativa em criar pactos anticorrupção, ou segundo a terminologia adotada, “ilhas de integridade” ou “pacto anti-suborno (ABP)” entre empresas e governos. A título de exemplo, vale citar a exitosa iniciativa da TI, no ano de 1993, em implementar esse último mecanismo no setor energético do Equador. Através de um compromisso firmado por escrito, grandes corporações e o governo comprometeram-se, dentre outras questões, a respeitar as leis do país e não oferecer ou pagar qualquer tipo de suborno a funcionários públicos, direta ou indiretamente.⁸²

O elemento essencial dos programas nacionais da ONG tem sido a criação de grupos de cidadãos ativos, engajados, mobilizados a acompanhar, com apoio independente, as estratégias anticorrupção de seus respectivos governos. Seu objetivo é traduzir os conceitos e estratégias internacionais da TI, conforme as realidades concretas e viáveis de seus Estados.⁸³

Até o presente momento, apresentou-se um panorama, ainda que breve, de diferentes iniciativas de combate à corrupção, sejam através de resposta normativa unilateral, grupos de combate à corrupção ou instrumentos multilaterais. Apesar de alguns desses instrumentos não serem adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, em função dos limites de competência territorial, mostrou-se imprescindível tecer considerações acerca de suas disposições, haja vista a riqueza técnico-normativa que nelas se encontram. Tratam-se, em verdade, de referencial ao legislador interno brasileiro, afim de que possa estabelecer parâmetros no momento da elaboração de medidas mais eficazes de combate à corrupção.

Contudo, para o êxito dos mecanismos de combate a tal mazela, sobretudo diante das peculiaridades que o fenômeno criminoso apresenta, além da avaliação das iniciativas

⁸⁰ Disponível em: <http://www.transparency.org/country>. Acesso em: 04/07/2013. 00:12:30.

⁸¹ Disponível em: <http://www.transparency.org/whatwedo/publications>. Acesso em: 04/07/2013. 00:12:30.

⁸² EIGEN, op. cit., p. 243.

⁸³ Idem. P. 242.

internacionais, torna-se imperiosa a análise dos fatores que impulsionam o indivíduo a prática delitiva. Desta feita, o capítulo que se segue efetuará uma digressão acerca das teorias criminológicas que versam sobre a corrupção, dando ênfase, em razão do objeto da dissertação, a importância do elemento “oportunidade” no sopesamento do realizar ou não o ilícito em epígrafe.

2 ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

2.1 Considerações Introdutórias

Diversos estudos no âmbito da Criminologia e até mesmo da Psicologia tentam explicar as causas e consequências da delinquência. A escola positiva italiana, por exemplo, cujos representantes encontravam-se Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, sustentava a delinquência como intrinsecamente vinculada a uma enfermidade ou aberração individual. Em sentido diametralmente oposto, as teorias criminológicas mais recentes, sobretudo as da década de sessenta, como o *labeling approach* e a etnometodologia, foram marcadas pela análise dos sistemas de controle e, conseqüente, afastamento do enfoque na pessoa do delinquente, para justificar a prática do delito.⁸⁴ A criminologia radical, ou criminologia marxista, que se firmou em plena década de 70, representou um desenvolvimento do interacionismo contrário ao da etnometodologia, haja vista aquela criticar a conservação da ordem social opressiva e parecer sustentar uma transformação revolucionária da “sociedade punitiva”.⁸⁵

Nos últimos anos, o objeto de atenção de criminólogos se volta para aspectos de cunho situacional, bem como para as oportunidades a prática do delito, isto é, os fatores que influenciam o delinquente potencial na eleição e decisão da via criminosa.⁸⁶

A partir dessa perspectiva, tentar-se-á analisar os elementos conjunturais, no âmbito criminológico, hábeis a acarretar o estímulo à realização das práticas de corrupção. Para tanto, de fundamental importância parece ser o estudo delineado por Isidoro Blanco Cordero, acerca da confluência entre duas teorias criminológicas norteamericanas, teoria da Eleição Racional e teoria das Atividades Rotineiras, mais conhecida como a teoria da oportunidade.⁸⁷

Para essa última, o delito somente seria praticado caso existisse uma oportunidade. Contudo, avaliar este fator é uma tarefa complexa, dada a subjetividade e generalidade do

⁸⁴ GARRIDO GENOVÉS, Vicente; STANGELAND, Per e REDONDO ILLESCAS, Santiago. *Princípios de Criminologia*, 2ª edição. Valença: Tirant Lo Blanch, 2001. P. 386.

⁸⁵ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. P. 61.

⁸⁶ BLANCO CORDEIRO, Isidoro. La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional. PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (org.). *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad Salamanca, 2004. P. 269.

⁸⁷ A teoria das atividades rotineiras foi desenvolvida por Lawrence E. Cohen e Marcus Felson, em 1979. (GARRIDO GENOVÉS, Vicente; STANGELAND, Per e REDONDO ILLESCAS, Santiago, op. cit., p. 199).

termo. Com o objetivo de solucionar tal óbice, Blanco Cordero relaciona a teoria da Oportunidade à teoria criminológica da Eleição Racional, como já dito acima, situação esta que define o delinquente como um ser dotado de racionalidade.⁸⁸

Cumprido, assim, traçar um debate acerca da perspectiva do autor do delito, em outras palavras, do fator custo/benefício. Procurar-se-á analisar minuciosamente este vínculo teórico, esmiuçando quais são os elementos que conduzem o indivíduo à prática do crime, notadamente da corrupção.

2. 2 A Teoria das Atividades Rotineiras

À primeira vista, se fosse necessário descrever pontualmente os elementos que incitariam o indivíduo a realizar crimes de corrupção, poder-se-iam citar inúmeras questões, tais como o medo do fracasso em determinada transação comercial, a pressão para alcançar uma nova meta após a conquista da anterior, a sede pelo aumento do poder econômico, social ou político, dentre outros.

Apesar de se tratarem de particularidades da personalidade do indivíduo e, muitas vezes, contribuírem para o incentivo ao delito, as duas teorias que a partir desse momento serão analisadas se concentram numa abordagem ampla do fenômeno delitivo objeto da presente e nos mecanismos de controle social.

A primeira delas, teoria das Atividades Rotineiras ou teoria da Oportunidade, elaborada por Cohen e Felson, versa sobre as circunstâncias em que o delinquente realiza o ilícito, ou seja, na organização espaço-temporal das atividades sociais da vida moderna. Seria, na perspectiva dos estudiosos, uma criminalidade motivada por uma espécie de predadorismo.⁸⁹

Segundo essa teoria, o êxito no delito requer, no mínimo, três fatores: o delinquente motivado em realizar o ilícito, alvos adequados e a vulnerabilidade do objeto, seja pessoa ou bem, desde que se manifeste como um objetivo para o infrator, por não ter guardiões capazes de prevenir lesões. A ausência de qualquer um desses elementos, normalmente, será suficiente para prevenir a ocorrência do ilícito. Significa dizer que, a probabilidade de que uma lesão ao bem jurídico ocorra, em qualquer momento e local específico, dependerá de uma “função da

⁸⁸ BLANCO CORDEIRO, op. cit., p. 271; COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus. Social change and crime rate trends: A routine activity approach. *American Sociological Review*, agosto/1979, V. 44. P. 269.

⁸⁹ BLANCO CORDEIRO, op. cit., p. 271. COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus, op. cit., p. 588.

convergência de circunstâncias criminógenas”⁹⁰ entre infratores prováveis e alvos adequados, desprotegidos. Os principais componentes da aptidão do alvo são: o valor, visibilidade, acessibilidade e inércia. Juntos eles implicam em maior risco a práticas criminosas.⁹¹

O valor varia de acordo com a preferência do indivíduo envolvido. A inércia se relaciona ao peso e dimensão do bem. A visibilidade refere-se a sua exposição. O acesso traduz-se como a facilidade de alcance do objeto, tornando mais fácil para os infratores chegar à sua meta.⁹²

As atividades rotineiras avançam na medida em que ocorre um contato ativo com outros indivíduos. E, as oportunidades para o cometimento do crime aparecem no transcurso dessas atividades rotineiras, sendo aproveitadas quando, no meio do caminho, surge alguém disposto a praticar o delito, na ausência de um vigilante.⁹³⁻⁹⁴

É preciso destacar que apesar da indispensabilidade da existência da oportunidade para a realização do crime, seria equivocado imaginar a preexistência da mesma, para sua posterior utilização. Muitas vezes, a posição de confiança, sobretudo a concentração de discricionariedade nas mãos do indivíduo, lhe permite criar novas oportunidades e, caso seja seu objetivo, cometer o delito.

Cohen e Felson, na teoria da atividade rotineira, fazem uma análise ecológica da criminalidade. Segundo esses teóricos, o caráter predatório do ilícito pretende ser mais do que uma metáfora. No contexto de tais violações, pessoas, ganhando e perdendo sustentação, lutam entre si por segurança, propriedade, hegemonia territorial, controle físico e, às vezes para a própria sobrevivência. A interdependência entre delinquentes e vítimas pode ser vista como uma relação predatória funcional entre indivíduos ou diferentes grupos.⁹⁵

⁹⁰ COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus, op. cit., p. 590.

⁹¹ COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus, op. cit., p. 595.

⁹² FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V.. *Opportunity Makes the Thief Practical theory for crimes prevention. Police Research Series, paper 98*. Londres: Research, Development and Statistics, 1998. P. 5.

⁹³ BLANCO CORDEIRO, op. cit., p. 271.

⁹⁴ Para Cláudia Cruz Santos, na esteira do entendimento de Cloward e Ohlin, o surgimento de “oportunidades ilegítimas” explicaria a criminalidade. “[...] o conceito de oportunidades ilegítimas assume um especial interesse na compreensão do comportamento daqueles, que, por força do seu poderio, têm a possibilidade de aceder a posições privilegiadas para infringir a lei com muito proveito e pouco risco. O objectivo cultural ‘acumulação de riqueza’ tornar-se-á, assim, facilmente atingível através de meios ilegítimos para aqueles que têm oportunidades de os utilizar.” 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. 279-280.

⁹⁵ COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus, op. cit., p. 590.

Os dois grupos (infratores/vítimas), para a teoria, podem ser compreendidos sob o contexto do princípio da simbiótica, para melhorar a sua posição, isto é, os delinquentes buscam aumentar a sua eficiência em violações predatórias e as potenciais vítimas organizam sua resistência a essas violações. Em contraposição, estas potenciais vítimas do crime predatório podem tomar medidas evasivas que desviem o estímulo dos infratores de si.⁹⁶

A abordagem da atividade rotineira não serve para explicar todos os delitos. Afirmar sua aplicação generalizada torna-se inadequado, na medida em que a vulnerabilidade do objeto, que segundo a teoria, é um dos fatores basilares para o êxito do crime, empurraria o ônus para a vítima.⁹⁷ Em outras palavras, a vítima tomaria parte na responsabilização pelo fato que lhe sobreveio, o que, p. e., jamais poderia ser mensurado nos delitos de homicídio, estupro, etc.

Contudo, a atividade rotineira torna-se, em princípio, adequada para justificar as causas de corrupção. Blanco Cordero destaca que a aplicação desta abordagem estaria sendo utilizada para explicar o efeito preventivo ou dissuasório do emprego de mecanismos de natureza cível ou para analisar os processos de vitimização.⁹⁸

2. 3 A Teoria da Eleição Racional

Através do trabalho intitulado *Crime and Human Nature*, de 1985, Wilson e Herrnstein elaboraram a chamada teoria criminológica da eleição racional, baseada na utilidade da ofensa criminosa, estudo esse que no mesmo ano, teria sido publicado por Cornish e Clarke. Todos esses autores interpretariam a ação delitiva não como uma reação frente a frustração, como um produto das influências sociais ou de aprendizagem, de hábitos delitivos, mas como resultado de uma eleição racional. Para aquela teoria, o agente atuaria como um “jogador”, avaliando estratégias e jogando sempre em defesa de seus interesses.

Naquele estudo, o fundamental é observar o mundo a partir da perspectiva do agressor ou ofensor. Pretende-se entender como o indivíduo faz escolhas que o levam a praticar o crime, impulsionado por um motivo particular, no bojo de uma conjuntura específica, que lhe oferece oportunidades para satisfação de seus interesses.⁹⁹

⁹⁶ BLANCO CORDEIRO, Isidoro. Op. cit., p. 279-280.

⁹⁷ BLANCO CORDEIRO, Isidoro. Op. cit., p. 273.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V, op. cit., p. 7.

De acordo com esta ideia, ao campo das ciências sociais deveria aplicar-se de maneira sistemática um estreito critério de “racionalidade”, onde tanto a ação humana individual quanto a política ao nível geral, seriam determinadas por cálculos e valorações de custos e benefícios. Sendo assim, otimizar-se-ia a consecução do objetivo a ser perseguido, independentemente de respeito aos princípios éticos como guias de comportamento humano.¹⁰⁰

Com base na teoria da eleição racional, o delinquente, ao cometer o delito, efetuará uma decisão calculada, sopesando, primeiramente, os custos e benefícios percebidos da ação. Estes custos podem envolver não apenas a possibilidade e a gravidade das sanções formais legais, como também a certeza e a severidade das sanções informais, tais como a mácula moral frente a sociedade, a perda de auto-respeito, etc.¹⁰¹ No que tange aos benefícios, estes podem ser de qualquer natureza, econômica, emocional, etc.

A eleição racional, desde sua criação, tem sido amplamente desenvolvida por diversos estudiosos da matéria. Vale mencionar a teoria da eleição racional de crimes corporativos, desenvolvida por Raymond Paternoster e Sally Simpson. Segundo estes autores, a teoria partiria do pressuposto de que a opção do funcionário de uma empresa, para cometer o crime, é influenciada por custos e benefícios percebidos do delito. Dotada de viés subjetivo, a teoria da escolha racional dos crimes corporativos não se pautaria na análise dos custos e benefícios objetivos que a ofensa pode proporcionar à empresa, mas dos custos e benefícios percebidos subjetivamente, ou seja, o que as pessoas acreditam ter a ganhar ou perder pelo cometimento de infrações. Isto, naturalmente, implicaria que a avaliação desta perspectiva deveria partir da perspectiva individual (pessoas como tomadoras de decisão), não organizacional (empresas).¹⁰²

Para esta percepção, existiriam uma gama de desestímulos inclusos no modelo de eleição racional de crime corporativo. Um deles seria de ordem informal. Com base em pesquisas empíricas, Paternoster e Sally Simpson avaliaram que, no sopesamento do custo e benefício na prática de crimes corporativos, os controles informais de conduta se mostravam eficazes. Segundo a pesquisa pelos teóricos desenvolvida, ao avaliar a percepção de constrangimento frente à sociedade, seja sob a perspectiva interna de como o próprio indivíduo se encara após

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally. A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In: CLARKE, Ronald V; FELSON, Marcus (org.). *Routine Activity and rational choice: Advances in Criminological Theory*, 2. ed.. Nova Jersey: Transactions Publishers, 2004.5 v. V. 5. P. 40-41.

¹⁰² Ibid., p. 41.

o cometimento de atos delitivos, ou através de características contextuais da organização empresarial, constatou-se que o código de ética pessoal mostrou ser uma fonte muito importante de inibição. Quando as restrições morais eram altas, as considerações de custo e benefício de crime corporativo eram praticamente pequenas. Quando inibições morais eram menores, os indivíduos eram intimidados por ameaças de sanções formais.¹⁰³

A certeza de punição formal, remete os pretensos infratores a refletir acerca da probabilidade de ser apenado, por diferentes sanções legais, em decorrência do cometimento do delito. Dentre as medidas de ameaças de sanções formais, destacam-se: a chance de ser punido, sendo estes efeitos mais potentes de dissuasão do que uma medida generalizada. E, é com base nesta avaliação pessoal do indivíduo que o modelo da escolha racional de crime corporativo concentra-se no indivíduo, não na organização. Em outras palavras, os tomadores de decisão seriam mais motivados ou desestimulados com os riscos que eles poderiam sofrer do que com aqueles que a organização estaria sujeita. Já a severidade percebida da punição refletiria o custo estimado para o indivíduo, da sanção pertinente ser imposta.¹⁰⁴

Logo, pode-se visualizar que os modelos teóricos de crime corporativo e os esforços na implementação de políticas públicas deveriam englobar instrumentos de ordem formal, vale dizer, a ameaça de pena, e de ordem deontológica, ou seja, apelos à fatores de ordem moral.

2. 4 O ponto de integração entre as duas teorias

Para tratar das causas dos delitos de corrupção, sob a perspectiva da teoria da ação rotineira, é indispensável ultrapassar o entendimento de que a opção por práticas corruptas ocorra frequentemente no marco da rotina diária dos cidadãos comuns. Conforme muito bem salientado por Blanco Cordero, a intensidade dos comportamentos corruptos seriam mais presentes nas rotinas institucionais do Estado do que na rotina diária dos cidadãos.

La forma en la que el Estado se organiza y actua, especialmente en relación con el mercado, tiene una influencia decisiva en la creación de oportunidades de realizar actos corruptos. En este sentido, la actividad rutinaria se percibe en las actuaciones

¹⁰³ PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally. Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime. *Law & Society Review*, Utah, v. 30, n. 3, 1996. P. 568.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 42-43.

de los funcionarios que tienen contacto habitual con empresas y personas que realizan diaria y rutinariamente operaciones en el mercado.¹⁰⁵

A corrupção seria um crime intimamente relacionado a atividades, que têm um valor social positivo. E, a interação entre oportunidades e os custos poderão determinar diferentes níveis de corrupção.¹⁰⁶

Sob essa visão, três seriam os elementos essenciais para o cometimento dos delitos de corrupção: motivação, a oportunidade e a ausência de controles eficazes. Analisar-se-ão partir desse momento, separadamente, cada um desses pontos.

2. 4. 1 Motivação

Conforme mencionado anteriormente, o elemento motivação é dotado de um cunho subjetivo, haja vista variar conforme a perspectiva do indivíduo. Exatamente pelo fato de a corrupção se caracterizar como um problema social, torna-se inviável sustentar a motivação, enquanto objeto variável, como algo exclusivamente individual. De certa maneira, pode-se afirmar que ela se altera de acordo com o ambiente econômico e institucional do país, ou seja, pode ser explicada a partir de uma perspectiva supraindividual. O que importaria dizer que a motivação também seria o produto de influências culturais, sociais, econômicas e políticas.¹⁰⁷

A motivação se vincula a uma perspectiva individual, por não fazer, necessariamente, referência a fatores de cunho patológico. Pode estar relacionada ao estímulo de obtenção de benefícios pessoais, tais como de natureza sexual, desejo de status e poder, etc.¹⁰⁸ Interessante é que essa não é uma ideia distante dos delitos de corrupção, sobretudo porque, na esteira da opção majoritariamente adotada pelos doutrinadores brasileiros, a vantagem indevida, elementar desses crimes, não se restringiria a benesses que representem um valor econômico, podendo abarcar portanto qualquer objeto hábil a estimular o funcionário público a agir de maneira contrária ao exercício de suas funções, *vide* Capítulo 4.

¹⁰⁵ BLANCO CORDERO, op. cit., p. 275.

¹⁰⁶ ADAMOLI, Sabrina, op. cit., p. 66.

¹⁰⁷ BLANCO CORDERO, op. cit., p. 276.

¹⁰⁸ Idem.

Ao se estudar a motivação a partir do modelo da eleição racional, conclui-se que a *motivação* do indivíduo corresponde exatamente ao entendimento de Robert Klitgaard, que destaca ser a corrupção “um crime de cálculo e não de paixão”¹⁰⁹.

Em função da escolha racional, a pessoa, ao avaliar o custo/benefício, elencaria uma série de variáveis, de acordo com as circunstâncias, buscando “maximizar oportunidades e minimizar riscos”. Dentre elas pode-se citar, ao contrário da perspectiva individual, as condições econômicas e sociais, isto é, elementos de natureza estrutural ou supraindividual.¹¹⁰

A propósito, Sabrina Adamoli destaca que os custos calculados pelos criminosos, antes de escolher cometer uma prática corrupta, seriam de dois tipos: objetivo e subjetivo, sendo que o primeiro também pode ser chamado institucional. Dentre os custos englobados por esta escolha racional tem-se os riscos de se submeterem a uma ação penal (riscos de serem identificados, processados e punidos) e os custos de informação decorrente da perda de reputação na comunidade, causada por uma acusação criminal de práticas de corrupção.¹¹¹

Os custos subjetivos seriam mais difíceis de observar, e, conseqüentemente, medir, tendo em vista que se tratam de um juízo interno, em vez de julgamentos institucionais, mas que podem ser igualmente desestimulantes. Seria uma avaliação dos custos de ordem “moral”, isto é, o sopesamento de um sentimento de aversão do indivíduo a fazer algo ilegal.¹¹²

Sob esta ideia, a vontade de praticar a corrupção passaria a depender da cultura ou subcultura, refletora das regras morais, às quais o sujeito partilha. Neste caso, existiria uma atitude de aceitação geral para conduta ilícita, destinada a assegurar o lucro, acarretando a tendência do indivíduo a prática do delito.

Contrario sensu, a motivação a partir da perspectiva supraindividual, encontra-se intimamente relacionada a questões sociais, econômicas, e, por que não dizer, jurídicas.¹¹³ A título ilustrativo dessa última, um delinquente potencial se tornará muito mais propenso ao cometimento do delito se constatado o baixo índice de registros e condenações pelo crime que

¹⁰⁹ KLITGAARD, Robert. Strategies against corruption. In: FORO IBEROAMERICANO SOBRE EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN, 1998, Santa Cruz da Serra. *Agência Espanhola de Cooperação Internacional*. Madrid: Claud, 1998. P. 6.

¹¹⁰ BLANCO CORDEIRO, Isidoro. Op. cit., p. 278.

¹¹¹ ADAMOLI, Sabrina. Op. cit., p. 66.

¹¹² ADAMOLI, Sabrina. Op. cit., p. 66-67.

¹¹³ BLANCO CORDEIRO, Isidoro. Op. cit., p. 278-279.

porventura venha a praticar ou se constatada a facilidade em permanecer ileso, por conta do “cinturão de impunidade”¹¹⁴ que sua função goza.

Geralmente a corrupção, quando analisada sob o prisma dos crimes praticados por funcionários públicos de destaque ou conglomerados empresariais, revela-se extremamente difícil de punir, uma vez que, não raro, é realizada após um minucioso exame de todas as questões legais, sejam elas nacionais ou internacionais. Não bastasse a avaliação meticulosa por parte daqueles que a pratica, subsiste a dificuldade na obtenção de provas materiais e documentais, por parte do Ministério Público, e, quando adquiridas, difíceis de decifrar, requerendo conhecimentos técnicos e muito específicos, que normalmente não são acessíveis a instituição.¹¹⁵

Através de dados colhidos pelo sistema Infodepen, do Ministério da Justiça, pode-se facilmente visualizar a conjuntura interna em números:

GRUPO: CÓDIGO PENAL	TOTAL DE PROCESSOS
Crimes Contra a Pessoa	64.736
Crimes Contra o Patrimônio	267.975
Crimes Contra os Costumes	21.504
Crimes Contra a Paz Pública	9.708
Crimes Contra a Fé Pública	4.709
Crimes Contra a Administração Pública	1.479
Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública	1.224

¹¹⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. GUEIROS SOUZA, Artur de Brito (org.). *Inovações no Direito Penal Econômico*. Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas. Brasília: ESMPU. 2011. P. 138.

¹¹⁵ DELLASOPPA, Emílio. E. Corruption in Brazilian Society: an overview. In: Sarre, R. et al.. *Policing Corruption*. Nova York: Lexington Books, 2005. P. 10-11.

Legislação Específica ¹¹⁶	174.130
Entorpecentes	138.198
Estatuto do Desarmamento	30.438

Fonte: Ministério da Justiça (dez./12).¹¹⁷

Visivelmente, constata-se a discrepância existente entre o número de crimes praticados contra a Administração Pública, sejam eles por funcionários públicos ou particulares. A este fenômeno dar-se-ia o nome de taxa de atrito, abaixo explicado. Pode-se analisar a mencionada taxa a partir da excessiva disparidade entre as condenações judiciais de um grupo de delitos em relação a outro. Tal discrepância poderia ser utilizada como uma espécie de indicador sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal.¹¹⁸

O “atrito” se dá em função tanto da conjuntura em que poderá ser praticado o delito, como dos mecanismos de controle a serem implementados de forma a impedir a sua prática do crime. Quanto maior a eficácia dos mecanismos preventivos e repressores, mais elevada será a taxa de atrito para a prática do delito. Em outras palavras, a intensidade do atrito seria diretamente proporcional ao custo a ser sopesado pelo delinquente motivado.

De acordo com os dados expressos na tabela supra, verifica-se a baixa taxa de atrito de crimes praticados contra a Administração Pública, hábil a proporcionar um sentimento de segurança ao delinquente em ascensão, em função da pouca probabilidade de condenação.

Para Carlos Versele Séverin, a ausência do cômputo de crimes praticados contra a Administração Pública poderia ser justificada por aquilo que ele denomina *cifra dourada*. No Quinto Congresso das Nações Unidas, Séverin consignou que

além da cifra negra da delinquência que escapam a toda a investigação judicial, existe uma cifra dourada de criminosos que têm o poder político e o exercem impunemente, abandonando aos cidadãos e a coletividade a

¹¹⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13/01/1990), Genocídio (Lei 2.889 de 01/10/1956), Crimes de Tortura (Lei 9.455 de 07/04/1997), Crimes Contra o Meio Ambiente (Lei 9.605 de 12/02/1998) e Lei Maria da Penha - Violência Contra a Mulher (Lei 9.605 de 11.340 de 07/08/2006)

¹¹⁷ Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Último acesso em 29 de abril de 2013.

¹¹⁸ ROLIM, Marcos. *A Síndrome da Rainha Vermelha*: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

exploração da oligarquia, ou que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento do conjunto da sociedade.¹¹⁹

São, na realidade, formas de delinquência, imunizadas pelas agências formais de controle, que através de “convivências político-econômicas, de combinações político-financeiras, de sutis peculatos, de concussões disfarçadas e abusos reais, favorecidos por lacunas da lei mais ou menos deliberadas, ou por complacências mais ou menos conscientes” acarretarim na impunidade.¹²⁰

Segundo o autor, no âmbito interno, a cifra dourada se manifesta através de privilégios abusivos de imunidade diplomática, utilização desmesurada de privilégios de senadores e deputados, políticos em geral, etc.¹²¹

No que tange ao cenário internacional, Séverin salienta as manobras realizadas por empresas multinacionais, que criam um sentimento de cumplicidade com os poderes públicos, ao fornecer “cordiais agrados milionários”, de maneira a proporcionar um ambiente favorável aos negócios. Além disso, há “modestos” auxílios destas empresas, aos fundos de campanha eleitorais para externar a sua “predileção ideológica”, dentre outras mazelas.¹²²

Não bastassem as dificuldades probatórias para a investigação destes delitos, há a cumplicidade dos pares que pode vir a prejudicar substancialmente a apuração e a condenação da prática delitiva. Esta conjuntura não raras vezes se dá com nomeações de funcionários para preenchimento de vagas em determinado setor ou gabinete, não por suas aptidões técnico-profissionais, mas pela valorização e lealdade ao “líder” ou superior hierárquico. A estes casos Petrus C. van Duyne chama “nomeações Calígula”.¹²³

Uma outra questão que pode vir a suscitar a motivação do indivíduo a práticas corruptas, sob a perspectiva econômica, é a insegurança e instabilidade de sua ocupação, como por exemplo, a investidura em cargos de confiança ou mandato eletivo. Muitos, a partir do

¹¹⁹ SÉVERIN, Carlos Versele. A Cifra Dourada da Delinquência. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 27, jan./jun, 1979. P. 10.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ SÉVERIN, Carlos Verséle, op. cit.,P. 13-14.

¹²² Ibid., p. 18.

¹²³ Reza a lenda, que o Imperador Calígula, “dono” do Império Romano, nomeou seu cavalo, Incitatus, cônsul de Roma. Da mesma forma, o “chefe-proprietário” sente-se livre para indicar o nomear quem ele desejar, independentemente de sua capacidade. A qualidade dos nomeados ou indicados, geralmente, e na melhor das hipóteses, é medíocre, na medida em que as pessoas talentosas tendem a se tornar problemáticas, a menos que combine seus talentos com falta de postura e cinismo. VAN DUYNÉ, Petrus C.. Will Caligula go transparent? Corruption in acts and attitudes. In: *Forum on Crime and Society*, Viena, v. 1, n. 2, dez.,2001. P. 90

momento que avaliam a temporariedade de suas funções, tendem a dela se valer para enriquecer ilicitamente durante todo o período que ali se encontram.

2. 4. 2 Oportunidade

O elemento *oportunidade*, se desdobra em diversos fatores. O primeiro deles, e talvez o de maior influencia concentra-se em torno da discricionariedade do agente. Contudo, vale aqui salientar que tal poder, considerado em si mesmo, não é algo ilícito. Para fins de compreensão do que vem a ser discricionariedade, vale citar o conceito delineado por Filgueiras e Aranha

A discricionariedade pode ser definida, de acordo com Daves (1969), como a margem de liberdade de um funcionário público para escolher um curso de ação ou inação, fundamentada na lei. A discricionariedade está envolvida pelos códigos legais e não se trata de ação ilegal, mas de liberdade para agir ou deixar de agir que um funcionário público tem diante do cidadão comum.¹²⁴

O problema surge quando, em função de interesses privados, essa margem de mobilidade da atuação pública é manipulada. Daí, quanto maior a discricionariedade na execução das funções, maior confiança e chance terá o funcionário público de lograr êxito em sua empreitada ilícita.

O tomador de decisões dotado de discricionariedade tem o condão de afastar as regras previstas em lei do processo decisório e adaptar as medidas por ele tomadas.¹²⁵ Em outras palavras, onde houver a combinação entre discricionariedade no monopólio oficial e variação na responsabilidade, existirá forte tendência a encontrar um foco de corrupção. Para Sandy

¹²⁴ FILGUEIRAS, Fernando; ARANHA, Ana Luiza Melo. Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 54, nº 2, 2011. P. 353.

¹²⁵ O que deveria ser pautado segundo critérios objetivos de contratação pública, passa a ser estabelecido conforme interesses privados. Diante disso, Malem Seña destaca “Cuanto mayor sea el precio a pagar, más alta será la comisión a cobrar por parte de los implicados. Por esa razón, entre otras, la inversión pública tiende a aumentar en los países con más altos índices de corrupción, pero lo hace de manera improductiva, asignando recursos a obras innecesarias o a proyectos que nunca entran en funcionamiento, pagando un precio mayor que corresponde y retrayendo recursos de sectores necesitados, o simplemente más productivos.” MALEM SEÑA, Jorge F., op. cit., p. 46.

Robertson¹²⁶ é exatamente este "espaço para a obra do homem", que permite clientelismo, preferências pessoais e, portanto, a corrupção.¹²⁷

O poder discricionário, sem controles e transparência passa a transmitir um sentimento de segurança, incentivo para os seus possuidores, na medida em que em muitas destas repartições cidadãos e empresas não tem sequer a possibilidade de recorrer de decisões questionáveis e, se o fazem, seus pleitos têm a grande possibilidade de “parar na gaveta” ou de serem esquecidos em um arquivo morto.¹²⁸

Pode-se visualizar a força do desvio de discricionariedade, na Lei de Licitações, Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, por exemplo, onde subsistiriam diversas lacunas na esfera administrativa em relação à contratação de empresas. Neste instrumento, constatam-se inúmeros critérios de cunho eliminatório¹²⁹, que, se preenchidos, podem ser inseridos no bojo de alguma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Tais mecanismos seriam instrumentos recorrentes e seguros para a prática de corrupção. Sob o véu da legalidade, é possível criar um círculo vicioso, no qual o poder público contrata a empresa de sua preferência, esta superfatura os bens e serviços que presta ou que até mesmo não fornece/executa, remetendo parte dos seus ganhos para o agente público que lhe assegurou a contratação. O contrato é encarado como “lícito” e aprovado pelo Tribunal de Contas, uma vez que cumpre os critérios exigidos em lei e, a partir daí, inicia-se mais uma vez o ciclo de negociações.

Sob tal conjuntura, vale citar a problemática existente acerca dos programas de ajuda oferecidos pelos governos. Recentemente a região serrana do Estado do Rio de Janeiro foi palco de diversos casos de dispensa ilegal de licitação. Através da instauração de uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), constatou-se um esquema de corrupção onde se desviavam verbas direcionadas para o restabelecimento das áreas afetadas pela tragédia dos

¹²⁶ ROBERTSON, Sandy. Misunderstanding corruption. *Anthropology Today*, Hoboken, v. 22, n. 2, abr., 2006. P. 9-10.

¹²⁷ Como se verá no capítulo V, o impacto decorrente da corrupção de alto nível ultrapassa a mera escala de investimentos públicos e perda de ingressos. Os altos funcionários, investidos de grandes poderes discricionários, concentram em suas mãos a competência de selecionar projetos e efetuar negociações com pouca ou nenhuma racionalidade. A consequência da adoção de uma má escolha não é outra senão a injeção de recursos públicos em empreendimentos faraônicos, de pouco ou nenhum valor para o desenvolvimento econômico. ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos: Causas consecuencias y reforma*, 1. ed. Reedição de Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2001. P. 41.

¹²⁸ Idem, p. 54.

¹²⁹ Em relação à dispensa de licitação, o artigo 24 da Lei 8.666/93 fornece trinta e uma possibilidades de afastamento do referido procedimento administrativo, valendo destacar que lei de licitações prevê ainda três hipóteses inexigibilidade de licitação, prevista ao longo do seu artigo 25.

dias 11 e 12 de janeiro de 2012, que matou mais de 900 pessoas na região serrana. Segundo depoimento de um dos empresários junto àquela Comissão, houve uma reunião entre as empresas de engenharia e os principais dirigentes responsáveis pelo setor de Licitações e a secretaria de Planejamento da cidade de Teresópolis. Na ocasião teria sido proposto um percentual de 50% em relação ao valor dos serviços que iriam ser prestados para a reconstrução da localidade atingida¹³⁰

Robert Klitgaard declara que “corrupção ama regulamentos múltiplos e complexos com discricionariedade ampla”¹³¹. Para o autor uma estratégia anticorrupção não deveria iniciar ou finalizar com conclusões acerca da necessidade de um novo conjunto de medidas. Na realidade, deve-se a “*sangue-frio*” avaliar as formas de redução do poder de monopólio, limitar e clarificar a discricção e, por fim, aumentar a transparência tendo em conta os custos, diretos e indiretos, dessas medidas.¹³²

Ernesto U. Savona, professor de Criminologia da Universidade de Trento, Itália, acrescenta à oportunidade a influência da cultura nas práticas de corrupção. Segundo Savona, a corrupção governamental é influenciada por atitudes, paradigmas e valores profundamente enraizados na cultura de determinadas populações. Para o autor, a extensão da corrupção em países subdesenvolvidos ou regiões específicas é determinada não só pelas oportunidades, mas também e, principalmente, pela combinação destas com valores e atitudes. Savona segue sustentando que as crenças, atitudes e comportamentos podem gerar um descompasso entre a demanda por moralidade pública entre os políticos e o comportamento privado imoral, que caracteriza a vida cotidiana de muitas pessoas em seu trabalho, negócios e atividades.¹³³

Ainda sob o elemento oportunidade, outra questão que contribuiria para o incremento de práticas corruptas é, segundo Blanco Cordero, o número de pessoas envolvidas nas decisões discricionárias. Sob esta questão, o autor realiza a distinção entre corrupção monopolística e corrupção competitiva. A primeira é hábil a intensificar as práticas corruptas, na medida em que o poder decisório encontra-se nas mãos de apenas um ou poucos indivíduos.¹³⁴ A corrupção competitiva, por envolver um número considerável de pessoas, poderá provocar um

¹³⁰ Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/empresario-suspeito-de-envolvimento-em-corrupcao-na-regiao-serrana-pede-protexao-20110808.html>>. Último acesso em 20 de março de 2013.

¹³¹ KLITGAARD, Robert. Op. cit., p. 17-18.

¹³² KLITGAARD, Robert. Op. cit., p. 5.

¹³³ SAVONA, Ernesto U.. Beyond Criminal Law in Devising Anticorruption Polices. *European Journal on Criminal Policy and Research*, Trento, v. 3, n. 2, p. 21-37, jun., 1995. P. 23-25.

¹³⁴ BLANCO CORDERO, op. cit., p. 283.

desestímulo à prática do delito, dado o risco de vazamento de informações, encarecimento da vantagem indevida, etc.

Para Klitgaard os funcionários terão a oportunidade de angariar benefícios corruptos em função do grau de monopólio sobre um serviço ou atividade, isto é, o seu poder discricionário graduado segundo as atividades sob sua responsabilidade, para decidir quem deve começar e quando. Uma fórmula metafórica detém: $C = M + D - A$ [Corrupção (C) é igual a poder de monopólio (M) mais discricção por funcionários (D) menos responsabilidade (A)].¹³⁵

Emílio Dellasoppa (2005, p. 12-13) realiza uma crítica a equação, por entender que esta teria um valor heurístico muito simples. Para este professor, os termos não seriam homogêneos e não poderiam ser expressos em números. Dellasoppa entende que no caso do Brasil, e certamente em muitos outros, a metáfora pode ser melhorada com a introdução do efeito sinérgico de impunidade, na forma: $C = (M + D) * I - A$. Segundo esta fórmula, a impunidade no sistema aumenta os efeitos negativos do poder de monopólio por parte funcionários públicos e instituições. A presença sistemática de corrupção que permeia a estrutura das relações sociais criaria uma percepção de intransponibilidade. Ela também criaria um sentimento de auto reforço generalizado de pessimismo, que por sua vez poderia resultar na baixa taxa de confiança interpessoal, egoísmo, perda de escrúpulos, narcisismo e consumismo.¹³⁶

Por fim, o terceiro fator, que parece ser um dos desdobramentos do elemento oportunidade, é a existência de procedimentos de controle do poder discricionário dos funcionários público.¹³⁷ Ao executar a negociação, o *intraneus* fixa uma série de atos, capazes de cumprir o que lhe foi incumbido, isto é, pratica uma série de atos preparatórios e executórios com fins de encobrimento do crime, sejam eles lícitos ou não. E, será justamente em função deste controle formal da discricionariedade que o indivíduo avaliará as medidas cabíveis para o êxito de sua empreitada delitativa, o que logicamente influenciará na vantagem indevida que lhe será prometida/paga.

2. 5 Uma possível alternativa ao desequilíbrio da balança

¹³⁵ KLITGAARD, Robert. Op. cit., p. 5.

¹³⁶ DELLASOPPA, Emílio. Op. cit., P. 12-13.

¹³⁷ Tal fator será apenas considerado para aqueles casos em que a modalidade de corrupção a ser analisada for pública.

A solução da corrupção sistêmica transcende a promoção de mecanismos de combate às práticas corruptas. O desejável é acrescentar a estas medidas o desequilíbrio da balança, reduzindo os benefícios dos esforços dos atores envolvidos no ilícito e ampliando seus custos, seja através de medidas de cunho formal ou informal.

A lei penal poderia desempenhar um papel significativo ao influenciar o comportamento humano, uma vez que impõe riscos e custos adicionais para atividades criminosas, fornecendo ao ofensor um desincentivo socioeconômico para cometer o crime,¹³⁸ porém, não é a única alternativa. É preciso uma atuação conjunta de todos os ramos do direito afrontados por tal mazela.

Os responsáveis pela tomada decisões devem ser limitados por um sistema onde suas escolhas (poder discricionário), sejam submetidas a processos racionalizados, relatadas por escrito (Responsabilidade) e, conseqüentemente, acessível a todos.

No campo das investigações, Savona aponta duas variáveis psicológicas que têm estimulado as denúncias. A primeira delas seria a reação quase que imediata de muitos daqueles que estão sendo investigados e processados por casos de corrupção, apelidada de “síndrome de Nuremberg”, pelo fato de muitos acusados alegarem praticar o delito apenas por obediência hierárquica. Estas declarações têm sido utilizadas pelos procuradores na Itália, como prova para o julgamento de líderes partidários.¹³⁹

O segundo instrumento, baseado na experiência de promotores italianos, é a ampliação do círculo de pessoas submetidas à investigação através do estímulo à delação de um dos réus. Estes disponibilizariam aos promotores provas para a acusação de outros. Desta maneira, os promotores passam por todos os elos da cadeia de corrupção, tornando-se capazes de ampliar o leque de investigação cada vez mais. Logo, os promotores facilmente terão acesso à cadeia de corrupção, uma vez quase todo mundo já decidiu cooperar.¹⁴⁰

Conclui-se, assim, a parte criminológica deste estudo, afirmando-se que a corrupção se apresenta como um desvio de poder, exercido por indivíduos racionais, que, antes de executar o ilícito, avaliam seus custos e benefícios. O resultado desse sopesamento tem o condão de incentivar ou desestimular a prática delitiva.

¹³⁸ ADAMOLI, Sabrina. Commentary on Corruption Acts and Attitudes: Prof. Dr. Petrus C. van Duyne. In: VI EUROPEAN COLLOQUIUM ON CRIME AND CRIMINAL POLICY, 1998, Helsinki. *Five Issues in European Criminal Justice: Corruption, women in the criminal justice system, criminal policy indicators, community crime prevention, and computer crime*. Helsinki: Heuni, 1998. P. 66.

¹³⁹ SAVONA, op. cit., p. 18.

¹⁴⁰ SAVONA, op. cit., p. 19.

Sob outro enfoque, pode-se observar a relação existente entre os delitos de corrupção e a delinquência econômica, sobretudo após as transformações advindas a partir da segunda metade do século XX. Os grandes prejuízos ao erário, sem dúvida, decorrem do transcurso de atividades econômicas, cuja Administração Pública seja parte.

Desse modo, o próximo capítulo tem por objetivo avaliar se a ordem econômica deve ser elevada ao status de interesse digno de tutela penal, sobretudo após as transformações socioeconômicas e a conseqüente alteração de papéis desenvolvidos pelo Estado, e ao mesmo tempo analisar se, com base a mudança de paradigmas do fenômeno delitivo em epígrafe, é possível constatar a pluriofensividade desses crimes.

3 OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELOS DELITOS DE CORRUPÇÃO

3.1 Considerações Introdutórias

O estudo de qualquer delito exige a avaliação dos bens jurídicos tutelados pelo tipo. A uma, porque sua existência tem o condão de limitar o *ius puniendi estatal*. A duas, porque a lesão a esses bens justifica a aplicação da sanção. E, por fim, porque a constatação desses interesses, em última análise, evidenciaria o anseio da sociedade, em determinado contexto histórico.

A necessidade desse exame é reforçada quando se torna imprescindível reavaliar o papel que o tipo penal desempenha na coletividade, exatamente, evitando-se uma incriminação que poderia não ser mais necessária ou, ao revés, para ratificar a manutenção, em função de sua danosidade social.

Obviamente, com os crimes de corrupção não é diferente. Tratar o fenômeno delitivo sem avaliar as lesões que aqueles vêm a desencadear, iguala-se a uma discussão sem sentido, sob o vazio, sobretudo quando nos deparamos com práticas que vertem a seu favor as mudanças advindas dos meios de comunicação e transporte e, em consequência disso, ampliam sua potencialidade lesiva.

Dessa forma, no capítulo que aqui se inicia, primeiramente, tentar-se-á discutir as razões que requerem do Estado o uso do *ius puniendi*, questão essa basilar para fundamentar ou rechaçar a eleição de interesses à categoria de bens jurídicos. Logo em seguida, realizar-se-á um breve excuroso acerca do instituto do bem jurídico, momento em que se constata a preferência de muitos pela tutela de interesses de cunho individual.

O presente capítulo se propõe ainda a adentrar no exame dos interesses jurídicos tutelados pelos delitos de corrupção, as teorias acerca da diversidade ou unidade dos bens jurídicos tutelados pelos delitos em análise. A partir de então, buscar-se-á indagar a existência ou não da pluriofensividade dos crimes de corrupção.

Ao final do presente, será emitida a opinião que parece se coadunar com as peculiaridades que os delitos de corrupção vem apresentando, bem como com o papel desempenhado pelo Estado, enquanto responsável pelo asseguramento de interesses de ordem individual e supraindividual.

3. 2 Do Contratualismo à Função do Direito Penal

Pesquisar a temática bem jurídico, é refletir sobre a função do Direito Penal, haja vista tratar-se de um ramo que busca promover a proteção da convivência humana no meio social, através da concreta função de proteção dos ditos bens e de prevenção de delitos.¹⁴¹ Contudo, reprimir práticas delitivas, muitas vezes, significa intervir, de maneira drástica, no direito dos membros que compõe a sociedade.

Ciente de que o Direito Penal deve ser o instrumento último a ser utilizado, cumpre ao Estado, titular do monopólio do *ius puniendi*, ao coibir lesão ou ameaça de lesão, tentar empregar meios alternativos para alcançar o reequilíbrio social. Pode-se verificar a justificativa dos direitos e deveres impostos por aquele aos indivíduos a partir de sua gênese.

O precursor do Contratualismo, Thomas Hobbes, afirma que o surgimento do Estado, do latim *Civitas*, teria se dado a partir do modelo ideal de um contrato. A segurança, sob a égide das leis naturais, não poderia ser garantida apenas pela união de um grupo reduzido de homens, mas, sim, através da criação de uma unidade real de todos, concentrada em uma única pessoa. Para a formação deste pacto, Hobbes destacou que os homens deveriam abster-se de governar a si mesmos, cedendo à pessoa ou assembléia designada, desde que estes também desistissem de seus direitos, a autorização para usar todo o poder e força em prol da promoção da paz¹⁴².

Sob os ares do Iluminismo, essa percepção passa a sofrer variações. John Locke, partindo de uma visão patrimonialista, sustentou ser encontrada no contrato social a chave da preservação da propriedade. O próprio indivíduo deixaria de exercer o poder de preservação de seus bens, transferindo à sociedade política o direito de administrar, bem como punir as ofensas cometidas por cada um de seus membros. Por meio deste monopólio do castigo, a comunidade passou a fixar sanções cabíveis, tanto aos seus integrantes quanto a alguém que a ela não pertencesse. Aqui, Locke destacou, por exemplo, a origem do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A partir do momento em que os indivíduos constituem a sociedade, abandonando os direitos inerentes ao estado de natureza em prol da comunidade, fazem-no com a intenção de melhor preservar a si próprios, a sua liberdade e a propriedade. Sendo

¹⁴¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. P. 9.

¹⁴² HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. P. 61-126.

assim, não seria razoável supor que os poderes conferidos, sobretudo ao Legislativo, se estendessem além do bem comum, afinal ninguém tem o arbítrio absoluto para destruir a própria vida, liberdade ou propriedade de si mesmo ou de outrem. Fazer isso, seria colocar-se em condição inferior ao estado de natureza, quando, anteriormente, detinham ao menos a possibilidade de se defender contra agressões e a mesma força para sustentar seus direitos, caso fossem atacados por um ou vários homens.¹⁴³

Setenta e três anos mais tarde, Jean-Jacques Rousseau, na obra *Do Contrato Social*, afirmou que a única maneira de conservação do indivíduo dar-se-ia através da agregação, ou seja, soma de acordos comuns.¹⁴⁴ Para aquele filósofo, a questão de “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente” seria unicamente resolvida através do Contrato Social. Este teria por objeto dois pontos nodais: a liberdade e a igualdade. “Liberdade, porque toda independência particular é outra tanta força subtraída ao corpo do Estado; a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela”¹⁴⁵.

Os supracitados filósofos são uníssonos no que tange à finalidade da *Potestas* Estatal. A essência do contratualismo demonstra que, ferir os elementos materiais, formais e, notadamente, finalísticos do Estado, significaria macular a sua própria gênese. Dessa premissa se erige a ideia de que cabe ao Estado garantir a convivência pacífica de seus administrados através da emissão e execução de leis penais e outras regras. Contudo, em função da grande ingerência do titular do *ius puniendi* nas liberdades individuais, aquele não deve nelas imiscuir-se além do necessário ao desempenho de seu papel.

Visando assegurar os bens individuais ante o arbítrio judicial e a gravidade social, a filosofia penal iluminista baseava o delito na ideia de contrato violado, e a pena só poderia ser concebida a título de medida preventiva¹⁴⁶.

Inspirado na teoria contratualista iluminista aplicada ao Direito Penal, no que se refere à concepção material de delito, Feuerbach passa a definir o crime como violação de um direito

¹⁴³ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. P. 91-93.

¹⁴⁴ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. Ridendo Castigat Moraes, 2002. P. 24. Disponível em: <www.jahr.org>. Acesso em: 11 de janeiro de 2012, 16:30:30. P. 24.

¹⁴⁵ Idem, p. 72-73.

¹⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e a Constituição*, 3. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 28.

subjetivo, isto é, uma lesão ao direito individual do ofendido de não poder exercer a sua liberdade frente à atuação do outro¹⁴⁷. Para o teórico, o fundamento da ameaça penal assentava-se na necessidade de garantir aos cidadãos os direitos da generalidade das pessoas, como fundamento legal para aplicação da pena de que lhe é precedente a uma ameaça penal.¹⁴⁸

Tratava-se de concepção que encarava o delito como uma forma de delinear a incriminação, conforme o arbítrio estatal, tendo por preocupação a busca de retratação do direito subjetivo. Sendo assim, o Estado não poderia exercer o seu monopólio da força sobre qualquer conduta, mas apenas às que implicassem uma violação ao direito subjetivo e, consequentemente, um dano social¹⁴⁹.

Estes foram os primeiros passos no sentido de limitar o *ius puniendi* estatal. Ultrapassada a teoria do direito subjetivo, passa-se a reconhecer situações que transcendem a esfera individual, exigindo a tutela do Direito Penal. Neste sentido, Claus Roxin preleciona:

Em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma Administração da Justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor. Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos.¹⁵⁰

A função do Direito Penal não é outra senão proteger a coexistência social harmônica. Nesta incessante busca, a norma penal visa, através de suas sanções, coibir ataques graves, hábeis a lesionar as condições elementares mínimas de convivência pacífica na comunidade. E, para o regular funcionamento deste ramo do direito, faz-se necessária a imposição de uma linha limítrofe, através da proteção de interesses essenciais elevados à categoria de bens

¹⁴⁷ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Tradução: Mônica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. P. 17.

¹⁴⁸ KAREKLÁS, Stéphanos Emm.. Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775 – 1833) Vida e Obra (1ª parte). Tradução: João Santos. *Revista Direito e Cidadania*, Cabo Verde, ano 5, n. 16, set. 02 /abr. 03, 2013. P. 47. Acesso em: < http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/BIO_PENALISTAS >. Último acesso em 28 de fevereiro de 2013, 15:40:20.

¹⁴⁹ TAVARES, Juarez Estevam Xavier, op. cit, p. 18.

¹⁵⁰ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 17-18.

jurídicos, que impeçam o titular do monopólio da força de ser um instrumento de dominação e poder.

A questão que permeia é: como saber se cabe ao Direito Penal a tutela de determinada prática lesiva? Responder a esta e outras indagações relacionadas será a chave para a compreensão do necessário tratamento das leis penais frente às diversas modalidades de corrupção.

3. 3 Breve histórico acerca do Bem Jurídico

Em 1843, Franz Birnbaum teria introduzido a teoria do bem jurídico como fruto do positivismo, não como limite do *ius puniendi*¹⁵¹. Buscou materializar o objeto do Direito Penal, partindo da concepção de que ele não visa garantir direitos subjetivos, mas tutelar bens. Posteriormente, Binding avalia o bem jurídico como um mero pressuposto formal da norma incriminadora, isto é, como objeto que o legislador julga ser merecedor de tutela penal.

Representante dos ideais iluministas, Franz Von Liszt acreditava ser a realidade social e não o legislador que estipularia quais seriam os bens passíveis de proteção. Para o autor, os interesses, posteriormente elevados à categoria de bem jurídico, seriam preexistentes à norma. Von Liszt definiu bem jurídico como “interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”¹⁵². Entretanto, sua teoria mostrou-se falha, haja vista que não apontava os critérios que o legislador deveria utilizar para justificar a proteção de alguns interesses frente aos demais¹⁵³.

A aproximação do conceito material de bem jurídico como limitador do *ius puniendi* estatal teria surgido a partir da perspectiva das teorias constitucionalista e sociológica. A primeira consiste em atribuir uma posição elevada à liberdade individual, o que leva concluir que a máxima restrição desta liberdade, na aplicação da sanção penal, somente pode ser implementada como *extrema ratio*. Significa dizer que a sanção penal pode ser adotada apenas na presença da violação de um bem, no qual, se não de igual grau em relação à

¹⁵¹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 29.

¹⁵² VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*, tradução e Comentários de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.2 t. T. 1. P. 139.

¹⁵³ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Op. cit. P. 25.

liberdade sacrificada, seja ao menos dotado de relevância constitucional.¹⁵⁴ Parte-se de análise da Constituição como limite negativo ao *ius puniendi*, na medida em que qualquer interesse elevado à categoria de bem jurídico, que esteja em confronto com a Carta Maior, será considerado inconstitucional, logo, não poderá vir à existência. Na perspectiva da limitação positiva, a teoria constitucionalista ultrapassa a mera conformidade das leis penais à Constituição, situando esta como a única fonte de emanção de interesses dignos de tutela penal. Por conseguinte, qualquer interesse que se eleve à categoria de bem jurídico, coletado de fonte outra que não a lei fundamental, para a teoria, deve ser considerada inconstitucional¹⁵⁵.

Em sentido diametralmente oposto, as teorias sociológico-funcionalistas se pautam na compreensão do bem jurídico sob o prisma da dimensão social, como critério de preservação da ordem social. Em outras palavras, esta teoria analisa a tutela penal a partir da danosidade da conduta sobre a sociedade.¹⁵⁶

É bem verdade que não se deve conferir à previsão constitucional um caráter exclusivo na eleição de bens jurídicos. Conforme destaca Nogales (1999, p. 47, 55), em consonância com Octavio de Toledo, a Carta Constitucional não pode ser entendida como uma “varinha mágica”, capaz de resolver todo e qualquer problema. E, mais, não se pode esperar da Constituição a “adivinhação perfeita e onisciência” para prever todas as relações sociais que poderão advir do desenvolvimento social.

Contudo, também não é viável a legitimação da pena através da referência exclusiva a uma disfuncionalidade social, ignorando o desenvolvimento e a participação do indivíduo na sociedade.

Há, de fato, incongruências na aplicação isolada das supracitadas teorias, porém, não existe qualquer óbice na aplicação conjunta das mesmas. Por tal razão, Sánchez sustenta que para eleger um interesse à categoria de bem jurídico, merecedor de tutela penal, é necessário que a conduta a ser tipificada tutele um interesse que tenha referência constitucional (teoria constitucionalista) e, ao mesmo tempo, produza um dano à sociedade (teoria sociológica). A autora alia a esta união outro elemento, que a seu ver torna-se indispensável para justificar a proteção penal, qual seja, a autorealização do indivíduo na sociedade. A partir dessa ideia, a

¹⁵⁴ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El Delito de Cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. P. 45.

¹⁵⁵ Idem, P. 46.

¹⁵⁶ Idem, p. 49.

eleição do bem jurídico deve ter centralizar-se no desenvolvimento pessoal dos indivíduos. Caso a lesão a este elemento não esteja configurada, não caberá ao Direito Penal coibir a conduta.¹⁵⁷

Em que pesem as considerações acima assinaladas, atualmente, verifica-se a necessidade de o Estado atender aos interesses de não apenas de um, mas de todos membros que compõe a sociedade. E, aqui se faz referência às garantias inerentes a um Estado Democrático de Direito, que deve primar pela repressão à discriminação, ao benefício unilateral, no bojo da coletividade em que o indivíduo está inserido.

3. 4 Os bens jurídicos supraindividuais

Conforme analisado anteriormente, as raízes do Direito Penal moderno encontram-se nos movimentos iluministas do século XVIII. Por seu cunho marcadamente individualista, o pensamento liberal burguês trouxe a lume os direitos fundamentais de primeira geração¹⁵⁸, responsáveis por delinear uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.¹⁵⁹ Em função disso, os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal pairavam em torno da pessoa e ao Estado tão somente cabia assegurar a liberdade individual e as condições necessárias para que as aspirações burguesas se consolidassem.

Contudo, com os impactos da industrialização e dos graves problemas oriundos das crises econômicas, que assolaram todo o mundo, notadamente a Grande Depressão, comumente chamada de Crise de 1929, constatou-se que a consagração formal de liberdade e igualdade não firmavam, efetivamente, sua implementação. A partir de então, ao longo do século XX, engendraram-se uma gama de movimentos reivindicatórios e, conseqüentemente, o reconhecimento progressivo de direitos, que culminou em mudança de paradigmas da função estatal.¹⁶⁰

Neste momento, o Estado passou de garantidor da segurança e da propriedade para promotor do desenvolvimento dos indivíduos, engajado na tarefa de estimular o bem estar social, ocorreu a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais

¹⁵⁷ BENITO SANCHÉZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones ...* P. 155.

¹⁵⁸ Os direitos fundamentais de 1ª geração caracterizam-se por conter em seu rol os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed., rev., atual.e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 55-56.

¹⁶⁰ Idem, p. 56.

concretas. Sob esta conjuntura, Ingo Sarlet destaca que “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.¹⁶¹

É bem verdade que, em alguns casos, o Estado Liberal Democrático tutelava bens jurídicos de natureza supraindividual, tais como a Fé Pública e a Administração da Justiça. Porém, debaixo desse modelo, não se vislumbrava a necessidade de intervenção estatal sobre disfunções nos processos sociais e econômicos.

Com transformação e alteração no papel do Estado de guardião à intervencionista, surge a necessidade da tutela de interesses não apenas diretamente relacionada a pessoa, mas as disfunções de cunho socioeconômico. A partir daí surgiriam os novos bens jurídicos de cunho supraindividual.¹⁶²

Neste sentido, vale citar as valorosas lições Bustos Ramírez acerca da temática. Salienta o autor que os bens jurídicos podem referir-se as bases, condições de subsistência ou funcionamento do sistema. Os primeiros estariam diretamente relacionados ao indivíduo, a sua personalidade e dignidade, ou seja, são dotados de caráter micro social. Seu núcleo subsiste na relação entre pessoas. São eles: a liberdade, a honra, a incolumidade física, etc.¹⁶³

Os segundos referem-se ao funcionamento do sistema, isto é, processos ou funções que devam cumprir, para que possam assegurar materialmente as bases e condições das relações micro sociais, de uma pessoa com outros, etc. Sob esta categoria, Bustos Ramírez institui três subclasses de bens jurídicos, a saber: bens jurídicos institucionais, bens jurídicos coletivos e bens jurídicos de controle¹⁶⁴.

Para o Mestre, os bens jurídicos institucionais referem-se à tutela de determinadas instituições básicas para o funcionamento do sistema. Seus requisitos são: dupla massividade e universalidade, para estabelecer vias ou procedimentos organizativos conceituais que protejam os bens jurídicos pessoais¹⁶⁵. Nesta subclasse, tutela-se a Administração Pública, Administração da Justiça, a Fé Pública, as garantias constitucionais, etc.

Contrario sensu, os bens jurídicos coletivos estão vinculados à satisfação de necessidades de caráter social e econômico. Seu objetivo é atender as necessidades dos indivíduos, de tal

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., p. 55-56.

¹⁶² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua, n. 11, jun., 1986. P. 155.

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ Idem.

forma que a tutela de sua vida, saúde e liberdade, adquiram um sentido material. Tem um caráter complementar aos bens jurídicos individuais, por primar pela “satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de um colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social”.¹⁶⁶

Por fim, os bens jurídicos de controle são aqueles que versam sobre a organização do aparato estatal, para que este tenha condições de cumprir suas funções. Em razão de sua tutela, justificam-se as tipificações dos delitos contra a autoridade, etc¹⁶⁷.

De fato, ocorre a todo tempo a vulneração aos bens jurídicos supracitados, porém, como muito bem destaca Silva Sánchez, no estágio evolutivo social atual, o foco da questão deixa de ser a lesão a determinado bem jurídico e passa a ser a avaliação se esses bens são merecedores de tutela penal ou não. “El tema de nuestro tiempo no es, como se acaba de subrayar, la construcción de una teoría del bien jurídico, sino, más bien, de una teoría del bien jurídico penalmente protegido.”¹⁶⁸

O presente ensaio, a partir dos próximos parágrafos, tentará discorrer, acerca do embate em torno do ramo a ser utilizado para a tutela dos interesses frontalmente atingidos pelas condutas que põe em perigo a vida em coletividade, bem como identificar os bens atingidos por tais ilícitos.

3. 5 Direito Penal *versus* Direito Administrativo Sancionador

Não há que se negar a relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, principalmente quando este último dispõe acerca de sanções disciplinares. E, em função das similitudes que os envolvem, não faltaram esforços por parte da doutrina para efetuar a distinção entre esses ramos.

O primeiro a tentar estabelecer uma diferenciação entre essas esferas teria sido Feuerbach. Partindo de uma perspectiva jusnaturalista racionalista, o teórico sustentou que a diferença se originaria da teoria do direito penal de polícia, em contraposição ao direito penal criminal. Segundo tal posicionamento, o ilícito penal atinge um direito do Estado ou dos cidadãos, enquanto a infração de polícia representa tão somente um perigo ao ordenamento

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2. ed., amp. e atual.. Buenos Aires: B de F, 2010. P. 441.

jurídico e à segurança, haja vista se identificar com a violação de um dever para com o Estado.¹⁶⁹

Posteriormente, James Goldschmidt traça a distinção a partir da busca de uma diferença constitutiva ou “de natureza” entre os ilícitos administrativos e penais, isto é, entre o objeto tratado por cada uma das matérias. Significa dizer que ao Direito Penal cumpre coibir lesões eticamente reprováveis a um bem jurídico ao passo que ao Direito Administrativo cabe punir tão somente um ato de desobediência ético-valorativo.¹⁷⁰ Tal posicionamento, ainda nos dias atuais, encontraria respaldo na doutrina, notadamente entre os estudiosos defensores da despenalização de delitos praticados no âmbito da Administração Pública, e a consequente repressão destas condutas por parte do Direito Administrativo Sancionador.

Na esteira desse posicionamento Max Ernst Mayer, a partir de sua teoria das normas de cultura, sustentava que o ilícito penal se traduziria em um produto cultural, precedente, que o Estado se atém a selecionar e a proteger juridicamente¹⁷¹, enquanto o injusto administrativo seria, exclusivamente, resultado de sua atividade normativa pelo Poder Público.¹⁷²

Em contrapartida, ecoaram vozes na doutrina sustentando que não seria possível, sobretudo em um Estado Social, separar os interesses dos particulares dos interesses da Administração Pública, na medida em que existiria “uma certa dependência dos indivíduos em relação à atividade estatal, o que faria com que, no limite, toda violação administrativa acabasse implicando, indiretamente, em uma infração contra um bem particular”.¹⁷³

Daí, a diferença entre o Direito Penal e Direito Administrativo seria de cunho quantitativo, não qualitativo como o posicionamento anterior, isto é, tanto ilícitos administrativos quanto penais lesionariam interesses juridicamente relevantes, contudo o que os diferenciaria seria tão somente a intensidade do impacto. É dizer que ambas potestades se configuram como manifestações de uma unidade superior, qual seja, o *ius puniendi* estatal.¹⁷⁴

Contudo, tal posicionamento não ficou isento de críticas. Parte da doutrina entendeu que adotar tal concepção significaria desprezar a proteção do Direito Administrativo frente ao

¹⁶⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da Teoria do Bem Jurídico como Critério de Legitimidade do Direito Penal*. São Paulo, 2010. P. 247.

¹⁷⁰ LUZ, Yuri Corrêa da. O Combate à Corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 89, ano 19, mar.-abr., 2011. P. 433.

¹⁷¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op cit., p. 248.

¹⁷² LUZ, Yuri Corrêa da. Op. cit., p. 433.

¹⁷³ LUZ, Yuri Corrêa da, op. cit., p. 434.

¹⁷⁴ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.P. 91.

Direito Penal, uma vez que caberia ao primeiro tão somente coibir ilícitos de pequena monta, infrações de bagatela, o que seria um grande equívoco, pelo fato de infrações de bagatela serem tuteladas pelo Direito Penal e porque ao Direito Administrativo também cumpre coibir condutas de considerável lesividade. Acrescente-se o fato de que essa concepção poderia direcionar a conclusão de que o tratamento dado a um ilícito administrativo de natureza grave deveria ser tratado com menos rigor que um ilícito penal leve.¹⁷⁵

Silva Sánchez destaca que para realizar a distinção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo não se deve partir apenas da configuração do injusto, mas também dos critérios de imputação e das garantias que permeiam a imposição de sanções desse injusto. Para o autor, o decisivo é o critério teleológico, isto é, a finalidade a que perseguem. Segundo essa ideia, ao Direito Penal caberia a tutela de interesses concretos, em casos concretos, seguindo critérios de lesividade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. *Contrario sensu*, ao Direito Administrativo cumpriria a gestão de setores de atividades, sem a necessidade de observância de critérios de lesividade concreta.¹⁷⁶

A distinção torna-se especialmente complexa quando os bens jurídicos supraindividuais transitam tanto a órbita do Direito Administrativo quanto do Direito Penal. Para esses casos, a doutrina vem apresentando como solução a diferenciação entre esses ramos, tomando por elemento central a ofensividade. Constatada esta, o ilícito penal passaria a ser uma questão de política criminal, porém, em um contexto quantitativo, respeitados os princípios penais fundamentais, como a intervenção mínima e a proporcionalidade.

Contudo, quando se analisa a expansão do Direito Penal é muito comum encontrar vozes na doutrina afirmando que a prevenção, por parte desse ramo, seria a outra face da repressão, na medida em que aquela poderia desencadear um confronto com os princípios penais supracitados. Daí, concluem que uma alternativa a esta problemática seria a migração de determinadas condutas penalmente tipificadas para a abrangência do Administrativo Sancionador. Sendo assim, o Estado passaria a se valer de mecanismos, que não viriam a restringir a liberdade dos indivíduos.

Em meio a essa discussão, Arroyo Zapatero traça brilhantemente a indagação: “Para quem deverá ser menos gravoso? Para o cidadão que for sancionado ou para toda a

¹⁷⁵ LUZ, Yuri Corrêa da, op. cit. p.435-436.

¹⁷⁶ SANCHÉZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 115-116.

comunidade?”. A partir desta pergunta, o professor afirma ser a espinha dorsal da tensão Direito Penal *versus* Direito Administrativo Sancionador a implementação de meios preventivos ou de repressão, tomando por base a perspectiva coletiva.¹⁷⁷

Para Hirsh, a partir do momento em que se admite a aplicação de sanções neutras, isto é, aquelas que impliquem privação de bens sem expressar reprovação, passa-se a gerar uma negação do status da pessoa como agente moral capaz de compreensão. Segundo o autor, uma sanção neutra tem o condão de tratar os infratores ou potenciais infratores como se fossem tigres de circo, isto é, seres que devam ser refreados, intimidados ou condicionados para obedecer, porque são incapazes de entender que morder seres humanos (ou outros tigres) seria uma conduta ruim. Diferentemente, uma sanção condenatória trata o ser humano como uma pessoa capaz desta compreensão.¹⁷⁸

O Direito Penal, segundo Hirsh, realiza duas funções conexas. Em primeiro lugar, ao ameaçar com sanções desagradáveis pretende inibir a prática de condutas delitivas. Em segundo plano, através da censura, implícita nestas sanções, o Direito Penal expressa desaprovação desta conduta. Criam-se razões morais e não só prudenciais, ou seja, preventivas para desistir de certos comportamentos¹⁷⁹.

Tal discussão apenas intensifica-se a partir do momento em que camadas mais favorecidas passam a sofrer investigações, não apenas de escândalos de corrupção de grande repercussão, como também das demais condutas abarcadas pelo Direito Penal Económico. Este novo estrato delinquencial não admite carregar o estigma da pena, daí a demasiada invocação do princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio*. Neste sentido, Artur Gueiros destaca:

Ainda hoje, o criminoso do colarinho-branco goza de um cinturão de impunidade decorrente de múltiplos fatores. De toda sorte, ele não se vê como um infrator – como um bandido –, sendo tal percepção partilhada por grande parte de académicos, legisladores e aplicadores do Direito Penal. A atividade investigativa de infrações que se subsumem ao âmbito do Direito Penal Económico – para aqueles que bem a conhecem –, seja na esfera extrajudicial ou judicial, reveste-se de inúmeras

¹⁷⁷ ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho penal económico y Constitución. *Revista Penal*, Barcelona, nº. 1, p. 1-15, 1998. P. 5.

¹⁷⁸ HIRSCH, Andrew von. Censura e proporcionalidad. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, 1998. P. 37-38.

¹⁷⁹ Idem, p. 39.

vicissitudes, todas conspirando a favor dos autores dessa criminalidade e, por conseguinte, da impunidade.¹⁸⁰

Para que o interesse seja elevado à posição de bem jurídico, digno de proteção do Direito Penal, é indispensável que o dano causado atinja interesse essencial para o cidadão ou para a vida em comunidade.

E, falar sobre impactos lesivos que afetam a estabilidade e segurança das sociedades, nos conduz a abordar a temática corrupção, na medida em que sua prática, atualmente, é considerada um grande problema social que, além de atingir os interesses supracitados, tem a capacidade de arruinar o valor da democracia e da moral, bem como de ameaçar o desenvolvimento econômico e político de toda a Sociedade.¹⁸¹ Seus efeitos são devastadores a ponto de fazer Peter Eigen, ex-presidente da *Transparency International*, ir mais além ao destacar que as práticas corruptas chegam a custar vidas.¹⁸²

Em função da importância do tema e das alterações advindas na sociedade contemporânea, passemos a avaliar os interesses mais debatidos pela doutrina espanhola, italiana e alemã, que, segundo seus estudiosos, devem ser considerados bens jurídicos, lesionados pela prática de delitos de corrupção, bem como a existência de possíveis novos interesses decorrentes da alteração de paradigmas das tradicionais práticas corruptas¹⁸³.

3. 6 Os Bens Jurídicos tutelados pelos delitos de Corrupção

É inquestionável a potencialidade lesiva do fenômeno delitivo da corrupção sob a conjuntura socioeconômica que se apresenta. Surge um novo cenário, com novos atores, aparados por estruturas organizacionais complexas, voltadas para a prática do delito. Todos estes elementos reunidos tornam-se hábeis a desencadear lesões a novos interesses, bem como

¹⁸⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. GUEIROS SOUZA, Artur de Brito (org.). *Inovações no Direito Penal Econômico*. Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas. Brasília: ESMPU. 2011. P. 138.

¹⁸¹ PEREZ CEPEDA, Ana; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa (org.). *Estudios sobre la corrupción: Una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, 2013. P.18.

¹⁸² EIGEN, Peter. Introducción. *Informe Global de la Corrupción, Transparency International*, 2005. P. 10.

¹⁸³ Em virtude da impossibilidade de obtenção de determinadas obras, a partir das próximas seções, utilizaremos os posicionamentos de determinados expoentes, tomando por base menções realizadas em obras de outros autores.

gerar impacto superior ao previsto nos tradicionais delitos de corrupção sobre os bens jurídicos tutelados pelo tipo.

Esses bens jurídicos podem ser entendidos como interesses que transcendem a esfera individual, estreitamente relacionados com a garantia do convívio harmonioso em sociedade.

É bem verdade que não há esforços sérios, por parte da doutrina nacional na identificação dos bens jurídicos a serem protegidos, citados, muitas das vezes de maneira genérica e abstrata, nos mais variados trabalhos acadêmicos de Direito Penal.

Em que pese o inexpressivo tratamento da matéria e a existência de controvérsias que permeiam a temática, notadamente por não existir uma conclusão definitiva por parte dos estudiosos acerca de que bens os tipos de corrupção realmente devam tutelar, tal argumento não pode servir de escusas para omissão de seu aprofundamento.

Para tanto, na parte que se segue, serão apontados, à luz das doutrinas alemã, italiana, espanhola e brasileira, quais são os bens comumente considerados como atingidos, tecendo, ao final, uma postura crítica sobre o interesse que parece ser merecedor da tutela penal.

3. 6. 1 Evolução

Em um primeiro momento, os estudiosos se dividiram ao enfrentar a problemática da existência ou não de um bem jurídico comum a todos os delitos realizados por pessoas investidas em funções públicas no exercício de seus cargos. Doutrinadores favoráveis ao ponto de interseção entre essas práticas delitivas encontravam outro embate, identificar qual seria este interesse ou bem jurídico. A partir de então, dois posicionamentos começaram a ganhara força: o dever do cargo e a função pública.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵

Os delitos do cargo eram considerados lesões aos deveres especiais que o funcionário público era obrigado a prestar ao Estado. Essa imposição era decorrente, segundo definição de

¹⁸⁴ OLAIZOLA NOGALES, Inês. Op. cit., p. 79-89.

¹⁸⁵ VIZUETA FERNANDÉZ, Jorge. *Delitos contra la Administración Pública: Estudio crítico del delito de cohecho*. Granada: Comares, 2003. P.51-68. Na Espanha, esta concepção se erige em função de críticas ao Título VII do Código Penal de 1973, qual seja “Delitos de Funcionários Públicos no Exercício de seus Cargos”. Segundo parte da doutrina espanhola, o referido título reunia artigos que não guardariam relação entre si, inviabilizando a identificação do interesse ou bem jurídico a ser protegido. Desta feita, para esses estudiosos, o único ponto de interseção que vinculava os tipos penais que ali se encontravam seria a “*calidad de funcionario que debía ostentar el sujeto activo*”. Contudo, a consideração isolada da qualidade de funcionário público como justificativa da alocação dos delitos no Título VII não logrou êxito, tendo em vista que existiam outros delitos, em títulos diversos, naquele código penal, onde o sujeito ativo ostentava o cargo de funcionário público. Neste momento, Rodríguez Puerta destaca a menção ao dever do cargo. RODRIGUEZ PUERTA, op. cit., p. 25-27.

Vizueta Fernández, de uma espécie de dever subjetivo do vínculo entre o funcionário e Administração Pública que, se rompida, poderia ser encarada como traição daquele à confiança depositada pelo Estado.¹⁸⁶

Tratava-se de concepção que, para autores como Viada e Vilaseca, justificaria o maior grau de reprovabilidade de funcionários públicos, por considerarem estes como “pessoas mais obrigadas”.¹⁸⁷

A concepção parecia ser tão coerente para muitos doutrinadores a ponto de seus simpatizantes lhes conceber novos contornos. A título de exemplo, Schaffstein, um dos representantes da Escola de Kiel, bem como um dos precursores do Nacionalsocialismo, que, apesar de se valer da infração do dever, partia de premissa diversa. Entendia que o indivíduo assumia um dever de fidelidade para com a comunidade que integrava. Logo, todos os crimes pressupunham, em sua essência, lesão aos interesses da sociedade. Para o teórico, existiria uma transferência de justificativa da punição da lesão ao bem jurídico para a lesão de um dever.¹⁸⁸ Tanto que, se nos remontarmos ao Nacionalsocialismo, encontraremos como fundamento do Direito Penal deste período o dever de fidelidade do povo. Com base nesta ideia, elevou-se à categoria de princípio o delito como a violação de um dever. De maneira peculiar, este entendimento justificava a pena, por exemplo, caso um alemão praticasse crimes em seu país ou, no exterior, o alemão não correspondesse ao dever de fidelidade para com seu povo e, ainda, naqueles casos em que o estrangeiro delinque na Alemanha ou lesiona interesses alemães.¹⁸⁹

Hälschner traçava a distinção entre “dever do cargo” e “relação de serviço”. No primeiro caso, para o autor, exigia-se do funcionário público o exercício de suas funções em conformidade com a lei e o direito. Segundo sua concepção, a partir do momento em que a autoridade pública passa a atuar em desconformidade com os preceitos legais, se lesionaria interesses da autoridade Estatal, bem como se criaria uma perturbação na relação jurídica entre o Estado e seus subordinados, pervertendo a ordem pública geral. A lesão à “relação de serviço” compreenderia a infração disciplinar praticada por funcionário, na medida em que este deixa de observar os deveres de fidelidade ao Estado, aos seus superiores e desrespeita a

¹⁸⁶ VIZUETA FERNANDÉZ, op. cit., p. 52.

¹⁸⁷ OLAIZOLA NOGALES, op. cit., p. 80 *apud* VIADA E VILASECA, Salvador. *Código Penal Reformado de 1870, con la reforma de 17 de Julio de 1876*, 3. ed., 1885. P 352.

¹⁸⁸ VIZUETA FERNANDÉZ, Jorge. Op. cit., p. 52.

¹⁸⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Filosofía y Ley Penal, 4. ed., atual.. Buenos Aires: Losada S.A., 1964.7 t. T. 2. P.185.

postura exigida por sua posição pública. Hälschner declarava que, ao praticar o delito de cargo, o funcionário público, titular do cargo público, feriria tanto o “dever do cargo” como o “dever de serviço”, criando uma dupla lesão, de modo que a sanção penal e a infração disciplinar passariam a concorrer¹⁹⁰.

Se resgatarmos essa teoria para aplicação no nosso ordenamento jurídico interno, podemos, facilmente, distinguir as condutas que deverão ser tipificadas pelo Direito Penal, bem como as que devem ser previstas pelo Direito Administrativo Sancionador. Entretanto, a supracitada lesão dúplice de deveres nem sempre ocorrerá. Na esteira do artigo 327, §1º do Código Penal, o legislador dispôs acerca de diversas hipóteses em que os indivíduos, que não são subordinados hierarquicamente à Administração Pública, passam a ser equiparados a funcionários públicos¹⁹¹. Para estes casos, não haverá a presença de lesão de “relação de serviço”, porém o indivíduo não será isento de sanção, uma vez que o dispositivo o iguala a condição de funcionário público.

Vozes na doutrina acrescentam críticas ao critério da dupla lesão. Afirmam que há um grande número de infrações de serviço que, apesar de lesionar seriamente a relação entre o funcionário público e o Estado, não constituiria um delito de cargo, acarretando apenas uma infração disciplinar.¹⁹²⁻¹⁹³

Há ainda a aplicação da infração do dever sob o prisma de Claus Roxin. Para o catedrático, a teoria permite a inclusão de delitos praticados por funcionários públicos, próprio e impróprio. Outra peculiaridade na visão do teórico consiste no fato de que a infração

¹⁹⁰ VIZUETA FERNANDÉZ, Jorge. Op. cit., p. 54-55.

¹⁹¹ “Art. 327. Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

[...]”

¹⁹² VIZUETA FERNANDÉZ, Jorge. Op. cit., p. 56

¹⁹³ Como salientado anteriormente, atualmente tem-se discutido a previsão do delito de enriquecimento ilícito no código penal, que, até o presente, no Brasil, constitui infração disciplinar. Doutrinadores de todo o mundo vêm realizando intensos debates acerca da compatibilidade deste tipo com as garantias penais e processuais penais de um Estado Democrático de Direito. Por um lado sustenta-se a inversão da carga probatória, na medida em que se impõe ao investigado o ônus de provar a sua inocência frente a uma alegação do agente acusador. Em sentido oposto, parte da doutrina sustenta que não se trataria de uma inversão do ônus da prova, pois, caso se efetue uma análise restrita sob a letra da lei, o que justificaria a sanção seria a ausência de justificativa da origem de bens. Em outras palavras, a comprovação da origem do bem seria encarada como dever do cargo, logo, a conduta a ser sancionada seria o descumprimento deste dever, não a presunção de ilicitude. (CREUS, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*, 6. ed., atual.. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1998.2 v. V. 2. P. 313-314)

de dever, de natureza extrapenal¹⁹⁴, se dirige à pessoa do autor, isto é, constitui um elemento da autoria e, diferentemente das concepções adotadas, não fundamentam a punição¹⁹⁵. Define infração do dever como qualificação pertencente ao tipo penal, uma vez que se a previsão legal tem por escopo descrever o autor do delito como pessoa atuante, os requisitos da autoria, com seus elementos objetivos, dentre eles a infração de um dever extrapenal, serão componentes do tipo.¹⁹⁶

Dentre as ácidas críticas dirigidas a construção de Roxin, vale citar o posicionamento de Gracia Martín. O autor rechaça a concepção de infração de dever como elemento essencial do tipo. Posiciona-se de maneira contrária à construção de Roxin por entender que a infração de dever não pode fundamentar a autoria, na medida em que não são todas as infrações de dever tipificadas, no sentido de constituir o núcleo da ação típica. Gracia Martín salienta que sequer é terminologicamente correta a expressão “delitos consistentes na infração de um dever”, na medida em que os referidos tipos são compostos não apenas pela infração de um dever, como também da forma de execução da ação típica.¹⁹⁷

Crê-se que não há possibilidade de elevar a infração ao dever do cargo como interesse ou bem jurídico a ser protegido, por duas razões: a primeira por considerar imprescindível à conduta a dupla lesão, ao “dever do cargo” e à “relação de serviço”. A segunda por supor a garantia de uma relação hierárquica entre o funcionário público e o Estado e, apenas subsidiariamente, a proteção de bens e serviços fornecidos aos cidadãos.

Prestígio, decoro, relação de submissão funcionário-Administração Pública não podem constituir um objeto de tutela por parte do Direito Penal. Admitir tal concepção equivale à adesão de um ideal totalitarista e, conseqüente, o rechaço aos princípios de um Estado Democrático de Direito.¹⁹⁸ Lesão a esses objetos são questões atinentes ao Direito Administrativo Sancionador. Os delitos contra a Administração Pública não são destinados, pura e simplesmente, a assegurar um meio, a imagem ou as relações no seio da Administração, mas tutelar algo superior, que se verá mais adiante.

¹⁹⁴ O autor não explicita a natureza dos deveres extrapenais a que os funcionários públicos devem obediência.

¹⁹⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y Participación del Hecho en Derecho Penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. P. 742.

¹⁹⁶ Idem, p.433.

¹⁹⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, Teoria General*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985. 2 v. V. 1. P. 112-155

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*. Aranzadi. P. 32.

Em função da problemática que envolvia o Título VII do Código Penal Espanhol de 1973, outro forte posicionamento e, talvez o mais coerente, acerca do interesse/bem jurídico comum a ser tutelados pelos tipos que ali se encontravam, é a tutela da função pública.

Octavio de Toledo, um dos maiores defensores desta concepção, partia do pressuposto de que se esses delitos eram praticados por indivíduos investidos em cargos públicos, precisamente quando estão no exercício desses. Sob essa premissa, a conclusão a que se chegava era a de que o bem jurídico protegido por estes tipos penais seria a função pública.¹⁹⁹

O autor, a partir do conceito de funcionário público, delineado no art. 119, § 3º daquele Código Penal²⁰⁰, sustentou ser função pública o bem jurídico geral, se entendida como as diferentes formas de manifestação das atividades do Estado.²⁰¹ Seriam o conjunto de funções que desempenha o Estado para a consecução de seus fins, seja na seara administrativa, executiva ou judicial.²⁰²

Partindo deste dispositivo, Octavio de Toledo concluiu que, sob o Título VII, restariam previstos todos aqueles crimes onde o sujeito ativo fosse funcionário público, nos parâmetros da lei penal. Acredita que esses indivíduos podem atacar a Administração Pública desde seu interior, quando realizam estas funções públicas.²⁰³ A conclusão a que chegou autor foi de que o sujeito ativo, necessariamente, deveria ser funcionário público para efeitos penais, que o bem jurídico a ser tutelado era a função pública e que deveria estar atuando no exercício destas funções.

Tal concepção passou a ganhar força com o advento da reforma do Código Penal espanhol de 1995, na medida em que o Título VII, que tratava de crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração passou a ser o Título XIX, “Dos Crimes contra a Administração Pública”, à semelhança do Título XI, intitulado Delitos contra a Administración Pública, do atual código penal brasileiro.

¹⁹⁹ OLAIZOLA NOGALES, op. cit., p. 83.

²⁰⁰ “Artículo 119: A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí sólo o como individuo de alguna corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia. Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal.

Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas.”

²⁰¹ OCTAVIO DE TOLEDO. *La prevaricación del funcionario público*. Civitas: Madrid, 1980. P. 139 *apud* RODRIGUEZ PUERTA, op. cit., p. 28.

²⁰² OCTAVIO DE TOLEDO. *La prevaricación del funcionario público*. Civitas: Madrid, 1980. P. 194-197 *apud* RODRIGUEZ PUERTA, op. cit., p. 29.

²⁰³ OCTÁVIO DE TOLEDO. *La prevaricación del funcionario público*. Civitas: Madrid, 1980. p. 143 *apud* RODRIGUEZ PUERTA, op. cit., p. 28-29.

Ainda assim, o entendimento não ficou incólume de críticas. Autores como Olaizola Nogales entenderam que admitir a função pública como bem jurídico, poderia induzir à compreensão de que o objeto de tutela seria a própria Administração Pública, ou seja, seu prestígio e decoro, o mesmo equívoco que corroborou para o naufrágio da teoria da infração de dever do cargo.²⁰⁴

Com fins de superar este argumento, Rodríguez Puerta destaca a função pública como bem jurídico comum dos delitos ali contidos, mais especificamente os princípios essenciais a cada uma das atividades prestadas pelo Estado. Na esteira da redação do Título, a autora parte da ideia de que o objeto de tutela seria, sim, a Administração Pública, não como entidade, mas como atividade pública.²⁰⁵ Afirma:

Entiendo que con independencia de a quién se atribuya ésta, lo esencial es la consideración de las distintas actividades del Estado como dirigidas a la obtención de unos fines públicos. De esta forma, no se estará protegiendo al Estado ni tampoco su dignidad o el prestigio de sus instituciones u órganos, sino examinado esas potestades desde la Constitución, sometidas a los principios y exigencias derivadas de un Estado Social y Democrático de Derecho, lo que a su vez permitirá referir cada una de ellas a los valores o principios consagrados constitucionalmente para su recto desempeño.²⁰⁶

Contudo, é preciso assinalar que interpretar, sob a égide da Constituição da República, o papel que a Administração Pública representa para a sociedade vai muito além da tutela abstrata dos princípios apontados no *caput* de seu art. 37²⁰⁷. Aqui o que se está a dizer é que o objeto de proteção que vincula o teor desse dispositivo constitucional deve se alinhar a manifestação concreta dos interesses comuns aos cidadãos.

3. 6. 2 Teorias favoráveis à diversidade de bens jurídicos

²⁰⁴ OLAIZOLA NOGALES, Inês. Op. cit., p. 85.

²⁰⁵ RODRÍGUEZ PUERTA, op. cit., p. 37.

²⁰⁶ RODRÍGUEZ PUERTA, op. cit., p. 40.

²⁰⁷ “**Art. 37** - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

Apesar de corrente minoritária, tratar-se-ia, em verdade, de uma tentativa de justificar a autonomia e unilateralidade dos tipos em comento. Entre seus defensores encontramos Francisco Munõz Conde

En atención a la regulación de este delito em nuestro Código Penal, puede decirse que el delito de cohecho pasivo es un delito distinto al de cohecho activo com bienes jurídicos también distintos. No se trata, por tanto, de un delito bilateral, en el sentido de que el delito surge de un acuerdo de voluntades entre el particular y el funcionario, sino de dos delitos distintos y autonomamente castigados.²⁰⁸

Os partidários dessa concepção sustentam que o delito de corrupção ativa teria por escopo proteger bens jurídicos diversos do delito de corrupção passiva.²⁰⁹ Afirmam que a corrupção passiva tutela o dever do funcionário público teria ao executar suas funções, em consonância com as atribuições inerentes ao seu cargo, conforme tratado anteriormente. No que tange à corrupção ativa, exatamente em função da ausência de sujeição existente entre o funcionário público e Administração Pública, o tipo protegeria bem diverso. Aqui, na esteira do posicionamento de seus defensores, se atentaria, frontalmente, contra o respeito ao regular funcionamento da Administração Pública, a dignidade e prestígio social do Estado.

3. 6. 3 Teoria favorável a unidade de bens jurídicos tutelados pelos delitos de corrupção

A doutrina majoritária entende ser correta a teoria favorável a unidade de bens jurídicos para todos os delitos de corrupção a mais adequada quando o assunto é eleger um interesse para ser tutelado pelo Direito Penal. Contudo, como destacado anteriormente, seus defensores não são uníssomos quanto a qual bem deva ser tutelado pelos delitos de corrupção.

Dentre os principais interesses encontram-se a confiança da Sociedade no correto funcionamento da Administração Pública, o correto funcionamento da Administração Pública, a não venalidade dos atos funcionais, a capacidade funcional do Estado e a Ordem Econômica.

3. 6. 3. 1 A confiança da sociedade no correto funcionamento da Administração Pública

²⁰⁸ MUNÓZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, PE*, 11. ed., 1996. P. 862 *apud* OLAIZOLA NOGALES, Inês. *Op. cit.*, p. 90.

²⁰⁹ OLAIZOLA NOGALES, Inês. *Op. cit.*, p. 90.

Para este bem jurídico exercício, a doutrina apresenta diversas terminologias, tais como o crédito do aparato Estatal, a confiança da sociedade na imparcialidade das decisões da Administração Pública²¹⁰, o prestígio da Administração Pública ante os administrados como dever da Administração de servir com objetividade aos interesses gerais²¹¹ e confiança pública dos cidadãos no do poder administrativo ou judicial.

A confiança no correto funcionamento da Administração Pública, para uma corrente minoritária, é apontada como bem jurídico tutelado nos delitos de corrupção. Segundo esta concepção, o perigo da conduta não reside no fato de o ato executado pelo funcionário público ser desvinculado da legalidade, no regular andamento da atividade pública, na mercantilização do bem ou serviço público entre funcionário e particular ou as elementares dos tipos de corrupção que concentram o núcleo do injusto, mas na repercussão negativa que essas circunstâncias podem desencadear na opinião pública.²¹²

Hans-Heinrich Jescheck, um dos defensores desta ideia, sustenta que o bem jurídico tutelado pelas distintas formas de corrupção é a confiança da sociedade no correto funcionamento da atividade pública, confiança da coletividade na não venalidade, isto é, na compra e venda dos atos públicos ou a confiança na imparcialidade da Administração Pública²¹³.

Trata-se de uma perspectiva que eleva um juízo de valor, elemento puramente subjetivo, ao status central para legitimar a pena. Por tal razão cria-se um ambiente de grande insegurança, que vai de encontro com a própria teoria dos bens jurídicos.

A opinião pública nada mais é que uma ideia formulada a respeito de qualquer fato e, sua repercussão surge quando essa opinião é partilhada com um número indeterminado de pessoas a tal ponto que, a observação emitida poderia ser de qualquer um deles.²¹⁴

Na maioria das vezes, nos dias atuais, tais crenças sociais vêm sendo alimentadas com o auxílio da mídia, figura esta que, com a implementação de altas tecnologias de informação e comunicação, tem obtido a máxima efetividade na formação de pensamentos.²¹⁵

²¹⁰ VIZUETA FERNANDÉZ, op. cit., p. 207.

²¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte especial*, 4. ed., ver., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.4 v V. 4. P. 377.

²¹² RODRÍGUEZ PUERTA, op. cit., p. 97.

²¹³ VIZUETA FERNANDÉZ, op. cit., p. 207.

²¹⁴ SENA, Nilza Mouzinho de. Espaço Público, Opinião e democracia. *Estudos em comunicação*, Paraná, n. 1., Abr., 2007. P. 270

É de conhecimento geral que, para uma matéria ser veiculada nos meios de comunicação, há uma seleção prévia por parte dos meios de comunicação para estabelecer quais os temas serão aptos para captar o interesse do público e quais devem ser deixados de lado. Com base nesses critérios, muitas vezes, ocorre o desvirtuamento da realidade, criando-se uma nova história, totalmente despida da essência do fato ocorrido e midiaticizada por fluxos normativos.²¹⁶

Não bastasse a influência da imprensa, há uma avalanche de informações amplamente divulgada pela vertente sensacionalista. Esse tipo de imprensa se aproxima de assuntos próximos da coletividade, utiliza uma série de recursos linguísticos e discursivos que auxiliam no falseamento dos fatos, na hiperbolização da realidade, com fins a converter o receptor da matéria em uma testemunha imaginária dos fatos narrados.²¹⁷

Diante desta conjuntura, muitas vezes, a coletividade baseia suas convicções em situações que nem sempre correspondem com a realidade. Acrescente-se o fato de ser a opinião pública algo cambiante. É por todos sabido que a *Transparency International* pauta seu índice de intensidade de práticas corruptas²¹⁸, a nível internacional, com base na percepção social de cada Estado. E, justamente em função desses e outros fatores, há muitos questionamentos quanto à credibilidade de seus dados, em que pese a respeitabilidade e todos os méritos a que a referida ONG faz jus.

Sob outro prisma, Vizueta Fernandez critica essa ideia de bem jurídico, por entender que, o importante para essa vertente não seria tanto a existência da venalidade, ou a atuação parcial, por parte do funcionário público, mas que esses fatos cheguem ao conhecimento da opinião pública e que, conseqüentemente, afetem a sua confiança. Por fim, salienta o autor que uma vez perdida esta, por eventual comportamento corrupto da autoridade pública, não mais existiria objeto a ser tutelado e, toda e qualquer modalidade de corrupção quedaria impune, haja vista que um bem para estar em perigo deve ser suscetível de ser lesionado e não pode ser lesionado se carece de existência.²¹⁹

²¹⁵ PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria. Medios, Opinión Pública y Corrupción. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (org.). *Estudios sobre Corrupción*. Salamanca: Ratio Legis, 2010. P. 13.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Ibidem.

²¹⁸ Acesso em: <<http://www.transparency.org/cpi2011/results>>. 22 de fevereiro de 2013, 15:10:10.

²¹⁹ FERNANDÉZ, Jorge Vizueta. Op. cit., p. 209.

Olaizola Nogales tece duas críticas pontuais acerca da confiança como bem jurídico dos delitos de corrupção. A primeira delas consiste na vaguedade e amplitude do termo, o que implica na grande dificuldade em analisar o momento da lesão. E, a segunda, que julga ser a mais relevante, parte do pressuposto de que a confiança poderia ser considerada bem jurídico de qualquer classe de delito, não apenas dos delitos de corrupção.²²⁰ Para a autora, a confiança depositada pelos cidadãos não é bem jurídico, mas uma das condições básicas da Administração para a base de seu funcionamento. Completa a autora que a confiança não é, por si só, um bem jurídico, mas sem o mínimo de “docilidade” existira uma grave lesão a disposição dos cidadãos de receber e acatar as decisões oriundas da Administração e, por assim dizer, prejudicaria o funcionamento da Administração²²¹.

3. 6. 3. 2 O correto funcionamento da Administração Pública

O correto funcionamento da Administração Pública, em sua vertente objetiva função pública, é o bem jurídico no qual a doutrina majoritária aponta como objeto de tutela dos delitos de corrupção.²²² Esse pode ser compreendido como a “correcta prestación de servicios a los ciudadanos para garantizar su desarrollo y su participación o el servicio de la Administración a los ciudadanos”.²²³

Na esteira do posicionamento de Francesco Tagliarini, para que o correto funcionamento da Administração seja penalmente relevante é preciso transcender a defesa de direitos subjetivos perfeitos ou de interesses legítimos. Para isso, dever-se-ia abandonar os aspectos formais juspublicistas e adentrar em um penetrante exame acerca do conteúdo material do “dever” e da “responsabilidade”.²²⁴

O autor relaciona o princípio do bom andamento à eficiência, sob uma perspectiva dinâmica e final, dividindo-o em duas etapas, a saber: o reconhecimento por parte dos órgãos

²²⁰ OLAIZOLA NOGALES, op. cit., p. 86-87.

²²¹ Idem, p. 101-102.

²²² MIR PUIG, Carlos. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*. Barcelona: Jose Maria Bosh, 2000. P. 19.

²²³ MATA BARRANCO, Norberto J. de La. El Bien Jurídico Protegido en el Delito de Cohecho: La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 17, jan., 2006. P. 105.

²²⁴ TAGLIARINI, Francesco. *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel Codice Penale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1973. P. 159.

administrativos, com adequados poderes decisoriais e auto-organizativos, de atos a garantir a pontualidade das ações administrativas e, não menos essencial, o conferimento a tais órgãos de meios e procedimentos adequados à dinâmica realização dos fins previstos no ordenamento²²⁵. Já Antonio Pagliaro entende ser o correto funcionamento e a imparcialidade da Administração Pública bens jurídicos mediatos tutelados pelos delitos de corrupção.²²⁶

Para Olaizola Nogales o bem jurídico protegido nos delitos de corrupção é o correto funcionamento da Administração Pública, que com base na Constituição Espanhola²²⁷, englobaria não apenas a impessoalidade ou imparcialidade, mas também a legalidade, moralidade e eficiência da atuação da Administração Pública em prol dos interesses de seus subordinados. A autora segue destacando que a Administração Pública deve ser protegida quando servir de maneira concreta aos interesses de todos os cidadãos, de maneira a garantir o desenvolvimento e a participação de seus legítimos beneficiados. Por entender ser esse interesse um tanto amplo e genérico, destaca ser necessário delimitar como se perturba dito bem jurídico, isto é, em que aspectos se afeta esse correto funcionamento da Administração.²²⁸

Segundo LOOS, Olaizola Nogales entende que através das práticas de delitos de corrupção se perturbaria o funcionamento da Administração tanto do ponto de vista interno como do ponto de vista externo. Do ponto de vista interno, ou seja, a partir de uma atuação “de dentro”, as condutas constitutivas deste delito implicariam que a mescla de interesses públicos com interesses privados, diluindo assim a delimitação entre a Administração e seu entorno, necessária para que a Administração possa prestar de maneira adequada seus serviços. Do ponto de vista externo, se produziria uma frustração por parte dos cidadãos que passariam a ver a Administração pautada em interesses particulares, não por critérios objetivos.²²⁹

Em sentido oposto, Juarez Tavares rechaça a noção de bem jurídico atrelado à ideia de função, por entender que a tutela de função não tem como escopo a proteção da pessoa humana. Segundo o autor, por exemplo, proteger a Administração Pública, significa,

²²⁵ Idem, p. 160.

²²⁶ PAGLIARO, Antonio; GIUSINO, Manfredi Parodi. *Principi di Diritto Penale, parte speciale I: Delitti contro la pubblica amministrazione*, 10. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2008. P. 191.

²²⁷ O art. 103, da Constituição Espanhola é muito semelhante ao Art. 37 da nossa Constituição da República.

²²⁸ OLAIZOLA NOGALES, op. cit., p. 87, 93.

²²⁹ OLAIZOLA NOGALES, op. cit., p. 110.

obrigatoriamente, proteger atos administrativos que possivelmente não venham a repercutir na vida da pessoa humana.²³⁰

Vizueta Fernández salienta que a eleição desse interesse à categoria de bem jurídico tem por finalidade converter o correto funcionamento da Administração Pública em sua razão de ser. O autor define o bom andamento da Administração como a satisfação de determinadas necessidades e interesses individuais e coletivos, para cujo logro se articulam uma série de instrumentos, os bens jurídicos. Vizueta Fernández destaca que uma coisa seria o bem jurídico tutelado e outra a finalidade dessa proteção. Daí conclui pela impossibilidade de considerar o correto funcionamento como objeto de tutela dos delitos de corrupção.²³¹

O fato é que o bom funcionamento é, ou deveria ser, inerente a existência da Administração Pública. Na medida em que se incumbe ao Estado a tarefa de gerir a *res publica*, parte-se do pressuposto que essa estrutura funcional se regule de maneira adequada. Instabilidades ocasionais devem ser sanadas na seara no âmbito do Direito Administrativo, ramo sob o qual permite à própria Administração Pública se autoregular.

3. 6. 3. 3 A Não Venalidade dos Atos Funcionais

Eleita, por parte da doutrina italiana, como bem jurídico dos delitos de corrupção, a não venalidade dos atos funcionais integra o grupo de temas que mais merecem a nossa atenção.

Para esta corrente, todos os delitos de corrupção visam evitar uma compra e venda privada de atos oficiais da Administração Pública. Significa dizer que esses delitos têm por objetivo coibir o caráter sinalagmático entre um ato relacionado à função pública e a promessa ou obtenção de vantagem indevida por parte de um funcionário público.

Antonio Pagliaro, um dos grandes defensores da ideia, afirma que a atividade funcional da Administração Pública deve ser gratuita, ou, se prevista uma compensação, esta deve ser disciplinada pelo Direito Público e arrecadada pela Administração Pública.²³²

Ainda que as normas atribuam ao funcionário público o dever de arrecadar recursos de entes privados, em função de execução de atos administrativos, a compensação não deve ser direcionada ao funcionário em si, que terá sua própria remuneração, fora de um esquema de

²³⁰ TAVARES, op. cit., p. 55-56.

²³¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, op. cit., p. 210-214.

²³² PAGLIARO, Antonio; GIUSINO, Manfredi Parodi, op. cit., 2008. P. 181.

compra e venda privada de um ato de ofício. Nessas hipóteses, na verdade, cabe tão somente ao funcionário aceitar a compensação do serviço público como *longa manus* da Administração Pública²³³.

Sergio Seminara, com base no estudo de seu ordenamento jurídico pátrio, concluiu que a ideia de não venalidade, não está presente em todas as formas de corrupção.²³⁴ Diferentemente do nosso ordenamento jurídico, o Código Penal italiano prevê expressamente a corrupção imprópria (art. 318)²³⁵, corrupção própria (art. 319)²³⁶ e a corrupção subsequente (art. 318, 2ª parte). No que tange a esta última, o cátedra não visualiza a comercialização ilícita, uma vez que o fato, ou seja, a prestação de bem ou serviço já ocorrera sem qualquer acordo antecedente e, portanto, não seria passível de modificação.

Fazendo uma análise do nosso ordenamento jurídico, pode-se dizer que existiria o caráter venal em todas as modalidades de corrupção, exceto na corrupção passiva privilegiada, tendo em vista, que nesta hipótese, o funcionário público pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem, ou seja, a conduta é realizada independentemente da existência de sinalagma.

Em que pese a constatação da mercancia, vale destacar que esta não deve ser elevada à categoria de bem jurídico, da mesma forma que não se protege, no delito de homicídio, o interesse de não matar uma pessoa. Ao sustentar este posicionamento, não se nega a existência de um interesse em coibir a venalidade dos atos funcionais, mas questiona-se o fato dessa prática ser objeto de tutela dos delitos de corrupção. Assim como no homicídio o interesse em não se matar alguém se dá porque essa ação lesionaria o bem jurídico vida

²³³ Idem.

²³⁴ SEMINARA, Sergio. Gli interessi tutelati Nei reati di corruzione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, ano 36, n. 3, jul-set., 1993. P. 966-967.

²³⁵ “**Art. 318.** Corruzione per un atto d’ufficio

Il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni (c.p.32 quater).

Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d’ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino ad un anno.”

²³⁶ “**Art. 319.** Corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio

Il pubblico ufficiale (c.p.357), che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni (c.p.32 quater).”

humana, nos delitos de corrupção o interesse que os atos funcionariais não sejam objeto de compra e venda privada existe em função da tutela de um determinado bem jurídico.²³⁷

Tal raciocínio apenas seria admitido caso adotado o posicionamento de Günther Jakobs,²³⁸ acerca da vigência da norma como bem jurídico penal. Segundo o teórico, o Direito Penal garante a identidade da sociedade. Contudo, quando um indivíduo pratica um fato punível, contradiz essa lógica, demonstrando que a expectativa da norma em questão é um acessório não determinante no bojo daquela coletividade. Daí, a pena reafirmaria o papel desse ramo do direito no contexto social, ao ratificar que a conduta defraudatória não integra aquela sociedade e, conseqüentemente, restaurar-se o *status quo*, contra a proposta de mudança. Em outras palavras, o delito se configuraria a partir do mero desrespeito ao teor da norma.

Em verdade, como muito bem salienta Claus Roxin (n. 15, 2013, p. 01:4), tal visão se pautaria em um normativismo exacerbado. Ainda que não se ignore a contribuição da pena para a estabilização da norma, esse não é seu único fim. Aquela tem por objetivo desestimular potenciais delinquentes, de maneira a evitar que ocorram no futuro lesões reais, individuais ou sociais. Em última análise, teria por escopo a proteção a bens jurídicos.²³⁹

Dentre os doutrinadores brasileiros que parecem reconhecer a existência da venalidade de atos funcionais na corrupção passiva²⁴⁰, vale citar Cezar Roberto Bitencourt:

Bem jurídico protegido, no dispositivo em exame, é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, constituindo a corrupção passiva a venalidade de atos de ofício, num verdadeiro tráfico da função pública.²⁴¹

²³⁷ FERNANDÉZ, Jorge Vizueta. Op. cit., p. 215.

²³⁸ JAKOBS, Günther. Imputacion Juridicopenal. Tradução de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Jakobs, Günther; Struensee, Eberhard. *Problemas Captales del Derecho Penal Moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. P. 33.

²³⁹ ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal*, Granada, n. 15, 2013. P. 01:4.

²⁴⁰ Na corrupção ativa, Cezar Roberto Bitencourt entende que desaparece a ideia de “compra de ato”, tratando-se apenas de uma liberalidade, que não exige a alusão à prática do ato ou sua omissão. BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., P. 207.

²⁴¹ *Ibidem*.

Em que pesem alguns questionamentos quanto à eleição dos interesses acima apontados pelo autor, pode-se constatar que Bitencourt reconhece a existência da venalidade dos atos de ofício na corrupção passiva, porém, eleva a categoria de bem jurídico a probidade, a respeitabilidade da função pública, bem como a integridade de seus funcionários.

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado:

A tutela penal no tipo em exame [corrupção passiva] tem por escopo proteger o interesse atinente ao normal funcionamento, transparência e prestígio da Administração Pública, com especial atenção à obediência ao dever de probidade, evitando-se, destarte, os nefastos danos causados pela venalidade no exercício da função pública.²⁴²

Vizueta Fernández acrescenta que a não venalidade apenas poderia ser suscitada como bem jurídico caso a contrapartida da dádiva fosse lícita, pois, a seu ver, a não comercialização deveria ser restrita apenas às atuações públicas lícitas. Para o autor, defender a não venalidade de um comportamento público ilícito, seria o mesmo que legitimá-lo, na medida em que tal comportamento não deve ser realizado com ou sem oferecimento de dádiva.²⁴³

3. 6. 3. 4 A capacidade funcional do Estado

Trata-se de interesse sustentado pela doutrina, quando se está a falar de bem jurídico tutelado pela clássica tipificação codificada pelos delitos de corrupção. Dentre seus defensores, no Brasil, encontramos Renato de Mello Jorge Silveira.²⁴⁴ Já Cláudia Cruz Santos,

²⁴² PRADO, Luiz Regis, op. cit., P. 377.

²⁴³ VIZUETA FERNÁNDEZ, op. cit., p. 237.

²⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: As seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Ignácio; LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa (org.). *Estudios sobre la corrupción: Una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, 2013. P. 18. Em sentido diametralmente oposto, Débora Thaís de Melo entende que “o bem jurídico capacidade funcional do Estado e a tutela da confiança, enquanto seu pressuposto, acaba por, [...], assentar o injusto em uma construção carente de materialidade e objetividade a necessariamente limitar o exercício do *jus puniendi* estatal”. MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos coletivos. 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*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. P. 84.

catedrática da Universidade de Coimbra, destaca que as perdas econômicas, oriundas de práticas corruptas, tendem a limitar a capacidade funcional do Estado.²⁴⁵

Todos os direitos, sejam eles direitos prestacionais ou direitos de defesa, para se concretizarem, demandam, em algum grau, dispêndio de recursos por parte do Poder Público. Os primeiros, para subsistirem, exigiriam uma efetiva atuação estatal, por se tratarem de prestações sociais que visam o asseguramento de liberdades materiais concretas. Os últimos, ainda que não requeiram para a sua existência o uso do erário, necessitariam da extração de recursos governamentais para a sua manutenção.

A partir dessa ideia, qual seja, de custos de direitos, parece ser possível definir a capacidade funcional do Estado como o poder de atuação estatal em prol da manutenção ou garantia de direitos constitucionalmente assegurados aos indivíduos, tais como a saúde, a educação, a segurança, dentre outros. E, essa mobilização da máquina estatal está diretamente vinculada ao uso de verbas públicas, isto é, do quantum de proventos que compõe o erário.

Contudo, os recursos estatais são marcadamente conhecidos por sua escassez. E, é justamente em virtude desse aspecto que se passou a sustentar a colocação dos direitos sob o que se classificou como “reserva do possível”, que engloba “tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma”.²⁴⁶

Se cabe ao Estado garantir o mínimo existencial dentro de seus escassos recursos, através da reserva do possível, caótica torna-se a conjuntura em que o “cobertor curto” diminui ainda mais seu tamanho em razão de gastos astronômicos, muitas vezes imbuídos de motivações ilícitas, através de recursos que compõe o erário. Exatamente em função disso, verifica-se a relevância de considerações acerca dos delitos de corrupção.

Na medida em que o país apresenta reiteradas práticas corruptas, notadamente nos casos de achaques de funcionários públicos na área tributária²⁴⁷, cria-se não apenas grave

²⁴⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís. *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*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. P. 24.

²⁴⁶ SARLET, op. cit., p. 307.

²⁴⁷ Segundo a pesquisa “Corrupção no Brasil: A perspectiva do Setor Privado, 2003”, desenvolvida pela Organização Não-Governamental Transparência Brasil, os tributos mais vulneráveis a não tributação por meio do pagamento de propinas à agentes públicos por empresas são: ICMS (78%), seguido de impostos trabalhistas e o ISS. O IPTU foi considerado o imposto menos vulnerável, ainda assim apresentando 41% na escala dos achaques de funcionários públicos.

Acesso em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/perspec-privado-2003.pdf>>. 15 de outubro de 2012, 20:30:30.

deficiência na prestação de serviços públicos por parte do ente arrecadador, como também dificuldade na obtenção de receitas para gerir a *res publica*.

A situação adquire maior complexidade quando a corrupção alcança os mais altos segmentos políticos de um país. Sob o manto da posição de detentores do poder decisório, muitos políticos adotam planejamentos que incidem diretamente sobre a produtividade e a qualidade de seu governo. É recorrente a implementação de obras públicas através de projetos “faraônicos”, de elevado custo ao erário, geralmente, desnecessários frente à finalidade principal a que o bem público se destina. Neste sentido, Dieter Frish, ex-Diretor Geral de Desenvolvimento da Comissão Européia declara:

Quando a ordem de prioridades e projetos está determinada pela corrupção, chegamos à máxima expressão da mesma; nesses casos, as prioridades para o desenvolvimento genuíno de um país se definem em função de projetos que são mais vantajosos para o interesse particular dos funcionários [...] ao canalizar os recursos escassos em prioridades secundárias ou projetos desnecessários, a corrupção será em grande parte responsável pelo descuido de necessidades fundamentais, em particular necessidades básicas como alimentação, saúde e educação.²⁴⁸

Dito de outra forma, na medida em que o Poder Público deixa de arrecadar ou superfatura seus contratos, por conta de negociações escusas entre seus funcionários públicos e particulares, o erário perderia cada vez mais recursos que poderiam ser destinados à garantia de direitos fundamentais.

3. 6. 3. 5 Ordem Econômica

Conforme visto anteriormente, com a constatação do fracasso da regulação espontânea do mercado no Estado Liberal, isto é, da ausência de um equilíbrio natural de forças que ali se operacionalizavam, verificou-se a necessidade de alteração no papel do Estado, de guardião à intervencionista. A partir daí, lhe foi incumbida a tarefa de garantir mecanismos que proporcionassem uma situação de equilíbrio a livre iniciativa, a planificação e a ação estatal direta, principalmente, na ordem econômica.

²⁴⁸ EIGEN, Peter. La Corrupción en los países desarrollados y en desarrollo. Um desafío de os 90 medios prácticos para combatirla. *Contribuciones*, Buenos Aires, 1995, n. 4, out./dez., 1995. P. 10.

A internalização da expressão “ordem econômica” na linguagem dos juristas, sobretudo do direito, teria surgido a partir da primeira metade do século XX.²⁴⁹ No Brasil, a Constituição da República de 1934, sob inspiração da Carta Constitucional de Weimar de 1919²⁵⁰, foi a primeira a fazer referência a uma “ordem econômica e social”. Tal terminologia se fizera presente até a Constituição de 1967, com a Emenda nº. 1, de 1969, excetuando-se a Carta de 1937, conhecida como Polaca, que previa tão somente a menção a “ordem econômica”. De maneira peculiar, a Constituição de 1988 dispõe sobre duas ordens distintas, uma “econômica” e outra “social”.²⁵¹

A Constituição vigente, sob o título VII, Da Ordem Econômica e Financeira adota, logo no caput de seu primeiro dispositivo, a dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica, ao destacar “Art. 170. A ordem econômica, [...], tem por fim assegurar a todos existência digna [...]”.²⁵²

Nesse sentido, caso se observe o princípio da dignidade da pessoa humana, na Constituição de 1988, ver-se-á que se encontra no art. 1º, como princípio político constitucional conformador, e no art. 170, *caput*, como princípio constitucional impositivo.²⁵³⁻²⁵⁴

Em especial no que tange a esta segunda visão, à dignidade da pessoa humana é conferida grande importância, por englobar todo o exercício da atividade econômica. O exercício de qualquer elemento da atividade econômica que não corresponda àquela garantia constituiria uma verdadeira afronta ao princípio duplamente contemplado na Constituição.²⁵⁵

²⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*, 11. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 65.

²⁵⁰ A referência a uma “ordem econômica e social”, nas Constituições Brasileiras surgem a partir da Carta de 1934, sob inspiração da Constituição de Weimar, de 1919. Esta foi a primeira a dispor de uma seção intitulada “Da vida econômica”, onde previa, densamente, uma regulação sistemática da economia. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990. P.4.

²⁵¹ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 65.

²⁵² Ibidem p. 195.

²⁵³ Ibidem, p. 196-197.

²⁵⁴ José Joaquim Gomes Canotilho classifica como “princípios políticos constitucionalmente conformadores: são os princípios constitucionais que explicam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Neles condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da constituição. Os princípios políticos constitucionais são o cerne político de uma constituição política. [...]”

Princípios constitucionais impositivos: aqui, subsumem-se todos os princípios que, no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por “preceitos definidores dos fins do Estado”, “princípios directivos fundamentais” [...]. Traçam, sobretudo para o legislador, linhas retrizes da sua actividade política e legislativa.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. P.177-179.

²⁵⁵ GRAU, op. cit., p. 197.

Dentre os princípios da ordem econômica, insculpidos ao longo do art. 170 da Constituição, encontramos alguns interesses, de caráter coletivo, tais como a livre concorrência, a defesa do consumidor, defesa do meio ambiente e, outros, marcadamente individuais, como, por exemplo, a propriedade privada.

É de conhecimento geral que o Direito Penal protege os interesses econômicos individuais, através dos tipos penais de furto, roubo, etc. Contudo, cumpriria a este ramo do direito proteger a ordem econômica, no que se refere àqueles interesses de natureza coletiva?

Como salientado anteriormente, ao Direito Penal, como *ultima ratio*, cumpre apenas tutelar aquelas práticas delitivas que não são capazes de serem coibidas por meios preventivos menos gravosos, tais como o Direito Civil, Direito Administrativo e Direito Tributário.

Contudo, se se remeter a classificação de bens coletivos, irá se verificar, no bojo desta classe de interesses, a ordem econômica, uma vez que ela se relaciona à satisfação de necessidades de caráter social e econômico. Vale ainda salientar que se trata de condição precípua para o livre desenvolvimento da pessoa individualmente considerada, além de possuir referência expressa na Constituição, o que denota ser merecedora de tutela penal.²⁵⁶

Além disso, cumpre ao Direito Penal Econômico, enquanto conjunto de normas jurídico-penais que tutelam a ordem econômica, fazer frente a essa delinquência que aflige a Economia.

Na busca de uma definição correta e lógica do Direito Penal Econômico, Enrique Bacigalupo sustenta:

São delitos econômicos aqueles comportamentos descritos nas leis que lesionam a confiança na ordem econômica vigente com caráter geral ou em alguma de suas instituições em particular e, portanto, põe em perigo a própria existência e as formas de atividade dessa ordem econômica.²⁵⁷

Entretanto, como já destacado, entende-se inadequada a eleição do bem jurídico tutelado nos delitos econômicos a confiança, mas, sim, o objeto no qual ela deve se pautar, que o próprio Bacigalupo destaca ser a ordem econômica.

Para não incorrer em tentativas frustradas de busca por definições precisas e coerentes, melhor parece adotar a classificação Carlos Martínez-Buján Perez e Klaus Tiedemann,

²⁵⁶ BENITO SANCHÉZ, Demelsa, op. cit., p. 163.

²⁵⁷ BACIGALUPO, Enrique (director). *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. P. 35.

defendida no magistério acadêmico de Artur Gueiros²⁵⁸, acerca da bipartição de Direito Penal Econômico em sentido amplo e em sentido estrito. Segundo este entendimento, Direito Penal Econômico em sentido amplo, compreende a regulação jurídico-penal de toda a cadeia de produção, fabricação, circulação e consumo de bens e serviços²⁵⁹. Este conceito abrange todas as infrações que lesionam os bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico.²⁶⁰

Os delitos econômicos em sentido amplo englobam infrações que lesionam ou põem em perigo os interesses individuais afetando gravemente a atividade econômica no contexto da economia de mercado.²⁶¹

Em contrapartida, o Direito Penal Econômico em sentido estrito teria por finalidade reforçar a tutela do Direito Administrativo Econômico, bem como repreender, através de ameaças penais, as infrações que atentem contra “o direito da direção estatal e do controle da economia”.²⁶² Sob esta perspectiva, delito econômico em sentido estrito é “a infração jurídico-penal que lesiona ou põe em perigo a ordem econômica entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país”.²⁶³

Muitos doutrinadores, por entenderem ser vago e impreciso o sentido amplo do Direito Penal Econômico, afirmam ser demasiado genérico o bem jurídico, sob esta vertente, tutelado.²⁶⁴ Em que pese tais críticas, fato é que não se pode rechaçar o conceito amplo, porque é, exatamente, em função do espaço de flexibilização ali contido que se torna viável a modernização do Direito Penal Econômico.²⁶⁵

Admitir a ordem econômica, em seu sentido lato, é uma questão de necessidade, ou melhor, cuida-se de uma realidade imposta, na medida em que a nova conjuntura social exigiria a proteção da intervenção estatal na economia, na organização, no desenvolvimento, na conservação dos bens econômicos, bem como na produção, circulação, distribuição e

²⁵⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico...* p. 120.

²⁵⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito* (Introducción al derecho penal económico y de la empresa). Barcelona: Ariel S.A. 1985. P. 19.

²⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Valencia: Tirant Blanch, 1998. p. 37.

²⁶¹ BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Ramón Areces, 2010. p. 15.

²⁶² TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007. P. 2.

²⁶³ BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina, op. cit, p. 14.

²⁶⁴ BENITO SANCHÉZ, Demelsa, op. cit., p. 162; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial*, 18. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. P. 475.

²⁶⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. “Da Criminologia à...” p. 121.

consumo. Trata-se de interesse direcionados às atividades realizadas no âmbito econômico e, por assim dizer, no empresarial, dado seu constante entrelaçamento, haja vista que

o exercício de uma atividade empresarial constitui a fonte principal do domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica, isto é, não só sobre os especificamente econômicos - v.g., a livre concorrência -, e meio-ambientais, mas também sobre outros de diferente natureza que aparecem com frequência igualmente envolvidos de um modo típico na prática de atividade econômico-empresarial [...].²⁶⁶

3. 6. 4 A pluriofensividade dos delitos de corrupção

Ao estudamos um delito específico, dependendo do tipo que se analisa, é comum encontrarmos, na descrição do bem jurídico, a tutela de mais de um objeto. Na Lavagem de Capitais, por exemplo, há autores que sustentam, de maneira imediata, a lesão a Ordem Econômica, a Administração da Justiça e ao interesse tutelado pela infração penal antecedente como bens jurídicos protegidos por esse delito.²⁶⁷ No caso da Lei n.º 8.137/90, Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, há autores que defendem a integridade do erário, a arrecadação ou a ordem tributária como bem jurídico tutelado pelos tipos que ali se encontram.

Com os delitos de corrupção não é diferente. A maioria dos autores que discorrem acerca da temática são partidários da pluriofensividade dos delitos de corrupção. Como visto, para Luiz Regis Prado²⁶⁸ os bens jurídicos tutelados pelo delito de corrupção passiva seriam o normal funcionamento, a transparência e o prestígio da Administração Pública. Para esse mesmo tipo delitivo, Cezar Roberto Bitencourt²⁶⁹ interpreta-o de maneira diversa. Ele sustenta que o crime de corrupção passiva teria por escopo proteger a probidade da função pública, sua respeitabilidade e, por fim, a integridade de seus funcionários. Em contrapartida, José Paulo Baltazar Junior²⁷⁰ afirma que o delito em comento seria monofensivo, na medida em que atingiria apenas um único bem jurídico, qual seja, o andamento regular da Administração Pública, contra o tráfico da função.

²⁶⁶ PRADO, Luis Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 28.

²⁶⁷ JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crimes Federais*, 6. ed., ver., ampl. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 599.

²⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro...*, p. 377.

²⁶⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 77.

²⁷⁰ JUNIOR, José Paulo Baltazar, op. cit., p. 152.

Como se pode constatar, a defesa da pluriofensividade do delito varia de acordo com a concepção de cada o autor acerca dos interesses que devam ou não ser tutelados por esses delitos. Trata-se de tema que suscita inúmeros debates doutrinários. Contudo, não se pretende retomar a questão dos interesses a serem elevados ao status de bens jurídicos tutelados pelos delitos de corrupção, mas tentar tratar da problemática da pluriofensividade sob premissa diversa. Se está a falar de lesões a distintos interesses, em função do grau do impacto lesivo e das peculiaridades das práticas corruptas que surgem, em grande escala, e que pouco se assemelham com as lesões decorrentes das tradicionais condutas dos tipos de corrupção.

Haveria, de fato, a existência de um *animus* de mercancia, que seria o cerne dos tipos de corrupção. Entretanto, é incontestável que a mera solicitação, por parte de um policial, de vantagem indevida a um indivíduo, para que esse não sofra os transtornos com seu carro apreendido por uma blitz, é muito inferior ao de uma empresa de grande porte que efetua pagamentos vultosos a determinado governante ou a partido político para obter condições mais vantajosas, na obtenção de contratos, em detrimento dos demais competidores.

Caso se tome por base o nível de danosidade social específica dessas práticas corruptas, constatar-se-á o acerto da classificação efetuada por Cláudia Cruz Santos, acerca da matéria. A autora traça a distinção entre crimes de corrupção que seriam, primariamente, crimes contra o Estado e crimes de corrupção que são “ou devem ser” analisados como delitos contra a Economia. Entende, de maneira acertada, que a lesão a um desses valores poderia repercutir na afetação do outro. Destaca que, por um lado, as perdas econômicas limitariam a capacidade funcional do Estado e, por outro lado, a ilegalidade no Estado afastaria os investidores e fragilizaria a Economia. Neste sentido, “é fulcral esclarecer que todos estes crimes [delitos de corrupção] serão de algum modo poliédricos, na medida em que à lesão daqueles valores estará, em regra, associada a ofensa a outros valores, cuja natureza pode variar”.²⁷¹

É justamente esse efeito em cadeia que teria o condão de desencadear consequências criminógenas de grande relevância na sociedade. O problema é que a ideia de pluriofensividade não permite explicar o *quantum* das penas nos tipos de corrupção de nosso ordenamento jurídico pátrio. Pelo contrário, essa perspectiva suscita perplexidade quando se

²⁷¹ SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís. *A Corrupção: Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime...* p. 23, 24.

constata que nos delitos do art. 317²⁷²⁻²⁷³ e art. 333²⁷⁴, ambos do Código Penal, a pena é a mesma, enquanto na corrupção ativa em transações comerciais internacionais, bem como o delito de corrupção no âmbito da Lei n.º. 8.137/90, as sanções são inferiores as primeiras. Trata-se, de fato, de uma incongruência, na medida em que à prática do art. 337-B do Código Penal²⁷⁵, a pena é de reclusão de um a oito anos e multa, enquanto a sanção decorrente do cometimento da conduta prevista no art. 2º, inciso III, da Lei n.º. 8.137/90²⁷⁶ a pena é de detenção de seis meses a dois anos e multa.

Não se trata de discutir a redução ou o aumento de pena para essas práticas, mas induzir a reflexão acerca do porquê de um tratamento tão díspar entre condutas com o grau de danosidade social, em tese, superior ao das demais; do porquê de um tratamento igualitário entre a pequena e a grande corrupção.²⁷⁷

3. 6. 5 Tomada de postura

²⁷² “**Art. 317, caput, do CP** - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

[...]”

²⁷³ Ressalvadas as práticas de corrupção passiva majorada (art. 317, §1º do CP) e corrupção passiva privilegiada (art. 317, §2º do CP).

²⁷⁴ “**Art. 333 do CP** - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.”

²⁷⁵ “**Art. 337-B do CP**. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.”

²⁷⁶ **Art. 2º da Lei n.º. 8.137/90** - Constitui crime da mesma natureza:

[...]

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

[...]”

²⁷⁷ Tal classificação será objeto de estudo mais aprofundado no Capítulo 4, Pequena Corrupção *versus* Grande Corrupção.

Após a digressão acerca dos bens jurídicos, pode-se constatar a tendência na eleição de interesses que primam pelo prestígio, decoro, bom andamento das atividades do Poder Público. Verificou-se também um resquício de proteção da função pública e até mesmo de subjetividades, *in casu*, a confiança da sociedade na Administração.

Os interesses vinculados a Administração Pública mostraram-se falhos, na medida em que ao invés de se voltarem para o elemento justificador de sua existência, a exaltam. Sustentar essa concepção significaria elevar a categoria de bem jurídico um meio, que tem por objetivo gerir a *res publica*.

Ao mesmo tempo, sustentar a tutela da confiança da comunidade na Administração Pública se mostraria equivocado, notadamente, por se tratar de interesse que em nenhum momento tem o condão de afetar o livre desenvolvimento do indivíduo, bem como seus pressupostos sociais. Em último caso, a mera afirmação da confiança como bem jurídico dos delitos de corrupção, poderia justificar a ilegitimidade desses tipos penais, haja vista a carga de subjetividade que tal interesse comporta.²⁷⁸

Contrario sensu, a capacidade funcional do Estado mostra ser um dos interesses que melhor traduzem a necessidade de repressão penal por parte dos tradicionais delitos de corrupção. Conforme visto em abordagem específica, a atuação do Estado no sentido de assegurar direitos requer um poder disposição estatal, isto é, um custo para subsidiá-los. Essa manifestação, geralmente, envolve o uso de verbas públicas. Contudo, o impacto decorrente de práticas corruptas, agregado a escassez dos recursos, tem o condão de retardar ou até mesmo paralisar a capacidade funcional do Estado, prejudicando, substancialmente, o bem estar da coletividade, afetando de modo mediato o desenvolvimento de todas as pessoas que a compõe.

O cenário socioeconômico atual apresenta a corrupção como uma prática “multifacetada”²⁷⁹, isto é, um fenômeno revestido de uma nova roupagem, potencializado pelos avanços advindos da globalização, da diminuição de distâncias entre países, da conexão em tempo real entre economias. O que, para esses casos, justifica-se a pluriofensividade dos delitos sob consideração, modulada de acordo com o delito de corrupção em que se esteja a tratar.

²⁷⁸ ROXIN, Claus. El concepto de Bien Jurídico ...P. 01:5.

²⁷⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A idéia penal sobre a... p. 85.

O interesse que melhor traduziria essa nova realidade, principalmente com o advento da Carta Constitucional de 1988, seria a ordem econômica. Esta, por força do art. 170 da Constituição da República, engloba alguns interesses, de caráter coletivo, tais como a livre concorrência, a defesa do consumidor, defesa do meio ambiente e, outros, marcadamente individuais, como, por exemplo, a propriedade privada.

Apesar das ácidas críticas à tutela do sentido amplo do Direito Penal Econômico, que compreende a ordem econômica *lato sensu*, fato é que admiti-la torna-se uma questão de necessidade, haja vista que a nova conjuntura social exige a proteção da intervenção estatal na economia, na organização, no desenvolvimento, na conservação dos bens econômicos, bem como na produção, circulação, distribuição e consumo.²⁸⁰

Ultrapassadas as considerações acerca dos reais bens jurídicos a serem protegidos pelos delitos de corrupção, e constatada a necessidade de tutela de um novo interesse, cumpre proceder ao estudo das práticas de corrupção que, embora comportadas em um mesmo tipo penal, desencadeiam impactos lesivos completamente díspares entre si.

²⁸⁰ PRADO, Luis Regis. Direito Penal... P. 28.

4 A GRANDE CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO HODIERNO

4. 1 Considerações Introdutórias

“La sociedad es una sociedad económica, lo que no significa que también sea una sociedad económica, sino que lo es principalmente. En caso de duda el sistema economía se impone frente a todo lo demás”.²⁸¹ Com essas palavras, Günther Jakobs destaca a posição hegemônica que a Economia ocupa na sociedade. É dizer que, no bojo de um conflito de interesses entre atores econômicos e o bem estar social, aquele tende a preponderar.

O fenômeno ao qual o capítulo se dedica, qual seja, a grande corrupção, tem por escopo avaliar os casos de subornos praticados entre funcionários públicos de alto nível e pessoas físicas e jurídicas de direito privado, que, sob contexto de atividades comerciais cuja Administração Pública seja parte interessada, tem o condão de privilegiar interesses privados ainda que em detrimento da coletividade.

Com vistas a traçar um estudo pleno da temática, deve-se, antes, abordar, ainda que brevemente, a pequena corrupção, cuja análise, embora não constitua o cerne da dissertação, permite compreender seu conteúdo, bem como estabelecer, de maneira mais segura, como ela se distingue da corrupção de alto nível.

Feito isso, adentrar-se-á no estudo da grande corrupção, fenômeno analisado pelo americano George Moody-Stuart. Apesar de subsistir desde os primórdios, ela se mostra relativamente nova em função das novas feições que assume. Dentre elas, deve-se discorrer sobre a qualidade e a estrutura organizacional dos agentes envolvidos. E, após a análise de três importantes ordenamentos jurídicos estrangeiros, cumprirá avaliar a avaliação da existência de um tratamento específico dispensado à grande corrupção no Brasil e, caso constatada sua ausência, as razões da ineficácia dos mecanismos até então disponibilizados no combate a tal mazela, ensaiando-se reflexões a título de solução.

4. 2 A Pequena Corrupção

²⁸¹ JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el Derecho Penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002. *apud* LONGOBARDI, Mariano. Autoría y dominio del hecho en los delitos socioeconómicos: criminalidad económica, derecho penal económico y dogmática penal. *Revista de derecho penal y procesal penal*, n. 10, jun., 2005. P. 755.

Cidadãos, conglomerados empresariais, investidores brasileiros ou estrangeiros, se vêem diariamente em meio a incontáveis normas que regem, direta ou indiretamente, o convívio em sociedade. Algumas delas se mostram imprescindíveis para a tutela de bens jurídicos individuais ou supraindividuais, outras, ainda que apresentem eventual utilidade, têm o condão de gerar excessivos obstáculos às regulares atividades sociais e econômicas.²⁸² Tais óbices, materializados em procedimentos burocráticos, regulamentos complexos e, até mesmo, excessivos, acabariam por induzir o incentivo a utilização do famoso “jeitinho”, ou seja, a pequena corrupção, para obter determinada decisão nas atividades econômicas ou angariar privilégios específicos.

A ONG *Transparency International* define a pequena corrupção, ou corrupção de sobrevivência, como atos praticados por funcionários públicos mal pagos, dependentes de pequenos soldos para complemento de sua própria subsistência, bem de suas famílias.²⁸³⁻²⁸⁴

Contudo, em que pese o argumento da baixa remuneração como um dos elementos propulsores da corrupção de baixo nível, não parece adequado este requisito como caracterizador dessa face delitiva. Sustentar o contrário equivaleria a negação da existência da pequena corrupção entre funcionários que recebem remunerações proporcionais as suas funções, isto é, dignas, apesar da inexistência de destaque de suas atribuições. Na verdade, a corrupção, não importa a face que assuma, compreende o desvirtuamento ético do sujeito que a pratica.

É muito corriqueiro observar o fenômeno naquelas situações em que a Administração Pública concentra o poder de coerção em suas mãos, como, por exemplo, nas atividades do fisco, da aduana ou até mesmo no policiamento ostensivo. Entretanto, são nas atividades realizadas por autoridades policiais que se constataria massivamente sua presença. A autoridade policial, como qualquer outro funcionário público,

que a troca de dinheiro, ou de outras quaisquer utilidades vende o exercício da autoridade que lhe é confiada, não viola somente os deveres do seu cargo, atraiçoa a

²⁸² PARKER, N. et al. A corrupção na América Latina: estudio analítico basado em uma Revisión Bibliográfica y Entrevistas. In: *Américas Accountability Anti-corruption Project*. Virginia: Casals Associate, 2004. P. 6-7.

²⁸³ TI Source Book, 2000. P. 19.

²⁸⁴ Jean Cartier-Bresson classifica a pequena corrupção como “corrupção negra”. CARTIER-BRESSON, Jean. Corrupción institucionalizada y neocorporativismo, con ejemplos del caso francés. *Nueva Sociedad*, Caracas, 1996, n. 145, set./out., 1996. P. 116.

sociedade que nele depôs a sua confiança e a justiça que não admite como causa impulsiva de um acto senão a própria justiça.²⁸⁵

A traição, a qual se faz referência, tem o condão de alimentar uma crise de legitimidade da atividade policial, em razão das incontáveis notícias de atuação ilegal e corrupta desses servidores, seja ela através da venda de um trato preferencial, de um “fechar de olhos” ou até mesmo da convivência com o crime organizado em troca de vantagens patrimoniais.²⁸⁶

Apesar de classificada como pequena, por conta dos cargos ocupados pelos agentes públicos envolvidos, essa prática delitativa está longe de atenuar a gravidade da conduta, haja vista sua capacidade em encerrar penalidades, sanções ou garantir privilégios logo no início da fase de investigação. Significa dizer que é nessa etapa, na base das relações com o Poder Público, que geralmente se alimenta a cifra negra dos delitos, notadamente, de crimes de corrupção.

Acrescente-se o fato de que o impacto de pequenos subornos pode afetar radicalmente a Economia, como no caso de o funcionário da alfândega que, por qualquer quantia, permite a entrada de mercadorias tributáveis de alto custo, vantagem essa, que na visão dos empresários que a ela recorrem, é encarada como uma espécie de “gordura” necessária para operacionalização de suas atividades em um ambiente difícil de estabelecer-se.

Susan Rose-Ackerman, com vistas a avaliar a relação existente entre a corrupção de alto e baixo nível hierárquico, percebe as práticas corruptas sob duas variantes: “*de arriba a abajo*” e “*de abajo a arriba*”. Na primeira, de baixo para cima, que nos é pertinente por ora, os funcionários de escalões inferiores recebem as vantagens e as compartilha, direta ou indiretamente, com seus superiores hierárquicos. Conforme salienta a autora, de início, os pagamentos aos superiores podem ser um mecanismo para assegurar o silêncio da prática delitativa. Porém, se tais repasses se institucionalizam, criam-se fontes de renda paralela, organizadas pelos detentores de uma posição superior para o seu próprio proveito, tal qual uma pirâmide, cuja base sustenta o topo. Nessa perspectiva, o padrão de baixo para cima

²⁸⁵ JORDÃO, Levy Maria. Comentário ao Código Penal Português. Lisboa: Tipographia de José Baptista Morando, 1853 *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SOARES, Rogério Mateus. A corrupção nas autoridades policiais. In: FERRÉ OLIVÉ, J. C. et al.. *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*, vol. III, 1. ed.. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002. P. 342.

²⁸⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SOARES, Rogério Mateus. A corrupção nas autoridades policiais. In: FERRÉ OLIVÉ, J. C. et al.. *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.4 v. V. 3. P. 342.

apenas se manterá caso os “burocratas à nível de rua” detenham maior poder discricionário com o público em suas mãos.²⁸⁷

Contudo, frequentemente, a pequena corrupção é apenas uma baixa projeção de formas muito mais danosas da corrupção em níveis elevados.²⁸⁸ Na parte que se segue, se tentará abordar essas e outras questões atinentes a grande corrupção, sob a perspectiva hodierna, revestida de inúmeras vicissitudes, que fariam dela um fenômeno com novas feições, ainda que existente há eras.

4. 3 A Grande Corrupção

Grande corrupção²⁸⁹, alta corrupção²⁹⁰, corrupção de alto nível, são terminologias, comumente empregadas para fazer referência à mesma abordagem, objeto de estudo por parte de grandes especialistas e organizações²⁹¹. Trata-se de tema trabalhado em países de origem anglo-saxônica, embora, não deixe de se fazer presente no cotidiano dos demais ao redor do globo, sejam eles desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento.

George Moody-Stuart, ex-presidente da ONG *Transparency International*, analisa de perto o fenômeno em seu livro *La Gran Corrupción*, ao concentrar sua abordagem nos casos de subornos entre funcionários públicos de alto nível, sob contexto de atividades comerciais, cuja Administração Pública seja parte interessada. Nessa obra o autor define a grande corrupção como “el mal uso del poder público por parte de los jefes de estado, ministros y altos funcionarios con el fin de obtener um beneficio pecuniário personal”.²⁹²

Segundo a perspectiva sociológica de Moody-Stuart, os verdadeiros beneficiários da corrupção em alta escala concentrariam-se na pessoa daqueles que ocupam cargos com poder decisório ou que têm a possibilidade de influenciar na tomada de decisões do governo, como os chefes de Estado, ministros e altos funcionários. *A contrario sensu*, os grandes

²⁸⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan. Corrupción y economía global. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 10, abr., 1999. P. 114.

²⁸⁸ TI Source Book, 2000. P. 19.

²⁸⁹ MOODY-STUART, George. **La Gran Corrupción**. Madrid: Siddharth Mehta, 1994.

²⁹⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan. Corrupción y economía....P. 52.

²⁹¹ Corruption and Good Governance, UNDP, (jul./1997), p. 26-30; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corrupción y economía global. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, no. 10, abril, 1999.P. 52

²⁹² MOODY-STUART, George, op. cit., p. 8.

prejudicados por tais práticas seriam o público em geral e/ou as agências e entes que disponibilizam os fundos de investimento.

As oportunidades para o cometimento do delito são demasiado variadas. Basicamente, originam-se da interação entre o Poder Público e atores do setor privado, na medida em que surgem ocasiões para negociações de bens de capital, importantes projetos de engenharia civil, serviços de consultoria, de acordo com a preferência dos beneficiários²⁹³. Além dessas, a experiência brasileira vem nos apontando a presença da grande corrupção na concessão de empréstimos bancários de alto risco a pessoas físicas ou jurídicas que não têm condições ou até mesmo intenção de estornar os fundos, na concessão de licenças, na ausência de regulação/inspeção de riscos ambientais e segurança do trabalho.

Tratam-se, em verdade, de práticas que não se limitam apenas a violação de um determinado preceito legal, pelo contrário, muitas vezes decorrem da manipulação da legislação como recurso de acesso diferenciado ao bem comum para os atores privados. Em outras palavras, se administra a “legalidade”, não em consonância com o disposto em lei, ainda que se realize por meio desta.²⁹⁴

Normalmente, as negociações firmadas, no âmbito de práticas corruptas em grande escala, envolvem o pagamento de vantagens, a título de “comissão”, isto é, de porcentagem do montante firmado em sede de contratos públicos. Dessa conjuntura é possível inferir ao menos duas situações.²⁹⁵

A primeira delas consiste o requerimento de “comissão” de valor considerável por parte do funcionário público de alto nível, se tomada por parâmetro a previsão de lucro do contratado. Desta conjuntura três ações poderiam ser tomadas por parte do sujeito/empresa contratada: o desfazimento do contrato lícito, a inserção total do percentual requerido sob o valor total do contrato público firmado ou a agregação parcial da “comissão”, solicitada pelo contratante, tanto no contrato público como na margem de lucro do contratado.

Caso o percentual indevido solicitado pelo titular do cargo/função pública seja muito superior a parcela de lucro do contratado e, ainda assim, o particular/empresa queira manter as negociações, as opções restarão limitadas. Como alternativa, por exemplo, a empresa insere

²⁹³ MOODY-STUART, George, op. cit., p. 13.

²⁹⁴ VIRGOLINI, Julio E. S.. *Crímenes excelentes*. Delitos de culello blanco, crimen organizado y corrupción, 1. ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2008. P. 259.

²⁹⁵ MOODY-STUART, George, op. cit., p. 14-15.

uma parcela da “comissão” no montante do contrato público, reduz sua margem de lucro e a qualidade dos bens e serviços que por ele serão disponibilizados.

No primeiro caso, se agregada total ou parcialmente, a comissão no contrato público, poder-se-ia, possivelmente, visualizar a pluriofensividade da conduta, haja vista a lesão a ordem econômica, bem como a capacidade funcional do Estado, dado o aumento injustificado da negociação.

No que tange ao caso subsequente, além da ocorrência de dano semelhante à segunda hipótese, existiria uma dupla lesão a capacidade funcional do Estado, em função do prejuízo ao erário e do emprego de bem ou serviço de má-qualidade, hábil até mesmo desencadear afetação de bens jurídicos individuais.

Em verdade, ocorre uma mudança de paradigmas na avaliação custo-benefício de um projeto de investimento. O que deveria ser pautado segundo critérios objetivos de contratação pública, passa a ser estabelecido conforme interesses privados. Diante disso, Malem Seña destaca

Cuanto mayor sea el precio a pagar, más alta será la comisión a cobrar por parte de los implicados. Por esa razón, entre otras, la inversión pública tiende a aumentar en los países con más altos índices de corrupción, pero lo hace de manera improductiva, asignando recursos a obras innecesarias o a proyectos que nunca entran en funcionamiento, pagando un precio mayor que corresponde y retrayendo recursos de sectores necesitados, o simplemente más productivos.²⁹⁶

Como muito bem salienta Rose-Ackerman, raramente essas práticas delitivas se resumem a um único pagamento aos funcionários de alto escalão. Cria-se uma tendência à reiteração ao cometimento do crime, na medida em que a empresa “vencedora” não visualiza outra alternativa que não as relações corruptas, como mecanismo de defesa de seus interesses.²⁹⁷ Por exemplo, para manter ilicitamente seus contratos, conglomerados empresariais podem, paulatinamente, direcionar fatias consideráveis de seus ganhos a doações de campanhas eleitorais. Essa está longe de ser apenas uma realidade brasileira, trata-se de uma realidade geral.

²⁹⁶ MALEM SEÑA, Jorge Seña F, op. cit., p.46.

²⁹⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos: Causas ...* P. 46-47.

E é exatamente esse poder de negociação entre grupos públicos ou privados, aliado a distorções econômicas e altos custos de projetos, que determinarão o impacto geral dessa face da corrupção na sociedade.²⁹⁸

Contudo, em que pese o brilhantismo da tese delineada por Moody-Stuart, é fato incontroverso que a grande corrupção não reside apenas nas mazelas realizadas por funcionários públicos, titulares de altos cargos na Administração. Para esclarecer tal afirmação, deve-se efetuar a abordagem dos atores envolvidos, bem como suas características, que fazem dessa face delitiva um fenômeno merecedor de atenção especial.

4. 3. 1 Os atores envolvidos

Sob os matizes da criminalidade do colarinho branco²⁹⁹, a grande corrupção, tradicionalmente, baseia a materialização de práticas corruptas, no perfil de destaque do funcionário público no seio da Administração Pública. A principal característica dessa posição elevada gira em torno da investidura em cargos de ingerência ou, quiçá, de influência na tomada de decisões negociais, que envolvam grandes somas de dinheiro.³⁰⁰

²⁹⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos: Causas ...* P. 155, 167.

²⁹⁹ Na esteira da concepção de Cláudia Cruz Santos, crê-se na existência de alinhamento da qualificação de criminosos do colarinho branco aos sujeitos ativos do delito de corrupção passiva, segundo a teoria de Moody Stuart, por ocuparem cargos políticos de destaque na sociedade para a prática do delito. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. A corrupção [da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]. In: ANDRADE, M. C.. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. P. 963. Contudo, vale esclarecer a distinção entre a delinquência de colarinho branco e a criminalidade dos poderosos, muitas vezes tomadas como sinônimos. Na perspectiva de Sutherland, a primeira compreende a ideia de delito cometido por pessoa de respeitabilidade e status social *elevado*, no curso de sua profissão. SUTHERLAND, Edwin. H.. *El delito de Cuello Blanco*, tradução de Rosa del Omo. Madrid: La Piqueta, 1999. P. 65. A criminalidade dos poderosos, apartada do critério do cometimento do delito por estrato social elevado no bojo de sua profissão, compreende “a suma de crimes cometidos por pessoas com uma posição especial e num também especial e subjectivo contexto de poder. Fruto dessa posição, por um lado e, por outro, em um intuito de manutenção e/ou reforço desse mesmo poder, em uns casos político [...] e em outros, os que aqui mais nos interessam, económico (casos de prática de crimes de corrupção activa e/ou passiva, branqueamento de capitais, delitos relacionados com valores cotados na Bolsa, etc...) e ainda, em uma terceira via, aliando o poder político ao económico, têm o domínio particular de situações derivadas desse poder, repete-se propícias à perpetração de um particular tipo de crimes”. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal: Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001. P. 37, nota 12; PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al Derecho Penal Económico. In: BACIGALUPO, Enrique (director). *Derecho Penal Económico*, 2. ed.. Madrid: Marcial Pons, 2005. P. 27; Tratar-se-ia esta última de conteúdo mais abrangente, se tomada por base a qualificação do agente na prática da delinquência económica, haja vista que sua existência no bojo de todas as camadas sociais. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Económico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Dessa feita, a criminalidade dos poderosos mostra-se mais adequada se avaliados os agentes privados, sujeitos ativos do delito de corrupção ativa, no âmbito da grande corrupção.

³⁰⁰ MOODY-STUART, George. Op. Cit., p. 13-14.

O impacto decorrente da corrupção de alto nível ultrapassaria a mera escala de investimentos públicos e perda de ingressos. Os altos funcionários, dotados de grandes poderes discricionários, concentram em suas mãos a competência de selecionar projetos e efetuar negociações com pouca ou nenhuma racionalidade. A consequência da adoção de uma má escolha não é outra senão a injeção de recursos públicos em empreendimentos tipo “*elefante branco*”, de pouco ou nenhum valor para o desenvolvimento econômico.³⁰¹

Entende-se que o cometimento de crimes de corrupção comercial por autoridades públicas aumenta, substancialmente, a probabilidade de proteção desses personagens em eventuais persecuções penais. Como se verá mais adiante, a posição hierárquica ocupa o lugar central a contribuir com esse sentimento de segurança, haja vista a superior concentração de discricionariedade do cargo, menor sujeição aos controles externo e interno, convivência entre seus pares³⁰² e grande margem de manobra para revestir práticas corruptas com a roupagem de licitude.³⁰³

Outro fator relevante, diretamente relacionado à qualidade dos atores envolvidos, gira em torno do conformismo da existência de corrupção na alta cúpula do governo. Principalmente quando se está a falar de políticos, a sociedade se inclina a assimilar uma *cultura de aceitação*, em razão da descrença de um combate eficaz a tal mazela. A consequência disso é que, apesar de constatadas práticas corruptas, as pessoas tenderiam a reeleger esses mesmos representantes, sob o argumento de que são “corruptos, mas fazem”.

De forma a rechaçar concepções como essas, o combate às práticas corruptas, em especial à grande corrupção, não se restringe apenas a proteção de bens jurídicos, mas busca resgatar a então fragilizada relação de confiança que a sociedade deposita nesses titulares de cargos eletivos e na própria Administração Pública, para gerir seus interesses.³⁰⁴

Não obstante, em que pese o impacto da atuação desses funcionários públicos de destaque, é preciso consignar a presença de atores econômicos, pessoas físicas e jurídicas de

³⁰¹ ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos: Causas...* P. 41.

³⁰² Este aspecto será melhor abordado na próxima seção, onde se discorrerá acerca da corrupção das hierarquias, na variante “de cima para baixo”.

³⁰³ MOODY-STUART, George, op. cit., p. 25; ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corrupción y economía*P. 56.

³⁰⁴ GISBERT, Rafael Bustos. *Corrupción Política y Derecho*. TORRE, IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA; BECHARA, ANA Elisa Liberatore S. (org.). *Estudios sobre la Corrupción: Una reflexión hispano brasileña*, 1. ed.. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013.P. 62.

direito privado, que se valem de pagamentos de vantagens indevidas para a obtenção de contratos e privilégios no seio da Administração.³⁰⁵

De fato, a grande corrupção tem possibilitado novas companhias, que em leais condições de concorrência não teriam a menor chance, a adentrar no mercado.³⁰⁶ Quando se está a falar de contratos públicos, geralmente, a empresa efetua pagamentos com vistas a ter seu nome incluso na lista de ofertantes qualificados ou para pressionar o funcionário público responsável a limitar a seleção de concorrentes. É possível também o oferecimento de vantagem em troca de informações sigilosas ou, até mesmo para induzir o funcionário a elaborar requisitos específicos no procedimento licitatório, com o objetivo de qualificá-la como única empresa apta a contratação.³⁰⁷

Sob essa conjuntura, é possível justificar a perpetuação das práticas corruptas, ao menos, por três razões, a saber: os subornos teriam o condão de limitar mercados, “incrementar” subsídios de funcionários públicos corruptos e reduzir custos, que poderiam ser direcionados ao pagamento de impostos ou ao cumprimento de normas administrativas.³⁰⁸ Quando isto ocorre, as contas do Estado se vêem diretamente prejudicadas, não pelo gasto excessivo, mas por um menor ingresso.³⁰⁹

³⁰⁵ Embora não seja o foco do ensaio, faz-se necessário consignar o alerta dado por Antonio Pagliaro acerca de uma das questões que permeiam a punição do ator privado, a dificuldade na distinção entre as práticas de corrupção passiva e concussão. Quando as partes resolvem estabelecer um negócio, em regra, ambas buscam potencializar os benefícios e minimizar eventuais perdas. Na extorsão, o mal injusto depende da vontade única e exclusiva de um dos sujeitos, o extorsor, que constringe a vítima a uma conduta que para esta ser-lhe-ia desvantajosa. *A contrario sensu*, em um negócio regular para as duas partes, as vantagens e o mal injusto são negociados e, por fim, aceitos por todos os envolvidos. Para o autor, os mesmos critérios que devem valer para traçar uma linha entre aqueles comportamentos que constituem a prática de corrupção passiva e concussão. Na concussão, o ato que o funcionário pratica para compelir o sujeito privado a dar ou prometer constitui o tipo. Enquanto, na corrupção passiva, a vontade de estabelecer o contrato paralelo é de ambas as partes, e as mesmas visam dessa negociação obter alguma vantagem. Contudo, o que talvez mostre ser na teoria uma distinção tranqüila dos dois tipos penais, na prática a situação não se mantém. Existe uma grande dificuldade em estabelecer se se trata de um caso de corrupção passiva ou concussão. Não muito raro ocorrem casos nos quais as empresas que obtêm licitamente seus contratos junto a Administração, em função do *metus publicae potestatis*, se vêem compelidas a efetuar o pagamento de vantagens indevidas a funcionários públicos, com fins manter ou receber as prestações discriminadas em contratos firmados junto a Administração Direta ou Indireta. PAGLIARO, Antonio. Brevi note sulla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione. *L'Indice Penale*, v. 23, ano 23, n. 1, jan./abr, 1989. P. 31-33

³⁰⁶ MOODY-STUART, George, op. cit., p. 37.

³⁰⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos:* P. 37.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 11-12.

³⁰⁹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. La Corrupción de los servicios públicos extranjeros e internacionales. (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado). FERRÉ OLIVÉ, J. C. et al.. *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.4 v. 3 V. P. 125.

Interessante destacar que muito dificilmente, no que se referem aos casos de corrupção ativa, os dirigentes de uma empresa se vêem, enquanto responsáveis pelas negociações, como delinquentes, corruptos.

Na realidade, com fins de rechaçar esses possíveis estigmas, os autores das práticas de grande corrupção, notadamente em função de suas altas posições sociais, procuram justificar suas ações com base em argumentos, tais como, “se não agir dessa maneira, minha empresa não sobreviverá à realidade de mercado”, “se as demais fazem, porque nós não podemos?” ou até mesmo, “se não fizermos isso, nossos concorrentes o farão”³¹⁰.

Tal percepção não se limita aos personagens envolvidos, pelo contrário. Muitos doutrinadores, cientistas e práticos da justiça criminal resistem à identificação dessas práticas como merecedoras de uma tutela penal adequada. Por essa razão, sustentam teses deslegitimadoras ou criativas construções normativas tendentes, em certa medida, a mantê-las apartadas do braço punitivo estatal³¹¹. E, como bem destacado por Artur Gueiros, a consequência dessa postura “seria uma insistente manutenção, no âmbito das agências formais de controle – polícia, justiça e penitenciária –, de uma opção preferencial pelos baixos estratos sociais”³¹².

³¹⁰ MOODY-STUART, George. Op. Cit., p. 45.

³¹¹ A título de exemplo, vale citar a postura adotada por Winfried Hassemer, membro da Escola penalista de Frankfurt. O teórico reconhece ter a corrupção o condão de dar ao crime organizado uma nova roupagem. Enquanto na criminalidade clássica, mesmo organizada, se mantém a divisão fundamental entre os criminosos e aqueles que a combatem, o autor ressalta que na corrupção a situação muda, na medida em que a criminalidade põe em xeque a motivação dos que a deveriam combater. Contudo, rechaça a elaboração de estratégias a longo prazo apoiadas unicamente ou em primeiro plano no direito penal e no processo penal, por entender que esses ramos restringem direitos fundamentais, elevam escalas penais e ampliam as ameaças sancionatórias. Por tal razão, Hassemer retira o foco da prevenção normativa para o que ele denomina como prevenção organizativa ou técnicas. Seu objetivo é impedir que mediante novas ameaças penais, amplie-se o quantum da pena ou se introduzam novos métodos de investigação. As medidas preventivas pelo teórico aludidas incluiriam planificação, supervisão e fiscalização de auditorias internas, discussão de normas sociais de conduta na sociedade, criação de acordos internacionais efetivos sobre o combate à corrupção. HASSEMER, Winfried. Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción. *Pena y Estado: revista latinoamericana de política criminal*, Buenos Aires, ano 1, n. 1, 1995. P.149-153. Conforme salientado no capítulo anterior, é inquestionável a necessidade de criação e manutenção de mecanismos preventivos de combate à corrupção. Logicamente, a prevenção é o primeiro passo para a promoção de desestímulos a práticas corruptas. Como se verá mais adiante, o Brasil vem implementando diversas medidas preventivas que tem conferido inúmeros êxitos no combate à corrupção. Entretanto, apesar da força que as medidas preventivas apresentam, a grande corrupção se faz presente e, é dotada de inúmeras vicissitudes que não lhe permitem o combate tão somente a ótica preventiva. Sobretudo no que tange à alta corrupção, em função do impacto desencadeado sobre bens jurídicos supraindividuais, torna-se imperioso um tratamento mais adequado por parte do Direito Penal, a *ultima ratio*, aplicado quando todos os outros meios fracassam.

³¹² SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico...* p.117.

Outro fator que corroboraria para a potencialização dos danos oriundos não apenas da grande corrupção, mas da criminalidade econômica como um todo, diz respeito a estrutura altamente complexa à disposição de seus agentes. Em verdade, se está a falar de todo um aparato, ainda que, em regra, organizado para a consecução de finalidades lícitas, tem o condão de dificultar a persecução. Ocupa-se, a seguir, dessa abordagem, sob a perspectiva da composição pública e privada, que, ao final, encontrarão diversas correlações.

4. 3. 2 A estrutura organizacional dos agentes

A estrutura organizacional dos delinquentes econômicos constitui um dos maiores problemas na identificação dos que venham a ser considerados verdadeiros autores do delito. O cometimento desses crimes através de grupos empresariais ou de hierarquias rígidas como a Administração Pública, dificulta seriamente a utilização dos clássicos critérios de atribuição de responsabilidade penal, notadamente por serem organizados à base dos princípios da verticalidade e divisão do trabalho.³¹³

Sob o prisma da corrupção das hierarquias de Rose-Ackerman, “*de arriba a abajo*”, a impunidade na Administração Pública se consolidaria em razão da compra do silêncio dos subordinados, por parte dos funcionários superiores. Esta poderia se dar de duas formas: através do pagamento de quantias altas ou outras vantagens em espécie ou da tolerância à pequena corrupção, hábil a garantir a conivência dos subordinados na manutenção da cadeia da grande corrupção. Em consequência disso, a cumplicidade viria a se concretizar através de um “fechar de olhos”, uma abstenção ou uma atuação positiva.³¹⁴

Desta forma, a corrupção se institucionaliza, configurando-se necessariamente como “criminalidade *no* Estado” e de seus aparelhos, e, caso perpetuada, corre o risco de transformar-se em “criminalidade *do* Estado”, haja vista a perda de autoridade que os políticos e funcionários corruptos desencadeariam para a obtenção dos seus fins privados. Como bem salientado por Federico Stella “a criminalidade do Estado significa obviamente Estado criminógeno (...), que convida à delinquência”.³¹⁵

³¹³ LONGOBARDI, Mariano. Autoría y dominio del hecho P. 756.

³¹⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos: Causas ...* P. 114-115.

³¹⁵ STELLA, Federico. La Filosofia della proposta anticorruzione. Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia, ano 7, nº. 4, p. 936 *apud* SANTOS, Cláudia Maria Cruz. A corrupção [da luta contra o crime na

Em função disso, as lições de Nelson Hungria, em 1958, nunca se mostraram tão atuais:

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. Quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. 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.³¹⁶

No que tange à criminalidade econômica, ainda que sob argumentos diversos, não faltam autores que relacionam a responsabilidade “de cima para baixo” àquela praticada no seio de uma estrutura hierárquica empresarial.³¹⁷

A peculiaridade dessa relação consiste no fato de que muitas das vezes o próprio subordinado, responsável pelo cumprimento das diretrizes, desconhece a fonte de emanção da ordem, em virtude de inúmeras delegações de função ou da própria estrutura organizacional. Daí, a responsabilização penal, no bojo de estruturas empresariais, resta prejudicada ou por falha na identificação da pessoa que se valeu da atuação de outrem para o cometimento do delito ou em função do argumento de um possível erro na execução do ordenado. A esse incidente a doutrina denomina irresponsabilidade organizada, consequência da organização empresarial, onde a tomada de decisões passa por um processo no qual a “informação prévia”, o “poder decisório” e a “execução da decisão” podem recair sobre distintas pessoas.³¹⁸

Entretanto, em razão das inúmeras transformações sociais à velocidade das comunicações sociais globais, de progressos científicos e tecnológicos acelerados, a legislação penal

intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]. In: ANDRADE, M. C. et al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. P. 963.

³¹⁶ HUNGRIA, Nelson, op. cit., p. 362-363.

³¹⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría e participación. *Revista Penal*, Valença, n. 9, jan., 2002. P. 107. VASQUEZ, Manuel A. Abanto. Hacia un nuevo derecho penal de las empresas: más allá de solución penal y meramente administrativa del delito económico. *Revista Penal*, Valença, n. 21, jan., 2008. P.8.

³¹⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Hacia un ... P. 8.

raramente logra êxito em acompanhar as necessidades que “sociedade do risco” apresenta. A consequência não é outra senão a instauração de uma criminalidade coordenada e “instalada à escala planetária, como fase última do capitalismo, que põe em sério risco a própria democracia e faz assim reechar uma ruptura civilizacional”.³¹⁹

Por essa razão, a doutrina e a jurisprudência vêm adotando uma “resposta penal” alternativa a criminalidade econômica, através de interpretações alternativas de institutos da Dogmática Penal clássica. A título de exemplo, tem-se discutido a utilização da autoria mediata nos aparatos organizados de poder, de Claus Roxin³²⁰, como critério de imputação de autoria e o emprego do tipo de quadrilha ou bando³²¹ ou a ideia de organizações criminosas³²² para associação delitiva.

³¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. P. 159.

³²⁰ A aplicação da autoria mediata em aparatos organizados de poder, no âmbito empresarial, tem por escopo fundamentar a punição dos membros da direção ou titulares do negócio, bem como imputar, na mesma medida, a responsabilidade do executor imediato. Em linhas gerais, Claus Roxin, em sua obra “Autoria e Domínio do Fato” (*Täterschaft und Taterrschaft*), de 1963, destaca o domínio do fato como o elemento configurador da autoria. Segundo a teoria, o domínio do fato ocorre por: a) *domínio da ação*, que conduz à autoria direta, versa sobre aqueles grupos de casos nos quais o indivíduo, livre de coação, realiza os elementos do tipo de própria mão; b) *domínio funcional do fato*, enquanto manifestação da coautoria, trata daquelas situações onde os indivíduos concorrem para a prática delitiva, parcialmente, não apenas para executar a sua vontade do fato, mas também a dos demais e, por fim, ao que nos é pertinente, c) *domínio da vontade*, verificado na autoria mediata, aborda as situações em que o sujeito de trás, por meio de coação ou erro, se vale do executor como um instrumento. Na esteira da concepção desenvolvida por Roxin, cria-se uma flexibilização da última quando a autoria mediata passa a se fundamentar, não apenas no erro e na coação, mas também no funcionamento do aparato que o homem de trás tem à sua disposição. Consoante as recentes alterações dos critérios configuradores do domínio da vontade em aparatos organizados de poder, os elementos do domínio da organização passam a exigir o poder de mando (*Anordnungsgewalt*), a desvinculação do ordenamento jurídico (*Rechtsgelöstheit*) do aparato de poder, a fungibilidade do executor imediato e a consideravelmente elevada disponibilidade do executor ao fato. No que concerne ao poder de mando para Roxin, será autor mediato apenas aquele que, no seio de uma organização rigidamente dirigida, tem autoridade para dar ordens e a exerce para comandar a execução do tipo. O segundo elemento, desvinculação do ordenamento jurídico do aparato de poder, pode ocorrer sob duas vertentes: quando não mais vigente as garantias inerentes ao Estado de Direito, o poder estatal, com o auxílio de organizações a ele subordinadas, comete delitos ou quando organizações secretas, bandos ou grupos assemelhados, enquanto organizações hierarquizadas, orientadas para fins contrários ao ordenamento jurídico estatal, praticam delitos. A exigência da fungibilidade do executor imediato requer a intercambialidade dos que executam o ato criminoso no seio dos aparatos organizados de poder. Por fim, a consideravelmente elevada disponibilidade do executor ao fato equivale a excessiva motivação do executor imediato, inserido no aparato organizado de poder, a praticar o fato delitivo, alimentada por influências oriundas da integração do indivíduo à organização. Em que pese o fato de Roxin, criador dessa figura, rejeitar a sua transposição às ações dos superiores em empresas, sem perquirir seus requisitos, considerando-a uma hiperextensão da autoria, há jurisprudência em sentido diverso, entendendo pela aplicação da teoria a organizações não desvinculadas do Direito. *Vide*: BGHSt, 40, p. 2706. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. P. 151, 269-280, 308; El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, Valença, n. 18, p. 242-248, 2006. ROXIN, Claus. Autoria mediata por meio do Domínio da Organização. *Temas de Direito Penal – Parte Geral*, 1. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p.336-337.

³²¹ O tipo previsto no art. 288 do Código Penal brasileiro, Quadrilha ou bando, sobretudo após o transcorrer da Ação Penal 470, é objeto de acalorados debates. O *animus* de ajuntamento desse delito suscita questionamentos quanto à viabilidade de sua adequação a casos outros que não criminalidade de massa. Por tal razão, vale

Ante a dificuldade em adequar esses institutos do Direito Penal clássico aos delitos econômicos, surge a pergunta: Os delitos contra a Administração Pública, previstos no Código Penal, como nas leis penais extravagantes são eficazes para coibir esse *novo* fenômeno delitivo? Para respaldar a resposta a essa indagação, passa-se a análise do tratamento dispensado aos delitos de corrupção, por parte de ordenamentos jurídicos estrangeiros e, em seguida, pela legislação nacional.

4. 3. 3 O tratamento penal de ordenamentos jurídicos estrangeiros

A) Alemanha

destacar alguns elementos que a doutrina afirma consubstanciar o rechaço da aplicação do art. 288 a crimes criminalidade econômica. O primeiro deles baseia-se na localização do referido tipo no Título IX do Código Penal, sob a epígrafe “Dos crimes contra a paz pública”. Esta teria o condão de apontar como bem jurídico protegido do crime de quadrilha ou bando, a própria paz pública, sob a dimensão subjetiva, isto é, a sensação coletiva de segurança e tranquilidade, tutelada pela ordem pública. Em segundo lugar, tem-se afirmado que o art. 288 não pode ser adequado a casos outros que não crimes de rua, seus assemelhados, delitos que agridam a Paz Pública, por requerer a ideia “associativa”, permanente, para a prática do delito, elemento esse que seria oposto ao animus da associação delitiva em uma criminalidade de empresa, por exemplo, onde o ajuntamento seria esporádico. Por fim, salientam que no crime de quadrilha ou bando a decisão criminosa é individual, a diferença da delinquência econômica, em que as decisões comumente são tomadas por diretoria, em geral, por maioria. Por essas razões, a adequação do art. 288 à criminalidade moderna resta questionada. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Os limites da imputação do crime de formação de quadrilha ou bando. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 242, p. 4-5, jan., 2013; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, 3. ed., rev. e atual, v. 4. São Paulo: Saraiva: 2008. P. 236-246.

³²² “La criminalidad económica es cada vez más organizada” preleciona Luigi Foffani. FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad económica. *Revista Penal*, Valencia, n.º 7, jan. 2001. P. 66 Cláudia Cruz Santos sustenta, no contexto da realização de práticas corruptas, a corrupção ativa, muitas vezes, como uma das formas de atuação do crime organizado. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. A corrupção [da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]. In: ANDRADE, M. C. et al.. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. P. 963. Esses e muitos outros autores, apesar do dissenso da doutrina na definição do que vem a ser criminalidade organizada, constata a linha tênue existente entre essas figuras. Em verdade, tanto a criminalidade organizada como a delinquência econômica comportam, ao menos, duas características em comum, a saber: a organização e o ânimo de lucro. Na esteira da presente seção, essa estrutura organizacional, tem o condão de dificultar a instauração e prosseguimento da persecução penal. Contudo, transpor a criminalidade organizada para a delinquência econômica talvez seja uma das tarefas mais complexas. Dentre as definições de criminalidade organizada, vale citar Bottke, que a conceitua como “la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que más que para un hecho concreto, se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial”. BOTTKE, Wilfried. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero em Alemania. Tradução de Soledad Arroyo Alfonso e Teresa Aguado Correa. *Revista Penal*, Barcelona, n. 2, jul., 1998. P. 1-2. A crítica surge em razão da identificação de um elemento dessa criminalidade não apenas apontado pelo autor, mas de conhecimento geral, qual seja, a associação para a prática de um objeto preponderantemente ilícito, que, aparentemente, destoa da delinquência econômica, praticada, geralmente, no seio de uma empresa, formada para a execução de atos lícitos.

Um dos primeiros países europeus a adaptar-se aos compromissos internacionais assumidos, dentre eles a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e as Convenções do Conselho da Europa de Combate à Corrupção de 1999, a Alemanha é objeto de atenção, não apenas em razão do tratamento dispensado a práticas de corrupção de funcionários públicos nacionais, estrangeiros, comunitários e de organizações internacionais, como também em função de sua peculiar previsão de sanção, variável segundo a natureza leve ou grave das práticas corruptas.

Em 20 de agosto de 1997, entrou em vigor a Lei de Combate à Corrupção (KorrBG³²³), responsável pela reforma dos delitos de corrupção previstos no Código Penal alemão (StGB). Considerada ampla e endurecida, tal alteração legislativa teria surgido, em parte, como resposta à eclosão de inúmeros casos de corrupção em grande escala, em especial, no setor de contratações públicas.³²⁴

Passado um ano, entraram em vigor duas leis que alinharam o ordenamento jurídico alemão as exigências supranacionais em matéria de corrupção transnacional: a Lei contra a corrupção na União Européia (EUBestG³²⁵) e a Lei contra a corrupção internacional (IntBestG³²⁶).³²⁷

Em consequência disso, o Direito Penal alemão passou a tratar com maior severidade atos de corrupção passiva e ativa, a corrupção privada, os acordos ilícitos limitativos da concorrência e a denominada corrupção de deputados.

Sob linhas simplificadas, existem dois grupos de previsões penais no StGB³²⁸ que tem por escopo tipificar os delitos de corrupção em transações comerciais. O primeiro, ainda que não encontre pertinência com o objeto da presente, inserto no Capítulo XXVI do Código, Crimes contra a Concorrência (*Straftaten gegen den Wettbewerb*), prevê, especificamente, a criminalização do suborno entre pessoas físicas e jurídicas de privados, como mecanismo de

³²³ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption.

³²⁴ WASSMER, Martin Paul. Tratamiento jurídico-penal de la corrupción política y administrativa: Alemania. *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, jan., 1999. P. 123.

³²⁵ Gesetz zu dem Protokoll v. 27.9.1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften.

³²⁶ Gesetz zu dem Übereinkommen v. 17.12.1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr.

³²⁷ Em razão da abordagem do presente ensaio, nos ateremos as considerações do Código Penal alemão (StGB), após a reforma da KorrBG, e a Lei contra a corrupção internacional, IntBestG.

³²⁸ A partir desse momento, a seção se valerá do Código Penal alemão (StGB) traduzido para o inglês pelo Prof. Dr. Michael Bohlander. Tal versão encontra-se disponível no sítio eletrônico do Ministério da Justiça da República Federal da Alemanha.

combate as burlas à concorrência em procedimentos licitatórios, nos termos dos §§ 298 e seguintes.

O segundo grupo, localizado no Capítulo XXX, Crimes cometidos no exercício do cargo público, (*Straftaten im Amt*), a partir dos §§ 331 e seguintes do Código Penal alemão, dispõe acerca de delitos de corrupção, praticados em razão da função pública, ainda que sob terminologias diversas.

O primeiro dispositivo, §331 StGB (*Vorteilsannahme*)³²⁹, prevê a denominada “aceitação de vantagem”, por parte de (1) titular de cargo, pessoa especialmente obrigada com o serviço público, como sinalagma de um ato oficial ou por parte de (2) um juiz ou árbitro como contraprestação de um ato judicial.

Em sentido oposto, o §333 (*Vorteilsgewährung*)³³⁰ tipifica o “oferecimento de vantagem” por parte indivíduos a (1) um funcionário público, a pessoa encarregada de funções de serviço público especial ou um soldado das Forças Armadas para um cumprimento de dever ou (2) a um juiz ou árbitro para a realização de um ato judicial. Ao contrário dos dispositivos que serão

³²⁹ “Section 331

Taking bribes

(1) A public official or a person entrusted with special public service functions who demands, allows himself to be promised or accepts a benefit for himself or for a third person for the discharge of an official duty shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) A judge or arbitrator who demands, allows himself to be promised or accepts a benefit for himself or a third person in return for the fact that he performed or will in the future perform a judicial act shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine. The attempt shall be punishable.

(3) The offence shall not be punishable under subsection (1) above if the offender allows himself to be promised or accepts a benefit which he did not demand and the competent public authority, within the scope of its powers, either previously authorises the acceptance or the offender promptly makes a report to it and it authorises the acceptance.”

³³⁰ “Section 333

Giving bribes

(1) Whosoever offers, promises or grants a benefit to a public official, a person entrusted with special public service functions or a soldier in the Armed Forces for that person or a third person for the discharge of a duty shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever offers promises or grants a benefit to a judge or an arbitrator for that person or a third person in return for the fact that he performed or will in the future perform a judicial act shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine.

(3) The offence shall not be punishable under subsection (1) above if the competent public authority, within the scope of its powers, either previously authorises the acceptance of the benefit by the recipient or authorises it upon prompt report by the recipient.”

analisados a seguir, estas previsões não exigem a atuação contrária ao cargo ocupado pelo funcionário, magistrado ou árbitro.³³¹

Os §§332 (*Bestechlichkeit*)³³² e 334 (*Bestechung*)³³³ do StGB têm por escopo a tipificação do aceite e do oferecimento de subornos como incentivo a violação dos deveres oficiais de funcionários públicos, juízes ou árbitros, respectivamente. Em outras palavras, significa dizer que aqui se está a tratar da denominada corrupção passiva e ativa própria.

³³¹ BENITO SANCHÉS, Demelsa. Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho Penal alemán. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, 2013, n. 15, fev., 2013. P. 04:4. Acesso: <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-04.pdf>>.

³³² “Section 332

Taking bribes meant as an incentive to violating one’s official duties

(1) A public official or person entrusted with special public service functions who demands, allows himself to be promised or accepts a benefit for himself or for a third person in return for the fact that he performed or will in the future perform an official act and thereby violated or will violate his official duties shall be liable to imprisonment from six months to five years. In less serious cases the penalty shall be imprisonment not exceeding three years or a fine. The attempt shall be punishable.

(2) A judge or an arbitrator, who demands, allows himself to be promised or accepts a benefit for himself or for a third person in return for the fact that he performed or will in the future perform a judicial act and thereby violated or will violate his judicial duties shall be liable to imprisonment from one to ten years. In less serious cases the penalty shall be imprisonment from six months to five years.

(3) If the offender demands, allows himself to be promised or accepts a benefit in return for a future act, subsections (1) and (2) above shall apply even if he has merely indicated to the other his willingness to

1. violate his duties by the act; or
2. to the extent the act is within his discretion, to allow himself to be influenced by the benefit in the exercise of his discretion.”

³³³ “Section 334

Giving bribes as an incentive to the recipient’s violating his official duties

(1) Whosoever offers, promises or grants a benefit to a public official, a person entrusted with special public service functions or a soldier of the Armed Forces for that person or a third person in return for the fact that he performed or will in the future perform an official act and thereby violated or will violate his official duties shall be liable to imprisonment from three months to five years. In less serious cases the penalty shall be imprisonment not exceeding two years or a fine.

(2) Whosoever offers, promises or grants a benefit to a judge or an arbitrator for that person or a third person, in return for the fact that he

1. performed a judicial act and thereby violated his judicial duties; or
 2. will in the future perform a judicial act and will thereby violate his judicial duties,
- shall be liable in cases under No 1 above to imprisonment from three months to five years, in cases under No 2 above to imprisonment from six months to five years. The attempt shall be punishable.

(3) If the offender offers, promises or grants the benefit in return for a future act, then subsections (1) and (2) above shall apply even if he merely attempts to induce the other to

1. violate his duties by the act; or
2. to the extent the act is within his discretion, to allow himself to be influenced by the benefit in the exercise of his discretion.”

As previsões que mais se aproximam das peculiaridades existentes na grande corrupção são encontradas logo a seguir, no §335³³⁴, que dispõe acerca das modalidades especialmente graves dos delitos acima citados. São elas a captação de benefícios de grande proporções, o aceite contínuo, por parte do infrator, de benefícios demandados em troca do ato oficial que ele irá executar no futuro, atos de corrupção decorrentes da atuação profissional do agente, ou segundo a versão em inglês do dispositivo, disponibilizada pelo sítio eletrônico do Ministério Federal da Justiça (*Bundesministerium der Justiz*), “*acts on a commercial basis*”, e, por fim, a atuação de membro de grupo organizado no sentido do cometimento continuado desses delitos³³⁵.

Conforme acima destacado, as previsões aplicam-se quando envolvidos funcionários públicos, magistrados e árbitros. No entanto, membros de assembléias parlamentares, por não ostentarem a condição de funcionários públicos (§ 11 StGB)³³⁶, não são abarcados pelos

³³⁴ “**Section 335**

Aggravated cases

[...]

2) An especially serious case within the meaning of subsection (1) above typically occurs when

1. the offence relates to a major benefit;
2. the offender continuously accepts benefits demanded in return for the fact that he will perform an official act in the future; or
3. the offender acts on a commercial basis or as a member of a gang whose purpose is the continued commission of such offences.”

³³⁵ Aqui vale destacar que não se está a tratar de criminalidade organizada, mas as atuações de membros de uma quadrilha ou bando. WASSMER, Martin Paul. Tratamiento jurídico-penal P. 125.

³³⁶ “**Section 11**

Definitions

(1) For the purposes of this law

1. ‘relative’ means any member of the following category of persons:
 - (a) relations by blood or marriage in direct line, the spouse, the same sex partner, the fiancé(e)—also within the meaning of the Same Sex Partnership Act—, siblings, the spouses or same sex partners of siblings, siblings of spouses or same sex partners, even if the marriage or same sex partnership upon which the relationship was based no longer exists, or when the relationship by blood or marriage has ceased to exist;
 - (b) foster parents and foster children;
2. ‘public official’ means any of the following if under German law
 - (a) they are civil servants or judges;
 - (b) otherwise carry out public official functions; or
 - (c) have otherwise been appointed to serve with a public authority or other agency or have been commissioned to perform public administrative services regardless of the organisational form chosen to fulfil such duties;
3. ‘judge’ means any person who under German law is either a professional or a lay judge;
4. ‘persons entrusted with special public service functions’ means any person who, without being a public official, is employed by, or is acting for
 - (a) a public authority or other agency, which performs public administrative services; or
 - (b) an association or other union, business or enterprise, which carries out public administrative services for a public authority or other agency,
 and who is formally required by law to fulfil their duties with due diligence;
5. ‘unlawful act’ exclusively means an act that fulfils all the elements of a criminal provision;
6. ‘Unternehmen (undertaking)’ of an offence means both attempt and completion;

delitos de corrupção em análise. Àqueles tão somente lhes é aplicável o disposto no §108e StGB, corrupção de deputados (*Abgeordnetenbestechung*)³³⁷. Na esteira desse dispositivo, sancionam-se aqueles que se comprometem a comprar ou vender votos para uma eleição ou votação ao Parlamento Europeu ou câmara de representantes federal de Estados federados da Alemanha, de municípios ou associações de municípios.³³⁸⁻³³⁹ Significa dizer que subsistiria uma grande lacuna para os casos em que não consistem na compra e venda de votos por parte de deputados.

No que concerne a corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, a IntBestG, ao longo de seus três artigos, busca adequar as disposições previstas no StGB ao compromisso firmado pela Alemanha no Convênio da OCDE.

Para fins de internalização do instrumento, o §1 do artigo 2º da Lei prevê a igualdade de tratamento entre os funcionários nacionais e estrangeiros, no que se refere à aplicação do §

7. ‘public authority’ also means a court;

8. ‘measure’ means the measures of rehabilitation and incapacitation, confiscation, deprivation and destruction;

9. ‘consideration’ means any material benefit given in exchange for someone’s acts.”

³³⁷ “Section 108e

Bribing delegates

(1) Whosoever undertakes to buy or sell a vote for an election or ballot in the European Parliament or in a parliament of the Federation, the member states, municipalities or municipal associations, shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine.

(2) In addition to a sentence of imprisonment of at least six months for an offence pursuant to subsection (1) above the court may order the loss of the ability to hold public office, to vote and be elected in public elections (section 45(2) and (5)).”

³³⁸ *Ainda que não sejam alinhadas ao estudo objeto de análise, vale destacar a previsão da corrupção passiva e ativa privada (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) §299 (1)(2) StGB, debaixo da 26ª Seção, Delitos contra a Concorrência (Straftaten gegen den Wettbewerb), pela KorrGB.*

“Section 299: Taking and giving bribes in commercial practice

(1) Whosoever as an employee or agent of a business, demands, allows himself to be promised or accepts a benefit for himself or another in a business transaction as consideration for according an unfair preference to another in the competitive purchase of goods or commercial services shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever for competitive purposes offers, promises or grants an employee or agent of a business a benefit for himself or for a third person in a business transaction as consideration for such employee’s or agent’s according him or another an unfair preference in the purchase of goods or commercial services shall incur the same penalty.

(3) Subsections (1) and (2) above shall also apply to acts in competition abroad.”

³³⁹ BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho penal alemán. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-04. P. 04:5. Acesso: <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-04.pdf>>.

334, e §§ 335, 336, 338 StGB, quando vinculados ao primeiro, desde que a ação oficial ou judicial que venha a ser comprometida pela solicitação/obtenção de vantagem seja a *posteriori*, isto é, futura. Esse dispositivo poderia suscitar controvérsias, na medida em que, como já exposto, o §334 StGB, tipifica as chamadas corrupção passiva e ativa antecedentes e subsequentes. Contudo, a redação da IntBestG tão somente exclui a aplicação da corrupção passiva e ativa subsequente para aqueles casos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros no mercado internacional, permanecendo válidos os tipos para as práticas subsequentes se aplicadas a funcionários públicos nacionais.

Vale destacar a redação do artigo 2 §2 (1) IntBestG. Nela tipifica-se a conduta daquele que, com *animus* de obter ou assegurar para si ou outrem um *contrato* ou benefício injusto no comércio internacional, oferece, promete, dá um benefício ao membro de um Estado estrangeiro ou ao membro de assembleia parlamentar de uma organização internacional, como sinalagma de ato ou omissão futuros no âmbito de seus deveres ou mandato.

Constata-se a previsão da corrupção ativa ou a tentativa de corrupção ativa [artigo 2 §2(2) IntBestG] de membros dos órgãos legislativos estrangeiros, difere totalmente da perspectiva interna, conforme teor do §108e StGB, que limita a punibilidade apenas aqueles casos em que se tutela o exercício do direito ao voto.

Há de se mencionar o teor do Comentário n.º 4 ao Convênio da OCDE. Nele, o Grupo de Trabalho da OCDE reafirma constituir prática delitiva a atuação de empresas privadas no sentido de corromper funcionário público com poderes discricionários, hábeis a garantir a obtenção ou conservação de um contrato, ainda que aquela possa ser a melhor qualificada no procedimento regular de contratação ou pudesse ter-lhe sido atribuído legitimamente a negociação por qualquer outra razão.

Embora o tipo em análise trate de corrupção ativa em transações comerciais internacionais, não fugiu aos olhos dos redatores da IntBestG a preocupação do Grupo de trabalho, no que tange ao poder discricionário dos detentores de cargo público a que se faz referência. Por essa razão, a fundamentação da IntBestG destaca que o pagamento direcionado a persuadir funcionários a manipular atos discricionários para benefícios privados estão inclusos nas condutas tipificadas no § 334, e, por extensão, são delitos quando impliquem funcionários públicos estrangeiros o internacionais.³⁴⁰

³⁴⁰ SÁNCHEZ, Demelsa Benito. Estudio sobre los delitos P. 04:19.

No que concerne a corrupção de funcionários públicos e pessoas físicas ou jurídicas nacionais, apesar de não existir uma previsão expressa que vincule práticas corruptas à titulares da alta patente, no âmbito comercial, é incontestável o progresso do ordenamento jurídico alemão na avaliação diferenciada de práticas de corrupção, em razão da danosidade social das modalidades no StGB elencadas.

B) Portugal

A experiência portuguesa se mostra muito peculiar em função da especial atenção que dispõe aos crimes cometidos no exercício das funções públicas, notadamente, quando, dentre os agentes envolvidos, identifica-se a presença de membros da cúpula governamental.³⁴¹

A Constituição da República de 1976, cuja última reforma se deu no ano de 2005, prevê a responsabilidade civil, política e, ao que nos é pertinente, criminal de titulares de cargos políticos. No que tange a essa última, encontra-se como principais instrumentos o Código Penal português e a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, que dispõe acerca dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos.

Por sua vez, o Código Penal português, responsável pela tipificação de delitos comuns, sob o Capítulo IV, Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas, criminaliza diversas condutas praticadas por titulares de cargos públicos no exercício de suas funções.

Antes de adentrar na seara dos crimes de corrupção propriamente ditos, vale destacar a existência de figuras típicas, localizadas no Código Penal português, que se aproximam, e muito, do que vem a ser corrupção passiva, quais sejam, o recebimento indevido de vantagem, a participação econômica em negócios³⁴² e o abuso de poder³⁴³.

³⁴¹ Para maiores detalhes consultar: PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Tratamiento jurídico-penal de la corrupción política y administrativa: Portugal. *Revista Penal*, Valencia, n. 3, jan. 1999. P. 161-166.

³⁴² “**Artigo 377º. Participação económica em negócio:**

1 - O funcionário que, com intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita, lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar, é punido com pena de prisão até 5 anos.

2 - O funcionário que, por qualquer forma, receber, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial por efeito de acto jurídico-civil relativo a interesses de que tinha, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, administração ou fiscalização, ainda que sem os lesar, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

3 - A pena prevista no número anterior é também aplicável ao funcionário que receber, para si ou para terceiro, por qualquer forma, vantagem patrimonial por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, posto que não se verifique prejuízo para a Fazenda Pública ou para os interesses que lhe estão confiados.”

O Código Penal português, em seu art. 372, tipifica o recebimento indevido de vantagem³⁴⁴, conduta que, para muitos ordenamentos jurídicos, seria encarada como mera infração ética. À diferença da corrupção passiva e ativa, para a sua ocorrência são necessárias apenas a solicitação, aceite de vantagem patrimonial ou não patrimonial, considerada indevida, por parte do funcionário público ou terceiro, com o seu consentimento, ratificação, bem como a dação ou promessa a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, de vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, no exercício de suas funções ou por causa delas, sem que haja uma contraprestação. Significa dizer que o tipo se configura sem uma ação ou abstenção por parte do funcionário público, descaracterizando assim a necessidade do viés sinalagmático presente em práticas corruptas.

No que tange a participação econômica em negócios, vale mencionar que a conduta abarca a atuação de funcionários públicos no sentido de obter participação econômica ilícita em negócios jurídicos dos quais deveria administrar, fiscalizar, defender ou realizar. Interessante destacar que, mesmo sob efeitos atenuados, o dispositivo legal tipifica essa participação, ainda que não ocorra lesão aos interesses dos quais o titular do cargo teria por escopo tutelar. Trata-se de terminologia extremamente peculiar, na medida em que o teor desse dispositivo, em outros ordenamentos jurídicos, geralmente, seria encarado como corrupção passiva própria, em âmbito comercial, haja vista a presença do caráter venal de ação ou omissão, por parte do funcionário público, contrário ao seu dever funcional.

O delito de abuso de poder, previsto no art. 382, do Código Penal português, que, involuntariamente, pode conduzir a estabelecer uma relação direta ou a efetuar uma equiparação com o revogado crime de abuso de autoridade (art. 350 do Código Penal brasileiro), assume particulares contornos. Trata-se de previsão, aplicada de maneira residual,

³⁴³ “**Artigo 382º. Abuso de poder:**

O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

³⁴⁴ “**Artigo 372º. Recebimento indevido de vantagem:**

1 - O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

3 - Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.”

para aquelas condutas não previstas nos dispositivos anteriores, nas quais o funcionário público abusa ou viola deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter benefícios ilegítimos ou causar prejuízos a outra pessoa.

Em que pese tais tipos, o referido código prevê expressamente três modalidades de corrupção. A primeira, corrupção passiva própria (art. 373.1)³⁴⁵, é considerada como a mais grave dentre os delitos comuns de corrupção, em função da ação ou omissão de ato contrário aos deveres funcionais.

Logo em seguida, encontra-se a corrupção passiva imprópria (art. 373.2)³⁴⁶. Tal dispositivo compreende aqueles casos em que o funcionário que por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicita, aceita promessa, vantagem indevida, patrimonial, não patrimonial, como contrapartida de ato ou omissão, consoante aos deveres de seu cargo. Apesar da atuação do titular da função pública, no sentido de se valer de sua posição para a obtenção de ganhos indevidos, merecer reprovabilidade penal, a sanção para esses casos é atenuada em relação ao tipo penal anterior, haja vista a ausência de contrariedade do ato ou omissão do funcionário frente as atribuições decorrentes de sua função.

Em contrapartida, o art. 374 do mesmo código prevê a corrupção ativa³⁴⁷. Segundo teor do disposto, compreende-se no tipo a dação ou promessa a funcionário, ou a terceiro com conhecimento daquele, de vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida, seja ela contraprestação de ato ou omissão, contrário ou não aos deveres funcionais.

Em regra, as penas privativas de liberdade variam de um a oito anos para o delito de corrupção passiva própria (art. 373.1), de um a cinco anos para corrupção passiva imprópria

³⁴⁵ “**Art. 373. Corrupção passiva (própria):**

1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

[...]”

³⁴⁶ “**Artigo 373. Corrupção passiva (imprópria):**

[...]

2 - Se o acto ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.”

³⁴⁷ “**Artigo 374º. Corrupção activa:**

1 - Quem por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial que ao funcionário não seja devida, com o fim indicado no n.º1 do artigo 373º, é punido com pena de prisão de um a 5 anos.

2 - Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 373º, o agente é punido com pena de prisão até três anos com pena de multa até 360 dias.

3 - É correspondentemente aplicável o disposto na alínea b) do artigo 364º.”

(art. 373.2), de um a cinco anos para corrupção ativa com o fim indicado no art. 373.1 e até três anos ou multa até 360 dias, se a finalidade da corrupção ativa for indicada no art. 373.2. Para o crime de participação econômica nos negócios, tipo que se coaduna com a ideia da corrupção em âmbito comercial, a pena privativa é de até cinco anos. As variações que possam vir a incidir sobre tais penas-base decorrerão dos deveres da função e da qualidade dos agentes.

Contudo, como inicialmente destacado, o legislador português, de maneira a consolidar a responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos, prevista na Constituição da República de 1976, elaborou a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho. O referido instrumento prevê a agravante especial (art. 5º da Lei) para crimes comuns, tipifica delitos, que em muitos casos se difere da lei penal geral apenas pela natureza do cargo ocupado pelo funcionário público, dispõe acerca de regras especiais de processo e, ao final, trata da responsabilidade civil emergente de crime de responsabilidade de titular de cargo político.

Na esteira da redação do art. 2º, entende-se por crimes de responsabilidade, “além dos como tais previstos na presente lei, os previstos na lei penal geral com referência expressa a esse exercício das funções de titulares de cargos políticos ou os que mostrem terem sido praticados com flagrante desvio ou abuso da função ou com grave violação dos inerentes deveres”.

Logo em seguida, os art. 3º e art. 3º-A descrevem, de maneira expressa, quais funcionários públicos deverão ser considerados titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, respectivamente, para fins das disposições da Lei n.º 34/87.

Talvez o que melhor denote o cerne desse instrumento seja, em primeiro lugar, o art. 5º, que dispõe acerca da agravante especial de um quarto dos limites mínimo e máximo para os crimes previstos apenas na lei penal geral, desde que cometidos por titulares de cargos políticos, no exercício das suas funções, e qualificados como crimes de responsabilidade.

E, em segundo plano, sob o Capítulo II, Dos crimes de responsabilidade de titular de cargo político, a criação ou repetição de alguns dos tipos previstos no Capítulo IV, do Código Penal português, mas com suas penas ajustadas pela qualidade dos atores neles envolvidos.

Ao que nos é pertinente, vale destacar que, com o advento dessa Lei, o delito de participação econômica em negócio (art. 377, do Código Penal português) se submete a agravante especial da Lei n.º 34/87, tendo sua pena máxima cominada em até seis anos e quatro meses.

Para os delitos de corrupção passiva (art. 17, da Lei n.º 34/87), as modificações se dão apenas nas penas mínimas em relação aos delitos comuns de corrupção, previstos no código penal.

A corrupção ativa, prevista no art. 18, da Lei n.º 34/87³⁴⁸, se tiver por escopo induzir o funcionário público a agir ou a omitir-se, de maneira contrária aos deveres de seu cargo, se sujeitará a pena mínima de dois anos e máxima de cinco anos. Caso a prática de corrupção ativa envolva a atuação ou omissão do funcionário que não sejam contrários aos deveres do cargo e vantagem não lhe for devida, a pena privativa de liberdade, que segundo a lei penal comum seria de até três anos ou com pena de multa até 360 dias, será de até cinco anos, excluída a pena de multa.

A grande inovação da Lei n.º 34/87 encontra-se no bojo do art. 18.3. Segundo o dispositivo, o titular de cargo político ou de alto cargo público que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si ou por interposta pessoa, der ou prometer a funcionário, titular de cargo político ou alto cargo público, vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida, com os fins indicados no artigo 17.º (corrupção passiva), deve ser sujeito as mesmas penas de corrupção passiva, da Lei em comento. Significa dizer que a corrupção ativa, quando envolva a compra de funções de titulares de cargos políticos ou alto cargo público, terá a sua pena agravada, se comparada com o envolvimento de um funcionário público de pequeno escalão ou um particular.

Sob o prisma do ordenamento jurídico penal português, merecem maior reprovação aqueles atos, que em função do status ocupado pelo agente são hábeis a desencadear maior impacto aos bens jurídicos tutelados pelos crimes comuns.

C) Itália

³⁴⁸ “**Art. 18. Corrupção activa:**

1 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a titular de cargo político ou alto cargo público, ou a terceiro por indicação ou com o conhecimento destes, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 17.º, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

2 - Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 17.º, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos.

3 - O titular de cargo político ou de alto cargo público que no exercício das suas funções ou por causa delas, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário ou a outro titular de cargo político ou de alto cargo público, ou a terceiro com o conhecimento deste, vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, com os fins indicados no artigo 17.º, é punido com as penas previstas no mesmo artigo.”

Com a eclosão de diversos escândalos envolvendo o Governo e a Administração Pública, cada vez mais se consolidou, na Itália, o ceticismo da coletividade para com a Política. A consequência dessa conjuntura teria sido o redirecionamento da credibilidade da opinião pública para o Poder Judiciário. Dessa feita, a Magistratura passou a ser encarada como “braço interventor” na Política e na Sociedade. Tal interpenetração mostrou-se ser tão intensa a ponto de alguns autores, tais como Filippo Sgubbi, ousarem afirmar que “la Magistratura ha colonizado incluso las relaciones internacionales”³⁴⁹. O problema surge quando o Poder Judiciário, através do respaldo popular, obtém a aprovação de seus atos, ainda que a despeito da lei.

Sobretudo nas últimas décadas, a magistratura penal italiana se encontra fortemente inserida nessa mudança de paradigmas. Através de novas interpretações dadas aos tipos tradicionais, a Corte de Cassação Penal passou a redefinir a responsabilidade penal, gerando uma gama de incerteza e imprevisibilidade jurídica.³⁵⁰ Pode-se constatar tal conjuntura a partir da análise dos crimes de corrupção, previstos ao longo do Título II, *Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, do Código Penal italiano.

Aliada a supracitada intervenção, vale destacar a recente alteração dos delitos de corrupção, previstos no código, pela Lei Anticorrupção, Lei n.º 190 de 2012, promulgada com o fito de incorporar os compromissos assumidos pela Itália, em âmbito externo.³⁵¹

Sob o Título II, Dos delitos contra a Administração Pública, o art. 318 do Código Penal italiano tipifica a corrupção pelo exercício da função (*Corruzione per l'esercizio della funzione*)³⁵². Trata-se de terminologia empregada para coibir aquelas condutas nas quais o funcionário público³⁵³, ou terceiro do qual tem conhecimento, recebe vantagem indevida ou aceita sua promessa, em razão do exercício de suas funções ou poderes.

³⁴⁹ SGUBBI, Filippo. Los delitos contra la administración pública: reflexiones dogmáticas y político-criminales a la luz de la reciente evolución del derecho penal italiano. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 70, 2000. P. 116.

³⁵⁰ Ibidem, p. 116-117.

³⁵¹ Lei Anticorrupção. Legge 06.11.2012 n.º 190, G.U. 13.11.2012.

³⁵² “Art. 318. **Corruzione per l'esercizio della funzione:**

Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a cinque anni.”

³⁵³ Na esteira do art. 320 do Código Penal italiano, as disposições do art. 318 e 319 também se aplicam ao encarregado de serviço público, porém, as penas deverão nesses casos ser reduzidas a não mais que um terço.

Objeto de reforma da Lei Anticorrupção, o art. 1º (75), da Lei n.º 190 de 2012, passou a incorporar uma orientação a muito dominante entre os doutrinadores e a jurisprudência italiana, qual seja, a desnecessidade da individualização de um ato concreto do cargo para a configuração do tipo. Na esteira do posicionamento de seus defensores, o tipo não sanciona o sinalagma de um ato objetivo, mas a venalidade do funcionário.³⁵⁴⁻³⁵⁵ De maneira a concretizar uma dimensão subjetiva, baseada no autor, a reforma passou, primeiramente a excluir a terminologia anteriormente empregada para o tipo penal do art. 318 “*Corruzione per un atto d'ufficio*” e passa a designá-lo como “*Corruzione per l'esercizio della funzione*”. Em segundo plano, no que se refere ao teor do dispositivo, excluiu-se o “*per compiere un atto del suo ufficio*”, substituindo- “*per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri*”.

Em seguida, o art. 319 do Código Penal italiano, tipificou a Corrupção por atos contrários aos deveres de ofício (*Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*)³⁵⁶, ou corrupção passiva própria. Aumentada, pela última reforma legislativa, a pena privativa de liberdade, de dois a cinco anos para quatro a oito anos, a prática compreende aqueles fatos em que o funcionário público recebe vantagem ou aceita promessa de vantagem para omitir, retardar ou atuar em sentido contrário aos seus deveres de ofício. Na esteira do entendimento italiano dominante descrito no comentário anterior, permanece a interpretação da desnecessidade de individualizar o ato ou omissão específico para que venha a ser caracterizado o tipo. Contudo, a Corte de Cassação Penal entendeu ser indispensável a constatação de uma atitude concreta dirigida a frustração da função pública desempenhada pelo funcionário, para a configuração do delito do citado art. 319.³⁵⁷⁻³⁵⁸

³⁵⁴ SGUBBI, Filippo, op. cit., p. 118.

³⁵⁵ Segundo o entendimento da Corte de Cassação Penal italiana, esse dispositivo não deve ser compreendido sob a perspectiva formal, uma vez que deve abranger qualquer comportamento que viole os deveres de fidelidade, imparcialidade, honestidade que devem ser observados no exercício da função pública. Cfr. Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 18 marzo 2008, n. 12131.

³⁵⁶ “**Art. 319. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio:**

Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da quattro a otto anni.”

³⁵⁷ Cassazione Penale, Sez. VI, 28 agosto 2008, n. 34415.

³⁵⁸ Embora não seja foco do presente, vale tecer breves comentários acerca do art. 319-quarter, do Código Penal italiano, Indução indevida a dar ou prometer vantagem (*Induzione indebita a dare o promettere utilità*). A Lei Anticorrupção, Lei n.º 190/2012, extrai do delito de concussão o verbo “induzir” e cria o art. 319-quarter, de maneira a tornar o ato de indução elementar desse novo tipo. A ideia do legislador penal italiano foi a de aplicá-

O art. 319 bis do Código³⁵⁹, por sua vez, prevê as circunstâncias agravantes para os fatos previstos no dispositivo anterior. O dispositivo aponta como merecedoras do aumento de pena, aquelas situações em que os acordos entre funcionários e terceiros, em decorrência da violação de deveres funcionais, envolvam concessão de empregos, salários ou estipulação de contratos nos quais a Administração Pública seja parte interessada. Como se pode observar, o artigo privilegia o objeto do acordo criminoso.³⁶⁰ Contudo, é omissivo quanto ao teto da agravação da pena. Com fins de evitar abusos por parte do julgador, aplica-se a regra geral descrita no art. 64 do Código Penal italiano, limitando o aumento até um terço da pena.³⁶¹⁻

O art. 321, do mesmo Código, opta pelo tratamento isonômico, no que concerne a aplicação da sanção, entre o funcionário público ou encarregado e aquele que dá, promete a vantagem indevida àqueles, desde que conduta do corruptor esteja entre as previstas nos primeiros parágrafos dos arts. 318, 319, 319-bis, e 320, sobre as disposições dos artigos 318 e 319.

lo, por exclusão, nos casos em que o funcionário público ou encarregado de serviço público, ao violar seus poderes, induz alguém a dar ou prometer a ele ou um terceiro, vantagem indevida. Para que a conduta seja caracterizada, necessariamente deve-se constatar uma condição *metus publicae potestatis*, que exerça uma pressão psicológica no indivíduo e ao mesmo tempo seja uma forma de persuasão, de conveniência para ceder ao pedido do funcionário público/encarregado. Daí, na última parte do dispositivo tipifica-se a conduta do “concusso”, ainda que branda se comparada a sanção do funcionário público/encarregado, quando aquele dá ou promete a vantagem. In casu, pune-se o particular para que, de certo modo, se exija dele um estado ético e seu rechaço a concepções antisolidárias. *Vide*: Cass. Penale, sez. VI, sentenza 21 marzo 2013, n. 13047.

“Art. 319-quater. Induzione indebita a dare o promettere utilità.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni.

Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni.”

³⁵⁹ **“Art. 319-bis. Circostanze aggravanti:**

La pena è aumentata se il fatto di cui all'articolo 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene.”

³⁶⁰ RONCO, Mauro; ARDIZZONE, Salvatore. **Código Penale annotato con la giurisprudenza**. Milão: Utet Giuridica, 2007. P. 1607.

³⁶¹ **“Art. 64. Aumento di pena nel caso di una sola circostanza aggravante.**

Quando ricorre una circostanza aggravante, e l'aumento di pena non è determinato dalla legge, è aumentata fino a un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso. Nondimeno, la pena della reclusione da applicare per effetto dell'aumento non può superare gli anni trenta.”

O Código Penal italiano inova ao tipificar a instigação à corrupção (*Istigazione alla corruzione*), em seu art. 322³⁶². Para que seja configurado o delito, basta a mera oferta ou promessa de vantagem indevida, hábil a turbar psicologicamente o funcionário público ou encarregado de executar o serviço público. Contudo, para fins de aplicação do segundo parágrafo do art. 322, é imprescindível a constatação da idoneidade da oferta através da avaliação do juízo *ex ante*.³⁶³

Como penas acessórias à privativa de liberdade para os delitos de corrupção previstos dos art. 318 ao art. 321, o Código Penal italiano prevê o confisco de bens ou lucros oriundos da prática delitiva (art. 322-ter)³⁶⁴. Para os casos de impossibilidade, caberá o confisco de bens equivalentes ao produto do crime, dos quais o réu tem disponibilidade, salvo quando não pertençam a pessoas envolvidas no delito.

³⁶² “**Art. 322. Istigazione alla corruzione:**

Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 318, ridotta di un terzo. Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio ad omettere o a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'articolo 319, ridotta di un terzo. La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro o altra utilità per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri. La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 319.”

³⁶³ RONCO, Mauro; ARDIZZONE, Salvatore. **Código Penale** P. 1612

³⁶⁴ “**Art. 322-ter. Confisca:**

Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322-bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto.

Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322-bis, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322-bis, secondo comma.

Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato.”

Por fim, o art. 32-quarter do Código Penal italiano³⁶⁵ dispõe expressamente acerca dos casos em que a condenação acarreta a incapacidade de contratar com a Administração Pública. No que concerne aos delitos de corrupção pertinentes, a vedação se dá para todas as condenações decorrentes de crimes previstos nos arts. 318, 319, 319-bis, 319-quater, 320, 321 e 322, cometidos em detrimento, vantagem de uma atividade empreendedora ou ainda em relação com essa. Trata-se, em verdade, de pesada sanção, haja vista a perda de angariação de grande lucro e segurança, decorrentes de contratos públicos, que a pessoa jurídica, quiçá física, poderia vir a firmar, se contratada fosse.

Efetuada as considerações em alguns dos ordenamentos jurídico-penais estrangeiros, passa-se à análise das medidas repressivas adotadas pelo Brasil, que, como se verá, por vezes, opõem-se à perspectiva adotada por outros Estados, sobretudo os ora analisados.

4. 4 O tratamento dispensado à (grande) corrupção no Brasil: a busca de uma solução além dos matizes do Direito Penal Simbólico

Atualmente, a legislação penal brasileira dispõe acerca de delitos de corrupção tanto no Código Penal, como em leis penais extravagantes. Quatro dessas modalidades, corrupção passiva (art. 317), corrupção ativa (art. 333), corrupção ativa de testemunha ou perito (art. 342, §1º) e corrupção ativa em transações comerciais internacionais (art. 337-B), encontra-se no Código Penal. No bojo da Lei n.º 8.137 de 1990, em seu art. 3º, inciso II, encontramos os delitos específicos de concussão e corrupção passiva relacionados com a atividade arrecadatória do Estado. O Código Eleitoral, em seu art. 299, prevê a corrupção no âmbito eleitoral. Há ainda os delitos de corrupção ativa (art. 195, inciso IX) e passiva (art. 195, inciso X), ambas de natureza privada, na Lei n.º 9.279 de 1996, sob o Capítulo VI, Dos Crimes de Concorrência Desleal. Por fim, vale apontar os delitos correlatos à corrupção, previstos no Decreto Lei n.º 201/67 (art. 1º, incisos I e II), crimes praticados pelo funcionário público

³⁶⁵ “**Art. 32-quater. Casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione:**

Ogni condanna per i delitti previsti dagli articoli 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-bis, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 353, 355, 356, 416, 416-bis, 437, 501, 501-bis, 640, numero 1) del secondo comma, 640-bis, 644, commessi in danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa, importa l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.”

junto ao Sistema Financeiro Nacional (art. 23 da Lei n.º 7.492/86), crimes praticados em sede de procedimentos licitatórios (art. 89 a 91 da Lei Federal n.º 8.666/93), dentre outros.

Contudo, de maneira avaliar o tratamento dispensado à corrupção praticada em transações comerciais, por membros da cúpula governamental e pessoas jurídicas de direito privado, a abordagem a seguir se limitará ao estudo dos tradicionais delitos de corrupção ativa e passiva, previstos no Código Penal.

Segundo a opção do legislador brasileiro de 1940, entende-se por corrupção passiva o ato de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

Como é possível observar, esse tipo penal contempla três elementares, quais sejam, “solicitar”, “receber” ou “aceitar” promessa. Entende-se por solicitar tão somente o ato de o *intraneus* pedir, requisitar, requerer a vantagem indevida ao *extraneus* para que se configure o delito. O verbo “receber” equivale a ideia de o funcionário público adquirir, obter, perceber aquilo que não lhe é devido, através da ação de um agente. Por fim, o delito do *caput* do art. 317 coíbe a aceitação, anuência por parte o *intraneus* à promessa de vantagem indevida firmada por terceiro. Para que se configure o delito na primeira hipótese, não há a necessidade de atuação de outrem que não o funcionário público. A *contrario sensu*, quando se está a tratar da segunda e terceira hipóteses, resta caracterizada a bilateralidade da conduta, haja vista a indispensabilidade de participação do corruptor para a configuração do delito.

No que concerne à vantagem ou promessa de vantagem direcionada ao *intraneus*, para que seja indevida (elemento normativo do tipo) requer-se sua contrariedade ao Direito. Entretanto, há um grande embate doutrinário acerca do conteúdo desse proveito. A doutrina majoritária, com razão, filia-se a ideia de vantagem em sentido amplo, isto é, que a benesse não deve se limitar a um cariz econômico, podendo ser ela também sentimental, sexual, etc.³⁶⁶ Em sentido oposto, Nelson Hungria sustenta que a vantagem solicitada, recebida ou prometida deve representar um “*pretium no mercado*”, seja em dinheiro ou qualquer bem com utilidade material.³⁶⁷

³⁶⁶ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, HELENO. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.10 v. V. 4. P. 914. BITENCOURT, Cezar Roberto. P. 79. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*, arts. 289 a 359-H, 4. ed., rev., atual. e ampl., v. 4., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 379. CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 381.

³⁶⁷ HUNGRIA, op. cit., p. 368.

À diferença dos ordenamentos jurídicos alemão, português e italiano, acima analisados, não existe previsão específica para os crimes de corrupção passiva própria e corrupção passiva imprópria. Na realidade, o Código Penal de 1940, de acordo com a interpretação doutrinária, optou pela irrelevância da distinção, na medida em que o ato funcional descrito no tipo pode ser tanto lícito como ilícito, ou seja, abarca tanto a corrupção imprópria quanto própria.³⁶⁸

Outra grande diferença, se comparada com as legislações estrangeiras apontadas, consiste na ausência de disposição expressa que verse sobre corrupção passiva antecedente e subsequente. Mais uma vez, tem-se entendido que a distinção não apresentaria disparidade quanto ao grau de reprovabilidade. Autores como Heleno Fragoso, Nelson Hungria e Cezar Roberto Bitencourt destacam que o art. 317 contempla tanto a corrupção antecedente quanto subsequente, ante a inexistência da necessidade de constatação do *pactum sceleris* entre o *intraneus* e o *extraneus*, pois, ainda que não firmado, o funcionário público poderia, pautado na esperança ou no costume de recebimento da contraprestação, atuar no sentido de obtê-la.³⁶⁹

Vale salientar a imprescindibilidade do dolo do agente, através da consciência de que se direciona a obtenção indevida de vantagem em razão da função que exerce ou assumirá. O elemento subjetivo do tipo se concentra na finalidade da atuação do *intraneus* no sentido de obter a indevida benesse para si para outrem. Sendo assim, caso o agente careça desse *animus* desnaturada restará a prática de corrupção passiva.³⁷⁰

A consumação do delito de corrupção passiva se dá instantaneamente, com a solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem indevida. Conforme exposto anteriormente, naqueles casos em que o *intraneus* solicita a benesse, desnecessária se torna a atuação do agente corruptor, fato esse que o torna um crime formal. Nas modalidades “receber” ou “aceitar promessa”, torna-se imprescindível a atuação do *extraneus* para a configuração da corrupção passiva. No que concerne à tentativa, em regra, não é passível de configurar-se quando a elementar do tipo for “solicitar” ou “aceitar a promessa de vantagem”, por se tratarem de “crimes de consumação antecipada”. Contudo, se viável a interrupção do *iter criminis*, a tentativa será admissível.³⁷¹

³⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro..., p. 381.

³⁶⁹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, HELENO. Op. cit., p. 914. BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 80-81. HUNGRIA, op. cit., p. 367.

³⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., o. 90-91.

³⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 91.

Em seguida, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo prevê a corrupção passiva qualificada, cuja pena é aumentada de um terço “se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional”. O dispositivo tem por escopo sublinhar o maior desvalor do resultado, em função do exaurimento do crime. A aplicação da causa de aumento é condicionada à efetiva violação do dever funcional, seja através da morosidade intencional, abstenção de ato de ofício, ou pela prática de ato contrário ao dever funcional. Os dois primeiros casos, quais sejam, “retardar” ou “omitir”, se referem a atos lícitos, porém, no terceiro, se está a tratar de ato ilícito.³⁷²

Ao final do art. 317 do Código Penal, em seu § 2º, tipifica-se a denominada corrupção passiva privilegiada. Tal conduta consiste no ato de o funcionário público praticar, deixar de praticar ou retardar ato de ofício, com infração de dever funcional, porém, não em função de uma vantagem indevida, ou nas palavras de Nelson Hungria “o motivo impelente, aqui, já não é *auri sacra fames*”, mas por pressão, pedido ou influência de colega ou superior hierárquico.³⁷³

Sob o Capítulo II, Dos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral, encontra-se o delito de Corrupção Ativa (art. 333). Na esteira do dispositivo, a conduta consiste no oferecimento ou na promessa de vantagem a funcionário público, com fins de motivá-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Entende-se por “oferecer” o ato de dar, ofertar, brindar, enquanto o “prometer” compreende o garantir, jurar a dação de vantagem indevida.

Conforme destacado anteriormente, seguindo a interpretação ampla do conceito, defende-se que a vantagem indevida, vinculada ao ato de ofício do funcionário público, a que o texto normativo faz referência, engloba qualquer benefício que tenha por escopo dissuadir o *intraneus* a atuar visando à satisfação de fins privados.

Imperioso assinalar a inviabilidade da previsão da corrupção subsequente, haja vista necessidade de atuação prévia do *extraneus*, com vistas a determinar o funcionário público a agir em consonância com seus interesses.³⁷⁴

³⁷² HUNGRIA, Nelson, op. cit., p. 370.

³⁷³ HUNGRIA, Nelson, op. cit., p. 371.

³⁷⁴ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 497. BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 512.

De acordo com a redação do dispositivo, para que se configure o delito, é imprescindível a presença do elemento subjetivo dolo genérico, isto é, a “manifestação livre e consciente [por parte do *extraneus*] de oferecer ou prometer a vantagem”, e específico com o “fim de determinar o funcionário público a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.³⁷⁵⁻³⁷⁶

O crime do art. 333 do CP, ao contrário da Corrupção Passiva, não requer uma qualificação especial do agente, fato esse que o classifica como crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Entretanto, nada obsta a configuração do ilícito se executado por outro funcionário público. Trata-se ainda de um delito formal, haja vista a necessidade apenas da constatação da oferta ou promessa de vantagem, prescindindo a produção de qualquer resultado. Sua consumação se dá com o conhecimento, pelo *intraneus*, da oferta ou promessa de vantagem indevida. A tentativa apenas será viável para aqueles casos em que a oferta for escrita, e, oportunamente, interceptada por autoridades.

Em seguida, no parágrafo único do artigo 333, do CP, há a previsão da figura majorada dos casos de corrupção ativa. Nessa circunstância, “a pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”.

Esse dispositivo suscitou um embate entre Magalhães Noronha e Nelson Hungria. Na perspectiva de Noronha, a redação do parágrafo único propiciaria a impunidade naquelas situações em que o funcionário realiza ato de ofício, em função de oferta ou promessa de vantagem, sem que se tenha constatado a infração ao dever funcional. Complementa aquele autor que “mais estranhável ainda: é crime a oferta ou promessa de vantagem visando influir para a prática do ato de ofício sem infração do dever funcional; não é crime a consecução de tal objetivo, isto é, a prática do ato de ofício — realizado em razão da vantagem ou promessa — desde que não importando em infração do dever funcional”.³⁷⁷ Em resposta a tal entendimento, Hungria destacou de maneira pontual que “a efetiva prática ulterior de ato de ofício com infringência do dever funcional não é condição do crime, mas condição de maior punibilidade do crime”.³⁷⁸ Significa dizer que, os casos apontados por Noronha que englobam oferta ou promessa de vantagem por parte do *extraneus*, visando influência para a prática do

³⁷⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial* (arts. 213 a 359-H), 5. ed. e rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P.513.

³⁷⁶ HUNGRIA, Nelson, op. cit., p. 428.

³⁷⁷ NORONHA, Eduardo Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. Atualizado por Adalberto José de Camargo Aranha. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 352.

³⁷⁸ HUNGRIA, Nelson, op. cit., p. 429.

ato de ofício, sem infração do dever funcional, são punidos tão somente pelo *caput*, haja vista não comportarem o mesmo nível de danosidade que a violação ao dever funcional.

Entretanto, em que pese o tratamento acima destacado, têm-se verificado na postura do legislador brasileiro alguns equívocos, que, em certa medida, se mostram apenas como resposta aos apelos sociais. Dentre eles pode-se citar a assimilação e, conseqüente, incorporação na legislação da crença do aumento das penas mínima e máxima como único mecanismo hábil a coibir a delinquência em geral. Trata-se, em verdade, de concepção estreitamente relacionada às alterações das penas cominadas dos delitos do *caput* dos art. 317 e 318 do Código Penal brasileiro.

Até fins de 2003, o Código previa a sanção de um a oito anos, e multa para quem nesses crimes incorresse. Com o advento da Lei n.º 10.763, de 12 de novembro de 2003, as penas mínima e máxima dos citados dispositivos sofreram majoração para dois a doze anos, e multa,³⁷⁹ ao que tudo indica, sem qualquer avaliação do grau de danosidade social entre os delitos de corrupção passiva e ativa, haja vista o mesmo tratamento entre as condutas.

³⁷⁹ Não bastasse tal aumento de pena, encontra-se em fase de tramitação o PL n.º 6.616/2009, que, dentre suas propostas, visa alterar a Lei de Crimes Hediondos, Lei n.º 8.072/90, para incluir no rol desses crimes as prática de corrupção ativa e corrupção passiva se praticadas por autoridades de grande escalão. O mesmo projeto prevê ainda o aumento da pena de reclusão da corrupção passiva e ativa qualificada para de oito a dezesseis anos, e multa. Há, ainda outro projeto de Lei, PL n.º 4.324/12, apensado ao primeiro, que visa, não apenas a inclusão da corrupção ativa e passiva no rol de crimes hediondos, como também a alteração do Código Penal, para estabelecer penas progressivas para esses e outros crimes, de acordo com o valor da vantagem indevida envolvida.

Arts. 5º e 6º do Projeto de Lei n.º 4324/12:

“**Art. 5º.** O art. 317 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 317.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, se a vantagem for inferior a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos; de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa, se igual a 150 (cento e cinquenta) e não exceda a 200 (duzentos); de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e multa, se superior a 200 (duzentos).

.....
§ 2º

.....
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, se a vantagem for inferior a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos; de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa, se igual a 150 (cento e cinquenta) e não exceda a 200 (duzentos); de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e multa, se superior a 200 (duzentos)².

[..]

Art. 6º. O art. 333 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

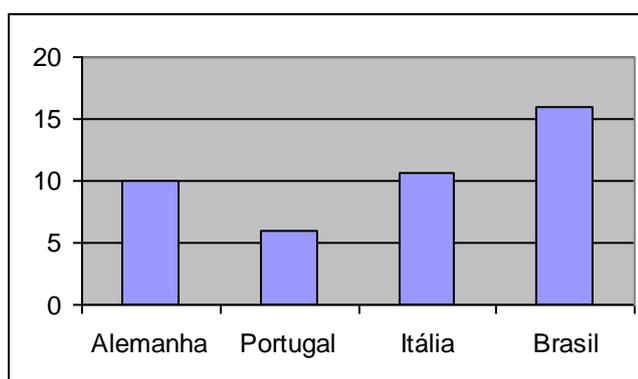
‘Art. 333.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, se a vantagem for inferior a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos; de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa, se igual a 150 (cento e cinquenta) e não exceda a 200 (duzentos); de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e multa, se superior a 200 (duzentos).

..... “”

No que concerne a proporcionalidade dessas sanções, vale traçar, a título exemplificativo, a comparação entre as penas máximas privativas de liberdade cominadas para o fenômeno da grande corrupção, objeto da presente, se cometido por funcionário público integrante da cúpula governamental, segundo os ordenamentos jurídico-penais aqui tratados:

Penas Máximas Cominadas³⁸⁰



Conforme se pode depreender do gráfico *supra*, a legislação penal brasileira se destaca não apenas por ocupar o primeiro lugar na fixação da pena máxima, como também por ser excessivamente superior às demais. Ao contrário dos ordenamentos citados, o tipo penal que eleva o Brasil a essa posição, sofre a incidência de agravante tão somente em função do exaurimento do crime de corrupção passiva, sendo elementos como valor da vantagem, *status* do agente, estrutura organizada voltada para a prática do delito ou finalidade da mercancia, a *priori*, ignorados. Exatamente por tal motivo, constata-se a paridade da norma entre casos grande e pequena corrupção.

³⁸⁰ Segundo o teor do § 335.1 (a) do Código Penal alemão (Casos agravados de Corrupção), a pena máxima a ser aplicada seria de dez anos. O ordenamento jurídico penal português, em função art. 5º da Lei n.º 34/87, sujeitaria o agente no acréscimo de até ¼ da pena do art. 377.1, do Código Penal português (Participação econômica em negócio), cuja pena máxima é de cinco anos. O Código Penal italiano, o agente sujeitar-se-ia a pena máxima privativa de liberdade de oito anos (art. 319 do Código Penal) c/c art. 319 bis do Código (agravante do art. 319) e, em função da ausência do quantum da agravante, c/c art. 64 do Código Penal italiano, limitando o aumento até um terço da pena do art. 319 do CP. Por fim, o Código Penal brasileiro comina com a pena máxima para o delito de corrupção passiva majorada (art. 317, § 1º do CP) o acréscimo de até um até um terço a pena base do art. 317 *caput* do Código Penal (dez anos), se exaurida a prática de corrupção passiva.

Entretanto, conferir a esses supostos com transcendências distintas o mesmo tratamento não parece ser o trato mais adequado, sobretudo porque poderia promover um incentivo maior ao delinquente para perpetrar o ilícito mais grave, haja vista a equiparação dos riscos a que estaria submetido.

Como se pode observar, algumas legislações estrangeiras dão ênfase ao aumento indiscriminado da pena, à criação de agravantes especiais ou até mesmo tipos penais específicos para condutas delitivas, sobretudo delitos de corrupção. Entretanto, a adoção dessa perspectiva como solução única no combate à grande corrupção também se tem mostrado falha.³⁸¹ A essa produção indiscriminada de normas e aumentos injustificados de penas dá-se a designação de Direito Penal Simbólico. Significa dizer que a elaboração de leis penais em grande escala se vale do Direito Penal como blefe, fraudando a confiança da população na tutela penal.

Nesse momento, vale indagar: Os delitos contra a Administração Pública, previstos tanto no Código Penal, como nas leis penais extravagantes, são realmente eficazes para coibir essa *nova face delitiva*?

Como se pode observar, a flexibilização de institutos da Dogmática Penal tradicional, a cominação de penas excessivamente altas ou a mera criação de figuras de corrupção ativa, passiva ou similares estariam longe de alcançar o êxito no combate à grande corrupção. E, as razões desse fracasso, como apontadas pelo professor Ferré Olivé, não são outras senão as inúmeras peculiaridades que essa nova modalidade de corrupção comporta, inerentes a perspectiva singular Direito Penal Econômico, agregadas as dificuldades probatórias, resultante de outros dois fenômenos, quais sejam, a globalização e a criminalidade organizada.³⁸²

³⁸¹ A título de exemplo, talvez poder-se-ia conjecturar que, dentre os ordenamentos jurídicos aqui estudados, Portugal se destacaria com um tipo penal, complementado pela incidência da agravante especial da Lei n.º 34/87, que melhor se aproxima dos parâmetros esperados para o combate a corrupção de alto nível, porém, o grau de eficácia da medida tem se mostrado questionável, haja vista o número irrisório de casos computados por esse delito (art. 377 do Código Penal português). Segundo dados estatísticos oficiais, o número de casos registrados por autoridades policiais, no ano de 2012, é inferior a 25. (Em função de sucessivas alterações legislativas, quanto a elaboração de novos tipos penais, a Direção-Geral da Política de Justiça optou por inserir na categoria residual “outros crimes”, todos aqueles crimes cometidos no exercício das funções públicas que não sejam corrupção, peculato ou abuso de autoridade.

Acesso:

<http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_635052107752343750> . 10 de junho de 2013. 10:17:30.

³⁸² FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Corrupción y fraude de subvenciones*. FERRÉ OLIVÉ, J. C. et al. *Fraude de Subvenciones Comunitarias y Corrupción*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.4 v. V. 1. P. 20.

Urge uma releitura dos crimes contra a Administração Pública, capaz de promover a distinção entre delitos de pequena e grande corrupção, e, paralelamente, a elaboração de uma teoria geral de Direito Penal Econômico, composta por institutos específicos, hábeis a coibir novas e perigosas formas de ataque a interesses imprescindíveis no desenho da sociedade atual, todas, orientadas por princípios regedores da Ciência do Direito Penal.

Para evitar incorrer-se no desatino de erigir o direito repressivo ao status de *prima ratio*, imperioso se torna o fortalecimento de medidas preventivas, no combate à grande corrupção. Tais mecanismos podem se materializar de diversas formas.

Dentre elas podem-se citar as criações de programas e órgãos especializados para a fiscalização e prevenção de delitos de corrupção e correlatos. No Brasil, por exemplo, o GTLD – Grupo de Trabalho em Lavagem de Dinheiro, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, vem desempenhando um papel significativo no desenvolvimento de trabalhos relacionados aos temas de lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro. O Grupo tem se mostrado muito ativo ao apoiar as atividades de investigação e persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal, bem como na articulação interna e externa, dentro dos sistemas nacional e internacional antilavagem de dinheiro.³⁸³

Ainda no campo preventivo, vale mencionar o importante papel desenvolvido pela ENCCLA, Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Fruto da iniciativa do Ministério da Justiça, a Estratégia, com o auxílio de diversos órgãos do governo, do Judiciário e do Ministério Público, em suas reuniões, discute os trabalhos realizados ao longo dos anos que se passaram e deliberaram ações a serem adotadas nos anos subsequentes. Para o ano corrente, ao que nos interessa, vale citar a Ação n.º 2, cujo teor se concentra em propostas de aperfeiçoamento do PLS 236/2012 (novo Código Penal), notadamente, dos crimes contra a Administração Pública, a ordem econômica, tributária, financeira, terrorismo e seu financiamento e de lavagem de dinheiro, a Ação n.º 7, que visa a implementação do cadastro de PEP's, *Politically Exposed Persons*, com acesso público, bem como a Ação n.º 8, que tem por escopo a criação, nos órgãos de controle, de cadastro contendo informações relevantes concernentes aos procedimentos licitatórios, especialmente de dados dos participantes, visando à detecção e à prevenção de fraudes

³⁸³ Disponível em: <<http://gtld.pgr.mpf.gov.br/>>. Acesso em: 12 de junho de 2013. 11:46:30.

Consoante a definição da ENCCLA, entende-se por PEP's, "indivíduos que desempenham ou tenham desempenhado, nos últimos cinco anos, no Brasil ou em países, territórios ou dependências estrangeiras, funções públicas relevantes, assim como seus familiares e outras pessoas de seu relacionamento próximo"³⁸⁴. Atualmente, em função das normas de prevenção à lavagem de ativos e corrupção, esses indivíduos já se encontram sujeitos a um maior controle em transações por parte de instituições financeiras³⁸⁵. Entretanto, se adotadas as Ações n.º 7 e 8, talvez ocorra uma maior comunicação entre os órgãos integrantes da ENCCLA, que passarão a agir de maneira mais articulada e, dessa forma, dará acesso à Sociedade para que tenha a oportunidade de fiscalizar as informações acerca dos contratos públicos e os envolvidos nas negociações.

Sem dúvida, a reunião de todos esses órgãos para a promoção de medidas preventivas ou auxiliares ao direito repressivo, além promover o enriquecimento de idéias nos debates acerca dos delitos de Corrupção e Lavagem de Capitais, poderão propiciar maior confiabilidade de que boas iniciativas de fato poderão ser implementadas.

Nesse sentido, uma das agências anticorrupção mais atuantes no país, a Controladoria-Geral da União (CGU), vem obtendo crescente reconhecimento, tanto da sociedade brasileira quanto dos organismos internacionais dedicados a temática. Vinculada à Presidência da República, a Controladoria é o órgão central do Sistema de Controle Interno do Governo Federal. Dentre suas atribuições, ela é responsável pela correição, ouvidoria e prevenção e repressão as práticas corruptas. Instituída pela Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, a CGU está estruturada em quatro unidades, quais sejam, a Secretaria Federal de Controle Interno

³⁸⁴ Em cumprimento a Meta n.º 1 de 2006 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, a Controladoria Geral da União coordenou o Grupo de Trabalho que elaborou a supracitada definição de Pessoas Politicamente Expostas (PEP's), em atenção ao disposto no art. 52 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e na Recomendação n.º. 6 do Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={7AE041E8-8FD4-472C-9C08-68DD0FB0A795}&Team=¶ms=itemID={B420C323-7BB5-487F-866A-ED743B325354};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>>. Acesso: 14 de junho de 2013. 13:01:30.

³⁸⁵ Alguns dos Regulamentos em vigor, que têm por escopo promover um controle singular nas negociações efetuadas pelas PEP's: No âmbito do COREMEC (Comitê de Regulação e Fiscalização dos Mercados Financeiro, de Capitais, de Seguros, de Previdência, e Capitalização), Deliberação n.º 2, de 1º de Dezembro de 2006; BACEN (Banco Central do Brasil), Circular n.º 003339; CVM (Comissão de Valores Mobiliários), Instrução Normativa da CVM n.º 463; SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), Circular n.º 341 e MPS(Ministério da Previdência Social), Instrução Normativa MPS/SPC n.º 26, de 1º de Setembro de 2008.

(SFC), a Secretaria da Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), a Corregedoria-Geral da União (CRG) e Ouvidoria-Geral da União (OGU).³⁸⁶

A Secretaria Federal de Controle Interno, dentre suas responsabilidades, se incumbe de realizar auditorias sobre a gestão dos recursos públicos federais aplicados diretamente ou sob a responsabilidade de órgãos e entidades, tanto públicos como privados, bem como de fiscalizar a implementação de programas de governo. O produto dessas ações é encaminhado ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União (AGU), para que, se necessário, adotem as medidas cabíveis, desde punição até a recuperação dos recursos, perante o Poder Judiciário.³⁸⁷

A Secretaria da Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), é marcadamente conhecida por desenvolver mecanismos de prevenção às práticas de corruptas. Para tanto, a SPCI utiliza como principal estratégia o incremento da transparência.³⁸⁸

A CRG, Corregedoria-Geral da União, tem por finalidade promover ou acompanhar a execução de ações disciplinares nos órgãos incumbidos da apuração de responsabilidade administrativa de servidores públicos federais e de empresas que cometam irregularidades contra a Administração Pública federal. Dessa feita, a Corregedoria recebe os resultados das auditorias realizadas pela SFC, com vistas a aplicar as punições administrativas cabíveis.³⁸⁹

No tocante a Ouvidoria-Geral da União, pode-se citar, como algumas de suas atribuições, o exame de manifestações no tocante à prestação de serviços públicos, o incentivo à participação popular no acompanhamento e fiscalização da prestação dos serviços públicos e a promoção da capacitação e treinamento relacionados às atividades de ouvidoria.³⁹⁰

Em novembro de 2004, foi lançado o portal da Transparência do Governo Federal, outra grande iniciativa da Controladoria-Geral da União. Com fins de assegurar a boa e correta aplicação dos recursos públicos, o portal prima pela transparência da gestão pública, ao permitir que o cidadão, através de seu sítio eletrônico (www.portaldatransparencia.gov.br), acompanhe como o dinheiro público está sendo aplicado e participe na fiscalização. Ali,

³⁸⁶ Portfólio da Controladoria Geral da União: combate à corrupção e promoção da transparência pública no Brasil, Nov./2012. P.3

³⁸⁷ Ibidem, p. 6.

³⁸⁸ Idem, p. 7.

³⁸⁹ Idem, p. 8.

³⁹⁰ Idem, p. 9.

encontram-se disponíveis dados sobre todos os órgãos do Poder Executivo Federal, desde gastos diretos do governo federal até a remuneração de servidores federais.³⁹¹

Em razão da importância dessa transparência no trato da *res publica*, em maio de 2012 passou a vigorar no Brasil a Lei de Acesso à Informação Pública, Lei n.º 12.527/2011. Com advento desta Lei, qualquer indivíduo que queira acessar documentos e informações sob a guarda de órgãos públicos, em todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e níveis de Governo (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) poderão obtê-los no prazo de até 20 dias, prorrogáveis por mais 10, sem que haja necessidade de o solicitante justificar o pedido. A Controladoria-Geral da União, responsável por monitorar a implementação da Lei, no âmbito Federal, desenvolveu o e-SIC, sistema eletrônico de registros de entradas e saídas de pedidos de acesso à informação, com fins de auxiliar os gestores públicos na administração dos pedidos e no controle dos prazos de atendimento dos requerimentos.

Além dos órgãos engajados no combate à corrupção, integram o conjunto de medidas de preventivas as legislações de natureza civil e administrativa, que têm por escopo dispor acerca do padrão de atuação dos titulares de funções ou cargos públicos. Aqui se está a falar das normas que visam materializar o Princípio da Legalidade, enquanto diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Em outras palavras, para que toda e qualquer atividade administrativa seja considerada lícita deverá ela se submeter a essas normas. Não o sendo, será ilícita.³⁹² E, caso constatada a ilegalidade da conduta, às infrações éticas e administrativas que ali se encontram, o funcionário responderá.

Nesse diapasão, vale citar o Decreto Lei n.º 201/67, que trata da responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Além da tipificação de crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais (art. 1º), a Lei prevê infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais (art. 4º), bem situações em que a Câmara poderá cassar o mandato de Vereador como, por exemplo, quando esse último, se valendo do mandato, pratica atos de corrupção ou de improbidade administrativa.

No mesmo sentido, encontra-se em vigor, no ordenamento jurídico interno, a Lei n.º 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, que dispõe acerca das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de Improbidade Administrativa no exercício de mandato, cargo,

³⁹¹ Idem, p. 32.

³⁹² FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 19. ed., ver., amp. e atual.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. P. 17.

emprego ou função na Administração Pública, que acarretem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública. Dentre as disposições, a Lei prevê o integral ressarcimento do dano pelo agente ou terceiro, se lesionado o patrimônio público, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público, receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo prazo de dez anos.

No tocante a regulamentação dos procedimentos licitatórios e dos contratos, cuja Administração Pública federal, estadual e municipal seja parte, ainda que deficiente em diversos aspectos, subsistem as disposições da Lei de Licitações, Lei n.º 8.666 de junho de 1993. Contudo, em se tratando de contratos de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, pela Lei n.º 8.987/95, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Para a regulamentação de normas de conduta de servidores públicos, além dos Códigos de Ética específicos que variam de acordo com a função pública do agente, submete-se este ainda a legislação consoante ao ente em que desempenha suas atribuições como, por exemplo, a Lei Federal n.º 8.112 de 11 de dezembro de 1990, o Decreto n.º 2.479 de 8 de março de 1979, dentre outras.

De fato, muitas são as iniciativas, preventivas ou repressivas, para o combate à corrupção em geral, porém, há uma longa caminhada rumo à obtenção de mecanismos mais eficazes para coibir o fenômeno em ascensão da grande corrupção. Urge a necessidade de coibir tal prática, não somente por intermédio de respostas alternativas às penais ou da criação de uma gama de tipos de corrupção, mas através de uma atuação conjunta entre meios profiláticos e tipos penais de delitos de corrupção, à luz das peculiaridades subsistentes do Direito Penal Econômico.

CONCLUSÃO

A presente dissertação teve por objetivo discorrer acerca do fenômeno da Grande Corrupção. Conforme restou demonstrado, a corrupção de alto nível comporta a interação criminosa entre funcionários públicos, membros da cúpula governamental, e pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, no âmbito de transações comerciais. Tal relação, como se pode observar, apresenta diversas razões para um tratamento diferenciado frente às práticas de pequena corrupção.

Como verificado, constata-se a pluriofensividade do fenômeno, na medida em que acarreta a lesão aos bens jurídicos supraindividuais, quais sejam, a capacidade funcional do Estado e Ordem Econômica. Isso não infirma, logicamente, a eventual lesão a interesses de cunho individual.

A capacidade funcional do Estado mostra-se um dos interesses que melhor traduzem a necessidade de repressão penal diferenciada da modalidade delitiva ora em análise, haja vista a conduta ilícita comportar o gasto excessivo de verbas escassas, que poderiam ser canalizadas promover e garantir direitos fundamentais. Logo, o impacto decorrente dessas práticas corruptas, retarda ou até mesmo paralisara a capacidade funcional do Estado, prejudicando, substancialmente, o bem estar da coletividade.

Como visto, outra razão evidenciou a diferenciação entre os delitos de grande e pequena corrupção, se deu sob a perspectiva criminológica. Com efeito, com o entrelaçamento entre as teorias das Atividades Rotineiras e da Eleição Racional, sobressaiu-se o elemento “oportunidade” do agente corrupto, quando se avaliar tanto a concentração de discricionariedade como a ausência de controle desta. Viu-se que, o juízo de conveniência e oportunidade, em si, não constituem algo ilícito. Contudo, a partir do momento em que interesses privados direcionam as ações e omissões do funcionário público, detendo este tal poder, é possível visualizar a danosidade da conduta. O que seria a grande corrupção, senão a materialização do abuso do poder discricionário em prol de atores privados, no exercício das atividades comerciais? Esse aspecto, vinculado a inexistência de mecanismos de controle da margem de atuação do funcionário público, seriam os verdadeiros estímulos a empreitada ilícita.

Sob outra vertente, constatou-se que o fator estrutura organizacional dos agentes constitui uma das maiores dificuldades na fase de investigação e persecução penal da corrupção de alto nível. Observou-se que os personagens envolvidos, por meio dos princípios da verticalidade e divisão do trabalho, lograriam maior êxito na empreitada delitiva, em razão, por exemplo, da qualificação tanto do agente como de seus subordinados ou mesmo da desorganização social.

Ainda nesse aspecto, sob o prisma da corrupção das hierarquias, na vertente “*de arriba a abajo*”, outro grande auxílio que os membros da cúpula da Administração têm, giraria em torno da conivência de seus subordinados através da compra de silêncio, seja ela decorrente da tolerância à pequena corrupção ou da dação de um percentual da vantagem indevida obtida.

De posse de todos esses elementos, o trabalho objetivou avaliar quais têm sido os tratamentos jurídicos penais, disponibilizados ao fenômeno em questão, por parte de importantes ordenamentos jurídicos estrangeiros. Constatou-se a existência de variadas iniciativas, como, por exemplo, previsões que vão desde agravantes de corrupção relacionadas ao *quantum* da vantagem indevida, à natureza da negociação, ao número de agentes envolvidos, qualidade do cargo ocupado até disposições penais específicas que versam sobre práticas corruptas, no âmbito de transações comerciais, ainda que sob terminologia diversa.

No ordenamento jurídico brasileiro, verificou-se que, se praticado um crime dessa natureza, por um membro da cúpula governamental brasileiro, este se submeteria às mesmas disposições dos tradicionais delitos de corrupção, previstos no art. 317 e art. 333, do Código Penal, bem como aos mesmos institutos da Dogmática Penal tradicional. Por outro lado, as penas privativas de liberdade cominadas para esses tipos, no Código Penal, são sensivelmente superiores aos ordenamentos jurídicos estrangeiros aqui cotejados, apesar destes comportarem agravantes e tipos específicos para combater a mazela.

Observou-se, ainda, que o legislador, não apenas brasileiro, ao captar as deficiências normativas, estariam se valendo do aumento excessivo de penas, da criação de agravantes especiais ou até mesmo tipos penais específicos para condutas delitivas, como suposta solução a coibir a delinquência, principalmente, quando as lacunas decorrem das vicissitudes que permeiam os delitos econômicos. O Direito Penal estaria sendo utilizado, não como *ultima ratio*, mas como blêfe, como um mecanismo de silenciamento do clamor da sociedade por mudanças, ainda que essa não saiba definir, especificamente, quais deseja.

Com isso, conclui-se pela necessidade de uma releitura dos crimes contra a Administração Pública, capaz de promover a distinção entre delitos de pequena e grande

corrupção. Paralelamente, pugna-se pela a elaboração de uma teoria geral de Direito Penal Econômico, composta por institutos específicos, hábeis a coibir novas formas de ataque a interesses imprescindíveis à sociedade atual, mas sempre orientadas por princípios limitadores do poder punitivo estatal.

Nessa medida, faz-se importante, para o combate à corrupção, o fortalecimento de medidas preventivas. No Brasil, conforme destacado, já existem diversas iniciativas profiláticas, tais como, o GTLD, no âmbito do Ministério Público Federa, a ENCCLA, a CGU, a Lei de Acesso a Informação, bem como as disposições das legislações em matérias civil e administrativa.

Em síntese, o objetivo dessa dissertação não foi suscitar indignação ou qualquer outro sentimento de repulsa ao fenômeno delitivo em questão. Tais sentimentos já são aflorados em conversas entre nossos familiares, amigos e vizinhos. No âmbito acadêmico, o objetivo foi o de apresentar o problema e refletir sobre a busca de uma solução técnica. Pensar dessa forma parece ser o rumo de uma grande jornada, não à utópica extinção da grande corrupção, mas sua prevenção e repressão ae forma mais adequada que o Direito Penal permita.

REFERÊNCIAS

- ADAMOLI, Sabrina. Commentary on Corruption Acts and Attitudes: Prof. Dr. Petrus C. van Duyne. In: EUROPEAN COLLOQUIUM ON CRIME AND CRIMINAL POLICY, 6., 1998, Helsinki. *Five Issues in European Criminal Justice: Corruption, women in the criminal justice system, criminal policy indicators, community crime prevention, and computer crime.* Helsinki: Heuni, 1998. p. 61-73.
- ANDRADE, M. da C. et al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Ed., 2003.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Económico.* Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico.* Madrid: Ramón Areces, 2010.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da Teoria do Bem Jurídico como Critério de Legitimidade do Direito Penal.* São Paulo: [s.n.], 2010.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El Delito de Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales.* Madrid: Iustel, 2012.
- _____. Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho Penal alemán. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, 2013, n. 15, p. 04:02-04:27, fev. 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos (Lei n. 10.028/2000).* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 5.
- BLANCO CORDEIRO, Isidoro. La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (org.). *Serta: In memoriam Alexandri Baratta.* Salamanca: Universidad Salamanca, 2004.
- BOTTKE, Wilfried. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero em Alemania. Tradução de Soledad Arroyo Alfonso e Teresa Aguado Correa. *Revista Penal*, Barcelona, n.2, p. 1-16, jul. 1998.
- BRIOSHI, Carlos Alberto. *Breve Historia de la Corrupción: de la antigüedad a nuestros días.* Tradução de Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurusm, 2010.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua*, n. 11, p. 147-164, jun.1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial* (arts. 213 a 359-H). 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARTIER-BRESSON, Jean. Corrupción institucionalizada y neocorporativismo, con ejemplos del caso francés. *Nueva Sociedad*, Caracas, 1996, n. 145, p. 110-125, set./out., 1996.

CORRUPTION and Good Governance. [S.l.]: UNDP, 1997. Portfólio.

CREUS, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*. 6. ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1998. V. 2.

DELLASOPPA, Emílio. E. Corruption in Brazilian Society: an overview. In: SARRE, R. et al. *Policing Corruption*. Nova York: Lexington Books, 2005.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

EIGEN, Peter. La Corrupción en los países desarrollados y en desarrollo. Um desafio de os 90 medios prácticos para combatirla. *Contribuciones*, Buenos Aires, 1995, n. 4, p. 7-47, out./dez., 1995.

_____. *Introducción. Informe Global de la Corrupción, Transparency International*. [S.l: s.n.], 2005.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. La Corrupción de los servicios públicos extranjeros e internacionales. (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado). In: FERRÉ OLIVÉ, J. C. et al. *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002. p. 121-136.V.3.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Corrupción y fraude de subvenciones. In: FERRÉ OLIVÉ, J. C. et al. *Fraude de Subvenciones Comunitarias y Corrupción*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002. P. 11-26. V.1.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO ILLESCAS, Santiago. *Princípios de Criminologia*. 2. ed. Valença: Tirant lo Blanch, 2001.

GISBERT, Rafael Bustos. Corrupción Política y Derecho. In: GOMÉS DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, ANA Elisa Liberatore S. (org.). *Estudios sobre la Corrupción: Una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013.

GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, Teoría General*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985. 2 v. V. 1.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*, 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editora, 1994.

HASSEMER, Winfried. Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción. *Pena y Estado: revista latinoamericana de política criminal*, Buenos Aires, ano 1, n. 1, p. 149-154, 1995.

HIRSCH, Andrew von. Censura e proporcionalidad. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.10 v. V. 4.

_____; _____. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.10 v. V. 9.

HUNTINGTON, Samuel P.. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.

JAKOBS, Günther. Imputacion Juridicopenal. Tradução de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Jakobs, Günther; Struensee, Eberhard. *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal, Filosofía y Ley Penal*. 4. ed. Buenos Aires: Losada S.A., 1964.7 t. T. 2.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crimes Federais*, 6. ed., ver., ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

KAREKLÁS, Stéphanos Emm.. Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775 – 1833) Vida e Obra (1ª parte). Tradução: João Santos. *Revista Direito e Cidadania*, Cabo Verde, ano 5, n. 16, p. 33-48, set. /abr. 2013

KLITGAARD, Robert. Strategies against corruption. In: FORO IBEROAMERICANO SOBRE EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN, 1998, Santa Cruz da Serra. *Agência Espanhola de Cooperação Internacional*. Madrid: Claud, 1998. P. 1-18

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LONGOBARDI, Mariano. Autoría y dominio del hecho en los delitos socioeconómicos: criminalidad económica, derecho penal económico y dogmática penal. *Revista de derecho penal y procesal penal*, n. 10, p. 754-769, jun., 2005.

LUZ, Yuri Corrêa da. O Combate à Corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 89, ano 19, p. 429-470, mar.-abr., 2011.

MALEM SEÑA, Jorge F.. *Globalización, Comercio Internacional y Corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2000.

MATA BARRANCO, Norberto J. de La. El Bien Jurídico Protegido en el Delito de Cohecho: La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 17, p. 81-152, jan., 2006.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Valencia: Tirant Blanch, 1998.

MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos coletivos. 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*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MIR PUIG, Carlos. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*. Barcelona: Jose Maria Bosh, 2000.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Metodologia y ciência penal*. Granada: Universidad de Granada, 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial*, 18. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NORONHA, Eduardo Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. Atualizado por Adalberto José de Camargo Aranha. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 352.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El Delito de Cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

PAGLIARO, Antonio. Brevi note sulla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione. *L'Indice Penale*, v. 23, ano 23, n. 1, p. 27-38, jan./abr, 1989.

_____; GIUSINO, Manfredi Parodi. *Principi di Diritto Penale, parte speciale I: Delitti contro la pubblica amministrazione*, 10. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2008.

PARKER, N. et al. A corrupção na América Latina: estudio analítico basado em uma Revisión Bibliográfica y Entrevistas. In: *Américas Accountability Anti-corruption Project*. Virginia: Casals Associate, 2004.

PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria. Medios, Opinión Pública y Corrupción. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (org.). *Estudios sobre Corrupción*. Salamanca: Ratio Legis, 2010.

PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally. A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In: CLARKE, Ronald V; FELSON, Marcus (org.). *Routine Activity and rational choice: Advances in Criminological Theory*, 2. ed.. Nova Jersey: Transactions Publishers, 2004.5 v. V. 5. P. 37-58.

_____; _____. Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime. *Law & Society Review*, Utah, v. 30, n.. 3, p. 549-583, 1996.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría e participación. *Revista Penal*, Valença, n. 9, p. 106-121, jan., 2002.

_____, Ana; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Ignácio; LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa (org.). *Estudios sobre la corrupción: Una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, 2013.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al Derecho Penal Económico. In: BACIGALUPO, Enrique (director). *Derecho Penal Económico*, 2. ed.. Madrid: Marcial Pons, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e a Constituição*, 3. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte especial*, 4. ed., ver., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.4 v. V. 4.

PRADO, Luis Regis. *Direito Penal Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROBERTSON, Sandy. Misunderstanding corruption. *Anthropology Today*, Hoboken, v. 22, n. 2, p. 8-11, abr., 2006.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.. *La Corrupción en un mundo globalizado: Análisis Interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*. Aranzadi.

ROLIM, Marcos. *A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

RONCO, Mauro; ARDIZZONE, Salvatore. *Código Penale annotato con la giurisprudenza*. Milão: Utet Giuridica, 2007.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Corrupción y economía global. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 10, p. 51-82, abr., 1999.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos: Causas consecuencias y reforma*. Tradução de Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. Ridendo Castigat Moraes, 2002. P. 24.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Autoria mediata por meio do Domínio da Organização. Temas de Direito Penal – Parte Geral*, 1. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. *Autoría y Participación del Hecho en Derecho Penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal*, Granada, n. 15, p. 01:1-01:27, 2013.

_____. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, Valença, n. 18, p. 242-248, 2006.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. A corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador). In: ANDRADE, M. C. et al.. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

_____. Considerações introdutórias. SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís. *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*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. *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.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed., rev., atual.e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAVONA, Ernesto U.. Beyond Criminal Law in Devising Anticorruption Polices. *European Journal on Criminal Policy and Research*, Trento, v. 3, n. 2, p. 21-37, jun., 1995.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?: comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

SEMINARA, Sergio. Gli interessi tutelati Nei reati di corruzione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, ano 36, n. 3, p. 951-993, jul-set., 1993.

SENA, Nilza Mouzinho de. Espaço Público, Opinião e democracia. *Estudos em comunicação*, Paraná, n. 1. p. 270-304, abr., 2007.

SÉVERIN, Carlos Versele. A Cifra Dourada da Delinquência. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 5-20, jan./jun, 1979.

SGUBBI, Filippo. Los delitos contra la administración pública: reflexiones dogmáticas y político-criminales a la luz de la reciente evolución del derecho penal italiano. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 70, p. 114-124, 2000.

SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2. ed., amp. e atual.. Buenos Aires: B de F, 2010.

_____. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A idéia penal sobre a corrupção no Brasil: As seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Ignácio; LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa (org.). *Estudios sobre la corrupción: Una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, 2013.

_____. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 407-428, mar./abr. 2011.

_____. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Os limites da imputação do crime de formação de quadrilha ou bando. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 242, p. 4-5, jan., 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. GUEIROS SOUZA, Artur de Brito (org.). *Inovações no Direito Penal Econômico*. Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

_____. Breves Considerações sobre a Corrupção em Transações Comerciais Internacionais. JAPIASSÚ, CARLOS EDUARDO ADRIANO (coord.). *Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SUTHERLAND, Edwin. H.. *El delito de Cuello Blanco*, tradução de Rosa del Omo. Madrid: La Piqueta, 1999.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder Econômico y Delito* (Introducción al derecho penal económico y de la empresa). Barcelona: Ariel S.A. 1985.

TAGLIARINI, Francesco. *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel Codice Penale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1973.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Tradução: Mônica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SOARES, Rogério Mateus. A corrupção nas autoridades policiais. In: FERRÉ OLIVÉ, J. C. et al.. *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.4 v. V. 3.

VAN DUYNE, Petrus C.. Will Caligula go transparent? Corruption in acts and attitudes. In: *Forum on Crime and Society*, Viena, v. 1, n. 2, p. 81-118, dez., 2001.

VIADA, Natacha G.. *Derecho Penal y Globalización: cooperación penal internacional*. Marcial Pons: Madrid, 2009.

VIRGOLINI, Julio E. S.. *Crímenes excelentes*. Delitos de culello blanco, crimen organizado y corrupción. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

VIZUETA FERNANDÉZ, Jorge. *Delitos contra la Administración Pública*: Estudio crítico del delito de cohecho. Granada: Comares, 2003.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*, tradução e Comentários de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.2 t. T. 1.

WASSMER, Martin Paul. Tratamiento jurídico-penal de la corrupción política y administrativa: Alemania. *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 121-125, 1999.

WILLIAMS, Robert; MORAN, Jonathans; FLANARY, Rachel. *Corruption in the Developed World*. Cheltenham: Edward Elgar Pub., 2000.

ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho penal económico y Constitución. *Revista Penal*, Barcelona, nº. 1, p. 1-15, 1998.