

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - FCHS**

LOUISE FERNANDA DE OLIVEIRA DIAS

**A INTERVENÇÃO DELITIVA NOS DELITOS DE CORRUPÇÃO
OCORRIDOS NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

FRANCA

2022

LOUISE FERNANDA DE OLIVEIRA DIAS

**A INTERVENÇÃO DELITIVA NOS DELITOS DE CORRUPÇÃO
OCORRIDOS NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

FRANCA

2022

D541i

Dias, Louise Fernanda de Oliveira

A intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública / Louise Fernanda de Oliveira Dias. -- Franca, 2022

154 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca

Orientador: Fernando Andrade Fernandes

1. concurso de pessoas. 2. autoria. 3. participação. 4. corrupção. 5. contratação pública. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

LOUISE FERNANDA DE OLIVEIRA DIAS

**A INTERVENÇÃO DELITIVA NOS DELITOS DE CORRUPÇÃO
OCORRIDOS NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais para obtenção do título de mestre em Direito.**

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

1º Examinador: _____

Prof. Dra. Jéssica Raquel Sponchiado

2º Examinador: _____

Prof. Dr. Guilherme Gouvea Figueiredo

Franca, 15 de junho de 2022.

À memória de todas as vítimas da Covid-19, em especial, minha querida vizinha Lucilene Santiago, que acompanhou meus passos desde o meu nascimento, bem como a todos aqueles que de alguma forma sofreram e ainda sofrem as consequências da pandemia, sejam elas materiais, físicas, emocionais e/ou psicológicas.

AGRADECIMENTOS

Escrever uma dissertação de Mestrado é sempre um desafio. Escrever uma dissertação de Mestrado em meio a uma pandemia de proporções históricas, com uma gestão nacional na contramão da ciência e pautada em lógicas negacionistas, é um desafio maior ainda.

Nesse sentido, não há como ser diferente, agradeço primeiramente a Deus por me dar forças para concluir mais essa fase de minha vida, mesmo quando o simples ato de conseguir levantar da cama pela manhã demandava esforço absurdo. Agradeço a Ele também por garantir a recuperação e a manutenção da minha saúde e da saúde dos meus familiares mais próximos, após termos contraído a Covid-19.

Agradeço à Ciência, por nos proporcionar conhecimento adequado para lidar com uma pandemia e criar uma vacina como forma de prevenir a doença e salvar vidas. Agradeço a todos os profissionais da área da saúde que atuaram e ainda atuam no combate à Covid-19 e no tratamento das pessoas contaminadas.

Agradeço à minha família que nesses últimos dois anos estiveram ainda mais presentes em minha vida, fornecendo apoio emocional e material em cada nova fase. Meu pai Fernando, minha mãe Luzia, meu irmão Renan e minha cunhada Thais. O amor, o amparo e o cuidado de vocês me fizeram continuar seguindo.

Agradeço ao meu estimado orientador, Professor Doutor Fernando Andrade Fernandes, por toda confiança que sempre depositou em mim e no meu trabalho. Não existem palavras que sejam capazes de traduzir toda a minha gratidão, devoção e lealdade ao Senhor, que acompanhou meus primeiros passos na jornada acadêmica, sempre com muita paciência e cuidado em meu processo de aprendizagem. Sinto-me honrada por ter a sua orientação e por receber um pouco do vosso tempo dedicado a transmitir a mim, pelo menos uma parcela, de todo o seu vasto conhecimento. Obrigada.

Agradeço aos professores e professoras do programa da pós-graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp) e aos componentes de minha banca de qualificação, pela oportunidade de poder aprender com cada um, em especial aqueles que contribuíram de forma mais direta a minha formação: Prof. Dr. Agnaldo de Sousa Barbosa, Profa. Dra. Ana Gabriela Mendes Braga, Prof. Dr. Antônio Alberto Machado, Prof. Guilherme Gouvêa de Figueiredo, Profa. Dra. Kelly Cristina Canela e Prof. Dr. Paulo Cesar Côrrea Borges.

Agradeço à Universidade Virtual do Estado de São Paulo (Univesp) pela oportunidade de aprender um pouco mais sobre a educação virtual, tão atual e necessária nos últimos tempos,

bem como de exercitar a transmissão dos meus conhecimentos em Economia e Direito aos alunos do curso de Engenharia da Computação e Engenharia da Produção.

Agradeço aos funcionários da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp por toda a ajuda e dedicação, em especial ao Supervisor da seção de Pós-Graduação, Valter Nailton Cantante da Silva, por sempre estar à disposição para esclarecer e auxiliar em qualquer questão burocrática relativa ao Mestrado.

Agradeço às minhas queridas amigas e aos meus queridos amigos, companheiros (as) de Mestrado, e também de jornada, com quem pude formar uma verdadeira família acadêmica, sempre dispostos a motivar, auxiliar e compartilhar conhecimento uns com os outros. Agradeço em especial ao meu irmão de orientação, Giuseppe Cammilleri Falco, e às minhas queridas amigas Ana Beatriz Cruz Nunes e Bianca Marcico, pessoas em quem sempre encontrei apoio para dividir todas as inquietações com a dissertação.

Agradeço ao advogado e mestre, Mansur Jorge Said Filho, com quem tive o imenso prazer de trabalhar nos últimos anos, por toda a paciência e compreensão que teve em relação à gestão conjunta de minha vida acadêmica e atividade profissional como advogada e por me ensinar tanto sobre a nobre profissão da advocacia.

Agradeço também aos meus colegas de escritório, o advogado Gustavo Spirlandelli Papacidero Gomes e ao estagiário Daniel Chaves Mota, pela compreensão e oportunidade de aprender e compartilhar conhecimento com vocês.

Agradeço, por fim, a Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista, que desde 2014 foi, para mim, lar do conhecimento na cidade de Franca-SP, onde pude aprender tanto sobre Direito e sobre a vida. A mulher que sou hoje é, em boa parte, resultado de tudo o que vivi e aprendi nos corredores e arredores da Unesp e, por isso, em todos os passos que darei adiante, sempre terei o orgulho de dizer e afirmar que *sou unespiana*.

RESUMO

A corrupção é tema que tem suscitado o interesse no conhecimento tanto especializado quanto geral, manifestando-se em distintas formas, tendo a corrupção pública como sua matriz. O tema, que por si só manifesta complexidade, tem esse vetor intensificado quando se relaciona com o procedimento complexo, que envolve diversos atores, tanto do setor público quanto do setor privado, realizado pela Administração Pública para que possa adquirir bens, serviços e obras fornecidos por particulares, e assim proceder à contratação. Dessa forma, é no momento da contratação pública em que os interesses econômicos de particulares e os interesses públicos se encontram, sendo a questão posta se esses interesses se chocam ou se convergem. Diante disso, a presente pesquisa, que se pretende valer de uma conjugação das opções dos métodos dedutivo e indutivo, se ocupa em analisar quais as possíveis manifestações do delito de corrupção no âmbito da contratação pública, com particular atenção para os critérios dogmáticos de averiguação da intervenção delitiva (concurso de pessoas) nos delitos de corrupção no âmbito da contratação pública.

Palavras-chave: Concurso de Pessoas; Autoria; Participação; Corrupção; Contratação Pública

ABSTRACT

Corruption is a subject that has aroused interest in both specialized and general knowledge, manifesting itself in different ways, with public corruption as its matrix. The subject, which in itself displays complexity, has this vector intensified when it is related to the complex procedure, which involves several actors, both from the public and private sector, carried out by the Public Administration so that it can acquire goods, services and works supplied by private individuals, and thus to be able to contract. In this sense, it is at the moment of the public procurement that the private economic interests and public interests join together, and the question that is posed is if these interests collide or converge. Therefore, the present research, which seeks to use a combination of deductive and inductive methods, is concerned with the analysis of possible manifestations of the crime of corruption in the scope of public procurement, with special notice of the dogmatic criteria of investigation of the criminal intervention (concerted action) in the crimes of corruption in the field of public procurement.

Keywords: Concerted Action; Authorship; Participation; Corruption; Public Procurement

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
1.1.	O OBJETO E A JUSTIFICATIVA DA PESQUISA.....	10
1.2.	OS OBJETIVOS DA PESQUISA.....	13
1.3.	AS PREMISSAS DA PESQUISA.....	13
1.4.	A METODOLOGIA DA PESQUISA.....	15
2.	PROBLEMA E SEUS <i>TOPOI</i>	17
2.1.	A OPERAÇÃO <i>TRIS IN IDEM</i> E A PRISÃO DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.....	17
2.1.1.	Dos fatos	17
2.1.2.	Das possíveis soluções ao problema	22
2.2.	A PANDEMIA COVID-19 E O DIREITO À SAÚDE.....	24
2.2.1.	O início da pandemia Covid-19 e os marcos regulatórios no cenário nacional e internacional	24
2.2.2.	O direito à saúde no cenário internacional e nacional	28
2.2.2.1.	<i>A projeção internacional</i>	28
2.2.2.2.	<i>A projeção no cenário nacional</i>	31
2.2.3.	O enfrentamento a pandemia no Brasil: populismo, negacionismo e escândalos de corrupção	38
2.3.	A CORRUPÇÃO.....	41
2.3.1.	A corrupção como um fenômeno social, político e econômico	41
2.3.2.	A corrupção como um fenômeno jurídico	46
2.4.	A CONTRATAÇÃO PÚBLICA.....	48
2.5.	A CODELINQUÊNCIA.....	53
2.5.1.	A codelinquência como um fato social e como um fenômeno jurídico	53
3.	O OBJETO PELA ÓTICA DA CRIMINOLOGIA	57
3.1.	A CONFIGURAÇÃO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	57
3.1.1.	A sociedade contemporânea é complexa	58
3.1.2.	A sociedade contemporânea é econômica	61
3.1.3.	A sociedade contemporânea é de risco	65
3.2.	A DELINQUÊNCIA ECONÔMICA.....	69
3.3.	A CODELINQUÊNCIA, A CORRUPÇÃO E O AMBIENTE CRIMINOLÓGICO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA.....	72
4.	O OBJETO PELA ÓTICA POLÍTICO-CRIMINAL	77
4.1.	ANÁLISE DE POLÍTICA: O RECONHECIMENTO DO PROBLEMA.....	77
4.2.	MEDIDAS POLÍTICO-CRIMINAIS PARA A CONTENÇÃO DO DELITO DE CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA.....	83
4.3.	MEDIDAS POLÍTICO-CRIMINAIS PARA O PROBLEMA DA INTERVENÇÃO DELITIVA NOS DELITOS DE CORRUPÇÃO OCORRIDOS NO ÂMBITO DA	

CONTRATAÇÃO PÚBLICA.....	87
4.3.1. Da reprovação.....	87
4.3.2. Da prevenção.....	89
4.4. VALORES DE POLÍTICA CRIMINAL EXTRAÍDOS DA ANÁLISE.....	91
5. PERSPECTIVA DOGMÁTICA DO OBJETO.....	93
5.1. INTERVENÇÃO DELITIVA OU CONCURSO DE PESSOAS.....	93
5.2. AS TRADICIONAIS TEORIAS DA INTERVENÇÃO DELITIVA.....	95
5.2.1. A teoria pluralista ou pluralística	95
5.2.2. A teoria dualista ou dualística.....	96
5.2.3. A teoria unitária, monista ou monística	96
5.3. EVOLUÇÃO E DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO.....	97
5.3.1. O sistema unitário	97
5.3.2. O sistema diferenciador	98
5.4. A INTERVENÇÃO DELITIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	100
5.4.1. O Código Penal de 1890	100
5.4.2. O Código Penal de 1940	103
5.4.3. O Código Penal de 1969	105
5.4.4. A reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984.....	106
5.5. A INTERVENÇÃO DELITIVA COMO UM CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO E/OU RESPONSABILIDADE.....	108
5.5.1. A intervenção delitiva como um momento da imputação objetiva.....	108
5.5.2. A intervenção delitiva como um critério de atribuição de responsabilidade....	113
5.6. AS TEORIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE A INTERVENÇÃO DELITIVA DE CARÁTER QUALITATIVO	114
5.6.1. As teorias intermediárias (entre as teorias tradicionais e as teorias normativas)	114
<i>5.6.1.1. A teoria do domínio do fato.....</i>	<i>114</i>
<i>5.6.1.2. A teoria da determinação objetiva e positiva do fato</i>	<i>119</i>
5.6.2. As teorias normativas da intervenção delitiva.....	120
<i>5.6.2.1. O critério da infração de um dever segundo Claus Roxin</i>	<i>120</i>
<i>5.6.2.2. O critério da infração de um dever segundo Günther Jakobs</i>	<i>124</i>
5.7. AS TEORIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE A INTERVENÇÃO DELITIVA DE CARÁTER QUANTITATIVO	129
5.7.1. A intervenção delitiva no âmbito da ação significativa de Vives Antón.....	129
6. CONCLUSÃO	135
6.1. A INTEGRAÇÃO SISTEMA E PROBLEMA: PROJEÇÃO DA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA, POLÍTICO-CRIMINAL E DOGMÁTICA NO CASE.....	135
Referências	143

1. INTRODUÇÃO

1.1. O OBJETO E A JUSTIFICATIVA DA PESQUISA

A pesquisa se propõe a investigar, sobretudo, as intervenções, a título de autoria e participação, nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito específico da contratação pública. Assim, delimitado o problema, a sua análise considerará também os aspectos sociológicos e administrativos que se projetam na questão do enfoque jurídico-penal.

De forma geral, o fenômeno da corrupção é complexo e constantemente avaliado não apenas em sua densidade jurídico-penal, quando atrelada às figuras delitivas descritas nos artigos 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa) do Código Penal vigente, mas também em termos sociais, políticos e econômicos.

Apesar de ser um problema recorrente na história, a conjuntura atual da sociedade demonstrou uma mudança ocorrida na percepção que se tem do problema da corrupção, em especial devido as formas de realização do delito que apontam para uma possível necessidade de atualização dos instrumentos disponíveis para o seu controle.

Há, ainda, uma preocupação especial sobre a corrupção pública, como sendo a corrupção registrada no Estado e contra o Estado, a qual dentre as principais críticas que se apontam a essa prática, e que também seria uma de suas graves consequências, está o fato de ocasionar um desvio das verbas que, em tese, seriam destinadas ao atendimento de interesses públicos de suma importância, como a saúde, para satisfazer interesses privados.

Nesse sentido, uma vez que a Administração Pública não goza da mesma liberdade dos particulares quando pretende adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou prestação de serviços e necessita de um processo licitatório para proceder a contratação pública, que se manifesta como um fator de alta densidade da pesquisa.

A análise da contratação pública se justifica porque o procedimento licitatório que a pressupõe é organizado, envolve muitas etapas e muitos atores e, também, promove o encontro de interesses públicos e privados. Dessa forma, questiona-se se o encontro desses interesses na contratação pública corresponde a uma colisão ou uma convergência. Então, estamos diante dos seguintes problemas que a presente pesquisa visa responder: “seria a contratação pública um ambiente propício à incidência do fenômeno da corrupção?”; “como se dá a relação entre corrupção e contratação pública?”

Em projeção aos delitos de corrupção previstos nos art. 317 e art. 333 do Código Penal, na medida em que há um “corrompidor” e um “corrompido”, verifica-se que tradicionalmente envolvem mais de um autor, de forma que o uso de aparatos organizados é inerente a prática dos delitos de corrupção.

Tal fator organizacional se intensifica no âmbito da contratação pública, cujo procedimento organizado, conforme mencionado, envolve diversas fases e diversos atores. Eis que surge mais um problema: “se diversos são os atores em uma contratação pública, caso ocorra um delito de corrupção nesse âmbito, quais os critérios dogmáticos para responsabilizar cada um deles à título de autoria e participação?”. Isso gera questões relacionadas às distintas formas de intervenção delitiva, um dos tópicos mais característicos do Direito Penal contemporâneo, que corresponde à criminalidade organizada.

Como hipótese que individualiza a abordagem pretendida, a pesquisa visa investigar as relações de autoria e participação nas manifestações do delito de corrupção incidentes no âmbito da contratação pública

Para cumprir o intento, utilizaremos como ponto de partida um *leading case* que corresponde a duas denúncias ofertadas pelo Ministério Público Federal ao Superior Tribunal de Justiça, uma feita no dia 28 de agosto de 2020 em que se imputa a prática dos delitos de corrupção, na modalidade ativa e passiva e o delito de lavagem de ativos ilícitos, que será tratado por “Caso A”, e a outra feita em 14 de setembro de 2020, em que se imputa a prática do delito de organização criminosa, que será tratada por “Caso B”.

Ambas as denúncias são vinculadas ao Inquérito nº 1338/DF que, por sua vez, é resultado das Operações “Favorito”, “Placebo” e “*Tris in idem*” da Polícia Federal, em que se investigou a ocorrência de delitos de corrupção, de formação de organização criminosa e de lavagem de ativos ilícitos em contratos administrativos na área da saúde que faziam parte das medidas de contenção à pandemia Covid-19. São acusados de corrupção passiva o ex-governador do estado do Rio de Janeiro, eleito no ano de 2018, cujo mandato perdurou de 1º de janeiro de 2019 até seu *impeachment* em 30 de abril de 2021, sua esposa, bem como outros servidores públicos do seu entorno. São acusados de praticarem corrupção ativa alguns empresários que fizeram contratações com o estado do Rio de Janeiro.

O *leading case*, além de trazer aportes para se discutir a intervenção delitiva, também corresponde a um caso de delito de corrupção no âmbito de serviços vinculados à saúde pública em um contexto especialíssimo de alta comoção que é a pandemia Covid-19, justamente porque, conforme já mencionado, uma das críticas que se faz à corrupção pública é o desvio de

cifras monetárias para o atendimento de interesses privados, que a princípio deveriam ser destinadas ao bem comum.

Desse modo, com os questionamentos pungentes colocados, observa-se que a pesquisa se justifica por quatro fatores interligados: relevância do problema, atualidade, complexidade e controvérsia.

A relevância do problema decorre da conexão entre três aspectos de suma importância. O primeiro corresponde a relevância do tema da corrupção e da contratação pública em si mesmos considerados. O segundo corresponde a densidade da análise conjunta de ambos os temas, ou seja, quando se passa a investigar quais as manifestações de corrupção ocorridas no âmbito da contratação pública.

Outro fator de relevância é justamente a opção da via pela qual será feita a relação entre os dois temas mencionados, que é a discussão da responsabilização penal conforme a forma de intervenção delitiva, a título de autoria e participação, porque se trata de tema cuja literatura penal especializada tem se ocupado intensamente, principalmente diante do enfoque atual a respeito da criminalidade organizada. Nesse ponto também se verifica uma forte controvérsia, já que existem diversas e distintas teorias penais contemporâneas acerca das formas de intervenção delitiva.

A atualidade do problema se evidencia pelo crescente interesse pela corrupção nos dias atuais, como objeto de investigação de extrema pertinência, sendo estudado pelo conhecimento especializado e apreciado pelo conhecimento geral, além de encontrar amplo e frequente espaço nos meios de comunicação. A respeito da contratação pública, trata-se de estratégia essencial para o funcionamento da administração e que movimenta alto montante de verbas públicas, além de estar intimamente ligado à concepção democrática de um país. Ademais, o caso a ser analisado é recente e envolve questões de suma importância no momento em que vivemos: o direito à saúde e a pandemia Covid-19.

A complexidade da pesquisa é percebida na própria vinculação de dois temas que carregam a complexidade como imanentes. No que tange à corrupção, vemos que se trata de tema amplamente discutido tanto na busca da compreensão do fenômeno, suas implicações e formas de contingenciamento de danos, quanto no entendimento enquanto figura delitiva, na qual se averiguam diversas problemáticas: a norma à qual se relaciona, o limite da incidência do tipo penal e, também sua vinculação pela doutrina e jurisprudência à criminalidade organizada e à investigação da autoria e participação para o cometimento do delito. A contratação pública é procedimento que envolve diversas fases e atores e se posiciona como ponto de encontro de dois âmbitos com interessantes conflitantes: o público e o privado.

Demonstrado que o tema a ser tratado na pesquisa é controvertido, complexo, atual e interdisciplinar, vemos a importância da realização do trabalho em âmbito tanto do campo científico da Ciência Jurídica quanto das Ciências Sociais de modo mais amplo, impulsionando a investigação na análise dessas questões, sem que se pretenda esgotar o tema.

1.2. OS OBJETIVOS DA PESQUISA

O objetivo geral da pesquisa consiste em analisar as formas de intervenção delitiva nos delitos de corrupção verificados no âmbito da contratação pública, em uma perspectiva que integra a Criminologia, a Política Criminal e a Dogmática Jurídico Penal.

Como objetivos específicos, a pesquisa pretende: a) analisar a *relação* existente entre corrupção e contratação pública; b) analisar as manifestações do delito de corrupção no âmbito da contratação pública; c) analisar a densidade econômica e a importância do mercado como um fator de complexidade da sociedade atual, na medida restrita de sua influência na criminalidade econômica, traçando parâmetros de seu relacionamento com os delitos de corrupção ocorridos na contratação pública; d) analisar a necessidade, legitimidade e eficácia de algumas das possíveis medidas que podem ser inseridas como forma de contenção às manifestações de corrupção ocorridas na contratação pública, bem como verificar os valores de política criminal que podem ser utilizados na integração com a dogmática jurídico-penal e, por fim, e) analisar os critérios de intervenção delitiva em delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública.

1.3. AS PREMISSAS DA PESQUISA

A pesquisa parte da premissa de que a sociedade contemporânea em termos de organização e estruturação, se apresenta como um (macro) sistema social “cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem referir-se” (LUHMANN, 1989, p. 168).

Trata-se de um sistema aberto, que de um lado se manifesta com menor complexidade para que os demais sistemas possam se desenvolver, mas, por outro lado é afetado pela complexidade que seus subsistemas adquirem, na medida em que os sistemas parciais se tornam mais complexos, a sociedade também se torna mais complexa, de forma diretamente

proporcional, salvo algumas exceções¹. São sistemas parciais do social e também abertos, a Política, a Economia, o Direito, o próprio ser humano (indivíduo), dentre outros.

Importante destacar que a relação diretamente proporcional de complexidade também se aplica em relação ao sistema social e ao ambiente no qual ele está inserido; na medida em que o sistema se torna mais complexo, tanto mais complexo será o ambiente no qual ele se orienta.

Os sistemas parciais, por sua vez, tornam-se “reciprocamente dependentes” (LUHMANN, 1989, p.227) e também “reciprocamente independentes”. São dependentes na medida em que a modificação ou decisão em qualquer dos subsistemas pode afetar diretamente os outros, a título de exemplo: decisões políticas afetam a economia, e a economia se vai bem ou mal traz à tona questões políticas e, ambas, por exemplo, dependem do Direito como forma de regular os conflitos delas existentes e o próprio funcionamento desses sistemas por intermédio de normas. E independentes na medida em que também precisam estar protegidos diante das flutuações em outro sistema, para que não sejam abalados e consigam se manter.

Dessa maneira, o Sistema Jurídico e o Sistema Jurídico Penal são abertos em termos cognitivos, porque sujeitos às perturbações oriundas do ambiente, o macrosistema social e de seus sistemas parciais; mas também é autopoietico, porque se reproduz e se desenvolve a partir de suas próprias estruturas e nesse aspecto desenvolve a si próprio com a orientação de seus processos decisivos por intermédio das normas (LUHMANN, 1983).

Por fim, o Sistema Jurídico-Penal é nessa pesquisa entendido como a como a Ciência global que engloba três Ciências: Dogmática Jurídico Penal, a Criminologia e a Política Criminal, que, em termos da dogmática mais atual também constituem subsistemas abertos e que exercem influência mútua.

¹ É possível que sistemas parciais do sistema social não sejam afetados pela pressão da complexidade, isto é, podem se manter inertes mesmo diante do aumento da complexidade do sistema do qual fazem parte. Luhmann entende que esse resguardo se dá por meio de uma “crescente indiferença ou por técnicas específicas de adaptação” e como um exemplo evidente dessa situação cita os sistemas religiosos, que mantêm dogmas de séculos anteriores e não absorve as novas concepções da realidade – por exemplo a visão conservadora que várias religiões, como a católica tem em relação a posição da mulher na sociedade, ao aborto e a homossexualidade; que, muito embora a sociedade relativamente já aceite e debata melhor sobre esses temas, a religião católica tende a se fechar sobre si mesma e se manter cega diante desses temas, trazendo por embasamento ensinamentos bíblicos que não se aplicam mais a sociedade contemporânea mais complexa do que a do tempo de Jesus Cristo (LUHMANN, 1989 p. 172).

1.4. A METODOLOGIA DA PESQUISA

Visando realizar um balanço teórico que traduza o *estado-da-arte* no que diz respeito ao estudo do problema, a pesquisa parte de uma análise crítica exploratória da literatura científica mais atualizada disponível no campo das Ciências Sociais, em relação à configuração sistêmica da sociedade e sua relação com os subsistemas Jurídico, Econômico, Político e o próprio indivíduo.

Da Economia para a compreensão da densidade econômica e a importância do mercado como um fator de complexidade da sociedade atual e sua relação com o delito de corrupção; do Direito Administrativo, para a investigação das regulamentações sobre a contratação pública; e da produção mais atual em matéria das Ciências Jurídico-Penais para compreensão do delito de corrupção e dos critérios de intervenção delitiva em delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública.

De forma geral, a pesquisa utilizará os dois grandes marcos metódicos – o dedutivo e o indutivo: (1) dedutivo, partindo da regra geral para sua confirmação nos fatos concretos, pela observação das distintas posições doutrinárias para a compreensão da relação entre sociedade – economia – política - direito penal – corrupção – contratação pública; (2) indutivo, partindo da análise de duas denúncias ofertadas pelo Ministério Público Federal ao Superior Tribunal de Justiça, uma feita no dia 28 de agosto de 2020, em que se imputa a prática dos delitos de corrupção, na modalidade ativa e passiva e o delito de lavagem de ativos ilícitos, “Caso A”, e a outra feita em 14 de setembro de 2020, em que se imputa a prática do delito de organização criminosa, “Caso B”, todas elas ocorridas no âmbito da contratação de serviços de saúde destinados a contenção da pandemia Covid-19.

De forma mais específica, o método utilizado será uma integração dialética entre o vetor sistema, vinculado ao método sistemático, em sua vertente sistêmica conforme desenvolvido por Luhmann (2016), e o vetor problema, do método problemático, pela tópica-retórica, conforme elaborado por Viehweg (1979). A integração dos dois métodos se dará pela via teleológica com referência a valores, especificamente, os valores de Política Criminal.

Essa escolha metodológica se justifica pela necessidade de uma maior racionalidade da intervenção penal, frente à uma tendencial irracionalidade na utilização do Direito Penal na atualidade, em especial em temas como o da presente pesquisa.

Muito embora esses métodos sejam analisados como opções inconciliáveis como bem enfatiza Fernandes (2001, p.17) “nada elimina a possibilidade de uma tentativa de reconstrução desses modelos metódicos a partir da integração dialética dos dois vectores que lhe são

subjacentes: o *sistema* e o *problema*”. E a via que se mostra adequada para integração entre problema e sistema, ainda que não exclusiva, é a que parte de orientação teleológica:

Dá-se a partir dessa integração teleológica o abandono da ideia da Ciência Jurídica como um sistema fechado, assumindo, ao invés, uma característica aberta, implicando: enquanto “sistema científico” (sistema de proposições doutrinárias), a natureza incompleta do conhecimento científico, em virtude da sua abertura a todas as outras Ciências; enquanto “sistema objetivo” (sistema da ordem jurídica), estando sujeito à mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais, em decorrência de ser o Direito um fenómeno situado no processo da história e, por isso, ser mutável. (FERNANDES, 2001, p. 23 e 24)

Dessa forma, a aplicação do método tem a finalidade de que “cada novo problema seja discutido com conhecimento disponível e se resolva de um modo que possa integrar-se no referido sistema ou force a sua modificação” (FERNANDES, 2003, p. 1176); o que se trata, em suma, é da resolução do problema apresentado em particular com respeito à realidade e a liberdade de oposição intrasistemática.

No tocante a análise do problema particular, a pesquisa utilizará, como já mencionado, duas denúncias ofertadas pelo Ministério Público Federal ao Superior Tribunal de Justiça, o “Caso A” em que se imputa a prática dos delitos de corrupção, na modalidade ativa e passiva, e o delito de lavagem de ativos ilícitos, e o “Caso B”, em que se imputa a prática do delito de organização criminosa, ambas ocorridas no âmbito da contratação de serviços de saúde destinados a contenção da pandemia Covid-19.

A análise será feita da seguinte forma: utilizaremos um problema – o caso mencionado, pelo método problemático serão vislumbradas um rol com soluções possíveis para esse problema e, dentre elas, a via de solução jurídico-penal. Assim, nos inseriremos especificamente no Sistema Jurídico–Penal, onde o caso será analisado pela Criminologia, Política Criminal e Dogmática Jurídico-Penal.

Para isso, dispõe o trabalho do uso de todo o tipo de manuais e livros, além de artigos científicos publicados em periódicos e monografias disponíveis na biblioteca da Universidade Estadual Paulista (Unesp) e da utilização da base de dados *Vlex* que agrega informações jurídicas atualização de mais de cem países. Além destes meios, contar-se-á com a utilização de portais digitais de universidades do exterior, institutos de pesquisa, como por exemplo Biblioteca Digital da Universidad de Chile; o sistema digital da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal e da Universidade de Salamanca, na Espanha.

2. PROBLEMA E SEUS *TOPOI*

Esse capítulo tem por objetivo apresentar e destrinchar os aspectos do *leading case*², bem como extrair dele as principais chaves de compreensão da pesquisa: corrupção, contratação pública, a co-delinquência e o direito à saúde e a pandemia Covid-19

2.1. A OPERAÇÃO *TRIS IN IDEM* E A PRISÃO DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2.1.1. Dos fatos

Em 14 de maio de 2020, a Polícia Federal deu início a mais uma fase da famosa Operação Lava Jato no Estado do Rio de Janeiro, definida pelo Ministério Público Federal como “a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil” (MPF, 2021), a operação ficou mundialmente conhecida tanto pela investigação e prisão de grandes personalidade do mundo empresarial e político, inclusos ex-presidentes do país, quanto pelas críticas e vícios que apresentou em seus processos³.

A nova fase recebeu o nome de Operação Favorito e tinha como alvo um grupo de empresários que há cerca de dez anos se destacavam como os principais fornecedores de mão de obra terceirizada para administração pública do Estado do Rio de Janeiro e que foram acusados de realizarem pagamentos a conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, com a finalidade de obter vantagens em contratos realizados com o poder público. A Operação Favorito deu início ao processo nº 5010476-42.2020.4.02.5101, em trâmite na 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro (MARTINS, 2020).

A investigação apontou que o grupo possivelmente estava se aproveitando da situação de calamidade pública em decorrência da pandemia Covid-19 para concluírem contratações

² Literalmente, a expressão na língua inglesa “*leading case*” significa “caso principal”, contudo, ela traz um arcabouço de sentido além do expressado em sua literalidade. Na pesquisa, *leading case* é utilizado para fazer referência ao caso escolhido que, dentre uma infinidade de possibilidades de casos, é o que abarca características essenciais para análise do tema e será utilizado como referência, cujas considerações tecidas a seu respeito podem ser ampliadas para outros casos semelhantes.

³ Há críticas pelo uso incorreto de medidas como a condução coercitiva, máculas ao devido processo legal pelo contato íntimo entre a acusação (Ministério Público Federal) e o juiz de primeira instância responsável pelos processos em Curitiba-PR, que, posteriormente chegou a se tornar o Ministro da Justiça do governo eleito em 2018, dentre outras.

emergenciais com valores milionários, sem processo licitatório, em especial para compras superfaturadas de gêneros alimentícios por uma organização social⁴ (OS), que recebia valores da Secretaria do Estado de Saúde do Rio de Janeiro (SES-RJ) e era responsável pela administração de Unidades de Pronto Atendimento (UPAs).

Com a colheita de elementos de prova na Operação Favorito que indicavam a possível participação na prática de crimes pelo até então governador do Estado do Rio de Janeiro, ela se desdobrou na Operação Placebo, deflagrada em 26 de maio de 2020, pela Polícia Federal no Rio de Janeiro e visava, especificamente, investigar um possível esquema de corrupção que envolvia uma organização social contratada pelo governo estadual para a instalação de hospitais de campanha, fornecimento de ventiladores pulmonares e medicamentos, inclusive com mandados de busca e apreensão realizados no Palácio Laranjeiras, a residência oficial do então governador do Estado (BRASIL, 2020).

Após a deflagração da Operação Placebo, o ex-secretário de saúde do Estado do Rio de Janeiro que atuava na gestão do ex-governador investigado se apresentou de forma espontânea na Procuradoria da República do Rio de Janeiro entre os dias 24 e 26 de junho de 2020 para celebrar acordo de colaboração premiada⁵ e informou a existência de uma organização para a prática de delitos, que repetia atos praticado pelos dois últimos governadores do estado, também réus em outras ações penais.

Dessa maneira, em 28 de agosto de 2020, em decorrência da Operação Placebo, foi deflagrada a Operação *Tris in idem*, que tinha por objetivo “desarticular organização criminosa voltada ao desvio de recursos públicos, especialmente em contratos firmados para a gestão de saúde e para o combate à pandemia Covid-19” (GOV, 2021).

A referida operação recebeu o nome “*Tris in idem*” em analogia ao princípio penal “*ne bis in idem*”, que veda a dupla punição pelo mesmo fato. Ao estabelecer “*tris in idem*” a Polícia

⁴ Segundo a legislação brasileira, as organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com atividades direcionadas aos setores de interesse público e social como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, preservação do meio ambiente, cultura e saúde. As organizações sociais para se consagrarem como tal devem apresentar e comprovar, no registro de seu ato constitutivo, os requisitos instituídos pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Por terem como cerne a prestação de serviços de interesse público e social é possível que as organizações sociais realizem Contratos de Gestão com o Poder Público, para o fomento e execução da atividade central.

⁵ Em sucintas linhas, a colaboração premiada é um instituto no qual um investigado ou réu em uma ação penal recebe um benefício, que pode ser desde diminuição do tempo da pena privativa de liberdade, sua substituição por pena restritiva de direitos ou, ainda, o perdão judicial, em troca de sua colaboração com o Estado. A colaboração premiada constitui um negócio jurídico (um acordo), normalmente celebrado entre o investigado ou réu e o Ministério Público Federal e, também é um meio de prova lícito, cuja forma está consagrada na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Federal, de forma irônica, fez uma remissão ao fato de que os três últimos governadores do Estado do Rio de Janeiro foram investigados e réus em ações penais por condutas semelhantes.

Em decorrência dos materiais colhidos nas três operações, o Ministério Público Federal ofertou duas denúncias ao Superior Tribunal de Justiça, uma feita no dia 28 de agosto de 2020, em que se imputa a prática dos delitos de corrupção, na modalidade ativa e passiva e o delito de lavagem de ativos ilícitos e a outra feita em 14 de setembro de 2020, em que se imputa a prática do delito de organização criminosa. Ambas são vinculadas ao Inquérito nº 1338/DF.

A denúncia do dia 28 de agosto de 2020, “Caso A”, parte de quatro eixos fáticos.

O primeiro compreende o período de 24 de março de 2020 a 19 de maio de 2020 em que se acusa o até então governador do estado do Rio de Janeiro de ter solicitado, aceitado ou recebido em ao menos quatro oportunidades distintas, vantagem indevida no valor de R\$ 280.000,00 (duzentos e oitenta mil reais), com o auxílio de sua esposa, que foi ofertada ou paga pelo empresário de siglas G.L.N. que tentava obter facilidades em relação a contratos do Poder Público Estadual e suas empresas. Ressalta-se que os valores eram recebidos pela então primeira-dama, por intermédio de seu escritório de advocacia, e depois repassados aos funcionários públicos envolvidos.

Foram registrados dois atos de ofício, um que consistiu na edição da Resolução nº 1984, de 27 de janeiro de 2020 que beneficiou a empresa GLN SERVIÇOS HOSPITALARES E ASSESSORIA LTDA e outro no direcionamento da escolha da Organização Social ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE E INFÂNCIA DE MUTUÍPE para a gestão do Hospital Zilda Arns.

O segundo eixo fático, vinculado ao anterior, acusam o então governador, sua esposa e o referido empresário G.L.N de no mesmo período, de modo consciente e voluntário, com unidade de desígnios terem ocultado ou dissimulado a natureza ou origem da quantia de R\$ 280.000,00, convertendo em ativos lícitos o produto de crimes de corrupção mediante a confecção de contrato entre o Hospital Jardim Amália LTDA e o escritório de advocacia da então primeira-dama, com a emissão de notas fiscais falsas e relacionadas a serviços advocatícios que não foram efetivamente prestados pelo escritório da, até então, primeira-dama.

O terceiro eixo, corresponde ao período de 13 de agosto de 2019 a 17 de abril de 2020 e acusa o então governador do estado do Rio de Janeiro, com o auxílio de sua esposa e do ex-Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais de ter solicitado, aceitado ou recebido vantagem indevida no valor de R\$ 274.236,50 (duzentos e setenta e quatro mil, duzentos e trinta e seis reais e cinquenta centavos) ofertados pelo

empresário de siglas M.P., com o auxílio de A.A.D, C.L.S., J. E. N. P. e J. M. B.M. para obter facilidades em contratos do poder público com as suas empresas.

Acusa-se o ex-governador de ter praticado o ato de ofício que consiste na revogação da desqualificação da organização social INSTITUTO UNIR SAÚDE, pelo ato administrativo no processo de nº 08/001/1170/2019.

O quarto eixo fático está relacionado ao anterior e corresponde a ocultação e/ou dissimulação da natureza e/ou origem do montante de R\$ 274.236,50 (duzentos e setenta e quatro mil, duzentos e trinta e seis reais e cinquenta centavos) pela confecção de contrato simulados entre as sociedades empresárias SERVIÇOS DIAGNÓSTICOS LTDA ME, COOTRAB COOPERATIVA CENTRAL DE TRABALHO e QUALI CLÍNICAS GESTÃO E SERVIÇOS DE SAÚDE, com a emissão de notas fiscais falsas e relacionadas a serviços advocatícios não prestados.

Nesse sentido, imputa-se ao governador a prática do delito de corrupção passiva majorada (art. 317, §1º do Código Penal⁶) por quatro vezes em concurso material⁷ com o delito de lavagem de ativos ilícitos previsto no art. 1º, §4º da Lei nº 9.613/1998⁸.

⁶ “Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa” (BRASIL, 1940).

⁷ No geral, concurso de crimes é a nomenclatura utilizada para designar o cometimento de mais um tipo de crime por um indivíduo. Ele será material quando o indivíduo tiver apresentado mais de uma ação ou omissão e, com isso, cometer dois ou mais crimes, aos quais a se aplicam cumulativamente as penas estabelecidas para cada tipo penal. O concurso formal, quando o agente apresentar apenas uma conduta e com isso cometer dois ou mais crimes idênticos ou não que, se forem distintos, será aplicada apenas a pena do delito mais grave e se forem idênticos, será aplicada a pena, mas aumentada de um sexto até a metade. Ambos estão previstos respectivamente no art. 69 e 70 do Código Penal.

⁸ “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. § 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. § 6º Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes” (BRASIL, 1998).

A imputação feita à ex-primeira-dama é a do art. 317, *caput*, na forma do art. 29, *caput*,⁹ ambos do Código Penal, em concurso material com o delito de lavagem de ativos ilícitos previsto no art. 1º, §4º da Lei nº 9.613/1998.

Ao ex-Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais imputa-se a prática de corrupção passiva (art. 317, *caput* do Código Penal) na forma do art. 29 do Código Penal em concurso material com o delito de lavagem de ativos ilícitos previsto no art. 1º, §4º da Lei nº 9.613/1998.

Aos empresários M.P., A.A.D, C.L.S., J.E.N.P, J.M.B.M e G.L.N imputa-se a prática do delito de corrupção ativa (art. 333, § único do Código Penal¹⁰) em concurso material com o delito de lavagem de ativos ilícitos previsto no art. 1º, §4º da Lei nº 9.613/1998.

Verifica-se no Código Penal, que o delito de corrupção passiva é uma espécie do gênero de “Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral”¹¹. Isso significa que, em tese, para o cometimento dessa espécie de delito o agente deve apresentar a qualidade de funcionário público.

No contexto da imputação realizada pelo Ministério Público em sua denúncia, verificamos que o ex-governador do estado do Rio de Janeiro e o ex-secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais são funcionários públicos¹². Contudo, a ex-primeira-dama não é uma funcionária pública.

Dessa forma, é adequado imputar a ex-primeira-dama a prática do delito de corrupção passiva, ainda que ela não seja funcionária pública? Por, em tese, estar atuando em conjunto com funcionários públicos, a conduta realizada pela ex-primeira-dama está no alcance da norma penal que prevê a atribuição do delito de corrupção passiva?

Além disso, na hipótese do caso concreto, o Ministério Público aponta o então governador, um funcionário público, como mentor da empreitada delitiva. Contudo, se a ex-primeira-dama fosse quem tivesse efetivamente organizado toda a prática delitiva, seria

⁹ “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (BRASIL, 1940).

¹⁰ “Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. 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” (BRASIL, 1940).

¹¹ O Título XI do Código Penal vigente dispõe sobre um conjunto de delitos que tem como “bem jurídico” tutelado a Administração Pública. O referido título apresenta em seu capítulo primeiro apenas delitos especiais, que correspondem a crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral e, em seu capítulo segundo, delitos comuns, que são os crimes praticados por particular contra a Administração em geral.

¹² A pesquisa trará adiante os conceitos de funcionário público.

possível e/ou adequado que a imputação ocorresse da mesma forma? É possível que a ex-primeira-dama, ainda que não seja funcionária pública, tenha um dever especial em relação à Administração Pública? São todas as questões que pretendemos analisar na presente pesquisa.

Por fim, a denúncia do dia 14 de setembro de 2020, “Caso B”, acusa o governador do estado do Rio de Janeiro de chefiar organização criminosa que tinha por finalidade praticar crimes de corrupção, fraudar licitações e cometer peculato em detrimento do estado do Rio de Janeiro, ao qual imputa-se a prática do art. 2º, §3º da Lei nº 12.850/13¹³, da qual faziam parte sua esposa, funcionários públicos e empresários, aos quais imputa-se a prática do delito previsto do art. 2º, §4º, III da Lei nº 12.850/2013.

2.1.2. Das possíveis soluções ao problema

Do caso mencionado podemos depreender o seguinte problema: foram possivelmente praticados delitos de corrupção passiva por funcionários públicos e por uma terceira pessoa, esposa de um funcionário público, e corrupção ativa por empresários, contra a administração pública de uma unidade federativa do Brasil.

A possível vantagem econômica recebida corresponde a verba pública que seria destinada a prestação de serviços de saúde, majoritariamente para a contenção da pandemia Covid-19. Além disso, esses valores, que se supõe de origem ou natureza ilícita, eram

¹³ “Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. § 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. § 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. § 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): I - se há participação de criança ou adolescente; II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal; III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior; IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes; V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização. § 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual. § 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena. § 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão. § 8º As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. § 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo” (BRASIL, 2013).

integrados ao mercado por intermédio de práticas de lavagem de ativos ilícitos. E acusa-se que esse conjunto de pessoas que praticaram os delitos configuram uma organização criminosa.

Seguindo a tópica de Viehweg (1979), no momento em que nos defrontamos com um problema, serão escolhidos arbitrariamente e casualmente pontos de vistas, que são chamados de tópica de primeiro grau, para depois serem elaborados catálogos que utilizaremos para formar premissas. É a partir dessa confrontação com o problema que encontraremos nosso *topoi*.

Diante do problema mencionado, são possíveis várias soluções no âmbito do sistema jurídico.

O Ministério Público poderia optar por mecanismos de Justiça Restaurativa, ao invés de recorrer ao modelo padrão de “tribunal”¹⁴, do Poder Judiciário, afim de delimitar transações que seriam capazes de reaver aos cofres públicos o valor que possivelmente foi desviado e estabelecer aos acusados meios legais de restauração dos laços rompidos com o delito.

Com o recurso ao modelo de tribunal, a acusação poderia fazer uso da via cível – por intermédio de uma Ação de Obrigação de Fazer e Indenizatória, no qual se pleitearia a devolução aos cofres públicos do valor que foi objeto do delito e seria aplicada uma sanção civil, também de cunho pecuniário, a título de indenização pelo dano causado.

Ademais é possível recorrer a uma sanção de cunho político e jurídico, pela averiguação de crime de responsabilidade e instauração de um processo de *impeachment*, que no caso prático também foi utilizada, afim de que o governador acusado perdesse seu cargo, como efetivamente ocorreu. É possível ainda a instauração de processo administrativo para a demissão dos demais funcionários públicos envolvidos.

Por fim, ainda no âmbito do sistema jurídico, era possível recorrer ao sistema jurídico-penal, como foi feito, para requerer a responsabilização criminal dos ofensores, por compreender a ocorrência dos delitos de corrupção, lavagem de ativos ilícitos e organização criminosa.

Compreendida as mais diversas vias possíveis para solucionar o problema apresentado, buscaremos, a seguir, integrar esse problema ao Sistema Jurídico e, mais especificamente, ao sistema Jurídico-Penal, por intermédio de uma discussão sobre a intervenção delitiva a título de

¹⁴ As teorias contemporâneas de Resolução Adequada ou Apropriada de Conflito (RADs) entendem o modelo de tribunal, que tem como premissa a solução do conflito por um terceiro (juiz), como uma via destinada a buscar a culpa e a condenação, muitas vezes frio e alheio aos sentimentos das partes que compõe o processo, deixando de perceber e trabalhar nuances na lide que não são traduzidas pela vestimenta jurídica que ela apresenta quando chega ao Judiciário por intermédio de “petições iniciais”. Não se trata de uma visão estritamente negativa do tribunal, a ponto de rejeitar essa via de solução de problemas, apenas apontam que além dessa, há outras formas que, em alguns casos podem apresentar resultados mais satisfatórios, como a negociação, a conciliação, mediação, os círculos de paz e outras práticas destinadas a autocomposição das partes.

autoria e participação nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública. Pretendemos discutir quais os critérios dogmáticos para imputar e responsabilizar (ou não) cada um dos autores envolvidos na prática de delito de corrupção a título de autoria e participação.

Contudo, antes de adentrarmos nessa análise, uma vez estabelecido o problema e as possíveis formas de resolvê-lo, é necessário esclarecer os pontos centrais que envolvem o caso: a pandemia Covid-19 e o direito à saúde; a corrupção; a codelinquência e a contratação pública.

2.2. A PANDEMIA COVID-19 E O DIREITO À SAÚDE

2.2.1. O início da pandemia Covid-19 e os marcos regulatórios no cenário nacional e internacional

Em dezembro de 2019, na província chinesa de Wuhan, mais especificamente no dia 12 de dezembro de 2019, um paciente foi hospitalizado apresentando quadros de uma doença respiratória grave. Em que pese os estudos retrospectivos tenham detectado um caso clínico com sintomas semelhantes no dia 01 de dezembro, o paciente registrado no dia 12 de dezembro foi tratado como o primeiro caso ou “paciente zero” da *Coronavirus Disease 2019*, ou simplesmente, Covid-19 (GRUBER, 2020).

Dados apontam que os primeiros casos registrados de Covid-19 tiveram algum contato com o mercado atacadista de frutos do mar, *Baishazhou*, de Wuhan. Quanto a isso, de imediato esclarecemos que a pesquisa não se ocupará das teorias que buscam a origem da Covid-19, por entender que se trata de tema extremamente delicado, capaz de gerar embates científicos e diplomáticos que, por ora, em nada agregam ao trabalho.

Basta que compreendamos o quão emblemático é que uma pandemia possa, de alguma forma, ter tido como epicentro, um centro de comércio e que seja compreendida como um fato social, com implicações em âmbito nacional e internacional, que serve como “papel de fundo” para a discussão acerca da corrupção ocorrida no âmbito da contratação pública, principalmente quando o fenômeno da corrupção afeta interesse público de grande sensibilidade, que é a área da saúde.

A Covid-19 é a doença causada pelo *Severe Acute Respiratory Coronavirus 2*, ou SARS-CoV-2, uma nova espécie de coronavírus que recebeu esse nome devido a sua semelhança com o vírus o SARS-CoV, causador da SARS (Síndrome Respiratória Aguda

Severa ou *Severe Acute Respiratory Syndrome*), doença amplamente disseminada entre 2002 e 2003 na China, Singapura, Vietnã e Canadá.

O SARS-CoV-2 também possui semelhanças com o vírus MERS-CoV, causador da MERS (Síndrome Respiratória do Oriente Médio ou *Middle East Respiratory Syndrome*), que se proliferou no Oriente Médio, principalmente na Arábia Saudita, Coreia e nos Estados Unidos.

Ao perceber que a Covid-19 estava se propagando para outros países do globo, a Organização Mundial da Saúde (OMS), fundamentada no Regulamento Sanitário Internacional (RSI)¹⁵, declarou a COVID-19, como uma “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional”, em 30 de janeiro de 2020.

Para que uma situação seja considerada “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional”, nos termos do art. 1º do Regulamento Sanitário Internacional, é necessário que ela enquadre em dois critérios objetivos: “(i) constituindo um risco para a saúde pública para outros Estados, devido à propagação internacional de doença e (ii) potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada” (BRASIL, 2009).

Até o momento, a OMS declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional apenas por seis vezes:

1. A primeira vez, em decorrência da Gripe A (H1N1), em abril de 2009. A doença que teve início no México, foi chamada inicialmente de gripe suína¹⁶ e declarada pandemia¹⁷ em junho de 2009. Foi considerada erradicada em agosto de 2010.
2. Em decorrência da poliomielite¹⁸. A declaração ocorreu em maio de 2014 e ainda está em curso, embora não tenha sido considerada pandemia, a situação de emergência envolve cerca de 20 países diferentes, em especial o Afeganistão e a Nigéria;

¹⁵ O Regulamento Sanitário Internacional (RSI) é um documento jurídico internacional que tem como finalidade prevenir a propagação internacional de doenças, proteger a população mundial, controlar a disseminação da doença e dar a ela uma resposta de saúde pública que seja proporcional e restrita aos riscos que a enfermidade causa a saúde pública, evitando interferências desnecessárias no tráfego e comércio internacional. Ele foi aprovado na 58ª Assembleia da OMS em 23 de maio de 2005, e passou a vigorar dois anos depois, em junho de 2007. No Brasil, o RSI foi ratificado e aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 395/09 e promulgado, com revisões, pelo Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.

¹⁶ Quando surgiu o novo vírus influenza A (H1N1), acreditava-se que ele tinha derivava de uma cepa de DNAs fundidos, com um deles de linhagem em uma influenza suína. Contudo, com o avançar das pesquisas científicas sobre o caso, foi descoberto que ele contém material genético de vírus humanos, de aves e de porcos.

¹⁷ Segundo a OMS, pandemia consiste na “disseminação mundial de uma nova doença e o termo passa a ser usado quando uma epidemia, surto que afeta uma região, se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa” (SCHUELER, 2020).

¹⁸ Poliomielite, também tratada por paralisia infantil, é uma doença transmissível por um vírus que vive no intestino e pode causar o adoecimento de crianças e adultos que tiverem contato direto com secreções e fezes de pessoas infectadas.

3. Em decorrência do ebola. Foi declarada em agosto de 2014 e considerada erradicada em março de 2016 e teve como epicentro a África Continental;
4. Em decorrência da associação entre o zika vírus e malformações, esteve vigente entre fevereiro e novembro de 2016. Seu epicentro foi o Brasil, responsável por detectar e revelar ao mundo a Síndrome Congênita do Zika;
5. Novamente em decorrência do ebola, declarada em outubro de 2019 e atualmente em curso. A doença teve epicentro na República Democrática do Congo;
6. Em decorrência da Covid-19, atualmente em curso.

Dessa forma, há em curso três “Emergências de Saúde Pública de Importância Internacional”: a da poliomielite, a do ebola e a da Covid-19, sendo esta última a que tem gerado maior atenção da população mundial.

Devido a declaração da OMS de que a Covid-19, consistia em uma “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional”, no Brasil, o Poder Executivo, em 04 de fevereiro de 2020, apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 23/2020, cuja tramitação em regime de urgência culminou na Lei nº 13.979, sancionada em 06 de fevereiro de 2020, que dispunha sobre as “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019” (BRASIL, 2020).

Dentre as medidas adotadas pela Lei para o enfrentamento da emergência derivada da Covid-19, estão o isolamento social e a quarentena, que também são providências estabelecidas no Regulamento Sanitário Internacional para o enfrentamento de “Emergências de Saúde Pública de Importância Internacional” no geral.

A definição de isolamento e quarentena na Lei e no Regulamento são muito semelhantes. O isolamento social consiste na separação de pessoas que já estejam doentes ou contaminadas, bem como na separação de coisas como bagagens, meios de transportes, mercadorias ou encomendas postais *confirmadamente afetadas*, de outros não afetados, para evitar a propagação da doença.

E a quarentena é a restrição de atividades e/ou separação de pessoas com *suspeita de contaminação*, das pessoas não contaminadas, bem como de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte, mercadorias que também estejam em situação de suspeição, para evitar a disseminação do vírus.

A Lei também determinou a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras, vacinação, dentre outras medidas destinadas ao controle da proliferação do vírus.

Em geral, as medidas adotadas pela Lei são condizentes com as orientações da OMS sobre a resposta coordenada global para o enfrentamento da Covid-19 e estavam sendo aplicadas por outros países onde o surto já havia iniciado. Nesses locais, a quarentena e o isolamento social apresentavam bons resultados para conter ou, ao menos, postergar a transmissão massiva da doença e, assim, não superlotar os serviços de saúde.

Contudo, a doença continuou a se propagar e simultaneamente, no Brasil, foi registrado o primeiro caso da doença em 26 de fevereiro de 2020, de um homem de 61 anos, que residia na capital do estado de São Paulo e tinha feito viagem recente para a Itália¹⁹. Dessa forma, ante à propagação internacional da doença, no dia 11 de março de 2020, a OMS reconheceu a existência de uma pandemia de Covid-19.

A diferença entre a Covid-19, a SARS e a MERS é que embora a SARS e MERS tenham sido doenças com significativa taxa de contágio, não houve uma transmissão a ponto de gerar uma “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional” e, conseqüentemente, nem mesmo uma pandemia, onde a maior parte dos países do mundo apresentam infectados e mortos pela doença.

Além disso, diferente das espécies anteriores de coronavírus, que causavam problemas essencialmente respiratórios, o SARS-CoV-2 ocasiona também problemas renais, cardíacos, nervosos e alterações na coagulação sanguínea.

Com relação a Gripe A ou H1N1, causada por subtipo até então inédito do vírus influenza²⁰, responsável pela pandemia de 2009, o SARS-CoV-2 apresenta algumas diferenças intrínsecas capazes de gerar uma pandemia ainda mais grave, que necessitava de medidas mais rígidas para a contenção da transmissão.

Conforme dados coletados por Rafael Barifouse, jornalista da BBC NEWS (2020), o SARS-CoV-2 é mais transmissível que o vírus influenza. Enquanto o H1N1 era capaz de infectar uma taxa de 1,2 a 1,6 pessoas, o SARS-CoV-2 apresenta uma taxa intermediária de quase o dobro, chegando a 2,79 e 3,0 em alguns estudos e há indícios de que o SARS-CoV-2 também seria mais letal que o vírus influenza.

Além disso, os dados apontam que alguns indivíduos idosos apresentavam imunidade contra o novo subtipo do vírus influenza, por já terem vivenciado a gripe asiática de 1957 e a gripe de Hong Kong de 1968, que também haviam sido causadas por outro vírus influenza. Da

¹⁹ Na data em que foi registrado o primeiro caso de COVID-19 no Brasil, a Itália estava em um cenário grave em relação a propagação da doença, com os serviços de saúde superlotados e altos índices de falecimento.

²⁰ Esta espécie que também foi responsável pela pandemia da gripe espanhola que perdurou de janeiro de 1918 a dezembro de 1920.

mesma forma, já haviam medicamentos disponíveis e eficazes contra o vírus influenza, enquanto o mesmo não valia para o tratamento da Covid-19.

Ainda que a disseminação da SARS e da MERS tenha impulsionado estudos e tentativas de criar medicamentos antivirais capazes de combater espécies de coronavírus, as substâncias que foram testadas não apresentaram resultados eficazes e novas pesquisas não foram concretizadas.

Quanto à imunização, foi mais fácil desenvolver uma vacina para a H1N1, uma vez que já haviam vacinas contra outros vírus influenza. Tratou-se apenas de uma questão de adaptação do que existia para conferir imunidade quanto àquele subtipo viral específico, sendo possível aplica-la em novembro de 2009. A respeito da Covid-19, a vacinação teve início no dia 08 de dezembro de 2020²¹, no Reino Unido, ou seja, quase um ano após o primeiro caso.

Dados apontaram que nos 16 meses de duração da pandemia de H1N1, houve mais de 493 mil casos confirmados e foram registradas 18,6 mil mortes (BBC NEWS, 2020). Conforme dados disponibilizados na plataforma “Google Notícias”, coletados no dia 17 de janeiro de 2022, com relação à Covid-19, no mundo já foram registrados 328.076.885 pessoas infectadas, com 5.539.572 mortes. No Brasil, os dados apontam para 23.015.128 casos e 621.327 vítimas fatais da doença.

2.2.2. O direito à saúde no cenário internacional e nacional

2.2.2.1. A projeção internacional

Ao vivenciarmos, como humanidade, a transmissão global de uma doença que tem deixado significativa quantidade de pessoas mortas em todos os locais onde o vírus foi disseminado, é possível afirmar que o direito a saúde e as vias para garanti-lo passou a ocupar lugar de destaque em nossas preocupações.

O direito a saúde teve sua origem na chamada terceira geração de direitos humanos, na qual foram consagrados os direitos sociais. Segundo Noberto Bobbio (2004), ao final da

²¹ O imunizante utilizado foi produzido pela farmacêutica americana Pfizer, em parceria com a empresa de biotecnologia alemã, BioNTech. Como será melhor tratado adiante, a referida empresa tem papel de destaque em um escândalo envolvendo a resposta brasileira à pandemia, quando foi descoberto que enviou cerca de 81 e-mails para o Governo Brasileiro oferecendo o imunizante, a fim de que o país fosse o primeiro do mundo a iniciar a vacinação e os e-mails nunca foram respondidos.

Segunda Guerra Mundial, houve uma universalização e uma multiplicação ou proliferação dos chamados direitos humanos²². O Autor destaca o fato que de houve uma maior ação quanto a proclamação dos direitos, do que a busca por dar efetividade a eles.

Bobbio (2004) entende que, no tocante ao fenômeno da multiplicação dos direitos, ela ocorreu de três modos, em resumo, quanto a “mais bens, mais sujeitos e mais *status* do indivíduo” (BOBBIO, 2004, p.63). Em primeiro lugar, devido a um aumento da quantidade de “bens considerados merecedores de tutela” (BOBBIO, 2004, p.63). Em segundo lugar, em razão da extensão da titularidade de alguns direitos típicos, para outros sujeitos que não o ser humano, como o meio ambiente e os animais. E, em terceiro lugar, porque o próprio ser humano passou a ser considerado como um ser específico e concreto, nas mais distintas formas de “ser”, para além de uma categoria abstrata. O autor ainda complementa:

Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da “pessoa” – para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. [...] Com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção (BOBBIO, 2004, p.63-64).

Quanto aos direitos sociais, Norberto Bobbio (2004, p.66) aduz que apenas “de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde)” e que na atribuição dos direitos sociais é necessário levar em consideração as diferenças específicas entre os indivíduos titulares de direitos. Foi por meio dos direitos sociais que foram trazidos novos personagens a trajetória dos direitos humanos que, anteriormente, tiveram seu *status* ignorado, como as mulheres, as crianças, os idosos, os doentes. Em complemento, o autor aponta que:

²² O autor utiliza com maior frequência o termo “direitos dos homens”, mas também direito das gentes, direitos individuais. Para fins desse trabalho, todos esses termos são sinônimos de direitos humanos.

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nascem até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado (BOBBIO, 2014, p. 66-67).

No âmbito internacional, o direito à saúde está expressamente consagrado no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, que dispõe:

Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social (UNICEF, 1948).

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada na Conferência Especializada Interamericana Sobre Direitos Humanos, ocorrida em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, o direito à saúde, embora não tenha sido proclamado como um direito autônomo (como é ocorrido na Declaração Universal dos Direitos Humanos), é utilizado como balizador e limítrofe ao exercício de outros direitos, como a liberdade de consciência e de religião²³; liberdade de pensamento e de

²³ “Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas. [...]” (CIDH, 1969).

expressão²⁴; direito de reunião²⁵; liberdade de associação²⁶; direito de circulação e residência²⁷, ressaltando a importância do direito à saúde não apenas de forma isolada, mas também como via para garantir outros direitos humanos e fundamentais.

2.2.2.2. *A projeção no cenário nacional*

No âmbito nacional, a saúde pública passou a ser um foco de preocupação do Estado, no início do século XX, época que, não por mera coincidência, se inicia pouco tempo após a mudança da forma de governo monárquica para a republicana²⁸. Nesse momento, o Brasil projetava uma imagem de insalubridade, com graves problemas de saúde pública, gerada pela condição sanitária precária e pelos surtos epidêmicos que acometiam a população:

²⁴ “Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. [...]” (CIDH, 1969).

²⁵ “Artigo 15. Direito de reunião. É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas” (CIDH, 1969).

²⁶ “Artigo 16. Liberdade de associação. 1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. 2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. [...]” (CIDH, 1969).

²⁷ “Artigo 22. Direito de circulação e de residência. 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais. 2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio. 3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas. [...]” (CIDH, 1969)

²⁸ Como bem ressalta José Murilo de Carvalho (2002, p.91): “Os militares tinham tido grande influência sobre os primeiros governos Republicanos, consequência lógica do fato de terem proclamado a República. Mas aos poucos as oligarquias tinham conseguido neutralizar sua influência e garantir um governo civil e estável”. Dessa maneira, “A Primeira República caracteriza-se pelo governo das oligarquias regionais” (CARVALHO, 2002, p.89). Há nesse ponto, especial ênfase para as oligarquias do estado de São Paulo, onde o ponto forte econômico era o café, e de Minas Gerais, grande produtor de leite, que instituíram a conhecida política “café com leite”, no qual havia uma alternância entre paulistas e mineiros na ocupação da Presidência da República. Essa política transcorridos alguns anos, causou descontentamento na população e nas oligarquias de outros Estados, que, cumulado com outros fatores a serem melhor detalhados adiante, culminou no fim da Primeira República.

De acordo com essa lógica, o foco de atenção inicial do Estado foi o ataque às doenças transmissíveis, sobretudo aquelas de manifestação epidêmica, capazes de ceifar um grande número de vidas e comprometer a ordem econômica. Foram elas – e não as doenças crônico-degenerativas – que primeiro fizeram com que a máquina estatal se modificasse no sentido de incorporar novas atribuições e oferecer novos serviços às populações sob sua jurisdição (Hochman, 1998). (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.113).

Nesse contexto, a Medicina passou a ganhar mais espaço e nortear a intervenção estatal na sociedade, em detrimento das outras vias de cuidados com a saúde que eram amplamente utilizadas na época, como curandeiras, benzedeadas, dentre outros. Ganhou destaque a inserção da microbiologia criada por Louis Pasteur²⁹, que no Brasil encontrava adeptos como Emílio Ribas, Adolfo Lutz, Vital Brazil e Oswaldo Cruz.

Nessa época, conduzida pelo então presidente, Rodrigues Alves, foram implementadas reformas urbana e sanitária. De um lado, a reforma urbana ficou marcada pela tentativa de tornar o Rio de Janeiro uma espécie de “Paris dos trópicos” (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.60), caracterizada pela demolição de prédios, caminhos, moradias, bem como pela significativa alteração nos hábitos cotidianos da população local mais vulnerável. De outro lado, a reforma sanitária foi caracterizada pela implementação das brigadas sanitárias, destinadas a conter e erradicar vetores de transmissão da peste bubônica³⁰ e da febre amarela³¹, bem como pela imposição da Lei nº 1.261, de 31 de outubro de 1904, que tornava obrigatória a vacinação da população contra a varíola³².

A Lei que determinava a vacinação obrigatória foi responsável por desencadear a chamada Revolta da Vacina, ocorrida entre os dias 10 a 16 de novembro, caracterizada por um levante de protestos populares e tentativas de golpes militares, que culminaram na revogação da Lei e tornada da vacinação opcional:

²⁹ Louis Pasteur (1822-1895), foi um cientista francês mundialmente reconhecido por perceber que a causa de inúmeras doenças estava em micro-organismos não visíveis a olho nu e que a forma de prevenção estava vinculada a técnicas básicas de higienização, como a esterilização de chupetas e utensílios domésticos, a limpeza de ferimentos, a limpeza de alimentos antes do consumo, dentre outras.

³⁰ Também conhecida como Peste Negra, a peste bubônica é uma doença causada pela bactéria *Yersinia pestis* que, por sua vez, é transmitida através das pulgas de roedores aos seres humanos. Ela foi responsável pela dizimação de quase um terço da população europeia no século XIV (REVISTA GALILEU, 2020).

³¹ A febre amarela é uma doença por um vírus transmitido pela picada do mosquito *Aedes aegypti*, mesmo causador da dengue, febre chikungunya e zika (FIOCRUZ, 2020).

³² A varíola, também chamada comumente de “bexiga”, é uma doença altamente transmissível por intermédio do contato com pessoas infectadas com o vírus da doença ou de objetos contaminados.

Vistas como faces de uma mesma moeda, as reformas urbana e sanitária atraíram para si grande oposição, agitando cotidianamente as páginas dos jornais e as conversas nas ruas e nas casas dos moradores do Rio de Janeiro. Em um quadro de crescente insatisfação, a lei da vacinação obrigatória, por atingir indiscriminadamente a todos, transformou-se no elemento catalisador da revolta. Para muitos, a obrigatoriedade da vacinação infringia o direito à privacidade e à autodeterminação. Significava uma invasão dos redutos sagrados representados pelo lar e pelo corpo. Um abuso de poder que violava o mais inviolável dos direitos: o direito à vida. [...] Parlamentares, médicos, intelectuais e agitadores, apoiados pela imprensa, insuflavam o povo a reagir. [...] Considerada um dos maiores levantes populares ocorridos no Brasil durante o século XX, a Revolta da Vacina tem sido interpretada, muitas vezes, como um movimento originário, quase que exclusivamente, de manipulações políticas engendradas por segmentos da elite brasileira descontentes com os rumos assumidos pela República (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.66).

Ressalta-se que poucos anos após a Revolta da Vacina, mais especificamente entre 1907 e 1908, a epidemia de varíola voltou a aterrorizar a população.

Posteriormente, no âmbito da legislação nacional, a saúde pública foi colocada pela primeira vez como um tema de suma importância para a organização do Estado Brasileiro na Segunda República brasileira, já constando no art. 10, II³³ da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, o cuidado da saúde como um dever da União e dos estados, assim como a assistência pública³⁴ (BRASIL, 1934).

Citar a saúde pública pela primeira vez em uma Constituição não se trata de uma mera coincidência, mas de uma consequência lógica da nova configuração do Estado e dos ideais perpetuados pelo grupo que agora detinha o poder³⁵.

Mais adiante, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937 consagrou o Estado Novo e um regime ditatorial presidido por Getúlio Vargas. Nessa perspectiva, conforme enfatizado por José Murilo de Carvalho (2002, p.110): “Se o avanço dos

³³Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas” (BRASIL, 1934).

³⁴ Hoje os setores da assistência pública, a saúde e a previdência compõem o tripé da chamada seguridade social, que é definida no art. 194 da Constituição da República Federativa do Brasil como sendo “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicas e da sociedade” (BRASIL, 1988).

³⁵ Enquanto no cenário internacional, era registrada a quebra da Bolsa de Valores de Nova York de 1929 e uma grave crise econômica mundial, que afetou fortemente a exportação cafeeira, verificou-se no cenário nacional uma insatisfação com a política café com leite, marcada pela alternância entre paulistas e mineiros na Presidência da República que abriu margem para uma oposição formadora da Aliança Liberal, que tinha como candidato à presidência o gaúcho, Getúlio Vargas, e seu vice, João Pessoa. O programa de governo da Aliança Liberal, segundo Bóris Fausto (2006, p. 319) “refletia as aspirações das classes dominantes regionais não associadas ao núcleo cafeeiro”, em especial pelo incentivo à toda produção nacional, não apenas o café e por propor algumas medidas de proteção aos trabalhadores. Perspectiva semelhante, era observada nos ideais dos opositores quanto à saúde: “Os médicos envolveram-se, então, em campanha nacional a favor do saneamento do país como condição indispensável para construir uma nação viável. Todos os reformistas estavam de acordo em um ponto: a crítica ao federalismo oligárquico. Federalismo e oligarquia eram por eles considerados irmãos gêmeos, pois era o federalismo que alimentava as oligarquias, que lhes abria amplo campo de ação e lhes fornecia os instrumentos de poder. Desenvolveu-se nos círculos reformistas a convicção de que era necessário fortalecer novamente o poder central como condição para implantar as mudanças que se faziam necessárias”. (CARVALHO, 2002, p.93).

direitos políticos após o movimento de 1930 foi limitado e sujeito a sérios recuos, o mesmo não se deu com os direitos sociais” e, assim, ficou mantida saúde pública como uma responsabilidade estatal, agora compreendendo a competência privativa da União para editar “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança”³⁶ (BRASIL, 1937) e a competência complementar, dos estados para legislar sobre a matéria, de forma a suprir as deficiências e atender as particularidades locais.

Em termos práticos, nessa época, ainda que a saúde pública continuasse a ser uma área de interesse do governo federal, ela “viu reduzida sua presença no noticiário, bem como seu poder de pressão política sobre a estrutura estatal” (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.119). Houve também uma maior abertura a iniciativa privada “ao mesmo tempo em que se verificou uma drástica redução dos investimentos estatais na rede pública, tornada, cada vez mais, ineficiente e distante dos serviços relacionados à assistência médica individualizada” (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.120), sendo reservado quase que exclusivamente à área pública o atendimento emergencial e os procedimentos de alto custo que não interessavam ao setor privado.

Em contrapartida, a medicina previdenciária passou a ganhar mais espaço, como ressalta Ponte e Falleiros (2010):

Enquanto isso, o sistema previdenciário, fortemente apoiado pelas forças vitoriosas nos conflitos que derrubaram a República Velha, apresentava-se como autofinanciável, crescendo sua disponibilidade financeira em proporção direta com o aumento do emprego. Além disso, vale ressaltar que a atenção médica previdenciária, diferentemente da saúde pública, agregava forças políticas consideráveis. Lá estavam presentes os interesses dos sindicatos, dos partidos políticos, de empresários e de toda uma máquina burocrática constituída para gerir o grande volume de recursos da Previdência. Pautado por uma lógica corporativa, o debate sobre a promoção da saúde no país passou a ocorrer numa atmosfera em que as ações preventivas de caráter coletivo cedem lugar ao atendimento individualizado de cunho curativo (Hamilton, 1993-mimeo) (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.119-120).

A Constituição de 1946, que marcou o fim da ditadura Vargas no Brasil e também a instituição da Terceira República, foi marcada pela manutenção das conquistas sociais do período anterior, acrescido de garantias aos direitos civis e políticos, considerada como início, no país, da “primeira experiência democrática de sua história” (CARVALHO, 2002, p.127),

³⁶ “Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: [...] XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança. [...] Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:[...] c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais” (BRASIL, 1937).

porque ainda diante das pressões e tentativas de golpes militares, ocorreram eleições regulares para o Executivo e Legislativo, em todos os entes da federação. A Constituição de 1946 manteve o entendimento de que a proteção da saúde era competência legislativa da União.³⁷

Com o fim da Terceira República e a instauração do regime ditatorial militar, verificase que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 inovou com relação às suas antecessoras e colocou a saúde não apenas como uma competência legislativa da União, mas também como algo a ser efetivado por meio de políticas públicas concretas, tratadas como planos nacionais de saúde.³⁸

O Regime Militar que tomou o poder no Brasil em um contexto marcado pela Guerra Fria e por uma forte crise econômica, ganhou apoio expressivo da iniciativa privada e da população no geral. Os militares tinham a ideia de que o planejamento consistia em um instrumento capaz de resolver os problemas causados pelo subdesenvolvimento, que “sacrificava a população e minava o orgulho nacional” (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.181).

Dessa maneira, com uma propaganda ufanista, os militares empregavam uma série de planos, visando alavancar a economia e resolver os problemas estruturais que dificultavam o desenvolvimento, inclusive na área da saúde. Contudo, centrados quase que exclusivamente no governo Federal, os planos adotados eram bastante contraditórios, ora de caráter liberal e ora em uma perspectiva fortemente intervencionista, acabaram por não alcançar o intento pretendido:

A aceleração da economia não significou, no entanto, maior distribuição de renda entre a grande parte da população do país, que constava com pouco mais de 90 milhões de habitantes. Na contramão do lema do ministro da Fazenda Antônio delfim Neto, que afirmava ser preciso “esperar o bolo crescer para depois dividir”, o que se observou foi um intenso processo de riquezas expresso pela formação de grandes conglomerados nacionais, pela crescente presença de multinacionais na economia, bem como pela substituição da agricultura familiar e de subsistência por projetos agroindustriais voltados para exportação (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.184).

Enquanto as cidades cresciam, a população de baixa renda foi submetida a condições precárias de vida, tendo de ocupar áreas desprovidas de estruturas sanitárias adequadas e acometidas de subnutrição, fato que “alterou o quadro epidemiológico do país, revelando, em sua face mais visível, o recrudescimento das doenças transmissíveis e o aumento da mortalidade infantil” (PONTE; FALLEIROS, 2010, p. 185).

³⁷ “Art. 5º - Compete à União: [...] XV - legislar sobre: [...] b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário” (BRASIL, 1946).

³⁸ “Art. 8º - Compete à União: [...] XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde; [...]XVII - legislar sobre: [...]c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário” (BRASIL, 1967).

Dessa forma, na área da saúde, embora a legislação tenha sido inovadora, em termos concretos pouco foi feito: “Divida entre a saúde pública, propriamente dita, e a medicina previdenciária, a área da saúde encontrava-se extremamente fragilizada e com escassas possibilidades de responder às novas e graves demandas que o modelo de desenvolvimento econômico trazia para o setor” (PONTE; FALLEIROS, 2010, p. 186).

Em 1947 foi criado o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS), que servia como uma fonte de financiamento para construção, ampliação e aquisição de equipamentos para a iniciativa privada do setor médico, assim, a saúde mais do que em qualquer outra época, torna-se uma mercadoria ao invés de um direito da população.

No entanto, um ponto merece destaque é o Programa Nacional de Imunizações (PNI), ele representou “a face mais positiva e alvissaneira das ações desenvolvidas por uma estrutura ministerial considerada ineficiente e pouco valorizada de atenção à saúde” (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.197) ao promover estratégias de imunização em massa, em especial contra a poliomielite e o sarampo³⁹, conseguiram promover alguma qualidade de vida a população.

Ressalta-se que a insatisfação com os rumos do governo militar, também atingiu a área da saúde, culminando na formação e articulação de movimentos reivindicatórios, entre eles o Movimento pela Reforma Sanitária que defendia uma ampla mudança no setor da saúde, com maior democratização, descentralização e ampliação do acesso à saúde pública e exerceu forte influência nos rumos futuros que a saúde teria no país.

Com o fim da ditadura e a retomada dos direitos civis, o Estado Brasileiro precisava novamente alterar sua configuração, para incluir moldes mais democráticos. Nesse contexto, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“É a *Constituição Cidadã*, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania” (SILVA, 2014, p. 92).

³⁹ O sarampo é uma doença transmissível e contagiosa, causada por um vírus que pode ser expelido na tosse, fala espirro ou no simples ato de respirar.

A Constituição de 1988 é marcada pela vasta proclamação de direitos, dentre eles o direito à saúde, que é designado como um direito de todos, no art. 6º⁴⁰ e 7º, IV⁴¹, bem como estabelecido como um dever do Estado, a ser garantido por meio de políticas públicas concretas em uma seção dedicada exclusivamente para isso, que tem início no art. 196⁴² e lançou as bases para a formação de um Sistema Único de Saúde (o SUS).

A Constituição de 1988 também promoveu uma ampliação e politização do conceito de saúde, que passou a ser compreendido como “resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra, e acesso aos serviços de saúde” (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.242).

Posteriormente, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 foi responsável por complementar os ditames constitucionais e fornecer ao Sistema Único de Saúde sua estrutura atual. A Lei define o SUS como o “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta⁴³ e das fundações mantidas pelo Poder Público” (BRASIL, 1990).

A Lei nº 8.080/90 entende que a saúde é um dever conjunto do Estado, das pessoas, da família, das empresas e da sociedade e, dessa forma, a participação da comunidade na gestão do SUS foi regulamentada por uma legislação promulgada poucos meses após a Lei nº 8.080/90, a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

Diante de toda a trajetória histórica do direito à saúde no Brasil, o SUS é pautado em alguns valores, os princípios, que sustentam o sistema. São eles: 1) a universalidade, segundo a qual a saúde é um direito de todos e não apenas dos trabalhadores formais que contribuam para algum tipo de seguro saúde; 2) equidade, que diz respeito ao tratamento isonômico entre os indivíduos, com respeito as necessidades diferenciadas entre cada um e 3) a integralidade, que possui quatro sentidos: a) de que o SUS deve promover simultaneamente ações preventivas e curativas, nesse sentido verificamos a denominação Sistema Único de Saúde, tendo em vista

⁴⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

⁴¹ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (BRASIL, 1988).

⁴² “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

⁴³ “Nos termos do Decreto-lei 200, Administração direta é a “que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios” (art. 4º, I), e a Administração indireta “é a que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: d) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas” (art. 4º, II)” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p.156).

que “não há dois sistemas, uma para prevenção e outro para ações curativas” (PONTE; FALLEIROS, 2010, p. 249); b) o SUS deve atender às diversas necessidades das pessoas e dos grupos sociais; c) as políticas devem ser formuladas para atender grupos específicos e; d) trata sobre a formação dos trabalhadores e o processo de trabalho em saúde pública.

Além disso, o SUS possui as seguintes diretrizes: 1) descentralização, porque é gerido e financeiramente mantido pela Administração Pública das esferas federal, estadual e municipal, bem como se trata de uma “estratégia de democratização e incorporação de novos atores sociais e a perspectiva de construção de sistema, implicando o estabelecimento de relações entre instituições, entre níveis de governo e entre serviços” (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.250); 2) a regionalização e hierarquização, que corresponde a organização do sistema no território nacional, a partir da determinação do perfil populacional, que deve nortear as ações de saúde de acordo com uma região determinada e, por fim, 3) a participação da comunidade, conforme determinado pela Lei nº 8.142/90, por meio de conselhos e conferências de saúde.

Dessa forma, após longa trajetória de lutas e mudanças na área da saúde, com a Constituição de 1988 foi possível dar vida a um sistema de saúde pública que, ainda que com muitos pontos a serem aperfeiçoados, é reconhecido e consagrado no cenário internacional como o maior sistema público de saúde do mundo SUS⁴⁴.

2.2.3. O enfrentamento a pandemia no Brasil: populismo, negacionismo e escândalos de corrupção

O tópico anterior nos permitiu compreender a relação entre a gestão do direito à saúde e a configuração do Estado, bem como dos princípios e valores de cada governo, responsáveis por nortear e delimitar o desenvolvimento de políticas públicas na área da saúde. Dessa forma, conforme apontado por Ponte e Falleiros (2010):

⁴⁴ “Garantido no artigo 196 da Constituição Federal, o SUS é o único sistema de saúde pública do mundo que atende mais de 190 milhões de pessoas – 80% delas dependem, exclusivamente, dos serviços públicos para qualquer atendimento de saúde. Apesar disso, todos podem usar o SUS, gratuitamente, porque seus princípios são a integralidade, a igualdade e a universalidade. Dessa forma, pode-se dizer que 100% dos brasileiros utiliza, utilizou ou utilizará os serviços do sistema, que é essencial para a população e vem se constituindo em uma política pública complexa, generosa e solidária” (UNASUS, 2021).

Estudos recentes têm revelado que os embates contra as doenças transmissíveis, mais do que simples áreas de atuação do poder público, estão estreitamente vinculados aos processos de formação da nacionalidade e de construção o Estado nacional. Isto porque, além de historicamente concebidas como parte integrante do funcionamento dos sistemas econômicos, as políticas sociais, nas quais se incluem as questões relativas à saúde pública, contribuíram para delinear as atribuições, o alcance e o formato do aparelho estatal, configurando-se como elemento importante da formação da identidade e do sentimento de pertencimento que caracterizam a ideia de nacionalidade (PONTE; FALLEIROS, 2010, p.113-115).

Dessa maneira, quando a Covid-19 chegou ao Brasil, havia uma certa expectativa internacional sobre a resposta brasileira à pandemia, principalmente em decorrência do privilégio nacional em relação aos demais países, de ostentar o maior sistema público de saúde do mundo.

Contudo, em termos práticos, ainda que houvesse potencial para enfrentamento da pandemia de forma menos danosa, a resposta brasileira à Covid-19 foi, em muitos pontos, lastimável.

Pautada por um viés de cunho político-ideológico de extrema direita e negacionista, em detrimento da percepção científica do problema, confirmou-se que a gestão da saúde está intrinsecamente ligada a configuração do Estado:

Despite the ever-growing figures and the brisk expansion of Covid-19 in Brazil, it is misleading to consider the failure of the country's response to the pandemic as a natural and expected result of its economic and political peculiarities. Quite the opposite, Brazil was deemed the best prepared developing country to tackle this sort of emergency. The Global Health Security Index from the prestigious Johns Hopkins Bloomberg School of Public Health ranked Brazil 22nd on the overall score among 195 countries in terms of health security; 16th on the prevention of the emergence or release of pathogens; 12th on early detection and reporting for epidemics of potential international concern; and 9th on rapid response to and mitigation of spread of an epidemic⁴⁵ (VENTURA; MARTINS, 2020, p.72).

E o Estado Brasileiro, embora em termos formais ainda se constitua como um Estado Democrático de Direito, sob os ditames da Constituição Federal de 1988, atualmente tem, na autoridade máxima do Poder Executivo, um ícone do conservadorismo, íntimo do setor militar, que flerta com a ideologia de extrema direita⁴⁶, cuja ascensão e manutenção no poder é marcada

⁴⁵ Tradução Nossa: “Apesar dos números sempre crescente e da rápida expansão da Covid-19 no Brasil, é enganoso considerar o fracasso da resposta do país à pandemia como um resultado natural e esperado de suas peculiaridades econômicas e políticas. Pelo contrário, o Brasil foi considerado o país em desenvolvimento mais bem preparado para enfrentar esse tipo de emergência. O *Global Health Security Index* da prestigiosa Escola de Saúde Pública Johns Hopkins Bloomberg classificou o Brasil em 22º lugar na pontuação geral entre 195 países em termos de segurança de saúde; 16º na prevenção do surgimento ou liberação de patógenos; 12º em detecção precoce e notificação de epidemias de potencial preocupação internacional; e 9º em resposta rápida e mitigação da propagação de uma epidemia” (VENTURA; MARTINS. 2020, p.72).

⁴⁶ “The rise of the extreme right in 2018 to the presidency has brought a coarsening of policies and rhetoric toward democracy and human rights not seen since the end of the dictatorial military regime (1964-1985). It is a

pela divulgação de informações falsas⁴⁷, mas que se perfaz em um líder populista que utiliza das redes sociais como espaço de amplo exercício de seu poder.

Dessa maneira, o combate a pandemia no país foi marcado por uma ação do Poder Executivo em contrariedade as recomendações da OMS e de especialistas. Ressalta-se que foram registradas não apenas omissões, mas ações efetivas que traziam reais entraves ao enfrentamento da pandemia no país, conforme ressaltado por Ventura e Martins (2020):

Brazil stands out from almost all other countries for the lack of legislation seeking to regulate and give an effective response to Covid-19 on the federal level. In fact, there has been a systematic obstruction from the Executive branch of government to contain the pandemic, coming from other actors, such as the National Congress and local governments. Such hindrance plays itself out through the abusive use of presidential veto prerogatives, the delay to enact urgent laws, the issuance of provisional measures and other normative acts (VENTURA; MARTINS, 2020, p.68)⁴⁸.

Além desses fatores, o enfrentamento da COVID-19 foi marcado por escândalos de corrupção e desvio de verbas na aquisição de medicamento e insumos hospitalares; na contratação de empresas para a gestão de hospitais; na montagem de Hospitais de Campanha e outras situações, como é o *leading case* analisado no trabalho.

É necessário, por fim, enfatizar a crise sanitária vivida pelo estado do Amazonas, devido à ausência de oxigênio para pacientes internados, foi o motivo para que, mediante os Requerimentos nº 1.371 e 1.372, de 2021, fosse instaurada a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Pandemia, cujo relatório final recomenda o indiciamento de 66 pessoas físicas, dentre

consensus among analysts that President Bolsonaro is a far-right populist: as a far-right politician, mostly due to his open defense of human rights' violators and authoritarian regimes in Latin America; for the absence of institutional or party intermediation between him and his increasingly radicalized supporters, since he deserted his party affiliation by late 2019." (VENTURA; MARTINS, 2020, p. 73). Tradução Nossa: "A ascensão à presidência pela extrema direita em 2018, trouxe um endurecimento das políticas e retórica em relação à democracia e aos direitos humanos nunca visto desde o fim do regime militar ditatorial (1964-1985). É consenso entre os analistas que o presidente Bolsonaro é um populista de extrema direita: como um político de extrema direita, principalmente devido à sua defesa aberta dos violadores de direitos humanos dos regimes autoritários na América Latina; pela ausência de intermediação institucional ou partidária entre ele e seus apoiadores, cada vez mais radicalizados, já abandonou sua filiação partidária no final de 2019" (VENTURA; MARTINS, 2020, p.73).

⁴⁷ É possível destacar ao menos três pontos do discurso do Presidente do país no qual foram veiculadas informações falsas: 1) a irredutível defesa do uso da cloroquina e hidroxicoloroquina na prevenção e tratamento da COVID-19, ainda que o medicamento tenha se comprovado ineficaz; 2) questionamento a respeito da segurança da vacina, destacando para eventuais efeitos colaterais que eram relacionados a supermutações "virar jacaré" e, recentemente, 3) relação entre a vacinação e a contaminação pelo vírus HIV. Ressalta-se também atitudes contrárias as determinações de isolamento social e quarentena, como a motivação e participação em manifestações contra os poderes Legislativo e Judiciário, sendo ele próprio um caso suspeito de contaminação pela COVID-19.

⁴⁸ Tradução Nossa: "O Brasil se destaca de quase todos os outros países pela falta de uma legislação que busque regular e dar uma resposta efetiva à Covid-19 no âmbito federal. De fato, tem havido uma obstrução sistemática do Executivo para conter a pandemia, vinda de outros atores, como Congresso Nacional e as prefeituras. Tal empecilho se esgota no uso abusivo das prerrogativas de veto presidencial, na demora na promulgação de leis urgentes, na edição de medidas provisórias e outros atos normativos" (VENTURA; MARTINS, 2020, p.68).

elas o presidente, e duas pessoas jurídicas, por crimes como propagação de doença, infração de medida sanitária preventiva; corrupção na compra de vacinas e outros⁴⁹.

2.3. A CORRUPÇÃO

2.3.1. A corrupção como um fenômeno social, político e econômico

A corrupção é entendida como “um fenômeno social, político e econômico complexo” (SIMÕES, 2014, [p.1]). E, devido aos mais distintos prismas sobre o qual a corrupção pode ser analisada, também são múltiplos os significados do termo “corrupção”.

Etimologicamente, “corrupção” tem origem no latim “*rumpere*”, que significa romper, dividir, de onde foi gerado o vocábulo “*corrumpere*”, cujo significado está vinculado a ideia de decadência e perversão moral.

Nesse sentido, independentemente do referencial utilizado, nas palavras de Ana Cristina Gomes e Fernando Andrade Fernandes (2017, p.120): “a única certeza vem da Filosofia: [...] a corrupção sempre será um desvio ético, sempre irá ferir a moralidade”. Ou seja, ainda que condutas corruptas tenham sido utilizadas com o escopo positivo, tal situação não produzirá uma validação da conduta, a ponto de torna-la ética⁵⁰.

Ao conceber o fenômeno da corrupção em uma perspectiva sócio-histórica, Fernandes (2018, p. 579) aponta que se trata de “*un problema que siempre estuvo presente en la historia humana*”⁵¹. Logo, a corrupção é um fenômeno de caráter universal, observado em todas as sociedades, em todos os tempos e em todas as esferas da vivência humana.

Para Fernandes (2018), a atual e crescente preocupação com fenômeno se deve a uma mudança ocorrida frente a *percepção* que se tem do problema, de forma que hoje, “*la*

⁴⁹ Ressalta-se que, na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Pandemia foi descoberto, dentre outras coisas, a omissão em responder e-mails da farmacêutica americana Pfizer, que em parceria com a empresa de biotecnologia alemã, BioNTech, foi responsável pelo primeiro imunizante contra a Covid-19 aplicado no mundo e tentou, em primeiro lugar, oferta-lo ao Brasil. Bem como foi averiguado a aquisição da vacina indiana, Covaxin, superfaturada em cerca de 1000%.

⁵⁰Gomes e Fernandes (2017) concluem dessa maneira especialmente após analisar a Ação Penal 470 (processo vinculado ao escândalo de corrupção, Mensalão, de alta repercussão midiática e social) na qual foram averiguadas práticas de compra de votos como via para formar uma maioria parlamentar e, assim, garantir a aprovação e conseqüente implantação de políticas públicas de maior caráter social, voltado para a atenuação da desigualdade social no país.

⁵¹ Tradução nossa: “[...] um problema que sempre esteve presente na história humana” (FERNANDES, 2018, p.579).

corrupción es vista como un peligro cuyo enfrentamiento se considera mundialmente urgente”⁵² (KINDHÄUSER, 2007, p. 2).

Não por mera coincidência, a atual mudança na percepção sobre o problema da corrupção no Brasil, está acompanhada de uma maior abertura democrática no país, promovida pós Ditadura Militar e com o advento da Constituição de 1988, no qual os princípios de moralidade e probidade⁵³ no agir administrativo atingiram o patamar de norma constitucional, disposta no art. 37⁵⁴, bem como a transparência⁵⁵ das condutas passou a ser incentivada, normatizada e, até mesmo, exigida pelos atores sociais.

A respeito da relação entre democracia e percepção da corrupção, a organização sem fins lucrativos “Transparência Internacional”⁵⁶, uma das entidades cujo trabalho é referência no âmbito do combate à corrupção, elabora anualmente o Índice de Percepção da Corrupção, um estudo produzido desde o ano de 1995 que, por meio de equações matemáticas, relaciona dados e valora comportamentos tido como corruptos e, assim, atribui uma nota em uma escala de 0 (altamente corrupto) e 100 (país íntegro) para os 180 países estudados, com uma margem de erro de 4,1 pontos para mais ou para menos.

O estudo, que é uma referência para a avaliação de riscos e planejamento de ações na tomada de decisão em relação a um determinado país, utilizou, no ano de 2020, 13 fontes de dados para ser elaborado: 1) Avaliação Institucional e Políticas Nacionais de 2020, do Banco de Desenvolvimento Africano; 2) Indicadores de Governança Sustentável 2020 da *Bertelsmann Stiftung*; 3) Índice de Transformação Bertensmann Stiftung; 4) Serviços de risco do país, em 2020, da *Economist Intelligence Unit*; 5) Nações em Transição 2020 por *Freedom House*; 6) Condições de negociações e indicadores de risco do *Global Insight 2020*; 7) Pesquisa de

⁵² Tradução Nossa: “a corrupção é vista como um perigo cujo enfrentamento se considera mundialmente urgente” (KINDHÄUSER, 2007, p.2).

⁵³ Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.899): “Não é fácil estabelecer distinção entre *moralidade administrativa* e *probidade administrativa*. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de *honestidade* na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública”.

⁵⁴ “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: [...]” (BRASIL, 1988).

⁵⁵ A transparência, como o próprio termo diz, está ligado a algo claro, translucido, que se permite ver nitidamente. Ela consiste em um dever do Estado de transmitir aos cidadãos informações sobre a gestão do dinheiro e da “coisa pública” como um todo que, se feita de forma clara, precisa, é capaz de não somente viabilizar a punição, mas também prevenir a má-gestão e atos ilícitos realizados contra a Administração Pública.

⁵⁶ Em um comprometimento com a missão de luta contra à corrupção e com os valores ostentados, de transparência e integridade, todo o trabalho desenvolvido pela organização, a metodologia de pesquisa e a prestação de contas das verbas recebidas, fomentadoras do trabalho desenvolvido, são disponibilizadas integralmente em seu sítio eletrônico (<https://transparenciainternacional.org.br/>), dadas ao pleno acesso da população em geral.

Opinião Executiva de 2020 do Anuário de Competitividade Mundial do Centro de Competitividade Mundial do IMD; 8) Consultoria de Risco Político e Econômico da *Asian Intelligence* 2020; 9) Guia Internacional de Risco País 2020 do PRS *Group International*; 10) Política Nacional e Revisão Institucional 2020 do Banco Mundial; 11) Pesquisa de Opinião Executiva 2019, do Fórum Econômico Mundial; 12) Pesquisa de especialistas para o índice de Estado de Direito de 2020, Projeto Justiça Mundial e 13) Variedades de Democracia 2020 (V-Dem v.10) (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2021a, p.1).

Nas fontes de dados que fundamentaram o Índice de Percepção da Corrupção em 2020 foram valorados comportamentos corruptos assumidos especificamente no setor público, tais quais o suborno, desvio de dinheiro público, uso da função pública como um benefício pessoal, nepotismo e a captura do Estado⁵⁷, bem como dos mecanismos adotados por cada país na prevenção da corrupção, como: a capacidade do governo de fazer cumprir mecanismos de integridade, a efetiva punição de funcionários corruptos, travas administrativas e requisitos burocráticos excessivos, a existência de legislação adequada sobre a divulgação financeira, prevenção de conflitos de interesse e acesso a informação e proteção legal para os denunciadores, jornalistas e investigadores.

Dentre os 180 países avaliados, atualmente o Brasil se encontra na 94ª posição quanto a percepção internacional da corrupção, contando com 38 pontos. Nosso país está em posição inferior aos seus vizinhos, Colômbia e Equador e na mesma posição da Etiópia, Cazaquistão, Peru, Sérvia, Sri Lanka, Suriname e Tanzânia. A posição do país está abaixo da média dos BRICS⁵⁸, que é de 39 pontos, da América Latina e do Caribe, que é de 41 pontos e da média mundial que é de 43 pontos. Ressalta-se que o país já conseguiu alcançar o 69º lugar no ranking, no ano de 2014 e, desde então, tem caído de posições (SHALDERS, 2020).

Um estudo complementar elaborado pela organização, denominado “*Brazil: setbacks in the legal and institutional anti-corruption*”⁵⁹ (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2021,p.1) confirma a relação entre democracia e percepção da corrupção e aponta que assim como em outros lugares no mundo, desde que o movimento autoritário-populista que tem como símbolo o atual presidente do país, alcançou o poder com um discurso anti-corrupção, pouco foi realizado efetivamente para combater a prática no país, inclusive sendo colocados efetivos

⁵⁷ “Captura do Estado” é o nome dado ao fenômeno no qual os interesses privados de um determinado grupo determinam ou guiam as tomadas de decisão de um Estado, em uma espécie de corrupção política sistêmica.

⁵⁸ BRICS é o nome dado ao agrupamento dos países Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul que são tratados grandes países com economia em desenvolvimento (emergentes)

⁵⁹ Tradução Nossa: “Brasil: retrocessos no combate à corrupção legal e institucional” (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2020, p.1).

entaves a resolução do problema:

Despite President Jair Bolsonaro's recent claims, Brazil has not become corruptionfree. On the contrary: since 2019, the country has suffered serious setbacks to its legal and institutional anti-corruption frameworks. In the last 15 years, groundbreaking investigations and trials of grand corruption schemes such as the so-called "Mensalão" and "Carwash" projected to the world the image of a country committed to confront systemic corruption and the historical impunity of its corrupt elites. This anti-corruption impulse, however, was not the project of a leader, nor a national plan, nor the result of voluntarism. It was the product of decades of legal and institutional progress, fostered by consolidation of the Brazilian democracy under its 1988 Constitution (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2021, p.6)⁶⁰.

O estudo ainda aponta como “fatos-chave” para o retrocesso: a investigação contra o presidente, no Supremo Tribunal de Justiça, devido a interferência na Polícia Federal, denunciada pelo ex-ministro da Justiça; bem como as acusações e investigação de práticas de “rachadinha” nos gabinetes dos filhos do presidente; a interferência política na aplicação dos lei, com significativa ausência de autonomia entre Ministério Público, Polícia Federal e o Judiciário, dentre outros.

Conforme mencionado acima, o estudo promovido pela “Transparência Internacional” se preocupa exclusivamente de uma espécie de corrupção, “como *criminalidade no Estado e contra o Estado*” (CRUZ SANTOS, 2009, p.8), a corrupção pública.

Hoje há a compreensão de que existem outras modalidades de corrupção, como a corrupção privada, ocorrida com entes privados no curso de atividades econômicas e financeiras. Há também autores que utilizam a nomenclatura corrupção política, realizada por atores com poderes e relevância política; a corrupção na economia, que consiste na aplicação de práticas de corrupção na economia privada; e a corrupção na vida social, ou em outras palavras, a existência de práticas de corrupção e outros âmbitos da vida, como, por exemplo, no futebol.

O cerne do trabalho é a corrupção pública que, para Fernandes (2018), tem como uma de suas causas a crescente ampliação das tarefas e atividades do Estado, fomentada por um modelo de Estado de Bem-Estar Social e pela configuração da sociedade industrial, justamente

⁶⁰ Tradução Nossa: “Apesar das recentes alegações do presidente, Jair Bolsonaro, o Brasil não se tornou livre da corrupção. Pelo contrário: desde 2019, o país tem sofrido graves retrocessos em seus marcos jurídicos e institucionais anticorrupção. Nos últimos 15 anos, investigações e julgamentos pioneiros de grandes esquemas de corrupção como os chamados “Mensalão” e “Lava Jato” projetaram ao mundo a imagem de um país comprometido com o enfrentamento da corrupção sistêmica e a impunidade histórica de suas elites corruptas. Esse impulso anticorrupção, entretanto, não foi projeto de um líder, nem plano nacional, nem resultado de voluntarismo. Foi produto de décadas de avanços jurídicos e institucionais, fomentados pela consolidação da democracia brasileira em sua Constituição de 1988” (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2021, p.6).

porque

*la acentuación del aspecto social ha determinado una ampliación del alcance de las prestaciones estatales, generando una mayor apertura de los espacios que viabilizan la superposición del interés privado sobre el interés público, aunque esto no siempre sea reconocido*⁶¹ (FERNANDES, 2018, p.580).

Também são atribuídas várias consequências à corrupção. Atualmente, conforme Cruz Santos, “florescem os estudos vocacionados para a demonstração de enorme *desvalor económico da corrupção*” (CRUZ SANTOS, 2009, p.15):

Uma das perspectivas interessantes é a da repercussão da corrupção que ocorre no âmbito do próprio sistema tributário. A esse propósito, afirma-se que ela reduz drasticamente o valor dos impostos efetivamente cobrados e que, por isso, impõe aos governos a obtenção de financiamento por outros meios, nomeadamente os empréstimos. A necessidade de o Estado ir abatendo esta dívida gera vários desvalores, desde logo porque significa *o desvio de verbas que poderiam ser aplicadas com outras finalidades* (CRUZ SANTOS, 2009, p.15).

Cumprе ressaltar que o entendimento da corrupção como responsável por desviar verbas que, em tese, deveriam ser destinadas ao atendimento de interesses públicos de suma importância, como saúde e educação, para satisfazer interesses privados é frequentemente enfatizada nas discussões sobre as consequências da corrupção e sobre a necessidade de combater o fenômeno.

A esse respeito Simões entende que o fenômeno da corrupção pública versa, sobretudo, de um “insidioso negacionismo instalado” (CLUNY apud SIMÕES, 2014, [p.7]), com “negócios mal explicados referentes a bens e serviços públicos que foram adquiridos com os impostos pagos pelos cidadãos para realizar o bem comum” (SIMÕES, 2014, [p.7]). O Autor entende como sinônimo de corrupção pública, a corrupção ocorrida no âmbito da contratação pública.

Discordamos dessa compreensão, embora ela nos aponte para a importância de compreender a corrupção ocorrida no âmbito da contratação pública, já que a trata como sinônimo de corrupção pública.

A discordância subsiste ante a compreensão de que a corrupção ocorrida na contratação pública é apenas uma das formas como a corrupção pública se manifesta, mas não a única, uma

⁶¹ Tradução nossa: “[...] a acentuação do aspecto social determinou uma ampliação do alcance das prestações estatais, gerando uma maior abertura dos espaços que viabilizam a sobreposição do interesse privado sobre o interesse público, embora isto nem sempre seja reconhecido” (FERNANDES, 2018, p.580).

vez que a corrupção pode se manifestar em outros atos administrativos que não estejam relacionados a contratação de obras e/ou serviços.

Para elucidar a posição acima, trazemos alguns exemplos de práticas de corrupção ocorridas fora do âmbito da contratação pública, mas dentro do âmbito da atuação do Estado, podemos indicar: 1) o médico, funcionário do SUS, que recebe alguma vantagem para disponibilizar leito ou atendimento a determinado paciente, em detrimento dos demais que estavam na fila anteriormente; 2) o recebimento de vantagem por um funcionário público para disponibilizar vacina aos seus familiares, amigos ou terceiros interessados, em detrimento dos demais que estavam na ordem de aplicação estabelecida por critérios objetivos, como pré-existência de comorbidades e idade; 3) juízes que recebem algum tipo de vantagem de particulares para que sua decisão atenda aos fins desejados pelo particular, dentre outros; 4) o prefeito que recebe algum tipo de vantagem para desapropriar⁶² bem imóvel onde o maior concorrente do empresário que ofertou a vantagem, presta seus serviços.

Tais situações são possíveis porque, conforme apontado acima, houve um aumento das prestações do Estado, sendo que a contratação não é apenas o único momento em que o interesse público e o interesse privado entram em contato, ainda que, de fato, seja um momento muito importante.

2.3.2. A corrupção como um fenômeno jurídico

A corrupção é também um fenômeno de relevância jurídica e, mais especificamente, jurídico-penal, compreendida enquanto figura delitiva, normalmente atrelada aos delitos econômicos, como será melhor desenvolvido posteriormente.

O Código Penal de 1940 estabelece duas formas de corrupção pública, a passiva (art. 317 do Código Penal), cujo sujeito ativo é, necessariamente, um funcionário público, na medida em que se enquadra na subespécie “dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral” (BRASIL, 1940) e a corrupção ativa (art. 333 do Código Penal), que pode ter qualquer pessoa como sujeito ativo, porque se enquadra na subespécie “dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral” (BRASIL, 1940).

⁶² Desapropriação é um procedimento administrativo, previsto na Constituição e em lei ordinária (Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941), pelo qual o poder público, após declarar necessidade, utilidade ou interesse público, impõe que o proprietário perca um bem móvel ou imóvel, mediante indenização em dinheiro.

O delito de corrupção passiva, apresenta dois verbos núcleos do tipo “solicitar”, “receber” e “aceitar promessas”, e o delito de corrupção ativa, previsto no art. 333 do mesmo compilado legal, também apresenta dois verbos núcleos do tipo “oferecer” e “prometer”.

Majoritariamente se compreende que o delito de corrupção, quando na modalidade de “solicitar”, “oferecer” e “prometer” são delitos de “natureza autônoma” (BITENCOURT, 2012, p.101), ou seja, é possível a imputação do delito de corrupção passiva à um funcionário público apenas por ele ter solicitado vantagem indevida, ainda que o particular nada tenha feito para atender à essa solicitação; da mesma forma, é possível imputar a um particular o delito de corrupção ativa, apenas por ofertar a vantagem, ainda que o funcionário público não tenha recebido nada.

Contudo, quando o delito ocorre na modalidade “receber”, há uma presunção de “oferta”, momento em que se verificam “condutas física e subjetivamente vinculadas umas às outras” (BITENCOURT, 2012, p.101). Dessa forma, a corrupção manifestada pela via do “oferecer” e “receber” pressupõe que

[...] a bilateralidade é inerente a referidas condutas, pois somente se *recebe* ou se *aceita* se houver em contrapartida quem *ofereça* ou *prometa*. Em outros termos, para a configuração da *corrupção passiva*, segundo esses verbos nucleares, é indispensável a presença da figura *ativa*, e vice-versa (BITENCOURT, 2012, p.101).

Além disso, ambos os tipos penais (art. 317 e art. 333 do Código Penal) apresentam o elemento normativo “vantagem indevida”. A vantagem consiste em um benefício, que pode ser em dinheiro, em posição hierárquica e cargo profissional, em bens materiais, em novas contratações, dentre outras possibilidades. E ela deve ser indevida, ou seja, ilícita, injusta. Podendo ainda ser presente ou futura e não precisa ser direcionada necessariamente ao funcionário público, mas a outrem por ele designado.

O delito de corrupção passiva é ainda, um *crime próprio* (que exige a qualidade de funcionário público para ser cometido). E ambos os delitos, corrupção ativa e passiva, são *formais* na modalidade “solicitar”, “oferecer” e “prometer”, porque não exigem o resultado naturalísticos, e *materiais*, na modalidade “receber”, porque pressupõe o resultado naturalístico.

2.4. A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Quanto à contratação, como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p.532), a Administração Pública não goza da mesma liberdade dos particulares quando pretende adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou prestação de serviços, sendo que, para proceder a uma contratação, deve, primeiramente, passar por um procedimento licitatório.

Nesse sentido, licitação e contratação pública são conceitos intimamente relacionados. Conforme definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), licitação pode ser definida da seguinte forma:

[...] processo administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais se selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato (DI PIETRO, 2014, p.373).

Desse modo, para que o Poder Público realize uma contratação, é necessário que, na maioria das vezes, se submeta a uma série de etapas complexas – desde os atos preparatórios internos da Administração Pública, passando pela formalização e publicidade do instrumento convocatório, até a consagração do vencedor do certame, assinatura do contrato e sua execução.

A licitação existe para que sejam estabelecidos *critérios objetivos* na hora do Poder Público proceder a contratação, normalmente os critérios são o de menor preço ofertado, a melhor técnica ou conteúdo artístico, a cumulação de melhor técnica e melhor preço, o maior retorno econômico e o maior desconto.

Dessa maneira, é possível evitar que um determinado ente privado seja beneficiado pelo poder público, em detrimento das demais do mesmo ramo, por critérios subjetivos como maior afinidade com o gestor público, grau de parentesco, vantagens indevidas obtidas com o valor da contratação, dentre outras e, simultaneamente, garantir que a Administração Pública contrate a proposta mais vantajosa, ao viabilizar uma competição entre os iguais de forma legal e saudável.

Por estar intrinsecamente ligada à democracia e à transparência, a contratação pública mediante procedimento licitatório é uma norma constitucional, prevista no art. 37, XXI⁶³ da

⁶³ “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: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras,

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que está melhor regulamentado e especificado pela Lei Ordinária nº 8.666, de 21 de junho de 1993, atualmente em vigência conjunta com a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que será responsável por sucedê-la a partir de 31 de março de 2023.

Normalmente, o procedimento licitatório tem início em uma fase interna, na qual a Administração Pública constata a necessidade de contratar determinado bem ou serviço, em seguida realiza um estudo de custos e verifica a disponibilidade orçamentária para contratação. Assim, estando dentro do possível, é formado um instrumento convocatório (chamado de edital ou convite, a depender da modalidade da licitação), que contém os critérios objetivos para a seleção da proposta, bem como os requisitos que os interessados devem preencher para participarem da licitação.

A fase externa da licitação tem início com a publicidade do instrumento convocatório, que deve conter uma minuta do contrato a ser firmado, bem como as datas da sessão pública na qual os licitantes poderão apresentar as documentações relativas a sua regularidade (habilitação técnica, jurídica, trabalhista e outras) e a proposta de preço, que devem estar contidas em envelopes separados e lacrados, abertos apenas na sessão pública.

Encerrada a fase de abertura dos envelopes, análise das documentações e de eventuais recursos, sendo possível decretar um licitante como vencedor, ele será chamado para a assinatura do contrato e, assim, será oficializada a contratação pública, cujo período de execução de contrato também conta com a fiscalização e contato integral do ente público, que exige a prestação de contas sobre cada fase, para que o pagamento seja viabilizado.

Ressalta-se que ambas as legislações também preveem situações nas quais é possível que o Poder Público não realize a licitação, em que ele está desobrigado de realizar o procedimento e, por consequência, autorizado a proceder a contratação diretamente com um ente privado de sua escolha. São hipóteses denominadas “dispensa” e “inexigibilidade” de licitação.

Nos casos de dispensa à licitação, a competição é possível, contudo, a legislação faculta ao ente público a sua não realização por diversos fatores, como os exemplos demonstrados no trecho abaixo, retirado da legislação ainda em vigor e que era aplicada na data do *leading case*:

serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (BRASIL, 1988).

Art. 24. É dispensável a licitação: I – para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; II – para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; III – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; [...] XXXII – na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica. [...] XXXIV – para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.[...] (BRASIL, 1993).

Na hipótese de inexigibilidade⁶⁴, não é possível a existência de competição, já que existiria apenas um objeto ou um ente privado capaz de atender às necessidades da Administração Pública, o que torna, nesse caso, a licitação inviável. Importante destacar que, mesmo no âmbito da dispensa e inexigibilidade, a legislação estabelece critérios objetivos.

⁶⁴ “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis” (BRASIL, 1993).

Se diversas são as fases de uma contratação pública, diversos são também os atores envolvidos em um procedimento de licitação, que relaciona desde os mais altos escalões responsáveis pela administração do ente público, até simples funcionários públicos, além dos grandes gestores do setor privado e seus subordinados.

A respeito dos atores públicos envolvidos na contratação pública, cumpre esclarecer que a Constituição Federal, no Capítulo VII, mais especificamente na seção I, faz disposições acerca de todos aqueles que prestam serviços à Administração Pública, seja ela direta ou indireta. Na seção II, utiliza a expressão “servidores públicos” apenas para tratar daqueles que possuem vínculo de emprego com à Administração Direta, autarquias e fundações. E, na seção II, fala dos militares que atuam nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Diante disso, Di Pietro (2014, p.595) conclui que o legislador emprega a expressão “servidor público” ora com sentido amplo, para tratar de todas as pessoas físicas que prestam serviços a Administração Pública Direta e Indireta, com vínculo empregatício e, ora em sentido mais restrito, excluindo os que prestam serviços às instituições que dispõem de personalidade jurídica de direito privado. E, ainda, não faz menção ao termo funcionário público.

Nesse sentido, a doutrina diferencia agentes públicos, que é gênero e funcionário público, que seria espécie. Temos como exemplo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013), segundo o qual:

Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda que o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas), como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista das distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p.248-249).

Dessa maneira, para que se constitua um agente público é necessário que ele desenvolva uma atividade de natureza estatal (característica de ordem objetiva) e que seja investido nela (característica de ordem subjetiva).

Quanto a isso, Bandeira de Mello (2013) ainda menciona que pela teoria do “funcionário de fato”, também chamada de “agente de fato”, ainda que haja um problema na investidura, isso não acarreta por si só a invalidade do ato praticado, porque o exercício da função pública

pode ter tido ares de legalidade, salvo se forem inválidos por outras razões. A esse respeito, aponta:

A noção de agente público não é construção sistemática de caráter meramente acadêmico, mas tem repercussão no ordenamento jurídico positivo. Com efeito, é ela que deve ser tomada como ponto de partida – e não o conceito de servidor público ou funcionário público – para o subsequente reconhecimento de quem pode ser caracterizado como sujeito passivo de mandado de segurança (“autoridade”). Deveras, quem pôde ou teve que manejar poderes correlatos ao exercício de uma função pública há de ter seus atos contrastados judicialmente pelas mesmas vias instituídas como prestantes para o controle dos atos estatais (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p.250).

Dessa maneira, o autor conclui que é a ampla noção atribuída pelo termo “agente público” que deve ser adotada a fim de averiguar a eventual responsabilização de agentes que atuarem exercendo função pública⁶⁵.

Ademais, a contratação pública mobiliza um grande montante de dinheiro público. Dados do Portal da Transparência da Controladoria Geral da União apontam que no ano de 2020 foram registradas 130.836 licitações com contratação realizada, sendo que foram gastos 54,85 bilhões de reais com contratações por meio de licitações, dispensa ou inexigibilidade. De 01 de janeiro de 2021 até 06 de agosto de 2021, a base de dados indica que ocorreram 336 licitações com contratações, com o dispêndio de 347,27 milhões de reais seja por meio de licitações, dispensa ou inexigibilidade (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2021).

Dessa forma, compreende-se que a contratação pública é algo frequente na nossa realidade e que movimenta alto montante de dinheiro público. É também um momento em que diversos indivíduos atuam e os interesses econômicos de particulares e os interesses públicos se encontram. A questão a ser analisada no trabalho é se esses interesses se chocam (fomentado a prática de corrupção) ou se eles convergem (no atendimento ao interesse público⁶⁶).

⁶⁵ Ressalta-se que essa também é a noção utilizada pela legislação penal na atribuição de responsabilidade por delitos de funcionários públicos, consagrado no art. 327 do Código Penal: “**Funcionário público.** Art. 327 - 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” (BRASIL, 1940).

⁶⁶ O interesse público é uma categoria de suma importância no estudo do Direito Administrativo, uma vez que toda a atuação da Administração Pública deve visar atender ao interesse público, sobre a qual se gera a seguinte reflexão: “Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria *contraposta à de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que constitui no *interesse do todo*, ou seja, do *próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público. [...] É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*,

2.5. A CODELINQUÊNCIA

2.5.1. A codelinquência como um fato social e como um fenômeno jurídico

Em primeiro lugar, é importante evidenciarmos o que é um fato social. Conforme elucidado por Émile Durkehim (2004, p. 39), os fatos sociais “consistem em maneiras de agir, de pensar e de sentir exteriores ao indivíduo, e dotadas de um poder coercitivo em virtude do qual se lhe impõe”.

O autor traz essa definição ao analisar que, comumente, o termo “fato social” era empregado para designar todos os fenômenos que ocorriam na sociedade e que se apresentavam com certa generalidade. Contudo, pensar dessa forma implicaria que fenômenos da vida que são comuns a todos os indivíduos como comer, dormir, pensar, seriam fatos sociais e, com isso, a Sociologia perderia o seu objeto. Nesse sentido, Durkheim (2004), esclarece:

Quando desempenho a minha tarefa de irmão, de esposo ou de cidadão, quando executo os compromissos que assumi, cumpro deveres que estão definidos, para além de mim e dos meus actos, no direito e nos costumes. Mesmo quando eles estão de acordo com os meus sentimentos próprios e lhes sinto interiormente a realidade, esta não deixa de ser objectiva, pois não fui eu que os estabeleci, antes os recebi pela educação. [...] O sistema de sinais de que me sirvo para exprimir o pensamento, o sistema monetário que emprego para pagar as minhas dividas, os instrumentos de crédito que utilizo nas minhas relações comerciais, as práticas seguidas na minha profissão, etc., etc., funcionam independentemente do uso que deles faço. [...] São, pois, maneiras de agir, de pensar e de sentir que apresentam a notável propriedade de existir fora das consciências individuais (DURKHEIM, 2004, p. 37-38).

De forma geral, não é incomum que a empreitada delitiva seja “produto da concorrência de várias condutas praticadas por sujeitos distintos” (BITENCOURT, 2015, p.546). Ressalta-se que vários são os fatores que justificam a atuação em conjunto de pessoas para a realização de um delito, como assegurar o êxito; compartilhar os proveitos obtidos, satisfazer interesses pessoais; buscar a impunidade utilizando o outro como instrumento; aproveitar-se de uma estrutura prévia organizada e dividida, como a de empresas e repartições públicas, dentre outros.

Assim compreendemos o fenômeno sócio-jurídico da codelinquência, caracterizado pela atuação em conjunto e concomitante (disso, o prefixo “co”) de duas ou mais pessoas, para

ou seja, dos interesses de *cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entidade juridicamente no Estado)*, nisto se abrindo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.59-61). Dessa forma, ainda conforme Bandeira de Mello (2012, p.62): “*o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*” (Grifos no Original).

o cometimento de delitos (delinquência), constitui fato social, porque atuar em conjunto na prática de um delito, é uma maneira de agir, pensar e sentir que existe ainda que fora da consciência individual e que é dotada de certo poder coercitivo.

Embora o fenômeno da codelinquência seja conhecido há muito tempo, o problema tem ganhado uma nova perspectiva, em especial diante da complexidade da configuração da sociedade atual e das novas formas de cometimento do delito, pela via da divisão do trabalho, que será melhor analisado adiante.

No campo do Sistema Jurídico-Penal o fenômeno da atuação conjunta para o cometimento de delitos é valorado de distintas formas.

Há casos específicos em que a atuação em conjunto de indivíduos é analisada como um delito autônomo, que independe da realização de outros delitos pelos acusados, como por exemplo, o tipo penal “Associação Criminosa”, estabelecido no art.288⁶⁷ do Código Penal, que, anteriormente, era denominado “Quadrilha ou Bando”, porque foi inspirado em fenômenos episódicos, como o de grupos de cangaceiros, no qual a mera junção de indivíduos para o fim específico de cometer delitos é considerado um delito, ainda que efetivamente nenhuma outra conduta tida como delitiva tenha sido realizada.

Nesse sentido, contexto originário do atual delito de associação criminosa previa e ainda prevê “um crime formal, de perigo abstrato, já que o risco à paz pública é presumido” (MIRABETTE, 2004, p.1999).

Além disso, há também o delito de Organização Criminosa que, diferente do delito de Associação Criminosa, está vinculado ao “fenômeno mundial que recebe a denominação de *crime organizado*” (BITENCOURT, 2014, p.72). O delito de organização criminosa é definido pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, nos seguintes termos:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

A respeito desse delito específico, é importante compreender que a organização criminosa “não é uma simples reunião de pessoas que resolve praticar alguns crimes, e

⁶⁷ “**Associação Criminosa.** Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente” (BRASIL, 1940).

tampouco a ciente e voluntária reunião de algumas pessoas para a prática de determinados crimes” (BITENCOURT, 2014, p.76).

Organização Criminosa pressupõe que a “reunião de pessoas” para que possa revestida da característica de uma “organização”, precisa estar “estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente” (BRASIL, 2013). E, além disso, ela deve estar atrelada a *fim especial*, que corresponde a obtenção direta ou indireta de vantagens de qualquer natureza, “mediante a prática de infrações penais com penas máximas superiores a 4 (quatro) anos” (BRASIL, 2013).

Conforme apontado por Sallas e Teixeira (2020), ao promoverem um estudo sobre a categoria do “crime organizado” por intermédio de uma análise sociológica e criminológica do conceito, foi possível concluir que nos trabalhos realizados sobre o tema na área de ciências sociais do Brasil “não houve uma preocupação em usar de forma precisa os conceitos mobilizados como organização criminosa, crime organizado, organização social do crime, crime negócio” (SALLAS; TEIXEIRA, 2020, p. 156), sendo que tais estudos estavam, na sua maior parte, destinado a analisar o tráfico de drogas e o problema das facções criminosas.

Nesse sentido, chamamos atenção para o uso do termo “organizado” e “organização” fazendo referência a uma “reunião de pessoas” e também a estruturação ordenada e caracterizada por divisão de tarefas bem definidas.

Por fim, e o ponto mais importante do trabalho, a atuação de duas ou mais pessoas em conjunto, para o cometimento de delitos, também é valorada pelo critério de imputação ou, ainda, da responsabilização, sendo possível o aumento ou diminuição da pena cominada ao delito, que será verificada pela importância da contribuição para a empreitada delitiva.

Nesse caso, estaremos diante da hipótese do concurso de pessoas, fenômeno que também estamos tratando como “intervenção delitiva”, no qual são analisados os critérios de imputação de todos os intervenientes no delito e os graus de responsabilidade, para averiguarmos se a eles será atribuída a posição de autor, de partícipe ou sequer de imputável ou responsável pelo delito.

O termo “intervenção delitiva” tem sido muito utilizado pela doutrina nos últimos tempos, porque está vinculado a ideia de que todos aqueles que participam da empreitada criminosa em conjunto são intervenientes, sejam eles distinguidos de forma qualitativa como autores ou partícipes.

Tamanha é a relevância do instituto do concurso de pessoas que, na Dogmática Jurídico-Penal, quando são utilizados termos como “codeliqüência”, “coparticipação”, há uma direta

associação com o concurso de pessoas, adquirindo feição de sinônimos. A esse respeito dispõe Ferraz (1976):

A violação da norma penal pode resultar da ação de um ou de vários agentes. No primeiro caso, o mesmo indivíduo delibera, planeja, executa o crime, encarregando-se de todos os atos que se tornem necessários para consumá-lo ou, pelo menos, tentá-lo. No segundo, muito embora a infração possa, abstratamente, ser realizada por uma só pessoa – na realidade concorrem para produzi-la dois ou mais indivíduos, repartindo entre si os encargos da tarefa criminosa. Temos neste último caso o concurso de pessoas em um delito, *concurso plurium ad idem delictum*, fenômeno que na terminologia penal surge como nome de co-participação criminosa, codelinquência, cumplicidade *lato sensu* ou, na linguagem de nossa lei vigente que equipara todas as formas de cooperação, co-autoria (FERRAZ, 1976, p. 18).

Por óbvio, como bem delimitado acima, há grande diferença entre a intervenção delitiva e o fenômeno que está sendo descrito na legislação como organização criminosa (ou crime organizado), principalmente em termos jurídicos.

Contudo, é necessário evidenciar que mesmo diante de uma roupagem mais contemporânea e que tem despertado maior interesse da academia, a atuação de indivíduos em conjunto para o cometimento de delitos, como já dito, não é um fenômeno recente na história. E, ainda, é possível afirmar que para a atuação em conjunto de dois ou mais indivíduos sempre será necessária uma organização mínima. E, nesse caso, o termo organização, tem o sentido de fazer uma estruturação, determinar uma ordem, arrumar, arranjar.

Dessa forma, compreendemos que a codelinquência, enquanto um fato social, abrange tanto a intervenção delitiva, quanto à associação criminosa, a organização criminosa e qualquer outra forma de atuação em conjunto para o cometimento de delitos. E todos eles podem ser descritos como uma “criminalidade organizada”, já que pressupõe uma organização mínima entre todos os intervenientes na manifestação do delito.

Agora, em especial quanto à intervenção delitiva, ela é uma categoria de suma importância na análise do delito, principalmente diante da configuração da sociedade atual, da divisão do trabalho na empreitada delitiva e do cometimento de crimes em estruturas previamente organizadas (empresas, repartições públicas e outras), que será a via utilizada para a análise dogmática do *leading case*.

3. O OBJETO PELA ÓTICA DA CRIMINOLOGIA

Esse capítulo tem por objetivo analisar a intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública em uma perspectiva semelhante às escolas sociológicas da criminologia, verificando em que medida a atual configuração da sociedade exerce influência sobre o objeto.

3.1. A CONFIGURAÇÃO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O jurista alemão, Günther Jakobs (2003b, p.7), é autor da célebre frase que define o Direito Penal como um “cartão de visitas altamente expressivo” da sociedade e, com isso, estabelece a íntima relação entre o Sistema Jurídico-Penal e o Sistema Social.

Dessa maneira, como já mencionado, o Sistema Jurídico-Penal está aberto, de forma que a partir da observação de uma determinada sociedade, é possível realizar conclusões válidas sobre o Sistema Jurídico-Penal que ela adota e, em contrapartida, ao observar o seu Sistema Jurídico-Penal, é possível tecer considerações acerca de uma determinada sociedade.

Ressalta-se que essa relação de recíproca dependência e recíproca influência entre o Sistema Jurídico-Penal e o Sistema Social se manifesta em todas as ciências que compõe o Sistema Jurídico-Penal, ou seja, ela acontece na Criminologia, na Política Criminal e na Dogmática Jurídico-Penal.

Partindo dessa premissa, para darmos ao objeto (intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública) a projeção mais adequada e mais precisa, diante de nossa atual realidade, é necessário conhecermos a sociedade contemporânea e como ela se configura.

Ocorre que analisar, descrever e caracterizar a sociedade contemporânea em todas as suas dimensões é um desafio praticamente impossível de ser solucionado, tamanha a complexidade do modo como se configura a sociedade de nosso tempo.

Geralmente, os pensadores contemporâneos selecionam uma característica (uma particularidade) da sociedade (por exemplo, risco, rede, pós-modernidade, consumo) e, a partir dessa característica fazem uma descrição da configuração da sociedade. Os pensadores, ainda, utilizam essa característica como adjetivo para denominar a sociedade contemporânea, são exemplos as teses sobre a “sociedade em rede”, a “sociedade pós-moderna”, a “sociedade de risco”, “sociedade do consumo”, dentre outras.

Normalmente, os pensadores também utilizam algum desses aspectos para fazer uma oposição entre a sociedade contemporânea e sua antecessora. A título de exemplificação, se a anterior era sociedade moderna, a atual é uma sociedade pós-moderna; se a anterior era industrial, a atual é pós-industrial e, assim, há uma contraposição entre os dois períodos da história humana.

Na presente pesquisa, trabalharemos três aspectos para descrever a sociedade contemporânea, que estão em constante comunicação e que cremos ser mais relevantes e adequados para tratar do tema central. Os aspectos são: a complexidade, a economia e o risco.

3.1.1. A sociedade contemporânea é complexa

A utilização do aspecto *complexidade* para descrever a sociedade contemporânea é, à primeira vista, um ponto de congruência e concordância entre os pensadores que tratam sobre esse tema. Isso se verifica porque, de forma geral, é pacífica a compreensão de que a vida em sociedade, que é responsável por colocar em “com-vivência” (ou vivência conjunta) diversas psiques (ou sistemas psicológicos, pela perspectiva sistêmica luhmaniana); por manifestar conflitos e criar mecanismos para resolvê-los; bem como pela intervenção humana na natureza, dentre outros fatores, sempre foi algo complexo.

Contudo, o grau de complexidade da sociedade atual não encontra parâmetros em sociedades anteriores, em especial sua antecessora mais recente, a sociedade Moderna. Essa complexidade não se manifesta apenas em termos intersubjetivos, mas também e, principalmente, em termos estruturais. Quanto a isso, verificamos um marco central responsável por dar a sociedade contemporânea uma complexidade nunca antes visualizada, que é a difusão das tecnologias de informação, processamento e comunicação⁶⁸, com destaque para a internet⁶⁹.

⁶⁸ “Como tecnologia, entendo, em linha direta com Harvey Brooks e Daniel Bell, “o uso de conhecimento científicos para especificar as vias de se fazerem as coisas de uma maneira *reproduzível*”. Entre as tecnologias da informação, incluo, como todos, o *conjunto convergente* de tecnologias em microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações/radiodifusão, e optoeletrônica. Além disso, diferentemente de alguns analistas, também incluo nos domínios da tecnologia da informação a engenharia genética e seu crescente conjunto de desenvolvimento e aplicações” (CASTELLS, 2003, p.67).

⁶⁹ Tamanha é a importância e inovação da internet que ela promover a compreensão da realidade em uma dimensão imaterial, que não vivenciávamos antes, uma vez que consiste em uma entidade virtual, transfronteiriça e atemporal e, ainda que seja necessários meios físicos (computadores, cabos, telefones celulares, relógios) para que ela seja utilizada, é no imaterial, no ciberespaço, que ela alcança seu ápice. A internet é virtual porque, conforme a definição de Pierre Lévy (2010, p.49): “É virtual toda entidade “desterritorializada”, capaz de gerar diversas manifestações concretas em diferentes momentos e locais determinados, sem contudo estar ela mesma

É fato que antecessores industriais e científicos das tecnologias de informação, processamento e comunicação já puderam ser observados anos antes de 1940, com base na microeletrônica, na computação, isso sem excluir a invenção do telefone e do rádio no século XIX, mas a *internet* é a principal responsável por transformar a cultura material através da tecnologia da informação, processamento e comunicação e proporcionar os esteios de um novo paradigma tecnológico, de maneira que essas tecnologias passaram a ocupar o espaço de importância que o motor a vapor e a eletricidade apresentaram em suas devidas épocas.

O cerne da mudança na configuração da sociedade estaria então, a década de 1970, porque foi nessa data em que, conforme Manuel Castells (2003, p.76), “as novas tecnologias da informação difundiram-se amplamente, acelerando seu desenvolvimento sinérgico e convergindo em um novo paradigma” (CASTELLS, 2003, p.76). Foi nessa época, mais precisamente em 1969, que os primórdios da *internet* surgiram, então como convergência das tecnologias da microeletrônica, computação, radiodifusão, optoeletrônica, sendo resultado de uma “fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural” (CASTELLS, 2003, p. 82)⁷⁰.

Em sucintas linhas, podemos caracterizar a Internet como um meio de comunicação promovido por um sistema de computadores conectados entre si, que compartilham informações e serviços. Mas mais que isso, ela é “a base tecnológica para a forma organizacional da Era da Informação: a rede” (CASTELLS, 2003, p.7).

Por meio da internet, a sociedade contemporânea passou a se estruturar em rede (conjunto de nós interconectados), que é uma forma de organização mais flexível e adaptável, que permite a comunicação e interação durante a divisão do trabalho, bem como torna possível a progressão em um ambiente de rápida mutação, como é o que vivenciamos. Contudo, pelos mesmos motivos a *internet* apresenta uma dificuldade na coordenação de funções, concentração de recursos, e na realização de determinada tarefa.

A internet também dispõe de uma penetralidade, isso é, a capacidade de poder se fazer presente nos mais distintos planos do viver humano: cotidiano, lazer, atividade laboral e até delitiva, sendo, neste aspecto responsável pelo surgimento de novas formas de violência, bem

presa a um lugar ou tempo em particular”. Ela é transfronteiriça na medida em que conecta os mais distantes pontos do globo, inclusive a ponto trazer questionamentos sobre o exercício da soberania. E também é atemporal, porque ao mitigar as distâncias transmite a informação em tempo real, em instante, e porque devido a armazenagem das informações, passado e presente podem se confundir e fundir na rede.

⁷⁰ A origem da internet remonta a rede de computadores ARPANET montada pela *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) em 1969. A ARPA foi formada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, mobilizando o mundo universitário com intuito de obter recursos de pesquisa, visava superar a União Soviética em termos de tecnologia militar.

como um aperfeiçoamento e inovação dos modos de cometimento do delito. Da mesma forma, os acontecimentos no mundo virtual da internet podem ter reflexos diretos no âmbito material.

Ademais, a internet, enquanto uma tecnologia de comunicação, processamento e informação *sui generis* permitiu a massificação e divisão das relações humanas, bem como transformou a informação como um valor em si mesmo, essencialmente relevante para a sociedade contemporânea que, necessita estar “conectada” na rede a todo tempo, para acompanhar e, de certa forma, participar dos mais relevantes acontecimentos sociais.

Dessa maneira, ainda que a vida da Época Moderna tenha sido permeada pelo sentido da efemeridade⁷¹ e fragmentariedade⁷², que segundo David Harvey (1998) seriam determinantes para que na modernidade houvesse uma dificuldade em preservar o sentido da história como algo contínuo: “A modernidade, por conseguinte, não apenas envolve uma implacável ruptura com todas e quaisquer condições históricas precedentes, como é caracterizada por um interminável processo de rupturas e fragmentações internas inerentes” (HARVEY, 1998, p.22).

A sociedade atual, dita pós-moderna, foi capaz de reforçar a característica da efemeridade e da fragmentariedade da sociedade moderna, de forma que parece haver uma total aceitação dessas características e, ainda, uma resposta bem particular, porque não tenta transcende-las, fazer oposição a elas, ou sequer há uma tentativa de definir elementos que sejam “eternos e imutáveis”: “O pós-modernismo nada, e até se esboja, nas fragmentárias e caóticas correntes da mudança, como se isso fosse tudo o que existisse” (HARVEY, 1998, p.32).

Como um aspecto da fragmentariedade da Era Moderna, o sociólogo Émile Durkheim (1999), ao observar a generalização da divisão do trabalho, presente no processo industrial, verificou que já nessa época, não se tratava de um processo circunscrito às fábricas e era também era aplicado na agricultura e no comércio, a esse respeito foi dito:

Conquanto a divisão do trabalho não date de ontem, foi só no fim do século passado que as sociedades começaram a tornas consciência dessa lei, que, até então, elas suportavam quase sem saber. [...] Hoje, esse fenômeno generalizou-se a tal ponto que salta aos olhos de todos. Não há mais ilusão quanto às tendências de nossa indústria moderna; ela vai cada vez mais no sentido dos mecanismos poderosos, dos grandes agrupamentos de forças e capitais e, por conseguinte, da extrema divisão do trabalho. Não só no interior das fábricas, as ocupações são separadas e especializadas *ad infinitum*, como cada manufatura é, ela mesma, uma especialidade que supõe outras (DURKHEIM, 1999, p.1).

⁷¹ É efêmera porque as mudanças na sociedade eram relativamente rápidas, de forma que em poucos séculos foi possível transitar do modo de produção feudal para uma economia industrial, no qual a técnica era extremamente importante.

⁷² É fragmentada porque a maior parte dos processos técnicos e produtivos dessa sociedade são divididos.

O Autor ainda enfatiza que a divisão do trabalho não estava apenas restrita ao mundo econômico, mas também passou a exercer influência em outros aspectos da vivência em sociedade, como nas funções políticas, administrativa, judiciária e também artística.

Na sociedade hodierna, complexa, cuja fragmentariedade é perfeitamente aceita, verifica-se que a divisão do trabalho nas fábricas, nas funções políticas, judiciárias e, também, nas práticas delitivas, se opera em rede, muitas vezes catalisada pelo uso da *internet* que impulsiona a comunicação entre os distintos nós que estão conectados.

3.1.2. A sociedade contemporânea é econômica

Partiremos da conclusão: a sociedade contemporânea é econômica em si mesma e, nesse caso, a economia não é vista como um critério de análise, mas como um critério de descrição dessa sociedade.

De forma geral, a sociedade contemporânea se organiza por intermédio da formação de Estados Nacionais e, como bem enfatizado por Dalmo Abreu Dallari (1998), estudar a origem do Estado pressupõe duas indagações “uma a respeito da época do aparecimento do Estado; outra relativa aos motivos que determinaram e determinam o surgimento dos Estados” (DALLARI, 1998, p.23).

Quanto ao aparecimento do Estado, embora haja autores como Eduard Meyer e Wilhelm Koppers, que entendam que, tal qual a sociedade, o Estado sempre teria existido, outros pensadores, como Karl Schmidt, Karl Marx e Friedrich Engels, compreendem o modelo de Estado atual é um produto, uma criação da sociedade após um bom tempo de desenvolvimento.

Dessa maneira, o aparecimento do Estado estaria diretamente relacionado a uma sociedade política com certas características fortemente definidas, como, por exemplo: o território, a soberania e o povo, apenas visualizada a partir do século XVII. Em termos concretos, normalmente os autores atribuem o ano de 1648 como data de nascimento do Estado, porque naquele ano foi assinado o tratado de paz de Westfália:

A paz de Westfália, que esses autores indicam como o momento culminante na criação do Estado, e que muitos outros consideram o ponto de separação entre o Estado Medieval e o Estado Moderno, foi consubstanciado em dois tratados, assinados nas cidades westfalianas de Munster e Onsbruck. Pelos tratados de Westfália, assinados no ano de 1648, foram fixados limites territoriais resultantes das guerras religiosas, principalmente da Guerra dos Trinta Anos, movida pela França e seus aliados contra a Alemanha. A França, governada então pelo Rei Luiz XIV, consolidou por aqueles tratados inúmeras aquisições territoriais, inclusive Alsácia. A Alemanha, territorialmente prejudicada, beneficiou-se, entretanto, como todos os demais Estados, pelo reconhecimento de limites dentro dos quais teria o poder soberano (DALLARI, 1998, p. 24).

Sobre os motivos que levaram ao surgimento do Estado, muitos são os autores que atribuem sua origem a causas econômicas ou patrimoniais, é possível, inclusive, apontar no filósofo Platão esboços de que as cidades gregas (ou Estado) teriam sido formados para que os cidadãos aproveitassem dos benefícios da divisão do trabalho. Contudo, foi Marx e Engels que fundamentaram e sustentaram a teoria da criação do Estado por motivos econômico de maior repercussão:

Essa opinião de ambos vem muito claramente exposta por ENGELS numa de suas principais obras, “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”. Além de negar que o Estado tenha nascido com a sociedade, ENGELS afirma que ele “é antes um produto da sociedade, quando ela chega a determinado grau de desenvolvimento”. Num capítulo em que trata da *gens* grega, depois de se referir à deterioração da convivência harmônica, tendo como causas a acumulação e a diferenciação das riquezas, e outros males consequentes, chega à seguinte conclusão: "Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica; que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam umas sobre as outras – a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada das riquezas: uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado” (DALLARI, 1998, p. 25).

Ressalta-se que a teoria sobre o motivo econômico para o surgimento do Estado reflete imediatamente em dois pontos fundamentais da teoria marxista, a primeira de que o Estado seria um instrumento da burguesia para explorar a classe proletária e, a segunda de que, se o Estado foi uma criação da sociedade, ele pode ser moldado de outra forma e até extinto no futuro.

Nessa perspectiva, o Estado Moderna teria surgido a partir de uma crise do modelo feudal, impulsionada pelas revoltas sociais dos camponeses, mas também, especialmente pela evolução do comércio na Europa, em que a burguesia passou a exigir garantias para o

desenvolvimento do mercado, como um governo estável, legislação, taxas e impostos unificados.

Assim, o indivíduo, enquanto potência, enquanto burguesia, foi responsável pela criação do mercado, na medida em que desenvolve uma via⁷³ para que seja realizada as transações comerciais de bens e serviços, mediante pagamento, entre vendedores e compradores. E, para atender às necessidades do mercado, cria-se o Estado, que, por sua vez, pressupõe uma estratégia de proteção ao indivíduo para legitimar o controle, que normalmente é realizada pela via do Direito.

Em outras palavras, é possível dizer que o Estado foi criado pelo mercado. Por necessidade decorrente do próprio mercado, para que fosse regulado e, a partir da regulação, seria possível gerenciá-lo. Então, o motivo que determina o surgimento do Estado, como já mencionado, não é político, é econômico. Para que isso fosse possível, foi necessária uma estratégia que ligasse o político ao econômico e a estratégia foi dada pelo indivíduo, pela burguesia.

Contemporaneamente, no entanto, é possível afirmar que o mercado é quem assumiu o controle do Estado, é ele quem vai orientar a ação estatal, quando deverá haver maior ou menor intervenção⁷⁴, a tal ponto de que os indivíduos que não estão inseridos no mercado, que não são consumidores, perdem, inclusive seu *status* de pessoa⁷⁵.

Isso porque, Jakobs (2003b, p.16), ao analisar a máxima segundo a qual quem não pode viver em sociedade ou não necessita da sociedade seria um animal, ou um deus, mas não uma pessoa, revela que “em algum âmbito o sujeito deve entrar em sociedade, para poder delimitar-se e compreender-se como sujeito” (JAKOBS, 2003b, p.16). Quanto a isso, o Autor pontua que se trata de uma via de mão dupla, porque a sociedade não pode ser entendida como algo feito e

⁷³ Tratamos o mercado como uma via para sinalizar uma melhor compreensão sobre esse conceito hoje. Na época moderna, o mercado estava mais vinculado a um local (as feiras) onde se instalavam os comerciantes. Hoje, no entanto, o mercado está em todos os locais, enquanto entidade imaterial, mais relacionada ao fluxo, as transações efetuadas, que propriamente ao local onde elas são realizadas. A título de exemplificação, hoje verificamos a possibilidade de adquirir personagens de jogos on-line, que não existem no mundo material, mediante transações que podem ser feitas com moedas exclusivamente virtuais, da mesma forma que é possível adquirir um produto estando em um país, que é vendido em outro país, única e exclusivamente pela internet, sem que o vendedor sequer disponha de um espaço físico para sua armazenagem, uma vez que o produto pode ser enviado diretamente do fabricante ao consumidor e o vendedor se coloca apenas como intermediador da transação.

⁷⁴ Tamanho é o controle do mercado sobre o Estado que, mesmo em um contexto de pandemia, onde vidas humanas estão sendo perdidas em grande quantidade, uma das maiores preocupações continua sendo a economia.

⁷⁵ Para Jakobs (2003b, p.56): “O Direito se estabelece para aqueles que podem ser caracterizados como pessoas em Direito. [...] O correspondente complexo de normas é o que constitui os critérios para definir o que se considera uma pessoa. Na prática o sujeito é sempre pessoa em muitos sentidos, uma vez que desempenha diversas funções”.

terminado, que se antepõe ao sujeito, porque a “subjetividade não é só um pressuposto, mas também uma consequência da socialidade” (JAKOBS, 2003b, p.16).

E, nesse sentido, uma sociedade econômica, orientada para o consumo, os indivíduos são também, eles próprios mercadorias a serem comercializadas e consumidas:

Na sociedade de consumidores ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A “subjetividade” do “sujeito”, e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável (BAUMAN, 2008, p.13).

Diante dessa maximização do poder do mercado sobre o Estado e o sobre o indivíduo, o marco que sinaliza o tratamento da sociedade contemporânea como essencialmente econômica, em comparação com as antecessoras, é o Consenso de Washington, ocorrido em novembro de 1989.

Como se sabe, o que recebeu o nome de Consenso de Washington foi um documento que contém dez medidas⁷⁶ a serem adotadas por países em desenvolvimento da América Latina, para vencerem a crise em que se encontravam. Ele foi elaborado após um encontro ocorrido na capital dos Estados Unidos da América, a princípio, com maior perspectiva acadêmica, em que estavam presentes representantes de instituições (como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial), economistas, pensadores e administradores latino-americanos.

Essas medidas apresentadas seriam recomendações de cunho neoliberal, “receitas” para promover o “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento, que passavam por crise econômica e estagnação. A esse respeito, dispõe Vinicius Rezende Carretoni Vaz e Edgard Monforte Merlo (2020):

⁷⁶ “Segundo Williamson (1990, p.8-17), o “consenso de Washington” é constituído de 10 reformas: a) disciplina fiscal visando eliminar o déficit público; b) mudança das prioridades em relação às despesas públicas, eliminando subsídios e aumentando gastos com saúde e educação; c) reforma tributária, aumentando os impostos se isto for inevitável, mas “a base tributária deveria ser ampla e as taxas marginais deveriam ser moderadas”; d) as taxas de juros deveriam ser determinadas pelo mercado e positivas; e) a taxa de câmbio deveria ser também determinada pelo mercado, garantindo-se ao mesmo tempo em que fosse competitiva; f) o comércio deveria ser liberalizado e orientado para o exterior (não se atribui prioridade à liberalização dos fluxos de capitais); g) os investimentos diretos não deveriam sofrer restrições; h) as empresas públicas deveriam ser privatizadas; i) as atividades econômicas deveriam ser desreguladas; j) o direito de propriedade deve ser tornado mais seguro” (BRESSER-PEREIRA, 1991, p.6).

Apesar da palavra “consenso” ser relativamente distante da realidade do que ocorreu em Washington, é fato que diversas correntes de pensamento econômico e monetário, passaram a ter relativo acordo acerca das saídas possíveis para as nações golpeadas pela crise, pelo endividamento e pela hiperinflação. [...] As reformas liberais já haviam iniciado na região antes mesmo do Consenso de Washington, com influência da Escola de Chicago no governo Pinochet no Chile (1974), com Víctor Paz Estenssoro na Bolívia (1985); Carlos Salinas, no México (1988); Carlos Menem na Argentina (1989); na Venezuela, com Carlos Andrés Pérez (1989); A exceção é justamente no Brasil, com Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso (a partir de 1990) e com Alberto Fujimori no Peru (1990). Porém, a partir do Consenso de Washington as mudanças para a hegemonia neoliberal vão se consolidando com maior profundidade (VAZ; MERLO, 2020, p.38-39).

A narrativa tida no Consenso de Washington é que a crise vivenciada pelos países latino-americanos seria resultado de duas grandes causas: 1) o excessivo crescimento do Estado e de suas políticas de protecionismo e regulação do mercado e 2) o populismo econômico e a incapacidade de controlar o *déficit público*.

Assim, foram propostas as seguintes medidas pelo Consenso de Washignton, que segundo Bresser-Pereira (1991), podem ser tratadas da seguinte forma: “as cinco primeiras reformas poderiam ser resumidas em uma: promover a estabilização da economia através do ajuste fiscal e da adoção de políticas econômicas ortodoxas em que o mercado desempenhe o papel fundamental” (BRESSER-PEREIRA, 1991, p.6) e, também, as “cinco restantes são formas diferentes de afirmar que o Estado deveria ser fortemente reduzido” (BRESSER-PEREIRA, 1991, p.6).

Em síntese, o que se propunha era a adoção dos princípios do neoliberalismo, estabelecendo a mínima interferência do Estado na economia e, com isso, consagrando a sociedade contemporânea como econômica.

Dessa forma, a sociedade contemporânea é, em termos estruturais, complexa e um dos fundamentos dessa complexidade é a economia, responsável por promover o aprimoramento das técnicas para impulsionar a comercialização de ativos financeiros, bens e serviços, bem como o consumo desenfreado.

3.1.3. A sociedade contemporânea é de risco

Ulrich Beck foi um sociólogo alemão que nasceu em 1944 e faleceu em 2015, responsável por formular a teoria sobre a sociedade de risco, apresentada em obra de mesmo nome, publicada na Alemanha em 1986.

O autor compreende que os riscos não são uma invenção da sociedade contemporânea, porque eles já estavam presentes nas sociedades de outros momentos históricos. A diferença está no fato de que os riscos da idade moderna tinham uma natureza pessoal – eram referidos apenas aos indivíduos que os assumiam, hoje, no entanto, os riscos são globais, eles compartilhados por toda a humanidade. Anteriormente os riscos estavam relacionados à coragem, ousadia, aventura. Hoje eles se ligam ao medo, em uma situação de ameaça civilizatória.

Houve um fato catalizador para que a sociedade contemporânea fosse compreendida como essencialmente de risco, que o Autor atribui como sendo o marco, que é o acidente com a usina nuclear de Chernobyl, na então República Socialista Soviética da Ucrânia, ocorrido em 26 de abril de 1986.

O acidente de Chernobyl é caracterizado pela inesperada explosão da usina nuclear que foi responsável pelo lançamento de uma grande quantidade de partículas radioativas, que trouxe graves problemas ao meio ambiente da região afetada, causou a morte direta de pessoas e fez com que os sobreviventes sofressem com os efeitos da radiação pelo resto de suas vidas, com consequências ainda hoje verificáveis.

Dessa maneira, Beck (2011) compreende que a sociedade contemporânea, marcada pelo progresso tecnológico e econômico, sem paralelo na história, tem esse ponto ofuscado pela produção de riscos, que são uma verdadeira ameaça a todas as formas de vida na terra, sejam elas plantas, animais e os próprios seres humanos.

A respeito dos riscos Beck (2011) elabora cinco teses. A primeira tese é a de que os riscos desencadeiam danos que, por diversas vezes não podem ser revertidos. Na grande maioria dos riscos, eles são invisíveis, mas, a partir do conhecimento que se tem deles, podem ser alterados, diminuídos ou aumentados.

Pela segunda tese, o aumento e distribuição dos riscos cria *situações sociais de ameaça*, ou seja, em algum momento, os riscos da sociedade contemporânea irão atingir aqueles que os criaram ou que estão lucrando com eles. Esse é o chamado *efeito boomerang*, segundo o qual, os riscos eventualmente irão atingir aqueles que foram responsáveis por produzi-los, porque todos estão expostos aos riscos.

Além disso, os riscos produzem “desníveis internacionais”, porque os riscos não respeitam as fronteiras, de forma que países mais desenvolvidos tecnologicamente passam a depender dos subdesenvolvidos para a diminuição desses riscos, que são geridos por meio de acordos internacionais, como os de meio ambiente.

A terceira tese está ligada ao *big business* que consiste no uso econômico dos riscos, responsáveis por sustentar uma verdadeira indústria que desenvolve estudos e pesquisas para análise dos riscos, criam novas tecnologias para conter os riscos, exploram o risco midiaticamente, dentre outras.

A quarta tese entende que nos riscos, diferente da situação de classe, há uma “consciência que determina a existência” (BECK, 2011, p.28), porque é necessário um conhecimento prévio sobre o risco, para que ele exista enquanto tal.

E, por fim, a quinta tese, compreende que os riscos socialmente reconhecidos, a princípio apolíticos, tornam-se facilmente questões inseridas no debate político, trata-se do “potencial político da catástrofe” (BECK, 2011, p.28)

Beck (2011) ainda compreende que o risco contém o elemento *futuro*, uma vez que não se esgotam com os efeitos e danos já ocorridos. Eles compreendem catástrofes, destruições que ainda não ocorreram, que são antevistas, antecipadas – situações que irão ocorrer caso nada seja feito a esse respeito. Isso quer dizer que eles indicam uma realidade futuro que deve ser evitada, por caso se concretize terá proporções catastróficas.

Na sociedade atual, a produção de riscos acompanha a produção de riquezas, contudo, a forma de distribuição de riscos é inversa a distribuição de riquezas. Retomando a ideia de Karl Marx sobre a sociedade de classes, Beck (2011) entende que enquanto as riquezas estão acumuladas nas classes mais altas, os riscos, por sua vez, estariam mais incidentes nas camadas mais baixas, que estão em posição de vulnerabilidade, já que não dispõe de poder aquisitivo para efetivamente “comprar segurança”. De maneira que a distribuição de riscos acentua e reforça a desigualdade da sociedade de classes.

Contudo, para Beck (2011) a sociedade de risco não seria uma sociedade de classes, já que haveria uma tendência a globalização dos riscos, de forma que eles são propagados independentemente do local onde foram produzidos.

Ao analisar a relação entre a teoria de Beck (2011) e a delinquência, Silva Sánchez (2013) pontua que a sociedade atual é concebida pelo âmbito econômico, com variação rápida e por avanços tecnológicos, essas características tiveram repercussões no bem-estar social, mas também gerou algumas consequências negativas, como o risco.

O *risco de procedência humana*, ou seja, o risco que é criado pela atuação dos seres humanos, é visto como um *fenômeno social estrutural*, isso porque as ameaças as quais os cidadãos são expostos tem origem na decisão que outros indivíduos têm no manejo dos avanços técnicos, porque a sociedade marginaliza os indivíduos que são percebidos pelos demais como

fonte de riscos e, nesse sentido há uma associação dos crimes aos meios informáticos e a internet, visto como a ciberdelinquência.

O autor menciona ainda que a sociedade de risco é uma sociedade que institucionaliza a insegurança:

Desde logo, deve ficar claro que o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e, em última análise, manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.37).

O problema é radicado não só nas decisões humanas que geram os riscos, mas também nas que o distribuem, porque na sociedade de risco a interação entre os indivíduos por cooperação e divisão de funções alcançou níveis até então desconhecidos e que podem gerar consequências lesivas, com resultados produzidos a longo prazo.

Dessa forma, a indenidade dos bens jurídicos de um sujeito passa a depender da realização de condutas positivas, isso é, que o risco seja controlado por terceiros, o que implica numa exacerbação dos delitos de comissão por omissão em que a própria convivência aparece como fonte de conflitos interindividuais – isso é, o outro se mostra constantemente como um risco.

Contudo, para Silva Sánchez (2013), mais importantes que os aspectos objetivos que geram a insegurança, está a sensação social de insegurança, que consiste em uma dimensão subjetiva que concretiza a sociedade do medo.

Tanto é assim que a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança (SÁNCHEZ, 2013, p.41).

Essa ideia é ilustrada por aspectos concretos como a dificuldade de obtenção de uma informação digna de credibilidade, a dificuldade de adaptação com o ritmo acelerado, este que transpõe as barreiras técnicas e atinge a vida. Tudo isso resulta em um crescente estado de desorientação pessoal, ou *perplexidade da “relatividade”* que consiste na perda de referenciais valorativas de caráter objetivo.

Essa perda, por sua vez, ao encarar que tudo pode ser verdadeiro resulta na utilização da força para a imposição de um argumento “poderoso”.

Ainda, essa interdependência tem se demonstrado por um individualismo de massa, ou seja, a sociedade não é uma comunidade mas um conglomerado de indivíduos igualmente

“atomizados e narcisisticamente inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.44).

E, em última instância, a insegurança e a angústia tem o poder de guardar a experiência do mal como elemento existencial.

Ainda não silenciaram os ecos das duas guerras mundiais e da sucessão ininterrupta de conflitos locais propiciados pela guerra fria e o processo de descolonização. Mas a barbárie das guerras nacionalistas do Oriente Médio e dos Balcãs, assim como do terrorismo – singularmente no caso espanhol -, constituem uma renovada vivência do mal que atemoriza e angustia.
(SÁNCHEZ, 2013, p.45)

A sensação de insegurança também se relaciona a atuação dos meios de comunicação e as próprias instituições públicas de repressão da criminalidade, mas não é possível reduzirmos a esses meios a única causa do medo da criminalidade, pelo contrário, eles apenas reforçam ou estabilizam os temores já existentes.

Nesse sentido, a segurança passa a ser uma pretensão social que coloca o Estado e o Direito Penal para darem uma solução, em uma tendência expansiva, ante a aparição de novos bens, novos interesses e novas valorações sobre interesses já existentes que fornecem ao Direito Penal a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade.

3.2. A DELINQUÊNCIA ECONÔMICA

Como reflexo da sociedade complexa e econômica que nos encontramos, surgem os chamados delitos econômicos, também tratados como “*crimes of the powerful*”⁷⁷ (SILVA SANCHÉZ, 2013, p.99) que são delitos que fogem do paradigma clássico, do homicídio e dos crimes tradicionais contra o patrimônio.⁷⁸

⁷⁷ Tradução Nossa: “crimes dos poderosos” (SILVA SANCHÉZ, 2013, p.99). Quanto a essa terminologia, ressalta-se que há proximidade com os estudos desenvolvidos por Edwin H. Sutherland (2016), que propôs uma teoria que, em seu entendimento, fosse capaz de justificar os delitos cometidos por indivíduos das classes mais baixas e das classes mais altas, estes ele convencionou tratar por “crimes de colarinho branco”, em alusão a vestimenta normalmente utilizada pelos autores desses delitos. Contudo, a teoria do crime do colarinho branco como cunhada por Sutherland não está adstrita aos delitos econômicos, isso porque a definição de crimes de colarinho branco pressupõe dois elementos: um vinculado a condição pessoal do agente, de ser pessoa de alta respeitabilidade e *status* social e, o segundo, vinculado ao caráter do ato criminoso, que deveria ser realizado no curso de sua atividade profissional, de tal forma que um delito comum (não econômico, por exemplo o homicídio) realizado por um empresário, no exercício de sua atividade profissional, ainda assim seria um crime de colarinho branco.

⁷⁸ Em menção a teoria de *Expansão do Direito Penal*, segundo a qual hodiernamente há um clamor público de que os problemas só podem ser resolvidos com novas leis penais ou com o agravamento das existentes o que tem gerado uma necessidade de recondução a respeito da intervenção punitiva do Estado na direção de um *Direito*

São duas as características mais significativas dessa nova criminalidade: trata-se uma de criminalidade organizada, em sentido amplo, porque “nela intervêm coletivos de pessoas estruturadas hierarquicamente, sejam nas empresas, seja na forma estrita de organização criminal” (SILVA SANCHÉZ, 2013, p.104) e, também porque é a “criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais” (SILVA SANCHÉZ, 2013, p.104).

Sobre os delitos econômicos, Silva Sánchez (2013) pontua ainda que eles “tem uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração” (SILVA SANCHÉZ, 2013, p.99), fato que adquire potencial gravidade quando considerado que essas mesmas práticas delitivas possuem “capacidade de desestabilização geral dos mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes” (SILVA SANCHÉZ, 2013, p.104).

Observamos então que, no tocante aos delitos de corrupção, são aplicadas as particularidades dos delitos econômicos, porque, em suma, a corrupção é um delito econômico,⁷⁹ cuja dogmática a ser aplicada adquire potenciais patamares de complexidade e ainda está pendente de elaboração diante de uma nova realidade e não pode mais ser observada sob o mesmo olhar dos delitos tradicionais, como estamos demonstrando na pesquisa.

Urs Kindhäuser (2007, p.2) aponta que a corrupção consiste em “*una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos*”⁸⁰. O Autor complementa, informando que os delitos de corrupção podem violar os mais diversos bens jurídicos, de forma que “*lo determinante para la legitimidade de la pena estatal es la circunstancia de que el autor há puesto em peligro o lesionado por la vía de la corrupción um bien digno de protección*”⁸¹.

Penal mínimo, Silva Sánchez expõe que “O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de *bens jurídicos* especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já à aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes -, já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal” (SILVA SANCHÉZ, 2013, p. 33). No tocante aos delitos de corrupção, há que se observar que passa por uma nova valoração, frente à atual configuração da sociedade, principalmente no tocante ao viés econômico atrelado a eles.

⁷⁹ É necessário esclarecer que a corrupção, seja na sua manifestação como passiva ou como ativa, também é vista como um crime de colarinho branco, sendo a ela aplicada todas as particularidades observadas por Sutherland (2014; 2016), por exemplo, o fato de ser objeto de aprendizado que é dado pela comunicação entre pessoas e pela imitação de comportamentos; por essa comunicação ser realizada em um grupo delimitado; por haver uma associação diferencial, direta ou indireta, com àqueles indivíduos que já praticam o comportamento; por haver técnica de justificação de conduta e ser estabelecido um juízo de custo benefício em relação a lei.

⁸⁰ Tradução Nossa: “uma determinada forma de agressão com a qual se pode violar os mais distintos interesses penalmente relevantes” (KINDHÄUSER, 2007, p.2).

⁸¹ Tradução Nossa: “o determinante para a legitimidade da pena estatal é a circunstância de que o autor colocou em perigo ou lesionou, pela via da corrupção, um bem jurídico digno de proteção” (KINDHÄUSER, 2007, p.2).

Embora a ideia de que o Direito Penal tem a função de proteger bens jurídicos esteja um pouco obsoleta⁸², apenas para elucidar a compreensão de Kindhäuser (2007), pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, os delitos de corrupção prescritos são relacionados a corrupção pública, constituindo-se em espécies dos “Crimes Contra a Administração Pública” (BRASIL, 1940), ou seja, consagrando a própria “Administração Pública” como um interesse penalmente relevante, um bem jurídico violado pela prática do crime de corrupção. Há especial destaque quanto aos aspectos da moralidade e da probidade administrativa.

Contudo, é possível que os delitos de corrupção, a depender da circunstancia em que eles são praticados, afetem também outros interesses socialmente relevantes, como a saúde, a educação, o fluxo econômico, dentre outros.

Isso ocorre porque normalmente em casos envolvendo escândalos de corrupção no setor público, verifica-se um desvio da verba que, em tese, atenderia a um interesse público, como por exemplo, seria destinada a colocar a máquina pública em funcionamento; ou seria destinada ao custeio do serviço de saúde e de educação, mas termina por ser apropriada e utilizada em prol do interesse e enriquecimento do particular que se apropria da verba, que tem natureza pública.

A mesma crítica se estende quando o valor recebido pelo funcionário público é de origem privada, mas em troca o funcionário público realiza algum ato de ofício favorecendo o particular que, fora da empreitada delitativa, não seria favorecido. Nesse caso, ainda que a verba pública não seja efetivamente desviada de seu fim, já que a contratação ocorreria de qualquer forma, é possível que haja uma perda, seja porque algum outro particular forneceria o mesmo produto ou prestaria o mesmo serviço por valores mais interessantes, e o excedente poderia ser utilizado em outra área de maior interesse, ou porque poderia ter qualidade superior e melhor eficiência.

Essa análise de que outros interesses são afetados não se manifesta apenas em casos concretos em que o valor desviado estava destinado a ser especificamente aplicado a uma determinada área de interesse social relevante, como, por exemplo, valores destinados à aquisição de medicamento e equipamentos médico-hospitalares para o SUS; ou aquisição de livros e materiais didáticos para as escolas, mas também se verifica de forma abstrata.

Isso ocorre porque em tese há um entendimento de que àquela cifra que foi utilizada para atender fim diverso do estabelecido, cujo fim poderia ser, por exemplo, custear a equipe de jardinagem de uma pequena repartição pública, em uma cidade do interior com poucos

⁸² Na perspectiva do funcionalismo jurídico-penal concebe-se que o Direito Penal está orientado a assegurar a identidade normativa e, com isso, assegurar também a configuração da sociedade.

habitantes, ela estaria deixando de ser aplicada em áreas de maior relevância.

Por fim, a corrupção percebida não apenas como um delito, mas também como um fenômeno social tem a capacidade de desestabilizar o mercado, como se demonstrou pela citado “Índice de Percepção da Corrupção”, elaborado pela organização internacional “Transparência Internacional”, que é utilizado como critério de análise e decisão para investidores averiguarem a viabilidade e segurança de se realizar um investimento em determinado local ou, ainda, de se manter e/ou retirar um investimento já realizado.

3.3. A CODELINQUÊNCIA, A CORRUPÇÃO E O AMBIENTE CRIMINOLÓGICO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Agora, nos reportando ao objeto da pesquisa, partindo da compreensão de que a codelinquência consiste na atuação em conjunto de duas ou mais pessoas para o cometimento de um delito, quando ocorrida em uma sociedade complexa, é possível que a codelinquência seja tratada como uma forma de divisão do trabalho, como expressado por Günther Jakobs (2003b):

A co-delinquência é uma modalidade especial de divisão do trabalho; concretamente, de uma divisão do trabalho que vincula ao invés de isolar; vejamos o que significa isto: a divisão do trabalho pode produzir-se de tal maneira que uma pessoa deva contribuir com uma determinada prestação a outra, devendo-se ocupar somente de cumprir os requisitos desta prestação (JAKOBS, 2003a, p.12).

A esse respeito, Jakobs (2003a) entende que, de forma geral, a divisão do trabalho isola os indivíduos, na medida em que cada um se torna responsável apenas pelas consequências inerentes de sua própria atividade.

É o caso do vendedor de armas, que não é responsável por eventual homicídio cometido utilizando o instrumento; do motorista de aplicativo que não é responsável pelo que seu cliente fizer quando chegar ao seu destino; do funcionário da Casa da Moeda, que não é responsável pela utilização do dinheiro impresso para pagar vantagem indevida a funcionário público, dentre outros casos. E complementa:

Em uma sociedade altamente complexa, habituada à divisão de tarefas, a limitação do comum, que se acaba de esboçar, a um intercâmbio de prestações – sem considerar o ulterior desenvolvido – é pressuposto de uma constituição de liberdades, é dizer, que continua sendo complexa; pois do contrário se produziria um asfixiante controle e vigilância mútuos. A liberdade tem como pressuposto a separação de papéis, vale

dizer, a interrupção da responsabilidade no limite do rol próprio de cada um (JAKOBS, 2003a, p.13).

Contudo, em se tratando da codelinquência, a divisão do trabalho vincula o comportamento de seus agentes, ao invés de isolar: “O interveniente fica vinculado com quem atua depois se (e na medida em que) sua contribuição não somente tenha causado esta conduta, mas também ostente o significado objetivo de fazê-la possível” (JAKOBS, 2003a, p.14).

Em outras palavras, a conduta de um indivíduo é essencial para que a conduta do(s) outro(s) ocorra, estando vinculadas, de forma que a responsabilidade não está adstrita apenas às consequências de sua própria atividade, mas também por toda a cadeia de acontecimentos posteriores.

Ademais, a generalizada e acentuada divisão do trabalho que na Era Moderna já permeava outros aspectos da vida, que não somente a produção industrial, e adentrou inclusive no campo da delinquência, se torna ainda mais complexa quando atrelada ao uso das novas tecnologias de informação, processamento e comunicação, como a *internet* e o computador, que, como já dito, promovem a conexão de locais distantes do globo, com uma mitigação de tempo, no “instante”.

A codelinquência é de certa forma favorecida pelas novas tecnologias, na mesma medida em que elas modificaram e penetraram nos outros aspectos do viver, porque permite e facilita a comunicação entre os mais diversos intervenientes no delito, inclusive em uma dimensão transnacional, por favorecer a interação na divisão do trabalho, vinculando, ao invés de isolar.

Dessa forma, a codelinquência atrelada às novas tecnologias de comunicação, em especial a *internet*, promove uma criminalidade estruturada em rede, de uma forma nunca antes vista, progredindo e se adaptando ao ambiente de rápida mutação que é o da sociedade hodierna e, por isso, reflete a complexidade da sociedade hodierna em suas manifestações.

A codelinquência reflete também o fator “risco” da sociedade contemporânea, porque estão também atreladas ao manejo que os delinquentes fazem dos avanços técnicos, que são percebidos como fontes de risco. E, também, pela facilidade de dividirem os trabalhos e se disseminar em rede, gera uma sensação de insegurança social, pela dificuldade de localizar, identificar, imputar e responsabilizar cada um dos intervenientes do delito.

Cumprе ressaltar que a codelinquência hodiernamente é uma das vias que caracteriza os delitos econômicos, como descrito por Silva Sánchez (2013), porque se trata de uma criminalidade organizada, caracterizada pela intervenção de coletivos de pessoas estruturadas

hierarquicamente, seja nas empresas, nas repartições públicas e pela própria forma de se organizar os intervenientes na empreitada delitiva e, nesse aspecto, reflete a dimensão econômica da sociedade atual.

Pois bem, além da influência da sociedade contemporânea na codelinquência, entendida como uma forma muito particular de divisão do trabalho, é possível verificar que o mesmo se reflete nos delitos de corrupção.

Como já mencionado, a corrupção é desmembrada em dois delitos, a corrupção passiva e a corrupção ativa e, embora sejam tratados como delitos autônomos, na hipótese em que a corrupção passiva se opera na modalidade “receber” pressupõe que tenha existido alguém que “ofertou”, ou ainda, “pagou” uma vantagem indevida, ou seja, pressupõe a ocorrência simultânea de um delito de corrupção ativa.

Nessa perspectiva, os delitos de corrupção apresentam uma bilateralidade e pressupõe uma organização mínima que lhe é intrínseca, sendo necessária a presença de, ao menos, dois indivíduos (um que oferte e um que receba), para que ela seja cometida, o que traz ao delito uma dimensão de complexidade.

Além disso, ambas as modalidades de corrupção estão atreladas ao fator econômico e são, delitos econômicos, já que a corrupção passiva está inserida no âmbito de uma repartição pública onde o agente público exercita sua função que, em suma, é um coletivo de pessoas estruturadas hierarquicamente. E, da mesma maneira, a corrupção ativa, normalmente está vinculada a empresas, que também podem ser um coletivo de pessoas organizadas hierarquicamente. Fatos esses que tornam propício a intervenção delitiva.

No mais, a corrupção passiva pode envolver figuras de alta relevância social na área pública, como presidentes, governadores, juízes, senadores e outros e, a corrupção ativa pode envolver grandes empresários dos mais distintos ramos de exploração da atividade comercial.

E, em termos econômicos, a corrupção pode causar sérios problemas, como a perda de investimentos no país, diante da insegurança que um país corrupto transmite no cenário internacional; em termos políticos, ao ser utilizada como via para o discurso de eleição e, também como uma “informação extremamente valorosa” para a orientação midiática e, ainda, em termos sociais, é possível afirmar que eventuais vantagens indevidas fornecidas podem ser responsáveis por desviarem valores significativos que seriam utilizados em áreas de grande relevância pública.

Ressalta-se que o fato do dinheiro público ser destinado a fim ilícito, ou de um funcionário praticar ato de ofício para favorecer outrem que não seria favorecido, ainda que nada tenha recebido em troca ou que o valor recebido advém da iniciativa privada, ainda assim

é responsável por lesar o interesse público. A esse respeito dispõe Michael Freitas Mohallem e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (2017):

A corrupção, frequentemente associada ao crime organizado e à lavagem de dinheiro, reflete também no desenvolvimento humano, agravando a desigualdade social e a pobreza, impedindo o acesso da população à saúde e à educação de qualidade, além de restringir a quantidade de obras de infraestrutura devido aos montantes desviados. São recorrentes no Brasil escândalos envolvendo esquemas em empresas estatais, desvio de merenda e de verbas para a educação, superfaturamento de serviços prestados a hospitais por Organizações Sociais, além de fraudes em licitações de todos os tipos (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017, p.17).

Acresce-se a isso, o fato de que o Estado aumentou as suas prestações e, com isso, sua estrutura administrativa se tornou fragmentada e hierarquizada, mas também, adotou princípios econômicos neoliberais, de tal forma que ele contrata outros indivíduos para prestar determinados serviços ou fornecer determinados bens.

Dito isso, estamos no ambiente da contratação pública, que muito embora disponha de uma série de medidas relacionadas à transparência, publicidade, moralidade e probidade para garantir que o Estado irá contratar com o melhor preço, o melhor bem ou serviço e, com isso, garantirem o interesse público, ainda é um espaço aberto ao interesse privado.

E o interesse privado sempre visa lucro. No caso das entidades sem fins lucrativos, ainda que esse não seja seu objetivo principal, o lucro pode ser auferido e revertido para os trabalhos realizados pela própria entidade e, de forma geral, elas têm o objetivo de garantir, ao menos, a continuidade da exploração de sua atividade, de tal forma que há um fim econômico por trás dos trabalhos realizados, ainda que ele esteja encoberto sob o princípio de prestar algum serviço de natureza pública essencial.

Nessa perspectiva, mesmo que uma contratação tenha sido perfeitamente lícita e vantajosa para o interesse público, ela ainda é mais vantajosa para o interesse privado, sendo muito difícil supor que um ente privado, uma empresa, que vise lucros, voluntariamente realize uma contratação com o ente público se não for economicamente vantajosa, ainda que com lucros mínimos ou, ao menos, para igualar com os seus custos operacionais.

Ademais, o fato de a legislação estabelecer critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa, torna o espaço propenso a prática da corrupção, já que aos indivíduos que não preencham tais requisitos pode ser economicamente viável a prática de uma conduta delitiva, a fim de ser contratado (juízo de custo-benefício em relação a lei). Em outras palavras, se o

critério de seleção é objetivo e a empresa não se encaixa, a única via para ser contratada seria a da ilegalidade.⁸³

Dessa forma, na prática, no ambiente da contratação pública, também afeito a fragmentariedade e participação de inúmeros autores, o interesse privado se sobrepõe ao público e, assim, torna-se propício para a prática da corrupção, que pode ocorrer nos mais diversos momentos: para influenciar a escolha de um bem ou serviço que será licitado; para manipular os dados do edital a ponto de limitar a concorrência ou favorecer determinado licitante; ao desclassificar licitante concorrente, para privilegiar um; ao fazer uma contratação direta fora das bases legais; corromper um fiscal para aprovar aquisição de bem ou contratação de serviço incorreto, dentre outras.

Portanto, a sociedade contemporânea exerce influência no objeto de estudo, tanto em cada ponto separado: intervenção delitiva, corrupção e contratação pública, quanto em sua análise conjunta: a intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública, de forma que a complexidade e a densidade econômica se verificam neles.

⁸³ Isso não significa que deva haver alguma mudança para colocar critérios subjetivos de seleção das propostas, que também são passíveis de práticas de corrupção, mas que ao entender o ambiente da contratação pública é, em si mesmo, propenso a essas práticas, é possível que sejam estabelecidos melhores critérios de controle, a ser objeto de uma política pública.

4. O OBJETO PELA ÓTICA POLÍTICO-CRIMINAL

Esse capítulo tem por objetivo analisar a intervenção delitiva, nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública em uma perspectiva de Análise de Política, com enfoque no reconhecimento do problema, para que se verifique a necessidade de eventuais medidas político-criminais para a contenção da codelinquência nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública e também se subtraia valores de política criminal que possam ser vinculados ao caso.

4.1. ANÁLISE DE POLÍTICA: O RECONHECIMENTO DO PROBLEMA

Uma das ciências que compõe o Sistema Jurídico-Penal, a Política Criminal, segundo Roxin (2000b) consiste nos “métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade” (ROXIN, 2000b, p.2), em outras palavras, à Política Criminal se reservaria a missão de cumprir a função social do Direito Penal.

Acerca da Política Criminal, Fernandes (2001) expõe que ela seria “um sector objectivamente delimitado da política jurídica geral: é a política jurídica no âmbito da justiça criminal” (FERNANDES, 2001, p.47), de forma que, caberia à Política Criminal rever a seara penal e medir as sanções, de acordo com a missão da justiça criminal e conclui:

Pelo exposto, numa aproximação conceitual a política criminal pode ser entendida como uma projecção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social. Mais emblematicamente sobre a proeminência do papel da política criminal no tempo presente, afirma-se que é das suas proposições, obtidas através da projecção dos problemas jurídicos no contexto mais amplo da política social, que se poderá esperar uma contribuição para o domínio do problema do crime (FERNANDES, 2001, p.49).

Nesse sentido, o art. 59⁸⁴ do Código Penal vigente, ao estabelecer as funções da pena, consagra também duas bases que devem orientar a Política Criminal brasileira, no sentido de cumprir a função social do Direito Penal, que é a reprovação e a prevenção do delito.

⁸⁴ “**Fixação da pena.** Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]” (BRASIL, 1940).

Por ser um setor das políticas públicas aplicada no âmbito da Justiça Penal, à Política Criminal estaria reservado também a aplicação dos conceitos, teorias e ferramentas que auxiliam na Análise de Política (*Policy Analysis*).

De maneira geral, o campo de pesquisa de Análise de Política já se encontra bastante consolidado no exterior e, no Brasil, cada vez mais as políticas públicas tem se convertido em objeto de análise e, em suma, a Análise de Política consiste na “ciência do Estado em ação ou, mais precisamente, como uma metodologia de investigação social aplicada à análise da atividade concreta das autoridades públicas” (SERAFIM; DIAS, 2012, p. 122).

Para entender melhor essa ciência, é importante diferenciá-la da Avaliação de Política:

Embora compartilhem o objeto central que exploram (a política pública), a avaliação e a análise constituem exercícios bastante diferentes. O avaliador, por um lado, se ocupa, fundamentalmente, da apreciação dos resultados da política (ou ainda ações, programas e projetos), atendendo para categorias como eficiência, eficácia e efetividade, derivados da comparação entre metas e resultados (CAVALCANTI, 2005). O analista, por sua vez, atenta para elementos de natureza muito mais sutil. Sua preocupação central é com o processo de construção da política pública, em especial no que se refere à definição da agenda. A Análise de Política enfatiza aspectos como os valores e os interesses dos atores que participam do jogo política, a interação entre eles, a arquitetura de poder e a tomada de decisões, conflitos e negociações etc. (DAGNINO; DIAS, 2008) (SERAFIM; DIAS, 2012, p.126).

Nessa perspectiva, enquanto a Avaliação de Política parte de um juízo *ex post* da política, pautado em uma comparação de metas e resultados, a Análise de Política faz uma apreciação tanto *ex-ante*, quanto *ex-post* dos processos de construção da política pública.

Já que parte de um juízo *ex-ante*, os modelos de análise de política normalmente evidenciam uma percepção do Estado, considerando o contexto social, econômico e político no qual se está inserido e da dinâmica político-social que o engendra. E, para entender como ocorre o processo de elaboração de políticas, partindo de um modelo sistêmico, D. Easton parafraseado por Renato Dagnino, Paulo Arcoverde Cavalcanti e Greiner Costa (2016), compreende que a vida pública consiste em “um processo que engloba *inputs* (entradas ou perguntas, que vêm do ambiente externo (econômico, religioso, cultural, etc.), que se transforma em *outputs* (saídas ou respostas) – as decisões políticas” (DAGNINO; CAVALCANTI; COSTA, 2016, p. 195). Esses *outputs*, por sua vez, retornam ao ambiente circundante e provocam novas perguntas.

Percebe-se que a política, então, passa por cinco momentos sucessivos e interligados: 1) o primeiro destinado a *identificação do problema*, que será melhor explicado a seguir; 2) a conformação da agenda, que consiste na incorporação do problema observado no estágio anterior na agenda do governo; 3) a formulação da política – é quando a política pública começa a ser elaborada para resolver um determinado problema, definindo-se metas e resultados a

serem alcançados; 4) a implementação da política – é o momento em que a política pública já formulada passa a ser implementada e 5) a avaliação da política – é o juízo *ex post* da política pública, verificando se as metas e resultado foram alcançados. De maneira que os três primeiros momentos consistem na racionalidade, no pensar sobre a criação de uma política pública.

Diante da ausência de uma política pública sistematizada e constituída sobre a intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública, nos propomos a reverter o estudo ao primeiro momento da análise de política. De forma que, em primeiro lugar nos questionamos se os delitos de corrupção ocorridos no especialíssimo âmbito da contratação pública podem ser reconhecidos como um problema.

A esse respeito, Milena Pavan Serafim e Rafael de Brito Dias (2012) apontam que o reconhecimento do problema na análise de política “procede de forma subjetiva e interessa por esses atores, ou seja, ele resulta do entendimento, dos valores, das ideias e métodos desses atores” (SERAFIM; DIAS, 2012, p.128) e ele estaria sujeito a quatro definições:

Dery (1984) trabalho com quatro definições de problemas: 1. Problema como situação – o problema é definido como uma simples situação não desejável ou um simples estado de dificuldade observado; essa definição não observa as diferenças de concepções de problema social (a diferença de concepções entre neoliberais e social-democratas, por exemplo); 2. Problema como discrepância – o problema é definido como a discrepância entre o que é e o que deveria ser; essa definição pressupõe que todos tenham um conhecimento prévio e a mesma concepção do que deveria ser e das soluções, para se alcançar o ideal; 3. Problema como discrepância solucionável – esta definição oferece uma solução intermediária entre as duas posições acima, entre aquilo que é aquilo que deveria ser; essa definição compreende que a solução de um problema melhoraria a situação inicial, mas não levaria ainda a uma situação ideal; 4. Problema como oportunidade – esta concepção entende que os problemas são subjetivos e não são fáceis de ser (sic) identificados, sendo necessária uma construção analítica sobre eles (SERAFIM; DIAS, 2012, p.128-129).

De forma geral, podemos afirmar que a ocorrência de delitos de corrupção, no âmbito da contratação pública, se trata de um “Problema como discrepância”, isso porque há um entendimento partilhado de que a corrupção é um desvio ético e sempre irá ferir a moralidade, ainda que tenha sido realizada com objetivos positivos.

A situação que deveria ser observada, então, é a total inexistência de condutas responsáveis por corromper, bem como das corrompidas, em quaisquer âmbitos de relações, sejam elas públicas ou particulares e, também, senão principalmente, na contratação pública.

A respeito da corrupção ocorrida no âmbito da contratação pública, estudo coordenado por Michael Freitas Mohallem e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (2017), evidenciou que se trata do principal problema da corrupção pública:

No âmbito do Poder Executivo, o processo licitatório é, sem dúvida, a principal e mais ampla porta de entrada para a corrupção no setor público – a OCDE estima que 20 e 25% do orçamento global destinado às licitações se perdem por causa da corrupção, algo em torno de 2 trilhões de dólares anuais (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017, p.17).

Especificamente quanto à intervenção delitiva, nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública, a questão pode ser encarada de duas formas. A primeira consiste em perceber o objeto como um problema em si mesmo, um “problema como situação”, uma situação não desejável e um estado de dificuldade apresentado. A segunda, ao relacionar a intervenção delitiva com o já existente “problema como discrepância” dos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública, é possível compreendê-la como um “problema como discrepância solucionável”, na medida em que melhoraria a situação inicial.

Na primeira visão, a intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública é uma situação não desejável porque pressupõe a existência de vários indivíduos participando da empreitada delitiva que, levado a termos máximos, pode significar a disseminação da prática delitiva no espaço público.

Como já mencionado, a corrupção é também vista como um “crime de colarinho branco”, que pode ser aprendida e, dentro de um âmbito de criminalidade sistemática, o aprendizado se dá por associação direta ou indireta com àqueles que já praticavam o delito, responsáveis por transmitir, por intermédio da comunicação, a técnica delitiva. E, para que haja a comunicação, são necessários ao menos dois interlocutores, favorecendo a intervenção delitiva.

Na segunda compreensão, embora concordemos que a prevenção ao específico ponto da intervenção delitiva pode gerar melhorias na situação inicial do problema da corrupção no âmbito da contratação pública, por ser um eixo que liga a corrupção (que na modalidade passiva “receber”, pressupõe um “pagador”) e a contratação pública (ambiente que liga o “público”, contratante, ao privado, “contratado”), já que está vinculada a intervenção de mais de uma pessoa no delito, não vislumbramos que seja algo “solucionável”.

Em nosso entendimento, a “intervenção delitiva” não é um “problema solucionável” porque está vinculada a termos estruturais da nossa sociedade, como a divisão do trabalho, a organização em rede, a economia e o risco, mas é um problema que pode ser prevenido e reprovado e está intimamente relacionado ao problema da corrupção ocorrido no específico âmbito da contratação pública, de forma que, uma política pública gerada exclusivamente para esse fim, pode trazer efeitos positivos quanto ao “problema como discrepância” já mencionado.

No mais, é possível falar que o reconhecimento do problema está ligado há fatores que podem ser internos ou externos. Conforme Serafim e Dias (2012), fatores internos seriam aqueles relacionados aos aparelhos produtores de políticas públicas e, fatores externos podem ser: a) crises ou escândalos; b) emotividade e impacto emocional; c) magnitude da população afetada; d) pressão dos grupos de interesse; e) meios de comunicação; f) momento do ciclo político; g) tradição e cultura, ou valores sociais.

Quanto à intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública, podemos verificar que embora a corrupção tenha sido um ponto de destaque no discurso do atual Executivo, pouco foi feito em termos de políticas públicas para solucionar esse problema, de forma geral, muito menos, em sua manifestação no âmbito da contratação pública e ainda menos no tocante à sua relação com a intervenção delitiva.

Pelo contrário, o já citado estudo “*Brazil: setbacks in the legal and institucional anti-corruption*” elaborado pela organização sem fins lucrativos “Transparência Internacional” indica que foram colocados efetivos entraves ao combate à corrupção pública no país, que apontava avanços desde a reabertura democrática pós Ditadura Militar, sendo que a via da intervenção delitiva, como um ponto fundamental para isso, pouco chegou a ser considerada.

Contudo, no que diz respeito, aos fatores externos que impulsionam o reconhecimento do problema, o tema da intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública se destaca em todos eles.

Não é novidade que os casos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública tem sido objeto de *crises e escândalos*, sendo que nesse ponto, está correlacionado a atuação dos *meios de comunicação* e observada a atuação de um vasto número de intervenientes, em estruturas organizadas.

Notadamente, há casos concretos de delitos de corrupção no âmbito da contratação pública que envolvem atores de grande notoriedade pública, como políticos de renome e do alto escalão e grandes empresários e, quando tais casos são repercutidos pelos meios de comunicação, adquirem o patamar de escândalos. A título de exemplificação podemos citar o famoso caso do *Mensalão* e toda a operação *Lava Jato*, da qual se desdobrou o caso analisado, casos emblemáticos e responsáveis por fomentar o debate quanto ao tema e engendrar uma mudança na percepção que se tem do problema.

Ademais, a repercussão desses casos no cenário nacional e internacional propulsionam crises, porque gera na população uma perda de confiança no correto funcionamento das instituições democráticas e, conseqüentemente, na visão externa, uma perda de confiança no país, principalmente para fins políticos e comerciais.

A intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública é também assunto de grande *emotividade e impacto emocional*, bem como afeta a população de forma considerável. É tema sensível porque, de certa forma, há um desvio de finalidade da máquina pública que deixa de atender ao bem comum para satisfazer interesses particulares, fazendo crer que, devido a quantidade de intervenientes, é uma prática difundida em todos os setores e, até mesmo, sendo imputada pela opinião popular a todos àqueles que, de alguma forma, exercem a função pública.

Não bastando, ainda que consideremos a Administração Pública como a efetiva afetada pelos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública, esse delito gera uma sensação de que houve violação por toda a comunidade (*magnitude da população afetada*), já que todos somos responsáveis pelo pagamento de tributos que colocam a máquina pública em funcionamento, cujo fim de atender ao interesse público foi desviado para atender a interesses particulares.

Essa sensação de que a população foi afetada é ainda maior quando os delitos de corrupção estão diretamente relacionados na aquisição de um produto ou prestação de um serviço ao qual a população seria destinatária, por exemplo, a compra de alimentos para fornecimento de merenda nas escolas; a compra de medicamentos para tratamentos médico-hospitalares fornecidos pelo SUS; a construção de um hospital público, dentre outros casos.

O tema é também objeto de *pressão de grupos de interesses*, seja por intermédio de grupos que efetivamente pretendem que sejam criadas políticas públicas para a contenção da corrupção, tanto por grupos que efetivamente desejam que nada seja realizado⁸⁵, para que possam continuar se aproveitando das práticas delitivas como forma de obter vantagens e lucratividade.

Além disso, embora no *momento do ciclo político* atual pouco tenha sido feito em termos de políticas públicas para efetivamente conter as práticas corruptas, o combate à corrupção é constantemente objeto do discurso político, podendo facilmente serem incorporadas em qualquer agenda, que tentam *reforçar os valores sociais* de moralidade e probidade públicas.

Quanto aos valores sociais de moralidade e probidade, na hipótese de ser trazido o contra-argumento com base em uma cultura brasileira de tolerância as práticas de corrupção, fundamentada no “jeitinho brasileiro” e no “rouba, mas faz”, este que se relaciona a políticos que praticariam atos ilícitos na gestão pública, mas, em contrapartida realizariam feitos satisfatórios ao interesse público e que seriam, em tese, melhores que seus opositores que, por

⁸⁵ Ressalta-se que, em termos de Análise de Política, tão importante quanto reconhecer um problema e implementar uma política para resolvê-lo, é reconhecer um problema e se omitir quanto a buscar uma via de solucioná-lo.

sua vez, nada fariam em prol do interesse público e, mesmo assim, praticariam atos contra a Administração Pública, é possível afirmar que essa cultura se manifesta:

De fato, é possível identificar historicamente uma tolerância cultural à corrupção no Brasil, devida em bora parte ao individualismo no qual o Estado educou seus cidadãos e conformou o próprio interesse público. Nesse sentido, observa-se que o próprio sistema jurídico-penal brasileiro tem incentivado a cultura individualista, estando ainda fortemente voltado à proteção patrimonial, conforme evidencia a análise da proporcionalidade estabelecida em relação às sanções em geral impostas, bem como dos destinatários materiais das normas incriminadoras, fundamentalmente os condenados por delitos patrimoniais ou a esses correlatos, que representam quase a totalidade da população carcerária atual. Num contexto em que os interesses sociais fundamentais cedem espaço a valores importantes ao indivíduo, logicamente a prática de corrupção torna-se pouco perceptível, por não gerar de modo imediato prejuízos patrimoniais visíveis. Justamente por isso, tem-se no decorrer da história brasileira a atribuição de um relativo sentido social negativo aos desvios cometidos no âmbito da Administração Pública (BECHARA; FUZIGER, 2012, p.305).’

Contudo, conforme apontado por Ana Elisa Liberatore S. Bechara e Rodrigo José Fuziger (2012), estudos recentes apontam para uma crescente intolerância diante das práticas de corrupção, bem como da participação de vários indivíduos na empreitada delitiva, em decorrência de uma maior percepção de controle social, transparência e fiscalização que estão vinculados a reabertura democrática do país, pós Ditadura Militar.

Portanto, a intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública constitui em problema reconhecido que pode se tornar objeto de uma política pública, voltada a prevenção e a reprovação.

4.2. MEDIDAS POLÍTICO-CRIMINAIS PARA A CONTENÇÃO DO DELITO DE CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

De acordo com Fernandes (2001) não está reservada à Política Criminal apenas a missão de determinar como deverá ser a reação penal, “mas também a de selecionar aquilo contra o que deverá reagir-se de modo mais formalizado ou não e o tipo dessa formalização (maior ou menor)” (FERNANDES, 2001, p.49).

Dessa maneira, diante da compreensão de que os delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação devem ser reconhecidos enquanto um problema a ser solucionado por políticas públicas, seguimos com a análise de algumas propostas de medidas político-criminais para a contenção do referido delito.

Como ressaltam Bechara e Fuziger (2012), no Brasil há uma tendência de utilização do aparelho penal para o controle da corrupção em uma perspectiva repressiva. De forma que além dos tipos penais já existentes, há em tramite no Congresso Nacional projetos que visam a criação de novos delitos ou, ainda, o aumento da pena aos já existentes e até mesmo torna-los hediondos:

Notadamente, não há grande criatividade no âmbito penal, sendo sempre mais do mesmo: leis com ênfase no rigor exacerbado e pouco eficazes. Curioso notar, nesse sentido, que alguns dos projetos de lei surgidos nos últimos anos têm por autores parlamentares suspeitos ou acusados de condutas ilícitas relacionadas à corrupção em geral, o que reforça o sentido meramente comunicacional e político de tais propostas (BECHARA; FUZIGER, 2012, p.312).

Os autores complementam apontando que, embora haja uma busca pelo aumento da repressão aos delitos de corrupção, os resultados dessa política são infrutíferos, principalmente porque na maioria dos casos não haveria recuperação dos prejuízos causados, ou afastamento do funcionário público da função desenvolvida, ou, ainda, algum tipo de sanção à empresa responsável por coibir a reincidência na prática lesiva.

Bechara e Fuziger (2012) ressaltam ainda que parte considerável dos casos de corrupção chegariam ao conhecimento do Estado mediante denúncias de parentes, conhecidos ou desafetos. Fato que evidencia a carência de um instrumento de fiscalização efetivo e um canal mais adequado de denúncia e concluem: “Tais dados empíricos evidenciam o fracasso do sistema penal no sentido de propiciar por si mesmo o controle da corrupção no Brasil, funcionando apenas como instrumento político de governo com caráter simbólico” (BECHARA; FUZIGER, 2012, p.312).

Em semelhante sentido, no ano de 2017, foi realizado pelo curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas situada no Rio de Janeiro (FGV Direito Rio), um estudo denominado “Diagnóstico Institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção”. A referida pesquisa contou com o financiamento do *Prosperity Fund*⁸⁶, do *Foreign and Commonwealth Office*⁸⁷, do Reino Unido e a parceria com o Ministério da Justiça.

O objetivo era analisar como o governo do Reino Unido implementou um plano anticorrupção com 66 medidas e, com isso, por intermédio de um diagnóstico institucional, fornecer ao governo brasileiro instrumentos para a luta contra corrupção.

Assim como foi implementado no Reino Unido, a proposta é que o combate a corrupção se dê em quatro eixos:

⁸⁶ Tradução Nossa: Fundo de Prosperidade.

⁸⁷ Tradução Nossa: Ministério das Relações Exteriores

Esse plano usa os eixos **perseguir**, **prevenir**, **proteger** e **preparar** para organizar as diversas ações que propõe. No eixo **perseguir** estão incluídas ações destinadas a fortalecer a resposta dos órgãos policiais e a aprimorar os mecanismos regulatórios contra a corrupção; a garantir que poderes legais sejam efetivamente disponíveis às autoridades competentes; e a impedir que fluxos financeiros ilícitos originados na corrupção se integrem à economia formal. Já em relação ao eixo **prevenir**, o foco é fortalecer os sistemas de integridade de setores-chave e de instituições privadas e públicas, dissuadir profissionais de se engajar em práticas corruptas ao aumentar a conscientização sobre esse problema e suas consequências.

Abarcadas pelo eixo **proteger** estão ações destinadas a aumentar a transparência e a abrir o banco de dados governamentais ao público e a revisar os pontos de vulnerabilidade à corrupção do sistema do Reino Unido. Por fim, em relação ao eixo **preparar** incluem-se ações para aprofundar a cooperação internacional a fim de reduzir o impacto da corrupção mundial e aumentar a proteção de *whistleblowers*⁸⁸ (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017, p.8).

De forma que, no tocante à política criminal propriamente dita, há um predomínio dos eixos perseguir (reprovar) e prevenir. Os eixos proteger e preparar seriam de responsabilidade da política pública, de modo geral, não necessariamente criminal.

No Brasil, o problema da corrupção é insistente e os autores apontaram que: “A principal lição que as experiências recentes forneceram é que o ponto nodal da corrupção, no Brasil, são os processos de contratação pública” (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017, p.145), sendo que, nesse campo é que deveriam estar concentradas as medidas de políticas públicas para o enfrentamento do problema.

Quanto ao eixo perseguir, ressalta-se que, na elaboração do estudo foi detectado que no ordenamento jurídico brasileiro muito já foi realizado em termos de robustecimento da estrutura legislativa para conter a corrupção, tendo por exemplo, a Lei de Acesso à Informação, a Lei de Organizações Criminosas, bem como a Lei nº 12.846, que possibilitou a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos praticados contra a Administração Pública.

A esse arcabouço legislativo, estaria acrescido o aumento das forças-tarefas que visavam desfazer coletivos que praticavam a corrupção, bem como responsabilizar cada um dos intervenientes e o aprimoramento da Controladoria-Geral da União: “Inquéritos se multiplicaram, processos administrativos se disseminaram e processos judiciais sobre corrupção e improbidade administrativa chegaram aos tribunais em números antes inimagináveis” (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017, p.145).

Ainda assim haveria espaço para melhorias, em especial quanto aos mecanismos institucionais necessários para se implementar uma política pública efetiva de controle e enfrentamento da corrupção. Não é que no Brasil falem instituições responsáveis por combater

⁸⁸ *Whistleblower* é o termo utilizado para se referir ao denunciante de um determinado ato ilícito às autoridades policiais.

a corrupção, porque, nesse âmbito, atuam o Ministério Público, a Polícia Federal, a Controladoria-Geral da União, os Tribunais de Contas, dentre outras instituições, o que falta é uma coordenação das ações para que “se evite repetições e desperdícios e que se empreenda a necessária abordagem multissetorial e multifocal, alcançando todos os níveis da Federação, em ações prioritizadas” (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017, p. 146).

Há um destaque para a atuação da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), que representou uma iniciativa de coordenar os órgãos públicos relacionados ao enfrentamento do problema:

Nesse papel de coordenação, foi responsável por múltiplas iniciativas, inclusive algumas das já mencionadas e continua até hoje servindo de fórum para o encontro desses autores e planejamento de ações relevantes. Entretanto, o passar dos tempos gerou problemas. A ENCCLA cresceu e se tornou um fórum grande e numeroso. A restrição de seu funcionamento inicial não foi resolvida e limitações financeiras continuam impedindo que ações mais ambiciosas se concretizem. De outro lado, precária participação da sociedade civil ameaça a efetiva conclusão das ações planejadas e impede que ela se torne uma iniciativa conhecida, reconhecida e cobrada por parte do público em geral (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017, p. 146).

Inclusive, quanto a uma coordenação das instituições no combate a corrupção é o ponto em que se aprende maiores lições sobre a experiência do Reino Unido.

Quanto ao eixo da prevenção, ele está fortemente relacionado ao eixo de ações de proteção, porque, segundo Mohallem e Ragazzo (2017, p. 145), seria necessário verificar o grau de transparência dos processos licitatórios que conduzem à contratação pública, já que “a transparência é o instrumento capaz de revelar e dissuadir corruptores, mediante a possibilidade de um controle disseminado (social) e concentrado (interno e externo) dos atos que compõe aquele processo” e, principalmente, no âmbito de atuação dos municípios e tribunais de conta.

4.3. MEDIDAS POLÍTICO-CRIMINAIS PARA O PROBLEMA DA INTERVENÇÃO DELITIVA NOS DELITOS DE CORRUPÇÃO OCORRIDOS NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

4.3.1 Da reprovação

De forma geral, a reprovação legal da atuação em conjunto de diversos indivíduos na empreitada delitiva vem sendo, há muito tempo, objeto de discussão na doutrina e jurisprudência.

Nesse campo, há particular preocupação quanto à (in)suficiência dos instrumentos normativos dogmáticos existentes no nosso ordenamento jurídico e, também, no ordenamento jurídico de outros países para responder aos atuais problemas da criminalidade, coletiva e organizada, principalmente quando estamos diante de delitos econômicos.

Isso ocorre porque, atualmente, há um problema na imputação e também responsabilização de todos os intervenientes do delito que se produz pelo uso de uma estrutura hierarquizada, especializada e com distribuição de funções, como explica Díaz Y García Conlledo (2007)⁸⁹, que é o caso das empresas, das repartições públicas e, também, inerente ao processo da contratação pública, que pressupõe a divisão em diversas etapas e com o envolvimento de diversos setores de um órgão ou entidade pública.

Díaz y García Conlledo (2007, p.117) complementa dizendo que a estrutura organizada dessas instituições, quando envolvidas em práticas delitivas, fazem com que os preceitos dogmáticos relacionados a intervenção delitiva dos ordenamentos pareçam não estar muito bem adaptados para lidar com o problema, porque foram pensados para a atuação de um único indivíduo, ou, quando muito, em conjunto com outros poucos intervenientes.

Contudo, no tocante a delinquência econômica, da qual faz parte a corrupção ativa e passiva, parece haver uma mudança no centro de atuação dos intervenientes, não mais em seus executores imediatos, mas sim, nos imediatos:

⁸⁹ Nesse sentido: “[...] una estructura compleja que se caracteriza, entre otras notas, por las de distribución de funciones y división del trabajo y de jerarquía, especialización y complementariedad (también descentralización de las decisiones y controles, a menudo)” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2007, p. 117). Tradução Nossa: “[...] uma estrutura complexa que se caracteriza, entre outras notas, pela distribuição de funções e divisão de trabalho e hierarquia, especialização e complementariedade (também descentralização de decisões e controles, muitas vezes)” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2007, p. 117).

En la delincuencia empresarial parece precisamente que el centro de gravedad no radica en los ejecutores inmediatos, que bien pueden ser meros actuantes de propia mano sin capacidad de decisión y, a veces, sin conocimiento exacto de lo que llevan a cabo, aunque otras son verdaderos especialistas (“ejecutivos agresivos”, contables, etc.), sino en “los sujetos de arriba”, los que adoptan decisiones que otros ejecutan. Ello se ve complicado además por difíciles problemas probatorios en el entramado empresarial, en los que aquí no puedo entrar. Por todo ello ha tenido éxito la expresión de Beck de “irresponsabilidad organizada”⁹⁰ (DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, 2007, p.117).

Em outras palavras a intensa divisão do trabalho, com distribuição de funções, hierarquia, especialização e complementariedade, descentralização das decisões e controle faz com que não necessariamente aqueles que estão executando o delito, que estão praticando a conduta descrita no tipo penal, sejam os verdadeiros responsáveis pela sua ocorrência, porque, muitas vezes não dispõem do conhecimento exato sobre aquilo que estão praticando e são utilizados na mera perspectiva de um “instrumento”.

Além desses complicadores gerais, relativas à utilização de aparatos previamente organizados e a divisão de tarefas, há também desafios quanto à reprovação da intervenção delitiva nos delitos de corrupção que são específicas do nosso próprio ordenamento jurídico.

Como será melhor tratado adiante, o instituto do concurso de pessoas faz com que há todos os intervenientes do delito seja imputado um único tipo penal.

Isso gera uma problemática de imediato porque em nosso ordenamento jurídico foi realizada uma diferenciação em termos qualitativos quanto à corrupção passiva e a corrupção ativa, que são designadas como tipos penais diferentes.

Não bastando, ainda, a corrupção passiva é uma conduta reservada ao funcionário público, nesse sentido, há problemas sobre a possibilidade ou impossibilidade de imputar esse mesmo delito a um interveniente que: 1) não seja funcionário público e, ainda, 2) se a contribuição desse interveniente que não é funcionário público seja mais relevante para o resultado final do delito, que a intervenção do funcionário público.

Dessa forma, em termos de reprovação, a intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública apresenta diversos desafios dogmáticos que serão mais profundamente analisados no capítulo a seguir.

⁹⁰ Tradução Nossa: “Na delinquência empresarial parece precisamente que o centro da gravidade não está nos executores imediatos, que podem ser meros atores de suas próprias mãos sem capacidade decisória e, às vezes, sem conhecimento exato do que realizam, embora outros sejam verdadeiros especialistas (“executivos agressivos, contadores, etc.), mas nos “sujeitos de cima”, aqueles que adotam decisões que outros executam. Isso também é complicado por problemas probatórios difíceis na rede de negócios, que não serão tratados aqui. Por tudo isso, a expressão de “irresponsabilidade organizada” de Beck foi bem-sucedida” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2007, p. 117).

4.3.2 Da prevenção

Frente às transformações introduzidas pela configuração atual da sociedade, que tem influenciado as formas jurídicas e os mecanismos de prevenção a criminalidade econômica, com especial preocupação diante do fenômeno da corrupção, tem surgido uma nova cultura organizacional vinculada à cultura de *compliance*, a esse respeito dispõe Eduardo Saad-Diniz (2014):

Interpreta-se a ausência de transparência e assimetria nas informações relevantes para as relações comerciais como problemas de corrupção e deslealdade econômica. Semelhantes crises conjunturais acabam provocando um estado generalizado de desestabilização da economia, potencializado pela dinâmica de crise global e recessão do modelo capitalista internacional. O diagnóstico do direito penal econômico atende aos mesmos pressupostos: tanto mais os fluxos voláteis de capital, o desemprego ou as instabilidades políticas instigam a sensação de insegurança da sociedade, tanto mais o clamor popular pelo enrijecimento das medidas sancionatórias afronta as liberdades individuais (SAAD-DINIZ, 2014, p. 112).

Em primeiro lugar, precisamos ter em mente no que consiste o *compliance*. Em termos linguísticos, *compliance*, como definido por George Miguel Restle Maraschin (2017), tem origem no termo “*to comply*” que, em inglês, significa “agir conforme as regras” (MARASCHIN, 2017, p. 22). Dessa forma, os atuais e tão falados “programas de *compliance*” consistem na “adoção de política de prevenção a infrações econômicas, mediante a implementação de mecanismos de controle interno e canais de comunicação externos, orientados por diretrizes básicas de governança regulatória” (SAAD-DINIZ, 2014, p.115-116).

Ainda sobre os programas de *compliance*, Saad-Diniz (2014) destaca que a combinação dos elementos acima mencionados “conduz a novos padrões de comportamento e cumprimento de dever e controle da tomada de decisões no âmbito empresarial” (SAAD-DINIZ, 2014, p. 116).

A adoção dos programas de *compliance* teve início nos Estados Unidos, no ano de 1991, com a publicação de um documento denominado “Diretrizes Federais para a Condenação de Organizações” pela Comissão de Penas dos Estados Unidos, no qual estavam estabelecidos “elementos específicos de um programa eficiente de *compliance*, sendo que as empresas que contassem com tais programas teriam suas penas abrandadas em caso de condenação por um tribunal norte-americano” (MARASCHIN, 2017, p.22).

No Brasil, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 que trouxe disposições sobre a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública,

nacional ou estrangeira, estabeleceu, expressamente, em seu art. 7º⁹¹, inciso VIII, que na aplicação da sanção será considerado “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”⁹² (BRASIL, 2013).

Nesse sentido, falar da existência hoje, de uma nova cultura organizacional que está relacionada a cultura de *compliance*

promove a ideia de que a gestão de negócios não se limita à eficiência dos resultados financeiros: a governança corporativa, somada a políticas institucionais de segurança de informação, reforça a confiança na liquidez e valorização das ações (SAAD-DINIZ, 2014, p.112).

O Autor ainda aponta para as consequências positivas em relação a adoção dos programas de *compliance* pelo setor privado:

No Brasil, esta renovação no modelo de mercado alcançará os processos de transferência de tecnologia e inovação tecnológica, além de particularmente restabelecer a lisura dos procedimentos licitatórios, menos vulneráveis a fraudes e com menos espaço à corrupção. Mais do que isso, representa enorme potencial de atração de mão-de-obra qualificada, investimentos diretos em treinamento e especialização contínuos, refletindo maior respeito à individualidade do trabalhador (SAAD-DINIZ, 2014, p.113).

Atualmente, a cultura de *compliance* não está restrita ao setor empresarial e privado, uma vez que tem sido também incluída na área pública. A esse respeito, Sandra Rosa Vespasiano Borges (2020) chama atenção para os casos que ganham o noticiário com “exemplos de má conduta, escândalos nas organizações e o custo da corrupção, em relação aos desvios de recursos públicos, [...] que repercute na confiabilidade do setor público e na contramão da sustentabilidade” (BORGES, 2020, p. 8). A Autora ainda afirma que:

O impacto afeta negativamente segmentos essenciais do setor público: *setor de contratações e licitação*, setor de gestão de pessoas, setores jurídicos e financeiros, setor de segurança de dados, setor de gestão de saúde, entre outros, criando um sistema econômico paralelo (e ilícito), o que arruína os cofres públicos. Tais eventos indesejáveis, trouxeram alerta aos sistemas de controle e gestão de riscos da governança *quanto aos riscos organizacionais*, não somente o financeiro e os legais como também deu um novo impulso aos mecanismos preventivos, detectivos e de remediação de fraudes e más condutas.

⁹¹ “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e X - (VETADO). Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal” (BRASIL, 2013).

O Compliance aponta para a *previsibilidade do risco*, devido ao não cumprimento das leis, e funciona como *estratégia de inteligência em gestão de riscos, diante de cenários que envolvem relações de trabalho entre o poder público e a empresa particular*, empresas de terceiro setor, partidos políticos etc (BORGES, 2020, p.8, grifos nossos).

Em relação a intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública, vemos que a adoção de programas de *compliance* tem forte caráter preventivo.

Isso ocorre porque, como já mencionado, a contratação pública é o ponto de encontro entre o setor público e o privado e, os programas de *compliance* podem ser adotados em ambos, reforçando ainda mais a existência de mecanismos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades, como a prática de corrupção, e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta nos dois âmbitos.

Não bastando, os mecanismos de *compliance* sejam eles aplicados ao setor privado ou ao público, fornecem a gestão de riscos organizacionais, que conduz a um maior controle sobre a divisão do trabalho, de forma eficiente, e dos centros de tomada de decisão, que implica de forma direta no problema da intervenção delitiva.

Por fim, os mecanismos de *compliance* introjetam uma nova cultura, com novos padrões de comportamento e cumprimento de dever, que são diretamente relacionados às questões éticas, de probidade e moralidade, essenciais para que se evite a disseminação entre os atuantes na contratação pública, sejam eles provenientes do órgão público ou da entidade privada, de práticas corruptivas.

4.4. VALORES DE POLÍTICA CRIMINAL EXTRAÍDOS DA ANÁLISE

Como já mencionamos, o Direito Penal se comunica pela norma, de forma que, em certa medida, quanto ao eixo de reprovação, é relevante em termos político-criminais que se reproduzam normas relacionadas ao controle da intervenção delitiva, nos delitos de corrupção ocorridos âmbito da contratação pública, sejam elas criminalizadoras de condutas ou responsáveis pelo recrudescimento das sanções impostas.

Contudo, diante de um amadurecimento do ordenamento jurídico e a demonstração de que, no tocante especificamente à corrupção, o tema já está suficientemente regulado, ressalvado um ou outro ponto que demanda aperfeiçoamento, não é mais necessário que nos aprofundemos sobre como deverá ser a reação penal, mas sim nos confrontamos com o

momento de melhor selecionar contra o que deverá se reagir e qual o melhor modo dessa reação. Há, todavia, questões a serem melhor analisadas quanto à intervenção delitiva nesses delitos.

Nesse ponto, como enfatizaram Bechara e Fuziger (2012, p. 313), há no ordenamento jurídico uma prevalência de normas voltadas apenas ao tratamento isolado do agente corrupto, que não consideram “o fenômeno da corrupção como rede de agentes e interesses relacionados e divididos em distintos momentos da esfera de atuação”.

Nessa medida, caberia a inserção do valor “organização” na análise desses delitos, compreendendo, principalmente, que nos encontramos em uma sociedade complexa, já afeita a divisão do trabalho, de tal forma que o fator “organização” é intrínseco não apenas à organização dos ambientes onde esses delitos ocorrem, em especial o da contratação pública, que é subdividido por excelência, como também o fato de que o delito em si mesmo e de forma abstrata prevê uma necessidade de organização mínima entre o “corruptor” e o “corrompido”.

Por fim, quanto à prevenção, o valor essencial é o da transparência que deve ser observado não apenas pelos aparatos onde os delitos ocorrem, mas também naqueles responsáveis por sua repressão e julgamento, que também estão sujeitos às práticas corruptas.

5. PERSPECTIVA DOGMÁTICA DO OBJETO

O quinto capítulo da pesquisa corresponde a projeção dogmática do objeto, em especial com a análise da categoria da intervenção delitiva (ou concurso de pessoas), afim de compreender as intervenções na forma de autoria e participação nos delitos de corrupção, ocorridos no âmbito da contratação pública.

5.1. INTERVENÇÃO DELITIVA OU CONCURSO DE PESSOAS

Como já mencionado, o cometimento de delitos ou, melhor dizendo, a violação de uma determinada norma penal, pode ser o resultado da atuação deliberada de duas ou mais pessoas. Há casos em que a participação em conjunto é necessária para que o crime ocorra e outros casos em que, muito embora a conduta típica possa abstratamente ser realizada por apenas um indivíduo, no caso concreto ela é produzida por dois ou mais, que são intervenientes na empreitada delitiva.

A primeira hipótese, da necessária atuação de mais de um indivíduo para a empreitada delitiva, versa sobre o concurso necessário de pessoas, delitos que em sua própria natureza são plurissubjetivos ou coletivos⁹³, a exemplo dos já mencionados delitos previstos no tipo penal associação criminosa (art. 288 do Código Penal) e do delito de organização criminosa (art. 1º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013).

Já a segunda hipótese, em que o delito poderia ser abstratamente cometido por apenas um indivíduo, mas no caso concreto ele é praticado por indivíduos em conjunto, que dividem entre si os encargos da empreitada delitiva.

Em nosso ordenamento jurídico atual, esse fenômeno recebe o nome de “concurso eventual de pessoas” ou, tão somente, “concurso de pessoas”. Autores como Esther de Figueiredo Ferraz (1976), ressaltavam que a intervenção delitiva necessita de quatro

⁹³ “Autores há, como SILVIO RANIERI por exemplo, que descem a análises aprofundadas e subtis do plurissubjetivismo, aí distinguindo os casos de delitos plurissubjetivos de condutas paralelas, de condutas convergentes e de condutas contrapostas. São, a seu ver, plurissubjetivos de condutas paralelas os delitos em que as ações de cada um dos sujeitos necessários se desenvolvem, em colaboração, no mesmo plano e na mesma direção, movendo-se do mesmo ponto em direção ao mesmo resultado (exemplo, em nosso direito, o da paralização do trabalho). Plurissubjetivos de condutas convergentes aqueles que ditas ações se desenvolvem, em colaboração, movendo-se de pontos opostos e uma em direção à outra (exemplo, o adultério e bigamia). Finalmente, plurissubjetivos de condutas contrapostas aqueles em que as referidas ações, desenvolvendo-se sempre em colaboração, movem-se ainda de pontos opostos mas já agora uma contra a outra (exemplo, a rixa)” (FERRAZ, 1976, p. 19-20).

pressupostos ou condições: “a) pluralidade de agentes, que se traduz na pluralidade de condutas; b) relação de causalidade material entre as condutas e o resultado; c) vínculo de natureza psicológica ligando as várias condutas; d) existência de um fato punível, ainda que a título de tentativa” (FERRAZ, 1976, p. 20-21).

Ainda que seja importante evidenciar tais características, ao menos que por uma análise histórico-evolutiva do instituto, na construção mais atual sobre o concurso eventual de pessoas, nem sempre esses quatro pressupostos ou condições são necessários, em especial quanto a (des)necessidade de existir um vínculo de natureza psicológica, que será melhor tratado adiante.

No mais, o concurso de pessoas subsiste desde a elaboração intelectual do delito, até a sua consumação, contudo, não abrange os atos praticados após o resultado delitivo, que são objeto de nova valoração. E é a partir do instituto gênero, concurso de pessoas, que surgem outras duas categorias para a análise: a autoria e a participação.

Logo no início de sua tese, “A co-delinquência no direito penal brasileiro”, a autora Esther de Figueiredo Ferraz (1976) cita o penalista alemão Wilhelm Sauer e aponta:

A teoria da participação criminosa deveria, na opinião de WILHELM SAUER, ser “natural, simples e desprovida de artifícios”. Desgraçadamente porém, lamenta o penalista alemão as “construções jurídicas” complicam-na de tal forma que ela passou a representar “um dos capítulos mais difíceis de toda a dogmática jurídico penal”. Aliás, já há mais de cem anos CHAUVEAU et HÉLIE punham em destaque a enorme dificuldade da matéria, “uma das mais espinhosas do direito penal” e a que “mais vivamente vem despertando a meditação dos criminalistas” (FERRAZ, 1976, p.1-2).

Pois bem, é nesse aspecto, concurso eventual de pessoas, que se remanesce um dos maiores desafios da dogmática penal contemporânea, principalmente no tocante à valoração da conduta individual de cada um dos intervenientes do delito e, ainda, como será imputado o crime cometido: se cada interveniente responderá por um único delito ou se é possível que respondam por delitos distintos e autônomos.

Por fim, na pesquisa, optamos por utilizar o termo “intervenção delitiva” para se referir ao instituto denominado em nosso ordenamento por “concurso de pessoas”, que já é utilizado pela doutrina e jurisprudência espanhola, bem como por algumas referências latino-americanas. Entendemos que o termo é mais apropriado para denominar o fenômeno que a legislação pretendia tratar, que é, justamente, a atuação em conjunto de indivíduos (intervenientes) para o cometimento de um delito, em outras palavras, a intervenção de mais de um indivíduo na empreitada criminosa, para realização do tipo penal.

5.2. AS TRADICIONAIS TEORIAS DA INTERVENÇÃO DELITIVA

Como já foi mencionado, diante da possibilidade de indivíduos em um empreendimento comum cometerem delitos que, a princípio e abstratamente, poderiam ser cometidos por um único, surgiu o questionamento sobre como ocorreria a imputação de um delito a cada um dos seus intervenientes, fazendo surgir algumas teorias a respeito⁹⁴.

5.2.1. A teoria pluralista ou pluralística

Segundo a teoria pluralística, a “pluralidade de agentes corresponde à pluralidade de crimes” (BITENCOURT, 2015, p. 1197), ou seja, existirá a mesma quantidade de crimes cometidos que de intervenientes, sendo que, cada um praticará uma conduta delitiva.

Ferraz (1976) aponta que essa teoria, na perspectiva francesa, consiste na *teoria da cumplicidade delito distinto* e, na alemã, na *teoria da autonomia da cumplicidade*, de forma que, para os seus defensores, os intervenientes que concorram para o resultado delitivo, praticam “outros tantos delitos independentes, autônomos e de natureza *sui generis*” (FERRAZ, 1976, p.30).

A autora ainda conclui que, pela análise lógica da teoria pluralista, ela levaria à “abolição das formas de concurso criminoso” (FERRAZ, 1976, p.30), portanto, não existiria o concurso para a realização de um crime, mas tão somente a realização concomitante de vários crimes, diversos e independentes.

⁹⁴ Embora seja comum a utilização e menção às teorias da intervenção delitiva na doutrina jurídico-penal brasileira, Beatriz Camargo Corrêa (2018) aponta que elas consistiriam em pseudoteorias e justifica: “Ao longo das últimas décadas, a doutrina brasileira voltou pouquíssima atenção ao problema dos sistemas de concurso de pessoas. Em razão disso, pode-se perceber certa confusão entre a delimitação conceitual dos sistemas de concurso de pessoas (acima diferenciados entre “monismo” e “dualismo”) e aquilo que no Brasil recebe a designação de teorias “monista”, “dualista” e “pluralista” no concurso de pessoas, as quais, em realidade, se apresentam antes como “pseudoteorias”. Além da necessidade de se evitar mal-entendidos com relação às questões que pretendemos abordar na discussão sobre a teoria do concurso de pessoas, uma diferenciação entre tais enfoques merece ser feita porque a análise sobre a desorientação metodológica da dogmática brasileira nesse tocante permite antecipar alguns pontos que serão desenvolvidos mais adiante” (CAMARGO, 2018, p.83-84). A autora ainda complementa que “Desde então, essas teorias foram reproduzidas na doutrina brasileira com a ausência de uma fundamentação teórico-argumentativa. Na atualidade, o que se percebe, é uma passagem de uma problematização acerca da responsabilidade penal para uma discussão sobre a técnica de produção normativa adotada pelo legislador. Trata-se, nesse sentido, de pseudoteorias” (CAMARGO, 2018, p.86). Camargo (2018) chama atenção para a utilização da ideia do “monismo” e do “dualismo” como modelos de responsabilização individual no concurso de pessoas, motivo pelo qual, ao menos didaticamente, se justifica a menção a estas teorias na presente pesquisa.

5.2.2. A teoria dualista ou dualística

Para a teoria dualística existem dois crimes: uma para os indivíduos definidos como autores e outro para os indivíduos que fossem considerados apenas como partícipes. Estabelece, então, dois planos de imputação, um principal, relacionado aos autores e um secundário, relacionado aos partícipes.

Conforme aponta Ferraz (1976) acerca da teoria dualista: a “consciência e a vontade de *concorrer* num delito *próprio* confere unidade ao crime praticado pelos autores; e a de participar no delito de *outrem* atribui essa unidade ao praticado pelos cúmplices” (FERRAZ, 1976, p.30).

5.2.3. A teoria unitária, monista ou monística

Segundo a teoria monista, a pluralidade de intervenientes e a multiplicidade de condutas individuais não são um obstáculo para que o delito seja compreendido como uma unidade.

Por essa perspectiva, ainda que nem todos os intervenientes tenham executado a conduta descrita no verbo núcleo do tipo penal, ou, em outras palavras, o ato material que irá consumir o delito, eles atuam em conjunto com o executor, prestando algum auxílio, ou determinando que ele execute a ação, instruindo-o, aconselhando-o, instigando-o, ou seja, contribuindo para que o delito ocorra.

Compreende-se, então, que o delito cometido em um empreendimento comum não se fracionaria em uma série de delitos distintos, ao contrário, ele se conserva como um único delito, íntegro e indiviso. Portanto, os indivíduos em conjunto cometem apenas um único crime, de forma que há “uma unidade do título de imputação” (BITENCOURT, 2015, p. 1199).

Por essa teoria, é possível compreender tanto que todos os intervenientes do delito respondem na qualidade de autores, adotando-se o sistema unitário, quanto que o delito é resultado da atuação de autores e partícipes, cujas condutas são qualitativamente distintas, ainda que tenham resultado em um mesmo delito, hipótese que se aplica um sistema diferenciador, que serão melhor demonstrados abaixo.

5.3. EVOLUÇÃO E DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

5.3.1. O sistema unitário

O sistema ou modelo unitário de autor é normalmente associado à inexistência de distinção e/ou ausência de gradação da intervenção delitiva sobre as diversas contribuições realizadas pelos intervenientes na materialização do delito. A legislação que adota o sistema unitário não estabelece critérios de relevância sobre as intervenções que são consideradas principais (autoria), em relação as intervenções que são consideradas acessórias (participação).

A esse respeito, esclarece Ortiz (2010, p. 25) “o conceito de autor adotado pelo sistema unitário é o mais amplo possível”. Logo, não há distinção intrínseca ou valorativa a respeito das diversas formas de contribuição ao delito, sendo todas tratadas por “autoria”.

O sistema unitário tem origem nas teorias causais, especificamente na *Teoria da equivalência das condições*, segundo a qual a causa de um resultado delitivo seria toda e qualquer condição, sem a qual, o resultado não teria sido produzido.

A *Teoria da equivalência das condições* é expressada na máxima latina “*conditio sine qua non*”, condição sem a qual não se verificaria o resultado lesivo. Caso se tenha essa teoria como referência, conclui Roxin (2000a, p. 24) “*es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir del concepto unitario de autor*”⁹⁵.

Contudo, para Roxin (2000a), embora a teoria causal trace uma compreensão naturalista sobre o mundo exterior, ela “*es ciega al sentido y a los valores*”⁹⁶, porque, ainda de acordo com o Autor, apenas é possível diferenciar um coautor de um partícipe pela captação do sentido dos preceitos que distinguem autoria e participação, ou seja, por uma dimensão valorativa e normativa.

Portanto, conforme Ortiz (2010, p. 27), a preferência de alguns sistemas legislativos pela adoção do modelo unitário se justifica por um “anseio político-criminal”, vinculado à compreensão do delito enquanto obra, um empreendimento comum, de todos os intervenientes de igual modo, sem que seja realizada qualquer valoração sobre (ir)relevância de cada conduta específica e individualizada.

⁹⁵ Tradução nossa: “é óbvio negar a diferença entre autores, cúmplices e indutores a partir do conceito unitário de autor” (ROXIN, 2000a, p. 24).

⁹⁶ Tradução nossa: “é cega ao sentido e aos valores” (ROXIN, 2000a, p.26).

5.3.2. O sistema diferenciador

O sistema diferenciador, que se opõe ao unitário, de forma geral, acolhe todas as teorias que realizam distinção entre as categorias da autoria e da participação. Dito de outro modo, o sistema diferenciador abrange os conceitos extensivo e restritivo de autor e, também, as teorias da participação vinculadas a eles, tais como as teorias subjetivas, objetivas e as relacionadas aos critérios do domínio, de infração de um dever e determinação objetiva e positiva do fato.

Para melhor esclarecer as teorias que se encontram sob o “guarda-chuva” do sistema diferenciador, o conceito extensivo de autor é, tal qual o conceito unitário, um fruto da teoria da equivalência das condições.

Segundo o conceito extensivo de autor, não haveria uma diferença substancial entre autoria e participação. Entretanto, para essa teoria, haveria uma diferenciação do autor em relação ao partícipe conforme no seguinte sentido: “partícipe é partícipe não porque sua contribuição ao crime possua, em si, menor relevância, mas porque a lei previu expressamente uma hipótese que lhe limita a punibilidade” (ORTIZ, 2010, p. 34).

Dessa maneira, intimamente vinculada ao conceito extensivo de autor, se configura a participação em sentido estrito, que é entendida como uma causa de restrição da punibilidade. A compreensão da participação em sentido estrito também se justifica pelas teorias causais, já que se o legislador não tivesse determinado a participação, ela seria considerada autoria.

Em outras palavras, já que para a teoria causal não haveria significativa distinção entre autoria e participação, a diferenciação se dá por um critério adotado pelo legislador, que poderia ter escolhido realizar de outro modo e se assim fosse feito, a autoria e a participação seriam compreendidas pela regra geral que consiste em verificar ambos os modelos de intervenção delitiva como manifestações de autoria.

Além das críticas realizadas por Roxin (2000a) sobre a teoria causal, que foram apontadas no sistema unitário e que também se aplicam ao conceito extensivo de autor, bem como à participação em sentido estrito, essas teorias também são falhas por não explicarem eventual responsabilização do *extraneus*⁹⁷ em um delito de infração de dever.

Como será melhor tratado adiante, se um delito de infração de dever é uma categoria específica, cujo rol de possíveis autores está restrito em virtude da existência de dever

⁹⁷ O vocábulo latino “*extraneus*”, significa “estranho” e é amplamente utilizado no âmbito da intervenção delitiva, para tratar sobre o indivíduo que não dispõe da qualidade especial necessária para praticar delitos especiais, como por exemplo, o particular que não é funcionário público e, em tese, não poderia praticar delitos de funcionário público.

extrapenal especial, que apenas se aplicaria ao *intraneus*⁹⁸, a condenação de um *extraneus*, ainda que hipotética, resultaria em causa extensiva da punibilidade e não o oposto.

Passando, por sua vez, ao conceito restritivo de autor, há a compreensão de que os conceitos de autor e partícipe são distintos e “pressupõe a existência de diferenças intrínsecas entre ambas, que não se situariam apenas no âmbito da culpabilidade” (ORTIZ, 2010, p.41), diferente do conceito extensivo de autor, isso conduz à ruptura com as teorias causais:

Esta cisão é o marco inicial da concepção restritiva. Sua nota característica consiste em conceber a autoria como um conceito primário, definido a partir de critérios positivos. A participação, em contrapartida, passa a ser conceito secundário – delimitado negativamente -, sendo o partícipe aquele que não é autor. Assim, nem todo interveniente poderá ser considerado autor da conduta típica, mas apenas aqueles que reúnam as condições necessárias (ou tais critérios positivos) para tanto (ORTIZ, 2010, p.42).

Já quanto as teorias objetivas, elas são divididas em duas frentes: a objetivo-formal e a objetivo-material.

A teoria objetivo-formal define autoria por meio da delimitação do tipo, ou seja, há uma vinculação à literalidade gramatical da legislação, então, autor seria o interveniente que realiza ou executa, seja total ou parcialmente, os verbos núcleo do tipo. Os partícipes seriam todos os outros intervenientes que, de alguma outra forma, contribuíssem para a ocorrência do delito, sem, contudo, realizar qualquer das condutas descritas no tipo penal.

A teoria objetivo-formal parte de uma compreensão alcançada por intermédio do conceito restritivo de autor, segundo a qual a participação é delimitada negativamente (por exclusão), ou seja, a participação é verificada após a análise de qual dos intervenientes seria considerado autor, sendo esta a análise primária.

A teoria objetivo-material, como o próprio nome revela, compreende o autor a partir de critérios materiais, que estão sobrepostos à literalidade das condutas descritas nos verbos núcleo de cada tipo penal. Segundo essa teoria, o critério material corresponde ao “valor objetivo da contribuição de cada qual dos intervenientes, identificando-se o autor como aquele que realiza a contribuição objetivamente mais importante para o sucesso delitivo” (ORTIZ, 2010, p.53), aos demais, cuja contribuição seja considerada de menor importância, será atribuída a intervenção a título de participação.

⁹⁸ Em oposição ao vocábulo “*extraneus*”, “*intraneus*” é utilizado para se referir àquele que dispõe da qualidade especial para praticar um delito especial, por exemplo, é um funcionário público e pratica um delito próprio de um funcionário público.

Por fim, a respeito das teorias subjetivas, embora em termos cronológicos sejam consideradas posteriores ao conceito restritivo de autor e às teorias objetivas, conforme Roxin (2000a, p. 25) “*no reconoce una relevante diferencia de la eficacia (del autor y del cómplice)*”⁹⁹ porque elas compreendem que a diferenciação entre os intervenientes está relacionada à vontade de ser coautor ou à vontade de ser partícipe. É um entendimento que, de certa forma, retoma e se vincula com a teoria causal.

5.4. A INTERVENÇÃO DELITIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Já mencionamos que há uma relação de dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal, dessa maneira, o sistema jurídico, de forma geral e o sistema jurídico-penal, de forma específica, são partes da sociedade (sistema social) e tem com ela uma relação de mútua influência. Assim, ao observar o Direito Penal é possível fazer considerações sobre a sociedade no qual ele está inserido e, em contrapartida, ao observar uma determinada sociedade, é possível apontar conclusões sobre o Direito Penal adotado¹⁰⁰.

Dessa maneira nos propomos a analisar o tratamento dado ao instituto da intervenção delitiva na legislação penal brasileira, tendo por referência, também, o modelo de Estado e a configuração da sociedade de cada época, afim de avaliar os sucessos e os infortúnios de cada modelo e o que ele pode sugerir para a compreensão da codelinquência da sociedade hodierna.

5.4.1. O Código Penal de 1890

O Código Penal de 1890 foi a primeira codificação em matéria penal brasileira, após assumir a forma de governo republicana.¹⁰¹

⁹⁹ Tradução nossa: “não reconhecem uma relevante diferença da eficácia (do autor e do cúmplice)” (ROXIN, 2000a, p.25).

¹⁰⁰ “Com efeito, somente um *sentido* de dupla via, de interferência recíproca, pode satisfatoriamente explicar as relações existentes entre modelo de Estado e modelo de Direito Penal. Ou seja, não é somente em um sentido de mão única, do Direito Penal para o modelo de Estado, ou vice-versa, que se forma a relação entre ambos, mas sim as implicações são recíprocas” (FERNANDES, 2003, p.1154).

¹⁰¹ Antes do Código Penal de 1890, o Brasil teve como legislação na matéria penal o livro V das Ordenações Filipinas e, posteriormente, o Código Criminal de 1830, ambos vigentes no período imperial, sendo que, optamos por promover um recorte na pesquisa e tratarmos apenas da legislação a partir do Brasil República, porque esta é a forma de governo adotada até os dias de hoje.

Como se sabe, a república brasileira foi proclamada no dia 15 de novembro de 1889, por intermédio de um golpe de Estado político-militar promovido contra um governo monárquico que se encontrava em crise desencadeada principalmente após a Guerra do Paraguai.

A crise vivenciada pelo Brasil imperial era econômica, devido aos voluptuosos empréstimos contraídos com países estrangeiros para custear a guerra; problemas de natureza racial, porque as pessoas negras que participaram do combate, ao retornarem permaneceram como escravos; por questões de gênero, uma vez que Dom Pedro II possuía apenas filhas e isso inquietava os defensores do regime, pela possibilidade do trono ser sucedido por uma mulher; e, também religiosas, decorrente da divergência entre a Igreja Católica e a maçonaria.

A sociedade da época, era ainda escravocrata¹⁰², estratificada e economicamente agrícola, cujo foco de produção era o café. Com o passar das décadas, passou a contar com o recebimento em massa de imigrantes que buscavam oportunidade de trabalho, bem como com uma diversificação de sua produção agrícola e, também registrou um significativo crescimento industrial¹⁰³, que promoveram uma maior urbanização do país.

Dessa maneira, a república proclamada teve origem no conflito de diversos grupos que disputavam o poder, com interesses distintos e visões também distintas sobre a forma como o governo deveria se organizar.

Contudo, com as vestes militares e influência positivista, a república foi proclamada pela ala militar que, na pessoa do Marechal Deodoro da Fonseca, viria a se tornar o primeiro presidente, comandou os soldados pelas ruas da cidade do Rio de Janeiro e colocou fim à monarquia, enquanto fazia surgir uma nova forma de governo que “deveria ter ordem e também progresso” (FAUSTO, 2006, p.246), cuja visão de progresso estava vinculada “à modernização da sociedade através da ampliação dos conhecimentos técnicos, do crescimento da indústria, da expansão das comunicações” (FAUSTO, 2006, p.246).

Não por mera coincidência, antes mesmo de instituir a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 24 de fevereiro de 1891, conjunto de normas de suma importância para instituir a nova forma de governo e consagrar o Estado Brasileiro como uma república federativa, com regime representativo, governo presidencial, independência dos poderes e

¹⁰² Ressalta-se que a escravidão apenas foi abolida um ano antes da proclamação da República, pela Lei Áurea, em maio de 1888.

¹⁰³ Como bem ressalta FAUSTO (2006, p. 282) de 1889 a 1930, segundo dados do censo de 1920 havia 1,2 milhões de pessoas na indústria, quase o dobro dos 7% registrados no censo de 1872. O autor relembra que muitas indústrias “não passavam de pequenas oficinas” (FAUSTO, 2006, p.282).

autonomia dos entes federativos, ocorreu em 11 de outubro de 1890, a promulgação pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, do Código Penal.

O Código Penal, sem dúvidas foi feito às pressas e, por isso, de forma geral, apresentava “graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo” (BITENCOURT, 2015, p. 91) e é tratado por Bitencourt (2015, p. 175) como “o pior Código Penal de nossa história”. Esses defeitos também se verificam no tratamento a intervenção delitiva.

O Código, em seu art. 17¹⁰⁴ recepcionou o sistema dualista da intervenção delitiva, que já era utilizado pelo seu antecessor, o Código Criminal do Império de 1830 e também adotou a diferenciação dos agentes dos crimes entre autores¹⁰⁵ e cúmplices¹⁰⁶.

Eram considerados autores aqueles que diretamente resolviam e executavam o delito; que provocavam ou determinavam que outro executasse o delito; que executavam o delito a mando de outro; bem como os que prestavam auxílio essencial durante a execução, sem o qual o delito não seria cometido, também seria autor quem mandasse ou provocasse outra pessoa a cometer um delito.

Os cúmplices, por sua vez, eram aqueles que forneciam instruções para a ocorrência do crime; ou prestavam auxílio sem ter resolvido ou provocado o crime de algum modo; os que davam auxílio para o autor se ocultar, ou que apagavam os vestígios do delito, bem como os que tinham ocultado ou obtido coisas por meios criminosos e outras definições.

A autora Beatriz Corrêa Camargo (2018) chama a atenção para a novidade implementada no Código Penal de 1890, quanto à “extensão da responsabilidade do concorrente que determina o cometimento do crime por outra pessoa” (CAMARGO, 2018, p.72), ou seja, estabelece a figura do “mandante” e o alcance de sua responsabilidade:

¹⁰⁴ “Art. 17. Os agentes do crime são autores ou cúmplices” (BRASIL, 1890).

¹⁰⁵ “Art. 18. São autores: § 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime; § 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica; § 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio, sem o qual o crime não seria commettido; § 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido” (BRASIL, 1890).

¹⁰⁶ “Art. 21. Serão cúmplices: § 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instruções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução; § 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios; § 3º Os que receberem, occ’ultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabel-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem; § 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem” (BRASIL, 1890).

Art. 19. Aquelle que manar, ou provocar alguém a cometer crime, é responsável como autor: § 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou; § 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar.”

Art. 20. Cessará a responsabilidade do mandante si retirar a tempo a sua cooperação no crime (BRASIL, 1890).

Ademais, em clara demonstração de toda sua falha técnica, o Código Penal de 1890, embora tenha estabelecido diferenciação entre autoria e participação (tratada apenas por cumplicidade), não determinou a consequência exata dessa divisão. Apenas colocava a presença de uma ou mais pessoas como circunstancias agravantes¹⁰⁷ e atenuantes¹⁰⁸, bem como qualificadora de alguns tipos penais, como ocorre com o delito de invasão de domicílio previsto no art. 196¹⁰⁹.

Com o decorrer de sua vigência, os defeitos do Código Penal de 1890 o tornaram em uma “verdadeira colcha de retalhos, tamanha a quantidade de leis extravagantes” (BITENCOURT, 2015, p.176), de forma que foi necessária a compilação de todas as leis extravagantes na Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 1932.

5.4.2. O Código Penal de 1940

O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que estabeleceu o Código Penal de 1940, é fruto do trabalho do penalista Alcântara Machado e foi sancionado no período do Estado Novo, iniciado em 1937, do governo ditatorial de Getúlio Vargas:

O Estado Novo foi implantado no estilo autoritário, sem grandes mobilizações. O movimento popular e os comunistas tinham sido abatidos e não poderiam reagir; a classe dominante aceitava o golpe como coisa inevitável e até benéfica. O Congresso dissolvido submeteu-se, a ponto de oitenta de seus membros irem levar solidariedade a Getúlio, a 13 de novembro, quando vários de seus colegas estavam presos (FAUSTO, 2006, p.364-365).

¹⁰⁷ “Art. 39. São circunstancias aggravantes: [...]§ 10. Ter o delinquente commettido o crime por paga ou promessa de recompensa; [...]§ 13. Ter sido o crime ajustado entre dous ou mais individuos; [...]” (BRASIL. 1890).

¹⁰⁸ “Art. 42. São circunstancias attenuantes:[...] § 7º Ter o delinquente commettido o crime impellido por ameaças ou constrangimento physico vencivel; § 8º Ter o delinquente commettido o crime em obediencia á ordem de superior hierarchico; [...]” (BRASIL, 1890).

¹⁰⁹ “Art. 196. Entrar á noite na casa alheia, ou em quaesquer de suas dependências, sem licença de quem nella morar: Pena - de prisão cellular por dous a seis mezes. Paragrapho unico. Si o crime for commettido exercendo-se violencia contra a pessoa, ou usando-se de armas, ou por duas ou mais pessoas que se tenham ajuntado para aquelle fim: Pena - de prisão cellular por três mezes a um anno, além daquellas em que incorrer pela violencia” (BRASIL, 1890).

A sociedade da época é caracterizada por uma diminuição no recebimento de imigrantes estrangeiros, mas com um aumento da migração interna, sem que isso implicasse em um aumento da urbanização já que dados do censo de 1920 indicam que houve uma redução da urbanização, porque, segundo FAUSTO (2006, p. 390), “os migrantes não se dirigiam em regra para as cidades, ou pelo menos para cidades de razoáveis proporções”.

Economicamente, o país enfrentava as consequências da Crise Mundial de 1929, em contrapartida houve um “processo de substituição de importação de produtos manufaturados pela produção interna” (FAUSTO, 2006, p.391) e, portanto, significativo aumento da produção industrial.

Pois bem, foi em um governo ditatorial que emergiu o Código Penal de 1940, cuja parte especial até hoje é utilizada. O Código, com maior rigor científico, pretendia corrigir as falhas da legislação anterior.

No tocante à intervenção delitiva, o legislador penal de 1940 definiu o fenômeno como “co-autoria”, expresso no art. 25 da seguinte forma: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas” (BRASIL, 1940).

Dessa maneira, o Código Penal de 1940, adotou a teoria monística, que na visão de Bitencourt (2015, p. 549) “evitou uma série de questões que naturalmente decorreriam das definições de autores, partícipes, auxílio necessário, auxílio secundário, participação necessária, etc”, optando por equiparar os diversos intervenientes do delito.

Camargo (2018) ressalta que a reforma no sistema da intervenção delitiva, com adoção da teoria monística pelo Código Penal de 1940 tem duas razões, sendo que uma seria de ordem valorativa e uma de ordem prática:

Inicialmente, a equiparação valorativa das possíveis formas de contribuição para o evento proibido pela norma é justificada pela consideração de que todos os agentes se organizam igualmente com vistas à produção de um mesmo resultado. Em última instância, esse posicionamento remonta à ideia de que todas as condições criadas, no âmbito da causalidade, fundamentam igual responsabilização dos agentes no plano da tipicidade das condutas. [...] No que concerne questões de ordem prática, o novo modelo do concurso de pessoas se apresentava como resultado de uma forte reação ao sistema dualista de 1890, cuja interpretação e aplicação desafiavam os tribunais da época (CAMARGO, 2018, p.74).

Entretanto, como enfatizado por Ferraz (1976, p.10) “apesar do esforço empreendido pelo legislador penal brasileiro para se libertar da tradicional classificação dos agentes do crime incorporada ao sistema da legislação ab-rogada, não conseguiu de todo”. Essa afirmação se justifica diante do fato de que o legislador responsável pela elaboração do Código Penal de 1940 continuou a utilizar terminologias que indicam as formas de participação delitiva, como

no art. 27¹¹⁰, em que há referência ao auxílio e instigação, o art. 45, I a IV¹¹¹ e o art. 48¹¹² que estabelecem hipóteses de agravamento e atenuação da pena quando o delito for fruto de um empreendimento comum.

Nesse sentido, Ferraz (1976, p. 37) aponta que por ter adotado a teoria monista e, simultaneamente, fazer referência à participação, ainda que a princípio não tivesse a intenção de fazer uso das expressões da legislação anterior, o legislador do Código Penal de 1940, teria adotado a tese da acessoriedade do concurso, que seria relativa ao fato principal, não à culpa de outrem:

Conclue-se pois que nosso legislador penal continua a se utilizar dos destroços de uma construção que ele próprio repudiou por obsoleta e imprestável. Insiste em empregar terminologia que só a tradicional classificação dos agentes do crime lhe poderia ter cedido, classificação que tudo faz por esquecer e ignorar mas a que recorre sistematicamente sempre que a realidade concreta exige formas de expressão adequadas à sua imensa variedade de aspectos (FERRAZ, 1976, p.11).

Logo, o Código Penal de 1940, apesar de ter superado os problemas dogmáticos da legislação anterior, no tocante a intervenção delitiva deixou algumas falhas, principalmente ao escolher a teoria monista e o conceito extensivo de autor, mas sem conseguir se desvencilhar de todo das formas de participação.

5.4.3. O Código Penal de 1969

Imediatamente, é importante esclarecer que o Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, que tinha uma *vacatio legis* muito longa, nunca chegou a ser aplicado. Dessa maneira, proceder a análise dessa legislação tem uma justificativa histórica e serve para tecer comparações com as legislações antecessoras e sucessoras.

¹¹⁰ “Art. 27. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único)” (BRASIL, 1940).

¹¹¹ “**Agravantes no caso de concurso de agentes.** Art. 45. A pena é ainda agravada em relação ao agente que: I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa” (BRASIL, 1940).

¹¹² “**Circunstâncias atenuantes.** Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] II - ter sido de somenos importância sua cooperação no crime; [...] IV - ter o agente: [...] c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; [...] e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se, lícita a reunião, não provocou o tumulto, nem é reincidente. [...] **Atenuação especial da pena.** Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido” (BRASIL, 1940).

O referido Código é fruto do período de ditadura militar no Brasil, que perdurou de 1º de abril de 1964 a 15 de março de 1985, movimento caracterizado pela alternância de militares no poder, pelo autoritarismo, fim das eleições diretas, fechamento do Congresso Nacional e mitigação de direitos civis e políticos.

A respeito da intervenção delitiva, o Código Penal de 1969 substituiu o termo co-autoria por concurso de agentes. Conforme Bitencourt (2015, p.547) “coautoria é apenas uma espécie do gênero “codelinquência”, que também pode se apresentar sob a forma de *participação* em sentido estrito”.

O Código, ainda, manteve a teoria monista e repetiu a redação do art. 25 do Código de 1940, em seu artigo 35¹¹³, contudo, adotou um sistema diferenciador em relação à atuação de autores e partícipes, na medida da culpabilidade de cada um dos intervenientes, preconizando o atual modelo adotado, quanto à intervenção delitiva.

5.4.4. A reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984

Após a revogação do Código Penal de 1969, pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, ainda no período ditatorial militar, mas já caminhando para o seu fim, em 11 de julho de 1984, foi sancionada a Lei nº 7.209, responsável por alterar a Parte Geral do Código Penal de 1940, legislação utilizada nos dias atuais.

A Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, foi sancionada pelo Congresso Nacional em um período governado por Ernesto Geisel, no qual estava sendo promovido uma abertura política, definida pelo próprio general como “lenta, gradual e segura” (FAUSTO, 2006, p. 490).

De forma geral, o período da ditadura militar foi marcado pela forte intervenção do Estado na economia, de forma que os “empréstimos externos e o estímulo ao ingresso do capital estrangeiro tornaram-se elementos essenciais para financiar e promover o desenvolvimento

¹¹³ “**Art. 35.** Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a êste cominadas. § 1º A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. § 2º A pena é agravada em relação ao agente que: I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nêle participa, mediante paga ou promessa de recompensa. § 3º A pena é atenuada em relação ao agente cuja participação no crime é de somenos importância de pena” (BRASIL, 1969).

econômico” (FAUSTO, 2006, p.514), desenvolvimento este que privilegiava o investimento em grandes empresas multinacionais e em empresas nacionais.

Quanto à intervenção delitiva, a Reforma da Parte Geral de 1984 optou por fazer uso da expressão concurso de pessoas, já que a expressão concurso de agentes do Código de 1969, assim como “coautoria” da versão original do Código de 1940, não eram apropriadas. A rejeição ao termo “concurso de agentes” se deu por ser muito abrangente e possibilitar a compreensão de “fenômenos naturais, pois agentes físicos também podem produzir transformações no mundo exterior” (BITENCOURT, 2015, p.547).

Dessa forma, “concurso de pessoas”, na época, se mostrou o termo mais adequado para definir dogmaticamente o fenômeno da união de pessoas para o cometimento de delitos.

O texto da reforma não se distanciou muito da redação do Código Penal de 1940 no que tange à adoção da teoria monística “mitigada” ou “temperada”, mantendo, pela redação do *caput* do art. 29, “uma *visão causalista* do fenômeno da codelinquência, vinculado à *teoria da equivalência das condições*” (BITENCOURT, 2015, p. 549).

Aliás, em outras palavras, a redação da primeira parte do art. 29 da Reforma é exatamente a mesma do art. 25 da redação original do Código Penal de 1940, a mudança consiste na inserção, na segunda parte do dispositivo da locução final “na medida de sua culpabilidade”¹¹⁴, inspiração advinda no Código Penal de 1969. Dessa maneira, conclui-se:

O legislador da reforma penal procurou, contudo, atenuar os seus rigores, distinguindo com precisão a punibilidade de *autoria e participação*. Estabeleceu, inclusive alguns princípios disciplinando determinados *graus de participação* que permitem a interpretação da atual normativa acerca do *concurso de pessoas* no sentido do *sistema diferenciador* [...]. (BITENCOURT, 2015, p. 549-550).

Essa opção do legislador nacional se deu, principalmente, pela oposição da doutrina nacional, a qual destacam duas críticas principais formalizadas pelo jurista Aníbal Bruno, centradas principalmente na ausência de critérios para diferenciar a pena atribuída a cada um dos intervenientes, e que foram compiladas por Beatriz Corrêa Camargo (2018):

¹¹⁴ “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado” (BRASIL, 1984).

A primeira crítica diz respeito ao monismo enquanto modelo de responsabilização penal. De acordo com Bruno, a proposta monista recai no erro de querer transpor o princípio da causalidade, um princípio que tem por função explicar a realidade do mundo físico, para a realidade jurídica, regida por uma lógica diversa porque trata da atribuição da responsabilidade (CAMARGO, 2018, p.77).

A crítica é realizada, porque, segundo o Autor, na intervenção delitiva, há níveis de responsabilidade a serem atribuídos por aspectos objetivos (quantitativos), relacionados a maior ou menor proximidade com a realização do tipo penal e aspectos subjetivos (qualitativos), que versam sobre a intensidade da vontade manifestada por cada um dos intervenientes. Tais aspectos não são apreendidos pela linguagem meramente causal, bem como seriam responsáveis por conferir diferentes graus de culpabilidade e periculosidade do interveniente.

A segunda crítica consiste justamente na manutenção, por parte do legislador, de terminologia relacionada a distinção entre autores e partícipes, bem como a gradação da pena por intermédio de atenuantes e agravantes, ainda que tivesse optado por equiparar todas as formas de intervenção.

Portanto, ainda que a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, tenha promovido um avanço no instituto da intervenção delitiva, quando comparado ao Código Penal de 1890, ela ainda manteve a adoção da teoria monística, de forma que cabe a nós analisarmos se a atual configuração normativa sobre intervenção delitiva no Ordenamento Jurídico brasileiro é suficiente e satisfatória para recepcionar as modernas teorias sobre a intervenção delitiva e responder às contemporâneas problemáticas da codelinquência.

5.5 A INTERVENÇÃO DELITIVA COMO UM CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO E/OU RESPONSABILIDADE

5.5.1 A intervenção delitiva como um momento da imputação objetiva

Na perspectiva do funcionalismo jurídico-penal, o Direito Penal visa assegurar a identidade normativa de uma determinada sociedade, isso porque, conforme já reiterado diversas vezes nessa pesquisa o Direito Penal é parte da sociedade.

Dito isso, para Jakobs (2003b, p.3) o fato é compreendido como uma “afirmação que contradiz a norma” e a pena, é uma resposta jurídica que confirma a norma e reafirma a

identidade social, semelhante à proposição da teoria de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, de que a pena é um mal que responde a outro mal, o delito.

Diante disso, a função do Direito Penal consiste em reestabelecer “no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como consequência de uma infração da norma” (JAKOBS, 2003b, p.5). E o delito é compreendido como “falha de comunicação”, imputada a um autor, como sendo de sua responsabilidade.

Em outras palavras, sobre a pena enquanto resposta jurídica que reafirma a norma contrariada pelo fato delitivo, complementa Heiko H. Lesch (1995):

El daño ante el cual el derecho penal reacciona con sus consecuencias jurídicas específicas no es, por esta, razón, daño de bienes, sino – en palabras de HEGEL – la “lesión del Derecho em cuanto Derecho”. En la punición del delito, el Derecho consigue validez como Derecho universal, y se da realidad en y frente a “la voluntad particular”. Expresado en forma moderna: la piana quiere, desaprobando la acción contraria a la norma, corroborar la validez de la norma desautorizada por el autor, y estabilizar contrafácticamente la confianza general en la obligatoriedad de las normas garantizadas penalmente; la pena es una réplica demostrativo-simbólica frente al significado demostrativo-simbólico del hecho punible. [...] Pero las normas, como estructuras simbólicas generalizadas, no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación (LESCH, 1995, p. 82-83)¹¹⁵.

Além disso, para o Autor, nos casos em que há divisão do trabalho para a execução do fato que contraria a norma, as condutas individuais de cada um dos intervenientes são entendidas como uma informação conjunta sobre a obrigatoriedade da norma.

Dessa maneira, o objeto da imputação jurídico-penal de cada interveniente não estaria limitado à contribuição individual, mas a realização do tipo penal em conjunto, que foi concretizada pela divisão do trabalho entre os intervenientes: “[...] *no hay, por tanto, um hecho propio de cada uno, sino sólo un hecho conjunto, es decir, un hecho a imputar um colectivo*” (LESCH, 1995, p.84)¹¹⁶. O elemento que constitui essa comunidade de pessoal consiste em perseguir um objetivo comum, a ser alcançado em uma produção também comum, cujo trabalho (ou melhor, a execução do trabalho) é dividido.

¹¹⁵ Tradução Nossa: “O dano diante do qual o direito penal reage com suas consequências jurídicas específicas não é, por essa razão, dano a bens, mas, nas palavras de Hegel, a “lesão do Direito enquanto Direito”. E na punição do delito, o Direito consegue validade como Direito universal, e se dá a realidade em confronto “a vontade particular”. Dito na forma moderna: a pena deseja, desaprovando a ação contrária a norma, corroborar a validade da norma desautorizada pelo autor, e estabilizar contrafaticamente a confiança geral na obrigatoriedade das normas garantidas penalmente; a pena é uma resposta demonstrativo-simbólica ao significado demonstrativo-simbólico do fato punível.[...] Contudo as normas, como estruturas simbólicas generalizadas, não podem ser afetadas mediante fatos, mas apenas mediante a comunicação” (LESCH, 1995, p. 82-83).

¹¹⁶ Tradução Nossa: “[...] não há, portanto, um fato próprio de cada um, mas apenas um fato conjunto, em outras palavras, um fato a ser imputado coletivamente” (LESCH, 1995, p.84).

Cumpra esclarecer que a existência de um objetivo comum, em oposição a interpretação naturalista-psicológica, não necessita que os intervenientes estejam em um acordo de vontades recíprocas, mas tão somente que tenha dividido o trabalho para a realização do tipo.

E, em contrapartida, o objetivo comum dos intervenientes deve ser compreendido pela via normativa, a qual Leich (1995), faz referência ao conceito de “vontade comum” de Hegel:

Sin embargo – como ya se demostró -, el injusto penal no acontece en el plano del curso exterior causal, sino en el de la vigencia de la norma. Respecto de “la voluntad común”, no se trata pues sino de la – tan sólo penalmente relevante – expresión objetiva de sentido del suceso; esta expresión de sentido del suceso denota, como “voluntad particular” colectiva, el *significado* de una contradicción con la norma organizada en división de trabajo en común. Dicho de otro modo: el fundamento de la responsabilidad por coautoría (y de toda responsabilidad accesoria) no es un problema de imputación subjetiva, ¡ sino de imputación objetiva! (LESCH, 1995, p.94)¹¹⁷.

Desse modo, os intervenientes, ao realizarem um injusto coletivamente, não precisam formar uma comunidade psíquica (um acordo de vontades), como anteriormente se supunha ser existente, mas tão somente uma comunidade objetiva, que acontece em virtude de uma conexão comunicativa dos atos de organização dos vários intervenientes.

Isso ocorre porque é o contexto social e normativo do fato, assim como o contexto dos papéis sociais desempenhados pelos atuantes, que fornece a medida da valoração, tal qual ocorre com a teoria da imputação objetiva.

Nesse sentido, para Lesch (1995) a responsabilização pela intervenção delitiva (a título de autoria e participação) consiste em um momento da imputação, em outras palavras, ela é realizada no momento da análise em que se imputa (atribui) a realização de um determinado delito a uma determinada pessoa.

Quanto à teoria da imputação objetiva temos que o jurista contemporâneo Claus Roxin (2000b), ao fazer uma crítica ao pensamento positivista, em especial quanto a máxima criada por Franz Von Liszt, no século XIX, segundo a qual o Direito Penal consistiria em uma infranqueável barreira da Política Criminal¹¹⁸, percebeu que essa segregação entre o Direito

¹¹⁷ Tradução Nossa: “Porém, como foi demonstrado, o injusto penal não acontece no plano do curso exterior causal, mas no plano da vigência da norma. A respeito da “vontade comum”, não é uma questão de – tão apenas penalmente relevante – expressão objetiva do sentido do evento, essa expressão de sentido do evento denota, como “vontade particular” coletiva, o *significado* de uma contradição com a norma organizada em divisão de trabalho comum. Dito de outro modo: o fundamento da responsabilidade por coautoría (e de toda responsabilidade acessória) não é um problema de imputação subjetiva, mas um problema de imputação objetiva!” (LEISCH, 1995, p.94).

¹¹⁸ Para Roxin (2000b, p.2), a teoria de Liszt “caracteriza, de um lado, o direito penal como ciência social e, de outro, como ciência jurídica”. E complementa: “Neste caráter dúplice de sua recém-fundada ‘ciência global do direito penal’ corporificavam-se, para LISZT, tendências contrapostas. À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado

Penal, ou melhor dizendo, da Dogmática Jurídico-Penal e da Política Criminal, causou um problema na análise do fato concreto sob à luz da norma “que faz com que possa ser dogmaticamente correto o que é político-criminalmente errado, e vice-versa” (ROXIN, 2000b, p.17).

Diante disso, o autor concebeu que a via correta para alcançar decisões mais próximas da realidade seria pela compreensão do Sistema Jurídico Penal como aberto, responsável por promover uma influência recíproca entre as ciências que o compõe (Dogmática Jurídico-Penal, Criminologia e Política Criminal), com especial destaque para a Dogmática Jurídico-Penal que estaria sujeita a afetações e a inserções, em seu âmbito, de critérios da Política Criminal:

De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só poderá ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de providencia lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (*kriminalpolitische Zweckmäßigkeit*) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social e um Estado planejador providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito” (ROXIN, 2000b, p.20).

A partir dessa compreensão e com o termo utilizado pelo próprio autor ele “(re)fundou” a teoria da imputação objetiva, de maneira em que o injusto deixa de ser um acontecimento fundamentalmente causal ou final, e se torna a realização de um risco juridicamente não permitido, dentro do âmbito de abrangência do respectivo tipo penal. Nas palavras do autor sobre a teoria da imputação objetiva:

Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra se preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3)(ROXIN, 2006, p.104).

Em outras palavras podemos tratar o crime como o resultado de uma ação ou omissão¹¹⁹

como a tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado ‘Leviatã’” (ROXIN, 2000b, p.2-3).

¹¹⁹ Os delitos de omissão se dividem em omissivos próprios e omissivos impróprios. São próprios aqueles cuja conduta omissiva é prevista no verbo núcleo do tipo penal, como o delito de omissão de socorro, disposto no art. 135 do Código Penal. São impróprios ou comissivos por omissão aqueles que não possuem uma tipificação própria, normalmente são crimes comissivos, para a qual não é estabelecida uma causalidade fática, mas jurídica, como dispõe Bitencourt (2015, p.659): “Convém destacar, desde logo, que o dever de evitar o resultado é sempre um dever decorrente de uma norma jurídica, não o configurando deveres puramente éticos, morais ou religiosos”.

realizada por um agente, sendo necessário que esse resultado, tido como criminoso¹²⁰, possa ser atribuído a esse mesmo agente. Dessa maneira, o juízo de imputação (atribuição) do delito como obra de um determinado agente ou interveniente, deverá ser realizado com base na diferenciação entre autoria e participação, conforme esboçado pelo Autor, que será tratado a seguir (teoria do domínio do fato e teoria da infração de um dever).

Ainda dentro da perspectiva funcional, na ótica da imputação objetiva (ou normativa) de Jakobs (2003a), compreende-se que há dois níveis de imputação: o nível do comportamento, tido como imputação do comportamento e o nível do resultado, designado como imputação de resultado.

A imputação do comportamento, prevista na teoria de Jakobs (2003a) tem sua definição com base em critérios essencialmente objetivos, que partem de uma aferição de que apenas os comportamentos perigosos “*ex ante*” são passíveis de serem desvalorados penalmente. Trata-se de uma análise, no plano da comunicação, da orientação normativa de comportamento, sendo que o agente é definido de forma normativa, pelo papel social que desempenha.

Nesse primeiro nível, Jakobs (2003a) propõe quatro critérios fundamentais de imputação, são eles: (i) o risco permitido, que consiste em uma análise sob à ótica da configuração da sociedade; (ii) o princípio da confiança, segundo o qual aquele que se comporta de acordo com a norma, pode confiar que os outros também se comportarão; (iii) proibição de regresso, indica que o comportamento tido por um determinado sujeito que favoreça a prática de um delito por outro, não pertence objetivamente a esse delito e (iv) competência da vítima, analisa a influência que o comportamento da vítima teve no resultado.

A imputação de resultado se manifesta da seguinte forma: “o comportamento não permitido só representará a explicação do acontecimento lesivo quando o curso causal dele derivado tiver sido produzido de forma que sua evitação fosse planificável” (PRADO; CARVALHO, 2005, p.6), ou, em outras palavras, o resultado se produziria mesmo que não houvesse a conduta daquele determinado agente, seja ela omissiva ou comissiva.

Nessa perspectiva também deve ser analisada a contribuição de um interveniente (autor ou partícipe) para a ocorrência de um delito e se sua contribuição, diante de um empreendimento comum, adquire ou não feições de ser imputado como autor de um delito, que também será melhor tratado adiante. Cumpre esclarecer, por fim, que os autores que vinculam a intervenção delitativa ao momento da imputação, normalmente partem também de uma diferenciação

¹²⁰ O resultado é tido como criminoso quando estiver delimitado por um determinado tipo penal previsto no Código Penal ou em legislação extravagante, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais) e outros.

qualitativa entre os intervenientes do delito, classificando-os, em suma, entre autores e partícipes.

5.5.2 A intervenção delitiva como um critério de atribuição de responsabilidade

Diferente do esboçado acima, há autores que compreendem que a intervenção delitiva não está vinculada ao momento da imputação, mas sim o da responsabilidade e, nesse âmbito, normalmente partem de uma diferenciação em termos quantitativos (a quantidade de pena) para cada específica intervenção no delito.

Dito isso, é importante diferenciar ambos os momentos. Enquanto a imputação está vinculada a averiguação sobre a possibilidade de se atribuir ou não a alguém uma determinada conduta descrita no tipo penal, a categoria delitiva da responsabilidade “[...] *se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que há realizado*”¹²¹ (ROXIN, 1997, p.222).

Dessa forma, o pressuposto mais importante da atribuição da responsabilidade, consiste na averiguação da culpabilidade, vinculada a ideia de que o interveniente deveria ou poderia ter se comportado de outro modo, e também quanto à necessidade preventiva de punição e, por isso:

*De ese modo la responsabilidad se presenta en el campo de las determinaciones de la punibilidad como la realización dogmática de la teoría políticocriminal de los fines de la pena [...] y por regla general como una prescripción dirigida al juez para que imponga una sanción. Dentro de esta categoría la concepción básica políticocriminal no se aplica al hecho (en el sentido de su necesidad abstracta de pena o de su prohibición concreta), sino al delincuente, en cuanto que se pregunta por su necesidad individual de pena*¹²² (ROXIN, 1997, 222-223).

Em outras palavras, conforme Roxin (1981), enquanto o injusto (tipo penal acrescido da ilicitude) decide se uma conduta é ou não é ajustável as normas, sob a luz do Direito Penal e a imputação verifica se essa conduta pode ser ou não atribuída a alguém, como sendo sua, a categoria da responsabilidade responde, do ponto de vista político-criminal, sobre a necessidade

¹²¹ Tradução Nossa: “[...] se trata de saber se o sujeito individual merece uma pena pelo injusto que realizou” (ROXIN, 1997, p.222).

¹²² Tradução Nossa: “Desse modo, a responsabilidade se apresenta como um campo das determinações da punibilidade, como a realização dogmática da teoria político criminal dos fins da pena [...] e por regra geral como uma prescrição dirigida ao juiz para que imponha uma sanção. Dentro desta categoria, a concepção básica político-criminal não se aplica ao fato (no sentido de sua necessidade abstrata de pena ou se sua proibição concreta), mas ao delinquente, enquanto se pergunta por sua necessidade individual de pena” (ROXIN, 1997, p.222-223).

jurídico-penal de incidir uma sanção, no caso concreto, e essa resposta apenas pode ser obtida da análise dos postulados do fim da pena, que, como já dito, estão relacionados a reprovabilidade e a prevenção.

Dessa forma, enquanto as perspectivas qualitativas da intervenção delitiva fundamentam a diferenciação entre autoria e participação como parte da imputação, as perspectivas quantitativas normalmente colocam a intervenção delitiva a ser averiguada no momento da determinação da responsabilidade, na quantificação da pena.

5.6 AS TEORIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE A INTERVENÇÃO DELITIVA DE CARÁTER QUALITATIVO

5.6.1. As teorias intermediárias (entre as teorias tradicionais e as teorias normativas)

5.6.1.1. A teoria do domínio do fato

Claus Roxin não foi o responsável por criar a teoria do domínio do fato, em sua tese “Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal”, o Autor é categórico em afirmar que o primeiro a empregar a expressão “domínio do fato” foi Fue Hegler em sua monografia publicada em 1915, de nome “Os elementos do delito”. Contudo Hegler (1915, *apud* Roxin, 2000a) não teria empregado à “expressão domínio do fato”, o conteúdo que possui hoje:

Bien es verdade que considera ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o, más exatamente, del sujeto del delito, pero lo entiende referido sólo a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, o sea, imputabilidad, dolo e imprudência, así como la ausencia de causas de exculpación. Segundo HEGLER, actúa culpablemente sólo el que tiene en este sentido “pleno dominio del hecho”, esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido “señor del hecho en su concreta manifestación”. También atribuye tal dominio del hecho al autor imprudente, donde consistiría en la <<falta de la voluntad de evitar el hecho tal como es, aun cuando era de esperar tal repercusión>> [...] Pero para delimitar autoria, inducción y complicidade HEGLER no emplea el critério de dominio del hecho en lugar alguno, si bien existen ciertas relaciones entre su empleo del concepto y el actual dos sentidos (ROXIN, 2000a, p. 81)¹²³.

¹²³ Tradução Nossa: “É verdade que já considera o domínio do fato como elemento da figura do autor ou, mais precisamente, do sujeito do crime, mas o entende, referindo-se apenas aos requisitos materiais da culpabilidade jurídico penal, ou seja, da imputabilidade, dolo e imprudência, bem como a ausência de fundamento para a exculpação. Segundo HEGLER, somente aquele que tem neste sentido ‘pleno domínio do fato’, isto é, quem como autor imputável e não coagido tenha sido ‘senhor do fato em sua manifestação concreta’. Atribui também

A primeira relação entre a teoria de Hegler (1915, *apud* Roxin, 2000a) com a contemporânea ideia de domínio do fato, para Claus Roxin (2000a, p.81), consiste no conceito “requisitos da culpabilidade” cunhado por Hegler (1915, *apud* Roxin, 2000a), em que estão descritos elementos essenciais a uma concepção ainda muito difundida, para atribuir o pleno domínio do fato a quem não sofre erro e nem está submetido a coação, como a utilizada por Hans Welzel.

No mais, a teoria de Hegler (1915, *apud* Roxin, 2000a) também se adequa à moderna teoria do domínio do fato por fornecer fundamentos para a autoria mediata, já que se manifesta precisamente nos casos em que o “instrumento”¹²⁴, seja ele o inimputável, ou aquele que atua mediante erro ou coação, não dispõe do domínio do fato.

Após Hegler, outros autores como Hans Welzel, Reinhart Maurach, Richard Lange, também desenvolveram a teoria do domínio do fato. Contudo, foi Roxin (2000a) o responsável por tornar a teoria famosa:

O domínio do fato é, na moderna teoria da co-delinquência, a característica da autoria; na terminologia de Roxin – que é o autor da monografia mais importante sobre o conceito do domínio do fato, que refinou e comprovou as conclusões obtidas durante mais de trinta e cinco anos e, ademais, submeteu-as a discussão em lugar destacado – o domínio do fato aparece nas formas do domínio de ação (isto é, domínio de quem comete diretamente), do domínio de vontade (vale dizer, como domínio do autor mediato) e do domínio funcional (vale dizer, como domínio do co-autor) (JAKOBS, 2003a, p.1-2).

Para Roxin (2000a) apenas é possível alcançar um conceito correto do que se considera “domínio do fato”, quando este se torna útil como conceito geral de autor, sendo que o autor “[...] *es la figura central, la clave del suceso en forma de acción*”¹²⁵ (ROXIN, 2000a, p.130).

Dessa maneira, Roxin (2000a) analisa como primeira possibilidade de se chegar a um conceito do domínio do fato, que ele seja indeterminado, para que a decisão sobre quem tem o domínio do fato seja tomada na análise de cada caso, que promove uma visão global de todas as circunstâncias do fato concreto.

ao autor imprudente esse domínio do fato, que consistiria na <<falta de vontade de evitar o fato como ele é, mesmo quando tais repercussões eram esperadas>> [...] No entanto, para delimitar autoria, indução e cumplicidade HEGLER não emprega o critério do domínio do fato em lugar algum, mesmo que exista certas relações entre seu emprego do conceito e o actual em dois sentidos” (ROXIN, 2000a, p.81).

¹²⁴ O termo instrumento é utilizado para se referir ao indivíduo que é “utilizado” por outro, que detém o domínio do fato, para a execução do verbo descrito no núcleo do tipo penal.

¹²⁵ Tradução Nossa: “[...] é a figura central, a chave do suceso em forma de ação” (ROXIN, 2000a, p.130).

Se tal propositura de um lado, possui a vantagem de possibilitar uma decisão justa e adequada às particularidades do caso concreto, de outro lado, apresenta a desvantagem de diminuir a segurança jurídica.

Logo, segundo Roxin (2000a), a compreensão do domínio do fato como um conceito indeterminado “[...] *no sólo sería insatisfactorio metodológica y dogmáticamente, sino también inútil para su utilización práctica, y dejaría desorientada a la jurisprudencia*”¹²⁶ (ROXIN, 2000a, p.141).

Nesse sentido, ainda conforme Roxin (2000a), para obter um conceito de domínio do fato facilmente compreensível o modo mais evidente seria entendê-lo como um conceito fixo ou determinado (dito no espanhol por “*fijado*”). O conceito fixo seria obtido pela referência a elementos individuais determinados, que podem ser captados por um ato de subsunção objetivamente verificável, de forma que, com a ajuda desses elementos, é possível resolver toda suposição concreta por um processo dedutivo.

Contudo, o Autor também rejeitou essa perspectiva por considerar como uma solução problemática em termos metodológicos, porque as ciências humanas e sociais aplicadas (ciências do espírito) não dispõem da mesma rigidez na fixação de conceitos das ciências exatas.

A utilização de um conceito fixo, também não seria adequado em termos histórico-dogmáticos, porque desde as teorias objetivo-formais e objetivo-materiais acerca da participação já teria sido evidenciado a impossibilidade de se chegar a um conceito único que abrangesse todas as experiências práticas. E, por fim, também quanto aos argumentos derivados da essência da autoria, já que um conceito fixo de autor não aponta nenhuma definição satisfatória sobre as formas de participação.

Dessa forma, Roxin (2000a), em oposição ao conceito indeterminado e fixo de domínio do fato, propõe uma terceira via, que consiste na compreensão como um conceito aberto:

Lo que significa que hay que encontrar un procedimiento con ayuda del cual quepa complementar en su contenido el concepto de dominio del hecho de una manera que por una parte dé cuenta de los cambiantes fenómenos vitales y por otra parte también pueda alcanzar una gran medida de determinación. Además, debe permitir someter a una regulación generalizadora las formas básicas que aparecen una y otra vez en la multiplicidad de los grupos de casos, y al mismo tiempo ofrecer la posibilidad de valoración justa de los casos concretos que escapan a la normación abstracta (ROXIN, 2000a, p.146)¹²⁷.

¹²⁶ Tradução Nossa: “[...] não apenas seria insatisfatório metodológica e dogmáticamente, como também inútil em sua utilização prática e deixaria a jurisprudência desorientada” (ROXIN, 2000a, p.141).

¹²⁷ Tradução Nossa: “Isso significa que deve ser encontrado um procedimento com o auxílio do qual seja possível complementar em seu conteúdo o conceito de domínio do fato de forma que, por um lado, explique os fenômenos da vida que estão em constante mutação e, por outro lado, também pode alcançar uma grande medida de determinação. Além disso, deve permitir submeter a um regulamento generalizante as formas básicas que se

Assim, ao invés de uma definição exata de domínio do fato, o Autor propõe uma descrição, acrescida de princípios reguladores.

O Autor então, para chegar a um conceito aberto de domínio do fato, passa a descrever cada grupo de casos em que surte efeito a ideia de domínio do fato, partindo de um procedimento que promove a comum distinção entre autoria, autoria mediata e coautoria. Da seguinte forma:

En primer lugar, indagamos que influencia ejerce la medida de realización del tipo de propia mano sobre la autoría (dominio de la acción), después nos preguntamos si (y hasta qué punto) uno puede ser autor sin intervención propia en la ejecución del hecho, en virtud de su poder de voluntad (dominio de la voluntad), y por último, analizamos en qué medida un interviniente, cuando ni emprende la acción típica ni ejerce poder de la voluntad sobre el actuar de otros, por su sola colaboración con éstos puede llegar a ser figura central del suceso (dominio del hecho funcional) (ROXIN, 2000a, p.149).¹²⁸

O domínio da ação é analisado na perspectiva da realização do tipo de mão própria. A esse respeito o Autor afirma que o interveniente que não atuar mediante coação e nem for dependente de outro fator socialmente inaceitável, ou seja, o interveniente que dispõe de uma atuação livre e dolosa e, com isso, realizar todos os elementos do tipo de mão própria, é autor e, em todos as suposições imagináveis, tem o domínio do fato.

Ressalta-se que é possível existir situações em que o interveniente que atua no delito de mão própria, em um sentido moral ou criminológico, não é o principal responsável pelo delito, mas ainda assim, será considerado autor.

Acerca do domínio da vontade, Roxin (2000a) aponta que sempre houve muito debate sobre a possibilidade e a fundamentação para um interveniente que não executou o fato por ele próprio, seja considerado autor (a hipótese do autor mediato). O penalista cita a teoria objetivo-formal, no qual o fenômeno da comissão mediata do delito seria um caso de autoria imprópria, ou fictícia, sobre a qual, com a introdução do conceito de acessoriedade limitada, seria reduzida ao âmbito da indução. Roxin (2000a) também cita a teoria extensiva do autor, que conseguiu submeter tais casos ao âmbito da autoria, contudo, esvaziou o conceito de participação, por colocar todas as formas de intervenção em único nível.

repetem continuamente na multiplicidade de grupos de casos e, ao mesmo tempo, oferecer a possibilidade de uma avaliação justa dos casos concretos que escapam a uma regulamentação abstrata” (ROXIN, 2000a, p.146).

¹²⁸ Tradução Nossa: “Em primeiro lugar, indagamos qual a influência exerce a medida da realização do tipo de própria mão sobre a autoria (domínio da ação), depois nos perguntamos se (e até que ponto) um pode ser autor sem intervenção própria na execução do fato, em virtude de seu poder de vontade (domínio da vontade), e, por último, analisamos em que medida um interveniente, quando não empreende a ação típica e nem exerce poder sobre a vontade do atuar de outros, apenas por sua colaboração com eles pode chegar a ser figura central do sucesso (domínio do fato funcional)” (ROXIN, 2000a, p.149).

Diante desses fatores, a teoria do domínio do fato teria trazido um progresso, já que permite compreender como autêntico caso de autoria, as situações que seriam tipicamente realizadas pela autoria mediata, sem retirar a delimitação da participação ou reduzir a autoria ao âmbito da mera causação.

Dessa maneira, aquele indivíduo que: a) coloca um interveniente em coação; ou se utiliza de uma situação em que o interveniente executor está em erro (o homem por trás mantém superioridade intelectual concreta sobre a empreitada delitiva); b) utiliza de um inimputável para o cometimento do delito; ou c) com o auxílio de um poder superior de um aparato organizado que dispõe, domina o curso do resultado delitivo, esse indivíduo se converte no sujeito que se coloca atrás do executor (*el hombre de atrás*) e, portanto, a chave para o acontecer em forma de delito.

Ressalta-se que a diferença entre o domínio da ação e o domínio da vontade, resulta no fato de que, neste último “ [...] *se trata de casos en los que falta precisamente la “acción” ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad receptora*”¹²⁹ (ROXIN, 2000a, p.166).

Roxin (2000a) pontua que as hipóteses de domínio da ação e domínio da vontade não esgotam todo âmbito da autoria, sendo responsáveis por, até o momento, caracterizar autor da seguinte forma:

Sabemos ya que autor es, por una parte, aquel que lleva a cabo la acción típica; por otra parte, quien se sirve de un ejecutor forzando sua voluntad (1), o de manera que dirige, configurando el hecho, la acción, en virtud de conocimiento más amplio, pasando por encima de la mente del outro (2), o que el ejecutor, en virtud de su fungibilidad, aparece en el marco de maquinarias de poder dominadoras como instrumento del sujeto de detrás (3) (ROXIN, 2000a, p.305)¹³⁰.

Diante disso, no espaço criado entre as formas de domínio de ação e domínio da vontade, há um espaço amplo de atividade delitiva, no qual o interveniente não tem nem um, nem outro tipo de domínio e, ainda assim, pode ser autor, ou seja, nos casos em que participa ativamente da realização do delito, no qual a ação típica é realizada por outro.

É o caso do domínio funcional, que se subdivide em cooperação na fase executiva e cooperação na fase de preparação. Nesse caso, se dois ou mais intervenientes, partindo de uma

¹²⁹ Tradução Nossa: “[...] se trata de casos em que falta precisamente a ‘ação’ executiva do sujeito que está atrás e o domínio do fato apenas pode se basear no poder na vontade que irá receber” (ROXIN, 2000a, p. 166).

¹³⁰ Tradução Nossa: “Sabemos já que autor é, por uma parte, aquele que realiza a ação típica; por outra parte, quem se serve de um executor forçando sua vontade (1), ou de alguma maneira que dirige, configurando o fato, a ação, em virtude de um conhecimento mais amplo, passando por cima da mente de outro (2), ou que o executor, em virtude de sua fungibilidade, aparece como um maquinário do poder de dominação, como instrumento do sujeito que está por trás (3)” (ROXIN, 2000a, p. 305).

decisão em conjunto de preparam ou executam um determinado fato e contribuem para a sua realização com um ato relevante, eles terão o domínio funcional, de tal sorte que ambos serão considerados autores e estarão atuando em coautoria.

Especificamente quanto ao domínio funcional, cumpre mencionar que a aplicação da teoria do domínio do fato pela jurisprudência brasileira, em especial na Ação Penal 470, foi bastante equivocada, dentre outros fatores, pela sua utilização na relação com estruturas organizadas (empresas e órgãos públicos) que atuam dentro da legislação, sendo que a divisão do trabalho intrínseca a atividade exercida foi incorretamente utilizada como justificativa para punir o presidente de uma empresa, pelo delito cometido por um funcionário, sob o argumento de que foi ele quem proferiu o comando.

Nessa perspectiva, o presidente que passa a um funcionário um comando, para sua atuação dentro da atividade empresarial, não é responsável pela atuação do funcionário que agiu de forma ilícita, a menos que tivesse conhecimento dessa ilicitude. Em outras palavras, não se verifica o “domínio funcional” necessário na intervenção delitiva, se o comando foi tão somente para a prática de uma atividade que, dentro do contexto empresarial e da divisão do trabalho, era lícita.

5.6.1.2 A teoria da determinação objetiva e positiva do fato

A teoria da determinação objetiva e positiva do fato é uma posição minoritária na doutrina, que tem ganhado muitos adeptos nos últimos anos. Ela guarda muitas semelhanças com a teoria do domínio do fato, mas têm pontos substanciais de divergência.

A teoria foi inicialmente proposta por Luzón Peña e, posteriormente, desenvolvida por Miguel Diaz y Garcia Conlledo (2008):

Según ella, en el marco un concepto restrictivo de autor que conserve sus ventajas, autoría y realización del tipo han de estar estrechamente unidos, de modo que es autor el sujeto que realice la conducta que directamente encaje en el correspondiente tipo de la parte especial, la que más directamente se enfrente a la norma prohibitiva o imperativa contenida en el mismo y, por tanto, la que dicha norma tenga la mayor perentoriedad o urgencia en evitar (en caso de prohibición) o en promover su realización (en caso de mandato de actuación) (DIAS Y GARCIA CONLLEDO, 2008, p. 19)¹³¹.

¹³¹ Tradução nossa: “Segundo ela, no marco de um conceito restritivo de autor que conserve suas vantagens, autoria e realização do tipo estão firmemente unidos, de modo que é autor o sujeito que realize a conduta que diretamente encaixe no correspondente tipo da parte especial, a que mais diretamente se disponha em face à norma proibitiva ou imperativa nele contida e, portanto, a que a referida norma tenha a maior peremptória ou urgência em evitar

Conforme expressado acima, já que autor é quem realiza a ação típica, a teoria não descarta a possibilidade de distinguir condutas nucleares e, portanto, imputadas ao autor, das condutas que não seriam nucleares, atribuídas aos partícipes, especificamente nos casos em que o tipo penal apresenta vários verbos núcleos.

Díaz y Garcia Conlledo (2007, p.20) afirma que nos delitos de resultado, mesmo que a ideia também tenha validade para outros tipos penais, “*el criterio material que concreta lo anterior es el de que autor es quien determina (o domina, si se puede hablar de un dominio objetivo) objetiva y positivamente el hecho*”¹³². E, por se tratar de uma determinação objetiva, sua aplicação em delitos dolosos e culposos é possível.

A teoria da determinação objetiva e positiva também tem recebido críticas, principalmente direcionadas à possibilidade de distinção entre ações típicas nucleares das não nucleares, ao esquecimento do componente subjetivo que, para muitos é imprescindível ao domínio do fato.

5.6.2 As teorias normativas da intervenção delitiva

5.6.2.1 O critério da infração de um dever segundo Claus Roxin

Após desenvolver a teoria do domínio do fato, Roxin (2000a) entende que há hipóteses em que ela não fornece uma resposta satisfatória e adequada ao caso concreto. A título de exemplificação e como ponto de partida para desenvolver sua tese, o Autor cita o delito de tortura constante no § 343 do *Strafgesetzbuch* (StGB - Código Penal Alemão), em especial na hipótese de que alguém determine ao funcionário público que realize torturas. Nesse caso, o particular deteria o domínio do fato, contudo, não é possível que seja considerado autor, já que não dispõe da qualidade de funcionário público¹³³.

(em caso de proibição) ou em promover sua realização (em caso de mantado de ação)” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p.19).

¹³² Tradução nossa: “O critério material que concreta o anterior é o de que o autor é quem determina (ou domina, se é possível falar de um domínio objetivo) objetiva e positivamente o fato” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 20).

¹³³ “*Si por ejemplo, alguien determina, dados los requisitos del §52, a un funcionario a realizar torturas (§ 343 StGB), tiene, tal como hemos visto supra, el dominio del hecho. Pero sin embargo no es autor de las torturas del § 343 StGB, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario como sujeto del delito.*” (ROXIN, 2000a, p.385). Tradução Nossa: “Se por exemplo, alguém determina, dado os requisitos do §52, a um

Ressalta-se que a mesma problemática é obtida quando analisamos o delito de corrupção passiva, previsto no já mencionado art. 317 do Código Penal. Se um particular determinasse ao funcionário público que solicite ou receba vantagem indevida, ou promessa de tal vantagem, embora o particular detenha o domínio do fato, ainda assim, não pode ser considerado autor, uma vez que não dispõe da qualidade de funcionário público, essencial para a realização desse tipo penal de mão própria.

Partindo dessa premissa, Roxin (2000a) conclui que apenas ao *intraneus* é reservado o título de autor, enquanto o *extraneus*, independente de sua contribuição de maior ou menor relevância para a ocorrência do delito, não seria possível ser atribuída a mesma categoria:

Por tanto, podemos considerar cierto que sólo un intraneus puede ser autor de los delitos de funcionarios. Examinando más de acerca el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación que lo convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría (ROXIN, 2000a, p. 386)¹³⁴

Dessa forma, Roxin (2000a) esclarece que a autoria é reservada apenas ao *intraneus* não pela condição (de funcionário público) que possui, como sendo o único capaz de realizar o delito e nem mesmo o fato de ser o diretor da investigação, mas porque possui deveres específicos e extrapenais, ao qual se espera de atue adequadamente.

Em outras palavras, quando o funcionário público assume esse posto, seja por concurso, nomeação, contrato, ele assume deveres específicos e extrapenais, vinculados, em especial, ao Direito Administrativo, de se comportar e de gerir a coisa pública de forma adequada, em atendimento ao interesse público.

Por esse motivo, há uma expectativa normativa de que no exercício de sua função ou ainda que fora dela, mas em virtude de sua função, o funcionário público não se apropriará de dinheiro público (peculato – art. 312 do Código Penal)¹³⁵, não inserirá dados falsos em sistemas

funcionário a realizar torturas (§343 do Código Penal Alemão), tem, tal como vimos acima, o domínio do fato. Contudo, não é autor da tortura do § 343 do Código Penal Alemão, o que se deduz do tipo penal, que pressupõe um funcionário público como sujeito ativo do delito” (ROXIN, 2000a, p.385).

¹³⁴ Tradução Nossa: “Portanto, podemos considerar certo que apenas um *intraneus* pode ser autor dos delitos de funcionários. Examinando o ponto de vista determinante para a autoria no exemplo de partida se revela que não é a condição de funcionário, nem tampouco a qualificação abstrata de diretor da investigação que converte o sujeito em autor: mas o dever específico (que deriva de ter confiado uma concreta matéria jurídica) aos envolvidos de que comportem-se adequadamente, cuja infração consciente fundamenta a autoria” (ROXIN, 2000a, p. 386).

¹³⁵ “**Peculato.** Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou

de informações (art. 313-A do Código Penal)¹³⁶, não retardará ou deixará de praticar ato de ofício ou o pratique contrário a lei (art. 319 do Código Penal)¹³⁷ e, por óbvio, solicitará ou receberá vantagem indevida ou aceitar promessa de vantagem (art. 317 do Código Penal), dentre outras condutas previstas no Código Penal que, quando adotadas pelo funcionário público são consideradas delitivas.

Para Roxin (2000a), a mesma conclusão pode ser adotada para os delitos especiais, que também compreendem um elemento determinante para a autoria, uma vez que nessa espécie de delito, o círculo de possíveis autores também está limitado desde o princípio a alguns profissionais ou indivíduos com determinada condição, de forma que o critério determinante para configurar a autoria reside também na infração de um dever. A esse respeito, esclarece Roxin (2000a):

No se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo. Este deber existe en todo delito. Sobre todo, se extiende a los inductores y cómplices no cualificados, pues si los partícipes no estuvieran comprendidos, como destinatarios de la norma, por el efecto de obligación, no cabría fundamentar su punibilidad hasta hoy casi indiscutida. El propio NAGLER, que propugna considerar en principio como destinataria da norma penal sólo a la persona cualificada, se vio forzado a incluir al extraneus partícipe, a efectos prácticos, en el ámbito de la norma penal mediante la construcción posterior del “deber de obediencia secundario” [...] Más bien, el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad (ROXIN, 2000a, p. 387)¹³⁸.

alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. **Peculato culposo.** § 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. § 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta” (BRASIL, 1940).

¹³⁶ **“Inserção de dados falsos em sistema de informações.** Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa” (BRASIL, 1940).

¹³⁷ **“Prevaricação.** Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa” (BRASIL, 1940).

¹³⁸ Tradução Nossa: “Não se trata daquele dever decorrente do direito penal, cuja violação desencadeia a sanção prevista no tipo penal. Este dever existe em todo crime. Acima de tudo, estende-se a indutores e cúmplices não qualificados, pois se os partícipes não fossem entendidos, como destinatários da norma, por efeito de sua obrigação, não seria possível fundamentar sua punibilidade até hoje quase indiscutida. O próprio NAGLER que a princípio propunha apenas a pessoa qualificada como destinatário do direito penal, viu-se obrigado a incluir o participante *extraneus*, para efeitos práticos, no âmbito do direito penal através da posterior construção do “dever secundário de obediência” [...] Pelo contrário, o elemento que para nós determina sobre a autoria constitui uma violação de um dever extra-criminal que não se estende necessariamente a todos os envolvidos no crime, mas que é necessária para a realização do crime. Trata-se sempre de deveres que são logicamente procedidos da norma e que, geralmente, têm origem noutros ramos jurídicos. São exemplos desta categoria os já referidos

Dito isso, esclarecemos que sobre todos os indivíduos existe uma expectativa normativa penal de que não vá se apropriar de dinheiro público, que não insira dados falsos em sistemas de informações, que não retarde ou deixe de praticar ato de ofício e de que não solicite ou receba vantagem indevida ou aceite promessa de vantagem, deveres estes, que em suma, consistem no dever máximo de observar a norma penal.

Contudo, os funcionários públicos estão especialmente vinculados a essas normas, por deveres extrapenais especiais e específicos, oriundos do Direito Administrativo, de forma que a eles é atribuída a intervenção na forma de autoria e aos demais, ainda que sua intervenção tenha sido em termos criminológicos mais relevantes para a ocorrência do delito (o mandante), responderão como partícipes.

Dessa maneira, nem todo aquele que intervir e cooperar com a realização de um tipo penal que se refira a um delito de infração de dever, será considerado coautor, ainda que seja o “mandante” ou “*el hombre de atras*”¹³⁹. Isso porque, se ele não estiver obrigado a atender a deveres extrapenais específicos, *extraneus*, será imputado como partícipe. Na teoria dos delitos de infração de dever, apenas é possível que seja considerado coautor ou autor mediato, o indivíduo que também estiver vinculado aos deveres extrapenais específicos.

A título de exemplificação, se um particular determinar que um funcionário público solicite vantagem indevida, enquanto outro funcionário público se encarregue de receber a referida vantagem, os funcionários públicos serão considerados coautores do delito de corrupção, por possuírem um dever extrapenal derivado da função que exercem, enquanto ao particular, apenas caberá responder como partícipe.

Em contrapartida, se um funcionário público determinar a um particular que solicite e receba vantagem indevida, o funcionário público será considerado autor mediato, enquanto o particular, *extraneus*, apenas poderá ser considerado como partícipe.¹⁴⁰

deveres jurídico-públicos dos funcionários, os mandatos de sigilo em determinadas profissões ou estados e as obrigações jurídico-civis de satisfação e fidelidade alimentar” (ROXIN, 2000a, p.387).

¹³⁹ Tradução Nossa: “o homem que está atrás”

¹⁴⁰ “*Pero con ello, para el problema de llamado instrumento doloso no cualificado (lo que desde siempre ha sido muy controvertido em los delitos de funcionarios) resulta con toda facilidad una solución satisfactoria: el funcionario que, sin tener el dominio del hecho, determina a un extraneus a realizar el resultado jurídicamente desaprobado, es autor mediato, puesto que, vulnerando el deber especial extrapenal que le incumbe (lo único que importa) ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito em el tipo, por ejemplo, la certificación falsa (§348.1 StGB). Em cambio, el falsificador extraneus, a pesar de su dominio del hecho, es cómplice.*” (ROXIN, 2000a, p. 394). Tradução Nossa: “Mas com isso, para o problema do chamando instrumento doloso qualificado (o que desde sempre foi muito controvertido nos delitos de funcionários) resulta com toda facilidade uma solução satisfatória: o funcionário que, sem ter o domínio do fato, determina a um *extraneus* que realize o resultado jurídicamente não permitido, é o autor mediato, porque, violando o dever especial extrapenal que lhe incumbe (o único que importa) determinou a violação do bem jurídico descrito no tipo, por exemplo, de certificação falsa (§ 348.1 StGB). Em contrapartida, o falsificador, *extraneus*, apesar de seu domínio do fato, é cúmplice” (ROXIN, 2000a, p.394).

Roxin (2000a) entende que a delimitação da autoria e participação nos delitos omissivos, sejam eles próprios e impróprios, são, também delitos de infração de um dever, porque “[...] *no todo aquel que omite viene em consideración como autor, sino exclusivamente aquel al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo*” (ROXIN, 2000a, p. 498)¹⁴¹.

Portanto, para Roxin (2000a) teoria do domínio do fato, embora tenha sido bem desenvolvida e encontrado ampla aceitação entre a doutrina e jurisprudência mais atualizadas, não é suficiente para explicar alguns delitos, com ênfase para os delitos de mão própria, os delitos especiais e os delitos omissivos, a esses, a melhor via consiste na teoria da infração de um dever, sendo que o âmbito da autoria é reservado a quem detiver um dever especial extrapenal de evitar a ocorrência do resultado ou perigo descrito no tipo (*intraneus*) e a participação a todos aqueles que mesmo colaborando com a empreitada delitativa, não possui nenhum dever especial (*extraneus*).

5.5.2.2 O critério da infração de um dever segundo Günther Jakobs

Para Jakobs (2003b, p. 3) apesar da “sistematização (realizada com extraordinária diferenciação), à precisão e à comprovação da teoria do domínio do fato” feita por Roxin, a descoberta dos delitos de infração de dever é considerada pelo Autor como “mais sensacional, muito mais poderoso em seu potencial de desenvolvimento e, ao estar orientado normativamente, também mais moderno” (JAKOBS, 2003b, p.3). Em breve síntese, delitos de infração de dever podem ser descritos da seguinte forma:

Existem delitos – que são os delitos especiais em sentido estrito, mas não somente quanto à formulação – cujo autor não fica caracterizado pelo domínio, mas por um dever que tem como conteúdo uma contribuição positiva a outra pessoa ou a uma instituição estatal, como, por exemplo a Administração de Justiça. Parece claro que não se trata da configuração geral da sociedade, mas de formas especiais, isto é, da configuração de âmbitos parciais. Nestes delitos, organiza-se muito, pouco ou nada o sujeito obrigado positivamente – na medida em que possa evitar a realização do tipo, sempre responde como autor (JAKOBS, 2003b, p.3).

Dessa maneira, Jakobs (2003b) se questiona sobre como se chegaria a um conceito unitário de autor, com a utilização do critério de domínio e de dever e, a partir daí começa a investigar sobre o indivíduo que comete o ato por ele mesmo (mão própria).

¹⁴¹ Tradução Nossa: “[...] nem todo aquele que se omite vem em consideração como autor, mas exclusivamente aquele a que incumbe o concreto dever de evitar o resultado descrito no tipo” (ROXIN, 2000a, p.498).

Nessa perspectiva o Autor observa o fato de que “uma pessoa deva responder pelas consequências diretas de sua conduta, não significa que todo resultado diretamente seja considerado também uma consequência imputável do comportamento” (JAKOBS, 2003b, p.5), isso porque, as consequências diretas do comportamento do agente, podem ser um conhecimento casual, dessa forma, a imputação não partiria de um critério de domínio do fato, mas de deveres obtidos em virtude de competência por organização.

O Autor, então, fornece exemplos de situações em que é impossível haver a imputação, porque não há deveres específicos vinculados ao indivíduo, diante de sua competência por organização: é o caso do entregador que não deve responder pelo conteúdo do jornal ou, ainda, o técnico de projeção, que não tem responsabilidade sobre o conteúdo pornográfico do filme e, conclui:

Não é possível determinar a comissão própria, a comissão de mão própria, recorrendo exclusivamente ao domínio, sem a atribuição de conduta e consequência. Isto não significa que o último sempre seja o autor quando se produz a atribuição (este é o entendimento mais estendido, não obstante, no que se refere à interpretação do direito penal alemão vigente), mas apenas que, na medida em que intervenham junto a ele outras pessoas, ao menos é partícipe na ação (JAKOBS, 2003b, p.8).

Partindo dessa compreensão, o Autor passa a abordar a codelinquência, como uma expressão da divisão do trabalho na sociedade contemporânea, mas que, nesse aspecto vincula, ao invés de isolar, que já foi evidenciado no primeiro capítulo.

Para o Jakobs (2003b, p.17):

(...) todos os intervenientes executam, independentemente de quem seja a mão que se mova para esse fim”, de forma que a contribuição efetuada por um indivíduo, durante a execução de um delito é praticamente impossível ser distanciada da empreitada delitiva, ainda que igual prestação, feita com anterioridade e distanciamento da execução, possa ser considerada neutra e, complementa: “a separação de papéis tem como pressuposto um entorno que não seja caótico, é dizer que não se ache já caracterizado por violações da função (JAKOBS, 2003b, p.17).

A título de exemplificação está o caso de um vizinho que empresta a outro seu automóvel, mesmo sabendo que o vizinho em questão costuma dirigir alcoolizado, aqui estaria sendo exercido o papel social de um vizinho amável, cujo ato está distante dos posteriores desenvolvimentos. Contudo, se o vizinho emprestasse o veículo para o outro, visivelmente alcoolizado, a situação torna-se distinta. Nesse sentido Jakobs (2003b):

Quanto mais se intensifique a violação do papel por parte do executor, menos alguém que preste uma contribuição poderá manter-se em posição de que não se trata de nada diferente de um evento normal. [...] Todos os intervenientes geram com sua conduta uma razão para que lhes impute a execução também como obra sua. Nesta medida, ainda não se fala da distinção entre autores e partícipes, mas somente da vinculação

com outros do comum, do coletivo. Perante a questão que se estabelece neste ponto, relativa a qual entre os intervenientes tem o domínio do fato, a resposta não deve ser entendida no sentido de que o fato que é dominado é uma consequência do primeiro ato preparatório e que vai até a execução. Da única coisa que se trata aqui é do fato típico, é dizer, da execução do ato (JAKOBS, 2003b, p.17-18).

Dessa maneira, em continuação ao seu pensamento, o Autor observa que é possível haver uma intervenção delitativa em que o executor se omitiu, nesse caso é necessário averiguar quem deveria evitar a ocorrência do delito.

Jakobs (2003b) em crítica a teoria do domínio do fato compreende que ela versa sobre a “quantidade de intervenção”, ressaltando, inclusive que o interveniente cuja conduta for de menor relevância, ainda assim, terá domínio do fato e, conclui:

Desta perspectiva, a separação entre autoria e participação (induzimento e cumplicidade) não é uma distinção entre tipos de co-delinquência claramente diferenciados, mas, ao contrário –e especialmente na separação de autoria e cumplicidade –, somente é uma ordenação, que não pode ser muito exata, em função de quantidades de intervenções, e, com isso, de domínio do fato: quem configura melhor o elemento principal e quem faz em relação ao acessório? Os primeiros são autores, os segundos cúmplices. Domínio do fato têm os dois, como se acaba de dizer, um muito e outro pouco. Brevemente: não se trata de se haverá imputação, mas da preparação da medição da pena (JAKOBS, 2003b, p.23).

Para o Autor, embora haja uma tendência em compreender que as contribuições realizadas em um estágio inicial sejam menos significativas do que a do seu estágio final, tal situação não necessariamente precisa ocorrer dessa forma.

Dessa maneira, na quantificação de cada intervenção não deve se observar que cada um dos intervenientes responda única e exclusivamente apenas por aquilo que realizou, nesse caso, estaríamos diante de uma “responsabilidade por fragmento do tipo” (JAKOBS, 2003b, p.24).

Deve-se, então, verificar que houve uma solidariedade entre os intervenientes para a causação de um perigo ou materialização de um resultado, de tal forma que serão responsabilizados pela realização do tipo (inclusive a tentativa), com uma dosagem específica de pena, a depender de sua contribuição de maior ou menor intensidade. Antes do tipo ser realizado, não há responsabilidade.

Jakobs (2003b, p.24) denomina “acessoriedade quantitativa” a realização em que há uma “execução por mão alheia na execução própria” e deixa claro que “a responsabilidade por injusto alheio é um conceito impossível”, contudo nas empreitadas em que a realização do tipo é fruto de um empreendimento comum, haverá responsabilidade do *extraneus*:

Inclusive no caso de uma intervenção num delito especial próprio, concorrendo execução de mão própria do sujeito obrigado pelo dever especial, esta é ao mesmo tempo a execução própria do *extraneus* (de quem não se vê afetado pelo dever especial), ainda que com a peculiaridade de que o tipo apresenta ao menos um elemento que somente pode realizar mão do *intraneus*. Exemplificando: também dos cidadãos normais se espera que não comentam prevaricação, pois entre os cidadãos e os juizes não existe uma diferença de casta, mas somente em relação à função desempenhada dentro de uma sociedade homogênea. Porém os cidadãos normais somente se encontram em situação de cometer uma prevaricação quando se unem a um juiz (JAKOBS, 2003b, p.24-25).

Em analogia, também se espera do cidadão comum que não solicite ou receba nenhum tipo de vantagem indevida, contudo, apenas haverá responsabilização por corrupção passiva se ele se unir a um funcionário público. Para o Autor, a realização de um tipo penal, fruto de um empreendimento comum, configura uma *infração coletiva do dever*, sendo este o conceito fundamental.

Quanto à omissão, o Autor pontua que a responsabilidade será verificada se o omissor for competente “enquanto titular de um determinado âmbito de organização e não enquanto titular de um *status* específico (não como pai, mãe, policial, juiz, etc.)” (JAKOBS, 2003b, p.25), sendo necessário verificar se a omissão está vinculada a realização do tipo ou se sua conduta é neutra.

Além disso, o Jakobs (2003b, p. 27) conclui que a questão fundamental do estudo da codelinquência estaria na “posição de garantia, a de uma competência, e não a da diferenciação entre autores e partícipes”, ocupando, o interveniente a posição de garantidor (ou garante) de que o tipo não se realize.

Ainda que considere que a posição de garantia é a questão fundamental da codelinquência, o Autor passa a tecer considerações sobre a autoria mediata, a qual compreende como uma “autoria direta disfarçada” (JAKOBS, 2003b, p.31) de quem faz uso de um comportamento que chama de instrumento, não sendo caso de ter ou não o domínio do fato, mas de ter a competência pela ação por instrumento¹⁴²:

Por conseguinte, “instrumento” é – mais adiante se oferecerá uma fundamentação mais exata – natureza com aparência humana, de modo que não o é o sujeito que ocupa uma posição subordinada em um aparelho organizado de poder, e não o ostenta quem executa com dolo, porém sem intenção, ou faltando-lhe algum outro elemento de qualificação. O uso do instrumento é o emprego das forças instrumentais de outra pessoa, porém, precisamente, das forças instrumentais *não responsáveis* (JAKOBS, 2003b, p.31).

¹⁴² Ressalta-se que o indivíduo não será instrumento, mas partícipe, quando detiver conhecimento superior que contribui para a empreitada delitativa, sem que esse conhecimento seja especial, como, por exemplo, conhecimentos técnicos de determinada área do saber.

Nessa hipótese, há três possíveis razões da competência acerca de um caso individual.

A primeira razão consiste na competência pela conduta/comportamento do instrumento, ou melhor, do interveniente que prestar uma contribuição que vá além da adequação social e da neutralidade, para que o instrumento realize um determinado tipo penal. Nesse caso, estamos diante da figura do mandante (ou na língua espanhola, *hombre de atrás*¹⁴³), que pode ocorrer de duas formas: a primeira por meio da prestação de uma contribuição adaptada ao comportamento lesivo, quando, por exemplo, se instigue um indivíduo que utilizou de bebidas alcólicas a dirigir, ou, com uma contribuição que é inerente a um comportamento lesivo, como deixar de livre acesso uma arma cujo manejo requer licença.

Na segunda razão, o autor mediato não está diretamente vinculado a conduta do instrumento, mas ao fato de ter organizado a *condição de instrumento*, aqui estamos diante dos casos clássicos em que versam sobre o domínio por conhecimentos superiores e o domínio por coação. Ressalta-se, quanto aos conhecimentos superiores, não ser necessário ao instrumento a completa ignorância, mas tão somente que não faça parte de seu papel social introduzi-los na atuação.

A terceira razão consiste na competência independente da conduta específica de proteção a crianças, adolescentes não responsáveis e pessoas com deficiência de origem psíquica, ou seja, pessoas as quais é oferecida uma integração na sociedade, mas que todos os demais têm conhecimento de suas vulnerabilidades. Nesse âmbito, há um defeito na imputação, não sendo possível falar em autoria mediata, é hipótese de (co)autoria,

Por fim, há casos em que a contribuição exercida por determinado indivíduo não o torna, de toda forma, como um instrumento. A esse respeito Jakobs (2003b, p.40):

Finalmente, a respeito da autoria mediata se abordarão constelações de casos em que o instrumento não perde por completo sua qualidade de pessoa, por exemplo, porque erra de modo *evitável* acerca da realização do tipo ou do injusto correspondente a seu comportamento, ou entra em um estado de mera imputabilidade *reduzida* ou, sendo um instrumento co-acionado, se equivoca de modo *evitável* não vendo uma saída para o dilema sem intervir em bens alheios, etc. Também no caso de uma justificação *parcial* o instrumento mantém parte de sua responsabilidade.

Dessa forma, o autor conclui sua tese afirmando que a competência é o critério central para se estabelecer a responsabilização em delitos cuja realização é fruto de um empreendimento comum:

¹⁴³ Tradução Nossa: o homem que está atrás.

nos delitos em virtude de competência por organização, uma competência pela deterioração de outra organização (infração de um dever negativo), e nos delitos de dever, uma competência por não melhorar a situação (infração de um dever positivo, o que desde logo abarca a deterioração) (JAKOBS, 2003b, p.46).

Sendo que os delitos de domínio são delitos comuns e por isso é possível verificar a divisão de tarefas, já os delitos de dever, são delitos especiais: “todo aquele obrigado por um dever especial e somente o obrigado, viola seu dever até por meio da menor contribuição ativa ou pela menor omissão” (JAKOBS, 2003b, p.46).

5.7. AS TEORIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE A INTERVENÇÃO DELITIVA DE CARÁTER QUANTITATIVO

5.7.1. A intervenção delitiva no âmbito da ação significativa de Vives Antón

Tomás S. Vives Antón (2011), que propôs pensar a ação e o delito pela ótica da teoria da linguagem, ao propor dez teses sobre autoria, inicia a primeira apontando que “[...] *la autoria es un problema de acción, el problema de quién realizo la acción típica*”¹⁴⁴ (VIVES ANTÓN, 2011, p.784). Em referência ao instituto da codeliqüência, Vives Antón (2011) complementa sua afirmação anterior dizendo que para estar configurada a autoria não basta verificar aquele que realizou a ação típica, mas, também e principalmente, verificar o interveniente que realiza a ação típica como própria.

Sobre essa complementação, o Autor explica que quando há vários intervenientes na comissão de um delito, torna-se problemático fazer a diferenciação daqueles que de fato executam a conduta, dos que simplesmente ajudam.

E, para Vives Antón (2011), embora na análise da cadeia de ações individuais, possa parecer que todos tenham realizado a ação típica, na prática isso não se verifica, porque é necessário delimitar quem verdadeiramente a executou e quem, por mais que fosse tão responsável quanto, ou até mais, não executou a ação típica¹⁴⁵. O Autor pontua ainda que esse problema está relacionado a conjugação de todos e de cada um dos verbos núcleos do tipo.

¹⁴⁴ Tradução Nossa: “[...] a autoria é um problema de ação, o problema de quem realizou a ação típica” (VIVES ANTÓN, 2011, p. 784).

¹⁴⁵ “<<Entre todos lo mataron>>, suele decirse, con lo que parece que todos hayan realizado la acción típica; pero sabemos que no es así. Y surge el problema de delimitar quiénes, verdaderamente, lo hicieron y quiénes, por mucho que fuesen tan responsables – o más – de la muerte, no mataron” (VIVES ANTÓN, 2011, p.784).

Em sua segunda tese, o Autor remete ao pensamento de Ludwig Wittgenstein (1999), segundo o qual o significado é apreendido no conjunto de palavras e ações que formam o jogo de linguagem: *“Y eso quiere decir que lo que da sentido a los signos lingüísticos que empleamos es el uso que hacemos de ellos y no los conceptos e ideas que a través de ellos se expresan y que son um produto del uso del language y no um fundamento de ese uso”* (VIVES ANTÓN, 2011, p.785)¹⁴⁶.

Como consequência da segunda tese, a terceira aponta que o caminho adequado para fixar o significado dos verbos núcleo do tipo penal e, dessa maneira, estabelecer quem, em cada caso, realizou a ação típica, é necessário verificar o uso da linguagem nos casos ou tipos de caso concretos, devendo encontrar um elemento comum em suas aplicações, que o Autor denomina como sendo um “núcleo duro”.

Para Vives Antón (2011) esse núcleo duro só pode ser apreendido pelos casos concretos e ele será concretizado em cada caso. O núcleo duro não pode ser apreendido por uma abstração que pretende trazer uma ideia geral “a todo custo”.

Para o Autor seria impossível seguir uma regra (ou realizar um tipo penal) se não houver esse núcleo que determine e seja aplicado em todos os casos, sem a necessidade de interpretação, caso contrário, tudo estaria no campo da interpretação. Então não haveria regra e não seria possível determinar o que é ou não uma realização do tipo. A delimitação da autoria, portanto, consistiria na busca do “núcleo duro” que determina o significado dos verbos típicos.

Em sua quarta tese, Vives Antón (2011), realiza uma crítica à teoria do domínio do fato exposta por Claus Roxin dizendo que é logicamente impossível utilizá-la como tal em seu sentido mais básico de determinar quem realizou o fato, porque antes de saber quem domina a realização do fato, é indispensável saber qual o fato e quem o faz:

Tradução Nossa: “Mataram-no entre todos”, costuma-se dizer, o que faz parecer que todos realizaram a ação típica; mas sabemos que não é assim. E surge o problema de delimitar quem, de verdade, o fez e quem, por mais que fosse tão responsável quanto – ou mais – pela morte, não matou” (VIVES ANTÓN, 2011, p.784).

¹⁴⁶ Tradução Nossa: “E isso quer dizer que o que dá sentido aos signos linguísticos que empregamos é o uso que fazemos dele e não os conceitos e ideias que através deles se expressam e que são um produto do uso da linguagem e não um fundamento desse uso” (VIVES ANTÓN, 2011, p.785).

De eso es perfectamente consciente Roxin, para quien, con el concepto de <<dominio del hecho>> se trata de saber quién es la <<figura central>> del acontecer en forma de acción; y esa metáfora de la <<figura central>> supone ya un distanciamiento de la idea de realización de la acción: con ella se apunta, no ya a quien llevó a cabo la conducta típica, sino a quien es el principal responsable de que aconteciese. Esse modo de concebir la autoría no es privativo de quienes profesan la doctrina del dominio del hecho, sino que hay un amplio consenso en hablar de la autoría como realización del injusto; con lo que, a menudo inadvertidamente, se desconoce la vinculación básica entre autoría y acción (VIVES ANTÓN, 2011, p.786)¹⁴⁷.

Vives Antón (2011) complementa dizendo que o indivíduo que mata em legítima defesa, certamente realizou a ação de matar, ainda que não possa ser responsável pela morte.

Para o Autor, a teoria do domínio do fato não proporciona um conceito geral de autor, nem mesmo para os delitos de domínio, porque um conceito geral pressupõe a delimitação de alguma coisa que em suas diversas aplicações tem em comum e que determina o uso do termo correspondente.

Já a teoria do domínio do fato não cumpre essa exigência, porque em suas diversas manifestações (domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional) não representa uma unidade que pode ser comum a todas as aplicações do termo autor e autoria. O domínio do fato não aponta o que todas as aplicações do termo autor tem em comum, tão somente uma certa semelhança, uma família: é algo apenas que orienta o uso, mas não fornece um conceito geral.

Em sua quinta tese, Vives Antón (2011) faz uma crítica à teoria da infração de um dever, tanto de Jakobs, quanto de Roxin, especificamente porque na descrição dos tipos penais, ao invés de fazer uma remição genérica ao dever, há descrição das ações que são responsáveis por infringi-lo e complementa:

De modo que cuando la idea de acción es desplazada por la de competencia e imputación y la de ejecución o realización por la de infracción de un deber se está colocando el carro delante de los bueyes y, de esse modo, se acaba sacando de quicio el lenguaje y menoscabando su función de garantía; se hace, no aplicación de la ley, sino mala <<filosofía>> de la ley; y así comienza una ceremonia de la confusión, en la que actuar y omitir son equivalentes; pues lo importante no es lo que los diferencia, sino algo que tienen en común: la organización del autor (sic.); y en la que, pese que sólo la ejecución es un hecho y sólo el hecho quebrante externamente el Derecho, su realización no es el momento que determina la autoría (VIVES ANTÓN, 2011, p.789)¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Tradução Nossa: “Disso é perfeitamente consciente Roxin, para quem, com o conceito de <<domínio do fato>> se trata de saber quem é a <<figura central>> do acontecer em forma de ação; e essa metáfora da <<figura central>> supõe já um determinado distanciamiento da ideia de realização da ação: com ela se aponta, no quem levou a cabo a conduta típica, mas quem é o principal responsável pelo acontecimento. Esse modo de conceber a autoria não é privativo de quem professa a doutrina do domínio do fato, mas há um amplo consenso em falar da autoria como realização do injusto, com o que frequente e inadvertidamente, se desconhece a vinculação básica entre autoria e ação” (VIVES ANTÓN, 2011, p.786).

¹⁴⁸ Tradução Nossa: “De modo que quando a ideia de ação é deslocada pela de competência e imputação e a de execução e realização pela de infração de um dever se está colocando ‘o carro na frente dos bois’ e, desse modo,

Em sua sexta tese, após as críticas realizadas à teoria do domínio do fato e da infração de um dever, Vives Antón (2011) reivindica o papel “nuclear e primário” de que a realização de uma ação ou omissão típica seja aquela tal como o legislador descreveu e como determinante da autoria: “*Si al preguntar por el autor preguntamos por quién hizo algo, no puede haber duda: lo hizo quien llevó a cabo la acción u omisión típica*” (VIVES ANTÓN, 2011, p. 789)¹⁴⁹.

Para Vives Antón (2011) as confusões sobre autoria surgem porque há um cruzamento de diversos planos semânticos: do autor material, enquanto executor, realizador; do autor moral, como o responsável principal pelo fato; do autor da única coisa que é possível ser feita (o fato típico) e do autor do delito, ou seja, autor da infração que consiste em fato.

Quanto à participação, o Autor pontua que não se trata de determinar quem realizou a fato típico ou quem contribuiu para que ele fosse realizado, mas estabelecer a distinta gravidade da atribuição de responsabilidade pelo fato e, por isso, não seria correto distinguir entre a intervenção principal e acessória, sendo certo adotar a distinção entre a intervenção principal e *secundária*, a partir de uma perspectiva de maior importância.

Em sua sétima tese, Vives Antón (2011) expõe que a confusão se estabelece porque o termo “autor” é polissêmico e indica tanto aquele que faz algo, quanto aquele que responde por algo: “[...] *cuando hablamos de autor del delito, en sentido estricto, designamos a quien realiza la acción típica, sólo si se trata de una acción típica contraria a derecho*” (VIVES ANTÓN, 2011, p.794)¹⁵⁰, isso porque se ocorreu uma ação típica lícita (por exemplo, em legítima defesa), não se pode dizer que quem a realizou seja autor do delito e, partindo dessa premissa, o Autor aponta:

Pues bien: de ahí se concluye que, si la acción principal no es delito, las accesorias tampoco pueden serlo. Con ello, de la premisa lógica de que una acción es accesoria de otra se extrae una consecuencia valorativa (que, si la primera no es delito, la segunda no puede serlo); pero, esa es una deducción que no concluye (VIVES ANTON, 2011, p.794)¹⁵¹.

se acaba enlouquecendo a linguagem e menosprezando sua função de garantia: se faz não a aplicação da lei, mas uma ruim filosofia da lei; e assim começa uma cerimônia de confusão, em que atuar e omitir são equivalentes, pois o importante não é o que os diferencia, mas algo que têm em comum: a organização do autor (sic) e no que pese que apenas a execução é um fato e apenas o fato rompe externamente o Direito, sua realização não é o momento que determina a autoria” (VIVES ANTÓN, 2011, p.789).

¹⁴⁹ Tradução Nossa: “Se ao perguntar pelo autor perguntamos por quem fez algo, não se pode haver dúvida: fez quem levou a cabo a ação ou omissão típica” (VIVES ANTÓN, 2011, p.789).

¹⁵⁰ Tradução Nossa: “[...] quando falamos de autor do delito, em sentido estrito, designamos quem realiza a ação típica, apenas se se tratar de uma ação típica contrária ao direito” (VIVES ANTÓN, 2011, p.794).

¹⁵¹ Tradução Nossa: “Pois bem: daí conclui-se que, se a ação principal não é crime, as ações acessórias não o podem ser. Com isso, da premissa lógica de que uma ação é acessória de outra, extrai-se uma consequência avaliativa (que, se a primeira não é crime, a segunda não pode ser); mas, essa é uma dedução que não conclui” (VIVES ANTÓN, 2011, p.794).

A partir dessa dedução que o Autor considera falaciosa, ele dá início a sua oitava tese, dizendo que seria também falacioso concluir que se uma ação típica está em conformidade com o direito e, em consequência, aquele que a realiza não comete delito, então, incorretamente poderia se concluir que aquele que induz ou auxilia também não cometeria delito.

Contudo, Vives Antón (2011) demonstra a falácia dessa perspectiva a partir da hipótese de que o indivíduo que auxilia outro que, por atuar em situação de inexigibilidade de conduta diversa não comete delito, pode estar em delinquência.

Isso porque, a acessoriedade da conduta do partícipe, embora seja lógica, é também valorativa. E é possível que as ações de induzir ou auxiliar alguém que atua lícitamente, sejam ilícitas, já que as causas de exclusão da ilicitude são permissivas pessoais, que só protegem o autor da desaprovação.

Dessa maneira, o Autor chega a sua nona tese dizendo que a clareza da conclusão anterior apenas é obscurecida pelo “duplo jogo” da ideia de antijuridicidade: embora pareça que quando uma conduta não é antijurídica, não há mais nada a responder e, se assim o fosse, também aqueles que dela participam, não responderiam.

Contudo, uma ação ainda que dentro dos permissivos legais não constitua crime, pode se configurar em um ilícito civil, por sua gravidade. E é certo que o interveniente que não usufrui de uma proteção conferida por uma permissão forte, pode perfeitamente incorrer em responsabilidade criminal.

Disso conclui que a acessoriedade com que se opera não é limitada, mas mínimo, de forma que seria necessário representar tanto o problema da distinção entre autores e partícipes, quanto o da autoria mediata.

Por tudo o que foi construído, o Autor chega a sua décima e última tese e expõe:

Si autoría es, en el sentido lógico-gramatical, que es el que aquí importa, una categoría de la realización de la acción y no hay, según la concepción significativa, un supraconcepto de acción; es decir, algo que tengan en común todas las acciones (pues, si se definen como significados, un significado común a los diversos significados no sería sino un puro sinsentido), tampoco puede haber un concepto general de autor. Menos aun puede hablarse de un criterio genérico que delimite la autoría de la participación, pues a la idea de que distintas clases de acciones requieren diversos tipos de realización, hay que sumar la no menos cierta de que el mismo tipo de acción puede ejecutarse de mil maneras distintas y que lo que, en unas sería participación podría calificarse de autoría en otras. El significado de la conducta no se halla predeterminado por la descripción de la actividad o inactividad corporal que se lleva a cabo, sino que surge de una situación, en la que esa actividad es calificada como tal o cual acción, a semejanza de lo que sucede con las palabras y los juegos de lenguaje. (Si ello es así, quienes creen haber encontrado el criterio definitivo para distinguir autoría y participación han descubierto la piedra filosofal. Enhorabuena) (VIVES ANTÓN, 2011, p.796)¹⁵².

Em consequência, para o Autor, as teorias objetivo-formais, ao tratar das ações típicas, em primeira ou segunda instância, não podem chegar a um conceito geral de autor.

E a teoria do domínio do fato ou da infração de deveres, ainda que tenham afirmado que não tentaram chegar a um conceito geral de autor (utilização de conceito aberto), diferente do que apontam, a pergunta que pretendem responder não é a que indaga sobre a realização do fato, mas a de quem ou quais são os responsáveis pelo delito e, em que medida são responsáveis. Estariam, então situados em outro plano, o da responsabilidade, no qual, segundo o Vives Antón (2011) podem apresentar certo desempenho.

¹⁵² Tradução Nossa: “Se autoria é, em sentido lógico-gramatical, que é o que importa aqui, uma categoria de realização da ação e não há, segundo a concepção significativa, um ‘supraconceito’ de ação, ou seja, algo que tenham em comum todas as ações (pois, se se definem como significados, um significado comum aos diversos significados não seria senão uma pura ausência de sentido), tampouco é possível haver um conceito geral de autor. Menos ainda se pode falar de um critério genérico que delimite a autoria da participação, pois a ideia de que distintas classes de ação requererem diversos tipos de realização, precisa ser somada a não menos certa de que o mesmo tipo de ação pode ser executado de mil maneira distintas e que o que, em umas seria participação, poderia ser qualificado como autoria em outras. O significado da conduta não se encontra predeterminado pela descrição da atividade ou inatividade corporal que se realiza, mas que surge de uma situação, na qual essa atividade é qualificada como tal ou qual ação, a semelhança do que acontece com as palavras e os jogos de linguagem. (Se é assim, aqueles que acredito terem encontrado o critério definitivo para distinguir autoria e participação terão descoberto a pedra filosofal. Parabéns)” (VIVES ANTÓN, 2011, p.796).

6. CONCLUSÃO

Após analisarmos o objeto da pesquisa, de forma abstrata, sob a ótica das três ciências que compõe o Sistema Jurídico-Penal, a pesquisa será concluída com a integração dialética do específico problema que foi apresentado no segundo capítulo ao Sistema Jurídico-Penal, em seus subsistemas da Criminologia, Política-Criminal e Dogmática Jurídico-Penal, que foram expostos nos capítulos subsequentes.

6.1. A INTEGRAÇÃO SISTEMA E PROBLEMA: PROJEÇÃO DA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA, POLÍTICO-CRIMINAL E DOGMÁTICA NO *CASE*

O caso analisado (“Caso A” e “Caso B”), em termos criminológicos, apresenta a complexidade, densidade econômica e o risco da sociedade contemporânea que, por sua vez, de forma geral, estão refletidas na intervenção delitiva ocorrida nos delitos de corrupção no âmbito da contratação pública.

Como já mencionado, o caso analisado apresenta o envolvimento de diversos indivíduos, com qualidade de funcionários públicos, empresários que contrataram com a Administração Pública e uma terceira pessoa, ou cidadã comum, (primeira-dama) no pagamento e recebimento de vantagens indevidas para a contratação e/ou favorecimento de organizações sociais responsáveis pela gestão de hospitais, que seriam utilizados ao acolhimento de vítimas da pandemia Covid-19.

O caso revela a complexidade da sociedade contemporânea por envolver um coletivo de pessoas jurídicas que são essencialmente afeitas à divisão do trabalho, a organização e a estruturação hierárquica, que é o caso dos órgãos públicos e pessoas jurídicas com caráter empresarial, como as organizações sociais, os hospitais e os escritórios de advocacia, enfatizando o aspecto da fragmentariedade, que é característico de nossa sociedade.

Também há imputação de corrupção passiva aos funcionários públicos, que obviamente compõe esses órgãos públicos e corrupção ativa aos empresários responsáveis em sua maior parte pela gestão das organizações sociais e, reforçando ainda mais a complexidade, imputa-se prática delitiva de corrupção passiva a uma pessoa que não é nem funcionária pública e nem empresária com quem a Administração Pública contratou. Ou seja, nos apresenta uma realidade um pouco mais complexa do que a introjetada pela legislação, na medida do art. 317 do Código

Penal, como um crime praticado por funcionário público contra a administração em geral e do art. 333 do Código Penal, como um crime praticado por particular contra a administração em geral.

O caso ainda utiliza como meio de prova troca de e-mails e conversas por aplicativos eletrônicos, que demonstra a penetralidade da *internet* e sua importância da criminalidade hodierna, por ser um canal de comunicação entre os intervenientes da empreitada delitiva.

Quanto ao aspecto econômico da sociedade, ele se revela no caso pela imputação de delitos que são essencialmente econômicos e normalmente praticados coletivamente, como a corrupção, a lavagem de ativos ilícitos e a organização criminosa, que todos, em abstrato, possuem forte poder de desestabilizar mercados.

O fator risco se manifesta na decisão de algum ou alguns indivíduos em pagar e/ou receber vantagens indevidas para a contratação e/ou favorecimento de organizações sociais responsáveis pela gestão de hospitais, que seriam utilizados ao acolhimento de vítimas da pandemia Covid-19. Dessa maneira, a decisão de algum ou alguns indivíduos em manejar de forma ilícita as contratações voltadas ao tratamento de vítimas da pandemia Covid-19, sujeita todos os demais indivíduos, em especial os de classe mais vulneráveis, à ameaça de ter sua saúde, integridade física e vida afetadas pela doença e de não disporem de leitos, equipamentos, medicamentos que seriam essenciais ao tratamento médico-hospitalar dos doentes.

Ainda, por ter ocorrido na contratação e/ou favorecimento de entidades que prestariam serviços vinculados a área da saúde, demonstra, em termos criminológicos, que a Administração Pública não é a única afetada, mas também a saúde pública como um todo e àqueles que dependem do serviço prestado, de forma específica.

Além disso, o caso exprimi como o espaço da contratação pública é propenso às práticas de corrupção, tornando-se um ambiente onde o interesse público e o interesse privado se chocam. E demonstra que, mesmo em entidades onde o lucro não é um objetivo final, pessoas jurídicas que, em tese, deveriam ainda mais buscar o atendimento aos interesses públicos, é possível que se utilize a via da ilegalidade, para obter algum tipo de vantagem pessoal.

Especificamente, sobre a pandemia, que é pano de fundo do caso, é importante notar que ela também manifesta os aspectos de complexidade, economia e risco da sociedade hodierna.

Em termos de complexidade, vimos que lidar com uma pandemia envolve a atuação de setores públicos, privados, bem como conhecimento especializado das mais diversas áreas do saber, cuja solução só pode ser pensada em termos coletivos. Em outras palavras, um único

indivíduo fazendo sua parte não é suficiente para conter uma pandemia que é, em essência, a transmissão massiva de uma doença, de forma que todos precisam colaborar.

Ressalta-se que as decisões políticas sobre a forma de gestão de uma pandemia causam sérios impactos do cenário nacional, internacional, no âmbito econômico e na afetação das mais diversas esferas da vida humana.

No mais, as medidas de contenção, como isolamento e a quarentena, que geraram a separação física dos indivíduos, tornou ainda maior a interação no campo do virtual, demonstrando a influência da *internet* também nesse ponto.

O fator econômico da sociedade contemporânea na pandemia Covid-19, se manifesta não somente no impacto econômico de uma pandemia, mas também no fato de que, não por mera coincidência, estudos apontam que os primeiros casos de pessoas contaminadas pelo novo coronavírus teriam tido acesso a um mercado na China, que se trata de um local (nesse caso, físico) para se realizarem transações comerciais, no qual os indivíduos têm acesso em massa e de forma frequente.

O mercado, em termos materiais, é um espaço que admite a circulação de uma significativa quantidade pessoas, sem que haja grandes entraves para que se tenha acesso a ele, nesse caso, basta estar disposto a adquirir ou vender algo. E em termos imateriais, acaba por abranger praticamente todos os aspectos do viver em uma sociedade capitalista: se for comer, precisa comprar a comida em algum lugar; para se vestir, é necessário adquirir roupas; para se locomover, é necessário pagar por algum tipo de serviço de locomoção, dentre outros exemplos.

Dessa maneira, o mercado, enquanto espaço físico, se comporta como um ambiente democrático, do qual todas as pessoas que vivem em uma sociedade capitalista, direta ou indiretamente, dependem e terão acesso. Por exemplo, é mais razoável que se pense na rápida disseminação global de uma doença por intermédio de um mercado, cujo acesso de pessoas é o mais amplo possível, do que a partir de uma universidade pública, cujo público que acessa é seletivo.

Sobre o fator risco, ele é mais que óbvio quando falamos de uma pandemia. O risco de transmissão uma doença, algo comum ao viver que antes estaria adstrito a pequenas regiões, é hoje compartilhado por toda a humanidade, que se encontra conectada e globalizada. E, uma vez conhecido o risco, é possível realizar uma gestão sobre ele, por intermédio de medidas de contenção, busca de tratamentos, criação de vacina e, outros, bem como é sentido de forma diferente por classes sociais mais baixas e com menor possibilidade de “comprar segurança”, que no caso, consiste em realizar quarentena de forma efetiva, sem comprometer sua

subsistência por não trabalhar e custear o tratamento médico-hospitalar necessário, mesmo diante do Sistema Único de Saúde.

Em termos político-criminais, o *leading case* demonstra a intervenção delitiva, nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública como um problema nodal da corrupção e da contratação pública, uma vez que é o ponto que conecta ambas as vias, no sentido da coletividade e organização que é inerente ao delito e ao procedimento administrativo. O caso também manifesta, ao menos em um primeiro momento, no tocante a reprovação, a existência de arcabouço legislativo para aplicar sanções a esse tipo de manifestação delitiva, bem como a existência de mecanismos institucionais próprios para realizar a perseguição.

Resta saber se os instrumentos dogmáticos disponíveis são satisfatórios para responder ao problema, no tocante à dimensão da reprovação, como será demonstrado pela análise dogmática do caso.

Contudo, o caso também evidencia um tratamento que desconsidera a corrupção como um fenômeno cuja organização é intrínseca e manifesta a necessidade de instrumentos capazes de fornecer melhor transparência nos procedimentos de contratação pública, como via de prevenir a prática delitiva. Nesse ponto, é possível afirmar que a existência de programas de compliance, seja no órgão público, ou nas pessoas jurídicas relacionadas ao caso, fosse capaz de, em algum modo, evitar a ocorrência da possível prática delitiva, bem como a intervenção de diversos indivíduos.

A respeito da projeção dogmática do caso, comprova-se, também nessa Ciência que o ponto de encontro entre corrupção e contratação pública é, sem maiores delongas, a intervenção delitiva (ou concurso de pessoas).

Isso porque, como mencionado, a corrupção enquanto fenômeno social, político e econômico tem a organização e divisão de tarefas como um fator de descrição. Como delito, isso também se verifica, principalmente na manifestação da corrupção passiva na modalidade “receber”, que pressupõe a existência de alguém que tenha “ofertado” e com isso evidencia uma organização mínima, com a necessária intervenção de ao menos duas pessoas, fato que se manifesta no caso concreto.

Da mesma forma, a contratação pública pressupõe a atuação de no mínimo duas pessoas, o administrador público “contratante” e o particular “contratado”, muito embora no contexto de uma sociedade complexa, sabemos que: 1) a organização dos aparelhos públicos é afeita à extrema divisão do trabalho e, 2) a contratação pública, desde a sua fase interna, até a completa execução, passa por uma série de agentes e 3) as empresas e organizações sociais são também essencialmente afeitas a divisão de tarefas, organização e estruturação hierárquica.

O caso concreto reflete exatamente isso: temos de um lado, o aparelho público com o então governador de uma unidade federativa e funcionários públicos ao seu dispor, de outro lado, organizações sociais, seus gestores e funcionários e, em um terceiro ponto, alguém que, em tese, seria alheio a ambas as organizações pública e privada, que é a primeira-dama.

Pois bem, o delito de corrupção quando ocorrido na modalidade passiva, “receber”, que pressupõe a existência de uma intervenção na modalidade ativa “ofertado”, já se manifesta em termos abstratos como uma irritação no sistema do concurso de pessoas disposto no art. 29 do Código Penal, refletor da adoção de um monismo mitigado, ao prever que o interveniente que concorrer para o delito, de qualquer modo, incidirá nas penas estabelecidas aquele delito específico em que interveio.

Essa irritação se manifesta porque o “corruptor” e o “corrompido”, embora tenham atuado conjuntamente, cada um concorreu para uma espécie distinta de delito de corrupção, o primeiro à corrupção ativa e o segundo à corrupção passiva, demonstrando que o ordenamento já realiza em si mesmo uma distinção valorativa e qualitativa entre as duas modalidades de corrupção.

Dessa forma, não é possível haver uma imputação única, porque fosse atribuída a um funcionário público o delito de corrupção passiva e fosse imputada sua participação na corrupção ativa, haveria uma dupla responsabilização pelo mesmo fato, que não se admite no Direito Penal.

Outro ponto importante é o fato de o delito de corrupção ser um crime próprio do funcionário público, que torna ainda mais desafiadora a sua análise dogmática.

Tais problemáticas se manifestam no caso em apreço, no qual imputa-se a ex-primeira-dama, uma *extraneus*, o recebimento das vantagens indevidas na forma de dinheiro, por intermédio de seu escritório de advocacia e que, posteriormente, teria repassado os valores ao seu esposo, então governador do estado do Rio de Janeiro e ao então Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, sendo estes os responsáveis por praticarem atos de ofício que, de alguma forma, beneficiaram os gestores e outros funcionários das organizações sociais acusadas de corrupção.

Se analisarmos a conduta descrita no tipo do art. 317 do Código Penal “*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*” (BRASIL, 1940), concluiríamos pela impossibilidade de responsabilizar isoladamente o *extraneus*, a então primeira-dama, por ter recebido “vantagem indevida”, já que ela não exerce

função pública. Entretanto, é necessário olhar o caso pelo viés das contemporâneas teorias da intervenção delitiva.

Em termos qualitativos, o caso analisado pela teoria do domínio do fato, demonstra que pode haver domínio da ação pelo ex-governador e seu ex-Secretário de Estado, de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, sendo possível a imputação como autores, ou melhor coautores do delito de corrupção passiva, na hipótese de ambos terem “solicitado ou recebido, para si ou para outrem, direta ou indiretamente”, em razão de sua função, “vantagem indevida”, já que manifestam a qualidade essencial de funcionários públicos. A mesma espécie de “domínio” não pode ser atribuída à ex-primeira-dama.

Necessário, nesse caso, que o ex-governador e o ex-Secretário de Estado, de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais tenham agido de forma livre e dolosa, na realização da conduta descrita no verbo núcleo do tipo. Na possibilidade de que um deles tenha sido utilizado na execução do delito, mas que lhe tenha sido forçada a vontade de executar; ou porque detinha conhecimento mais amplo da empreitada delitiva; ou, ainda porque o que executou aparece como instrumento, estaremos diante do caso de autoria daquele que estava “atrás”, que consiste no domínio da vontade.

Ao indivíduo que executou, pode ser atribuída a qualidade de participe ou, até mesmo, a impossibilidade de imputação e responsabilidade pelo delito, a depender do caso concreto.

Sobre o domínio funcional, ele só se manifestará se os dois ou mais intervenientes, funcionários públicos, partindo de uma decisão em conjunto, prepararam ou executaram os fatos e contribuíram para a sua realização com um ato relevante, de tal sorte que ambos serão considerados autores e estarão atuando em coautoria. Nesse caso, a mera realização de atos intrínsecos a divisão do trabalho dentro do órgão público, respeitando-se a hierarquia, não constitui em domínio funcional.

Ressalta-se que como tratado pelo próprio Roxin, a teoria do domínio do fato não é suficiente para responder sobre a possibilidade de se imputar o delito para a primeira-dama, a *extraneus*.

Isso ocorre porque, ainda que a primeira-dama fosse quem tivesse efetivamente organizado e determinado toda a empreitada delitiva da corrupção passiva, ela não poderia ser considerada como autora, mesmo que detenha o domínio do fato, porque não dispõe da qualidade de funcionária pública, essencial para a realização desse tipo penal de mão própria. Nesse caso, com base na teoria do domínio do fato, seria impossível a imputação e responsabilização penal da primeira-dama.

Dessa forma, pela teoria da infração de um dever, nos termos cunhados por Roxin, verifica-se que apenas os *intraeus*, no caso o ex-governador e o ex-Secretário de Estado, de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, podem ser considerados como autores ou coatores do delito de corrupção passiva, ainda que exista entre eles um “mandante” ou um “homem de trás”, porque ambos estão igualmente vinculados aos mesmos deveres de funcionários públicos.

À primeira-dama, *extraneus*, estaria reservada a posição de partícipe no delito de corrupção passiva, mesmo que fosse ela quem tivesse organizado toda a empreitada delitiva, porque não dispõe do dever especial e extrapenal de um funcionário público.

Um pouco diferente, na perspectiva de Jakobs, diante da atuação em conjunto dos indivíduos, ex-governador, ex-secretário e ex-primeira-dama, não se deve observar apenas o que cada um dos intervenientes realizou, porque haveria uma responsabilidade por fragmento do tipo, de tal forma que cada um deve ser responsabilizado pela realização total do tipo “corrupção passiva”, com uma dosagem específica da pena.

Ressalta-se que, para o autor apenas haverá a possibilidade de se imputar um crime de mão própria, no caso, a corrupção passiva, à ex-primeira-dama, se ele efetivamente for fruto de um empreendimento comum, como está sendo narrado pelo Ministério Público.

Dessa forma, é possível a imputação da corrupção passiva a *extraneus* que atua em conjunto com funcionários públicos, porque também se espera da primeira-dama que não solicite ou receba nenhum tipo de vantagem indevida. Nesse caso há uma *infração coletiva do dever*.

E, para o Jakobs, em se tratando de codelinquência, é menos importante diferenciar autores e partícipes e mais compreender quem ocuparia a posição de garante para que o tipo penal não se realize, no caso, aquele que tem o dever específico, que são o ex-governador e o ex-Secretário de Estado, de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais.

Cumprido, por fim, mencionar a pertinência das críticas elaboradas por *Vives Antón*, principalmente de que o determinante para a autoria seria aquele que, de fato, realizou a ação ou omissão típica conforme descrita pelo legislador e que isso seria uma forma de garantia e segurança ao acusado, um desdobramento do princípio da legalidade (*nullun crimen sine lege*), que não pode ser afastado pelo mero argumento da impunidade.

De forma que, ao analisar o problema por outra perspectiva, estaríamos diante do cruzamento de diversos planos semânticos, do autor material, enquanto executor, realizador; do autor moral, como o responsável principal pelo fato; do autor da única coisa que é possível ser feita (o fato típico) e do autor do delito, ou seja, autor da infração que consiste em fato. E o

problema central não reside na análise de quem realizou ou não o fato, mas quem ou quais são os responsáveis pelo delito e, em que medida são responsáveis, o problema estaria, então, situado no campo da punibilidade.

Portanto, a conjugação dialética entre o problema e o sistema demonstra que a teoria do monismo mitigado adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e a atual redação do art. 29 do Código Penal se aproxima bastante da teoria da infração de um dever, conforme desenvolvida por Jakobs e, de certa forma, ventilada por Vivés Antón.

Contudo, os problemas hodiernos de responsabilização dos intervenientes na empreitada delitativa, da delinquência organizada e afeita a divisão de tarefas que a sociedade contemporânea desenvolveu, em especial quanto à possibilidade de imputação e responsabilização penal de um *extraneus* em um delito de infração de dever, ante ao princípio da legalidade, demandam ainda um maior amadurecimento em termos de vivência do fenômeno, para verificar sobre a pertinência de mudança ou alteração da legislação.

Referências

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Regulamento Sanitário Internacional – RSI - 2005**. Versão em português aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 395/2009 publicado no DOU de 10/07/09. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/paf/regulamento-sanitario-internacional/arquivos/7181json-file-1>. Acesso em 17 nov. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROS FILHO, Clóvis de; PRAÇA, Sergio. **Corrupção: parceria degenerativa**. Campinas/SP: Papyrus 7 Mares, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2008.

BECHARA, Ana Elisa Libertatore S.; FUZIGER, Rodrigo José. A Política Criminal Brasileira no Controle da Corrupção Pública. In: LA TORRE, Ignacio Berdurgo Gómez de; BECHARA, Ana Elisa Libertatore S. *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Gráficas Lope, 2012.

BERNARDES, Julio. O que a pandemia da gripe suína ensina ao Brasil sobre políticas para saúde. **UOL**, publicado em 29 mar. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/03/29/o-que-a-pandemia-de-gripe-suina-ensina-ao-brasil-sobre-politicas-para-saude.htm>. Acesso em 17 nov. 2021.

BIASON, Rita de Cássia (Org). **Temas de corrupção política**. São Paulo: Editorial, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 6. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v.5.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Nossas Primeiras Reflexões sobre Organização Criminosa. **Revista Acadêmica**, v. 86, n. 1, 2014, p. 70-98.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7 reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Sandra Rosa Vespasiano. **Compliance no setor público**. Governo do Estado de Pernambuco, Secretaria de Administração, Centro de Formação dos Servidores e Empregados Públicos do Poder Executivo Estadual. Recife: Cefospe, 2020. Disponível em: <http://www.cefospe.pe.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=30580954&folderId=61591351&name=DLFE-465809.pdf> Acesso em 28 mar. 2022.

BRASIL, Congresso Nacional. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal [Código Criminal do Império do Brasil]. **CLBR, 13 dez. 1890**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 17 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 17 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 nov. 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1713.htm. Acesso em 14 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 19 set 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 01 dez. 2021.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 01 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. Código Penal de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1004.htm. Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1. Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.666%2C%20DE%2021%20DE%20JUNHO%20DE%201993&text=Regulamenta%20o%20art.,P%C3%BAblica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em 25 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613compilado.htm. Acesso em 29 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 maio 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.637%2C%20DE%2015%20DE%20MAIO%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20qualifica%C3%A7%C3%A3o%20de,sociais%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 18 maio 2021.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 395, de 2009. Aprova o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembléia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jul. 2009. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-395-9-julho-2009-589324-publicacaooriginal-114307-pl.html>. Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 16 jun. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 23/2020. Dispõe sobre as medidas sanitárias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236343>. Acesso em 17 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde, de 23 de maio de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 jan. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm. Acesso em 17 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em 17 nov. 2021.

BRASIL, Cristina Índio do. Operação Placebo aprofunda investigações sobre corrupção na saúde. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, publicado em 26 maio 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/operacao-placebo-aprofunda-investigacoes-sobre-corrupcao-na-saude>. Acesso em 31 jan. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília: MPF, 2018. Disponível em: <http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **CPI da Pandemia**. Apurar, no prazo de 90 dias, as ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da Pandemia Covid-19 no Brasil e, em especial, no agravamento da crise sanitária no Amazonas com a ausência de oxigênio para os pacientes internados; e as possíveis irregularidades em contratos, fraudes em licitações, superfaturamentos, desvio de recursos públicos, assinatura de contratos com empresas de fachada para prestação de serviços genéricos ou fictícios, entre outros ilícitos, se valendo para isso de recursos originados da União Federal, bem como outras ações ou omissões cometidas por administradores públicos federais, estaduais e municipais, no trato com a coisa pública, durante a vigência da calamidade originada pela Pandemia do Coronavírus "SARS-CoV-2", limitado apenas quanto à fiscalização dos recursos da União repassados aos demais entes federados para as ações de prevenção e combate à Pandemia Covid-19, e excluindo as matérias de competência constitucional atribuídas aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>. Acesso em 01 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.315.619/RJ (2012/0072990-3). Relator: Min. Campos Marques. Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 15 ago. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30806128&num_registro=201200729903&data=20130830&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 26 maio 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou Crise Fiscal? **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 21, n. 1, abril 1991, p.3-23. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/bresser_a_crise_da_america_latina_consenso_de_washington_ou_crise_fiscal.pdf. Acesso em 10 nov. 2020

BURAWOY, Michel. **Marxismo Sociológico: quatro países, quatro décadas, quatro grandes transformações e uma tradição crítica**. Trad. Marcelo Cizaure Guirau, Fernando Rogério Jardim. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2014.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal & Ação Significativa**. 2º edição, revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 8. ed. revista e ampliada. São Paulo: Paz e Terra, 2016. v.1.

CEE-FIOCRUZ. Combate à epidemia de H1N1: um histórico de sucesso. **Centro de Estudos Estratégicos da Fio Cruz Antonio Ivo de Carvalho**. Publicado 26 jan. 2021. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/1314>. Acesso em 17 nov. 2021.

CNN BRASIL. **Veja quais países iniciaram a vacinação contra a Covid-19; Brasil está fora**. Publicado em 24 dez. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/12/24/quais-os-paises-que-ja-comecaram-a-vacinacao-contr-a-covid-19>. Acesso em 17 nov. 2021.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Portal da Transparência**. Licitações com contratação realizada, 2021. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes>. Acesso em 03 dez. 2021.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 2, fasc. 2, abr./jun. 1992, p. 173-205.

CRUZ SANTOS, Claudia (Org). **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/PT: Coimbra Editora, 2009.

DAGNINO, Renato; CAVALCANTI, Paulo Arcoverde; COSTA, Greiner (Orgs.). **Gestão Estratégica Pública**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.373.

DIAS Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. *Problemas actuales de autoria y participación em los delitos económicos. Nuevo Foro Penal*, nº 71, ano 2007, p. 115-144.

DIAS Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. *Autoría e Participación. REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, nº 10, ano 2008, p.13-61. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes>. Acesso em 26 maio 2019.

DURKHEIM, Émile. **As regras do Método Sociológico**. Trad. Eduardo Lúcio Nogueira. 9. ed. Lisboa-PT: Editorial Presença, 2004.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 ed. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O Processo penal como Instrumento de Política Criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: Luzia Bebiana de Almeida Sebastião et al. (Org.). **LiberDiscipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1154-1196.

FERNANDES, Fernando Andrade. *Corrupción y médios de comunicación. In: ROGRIGUEZ-GARCÍA, Nicolás. GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo. Justicia Penal Pública y Medios de Comunicación*. Valência/ES: Tirat lo Blanch, 2018, p. 575-630.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: Bushtsky, 1976.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena**. 2. reimpr. Coimbra/PT: Coimbra editora, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999.

FIOCRUZ. **Febre amarela: sintomas, transmissão e prevenção**. Publicado em 20 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/febre-amarela-sintomas-transmissao-e-prevencao>. Acesso em 17 nov. 2021.

GIOVANAZ, Daniel. Sob governo Lula, Brasil foi o país que mais vacinou contra H1N1 pelo sistema público. **Brasil de Fato**, publicado em 20 dez. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/12/20/sob-governo-lula-brasil-foi-o-pais-que-mais-vacinou-contra-h1n1-pelo-sistema-publico>. Acesso em 17 nov. 2021.

GOMES, A.C; FERNANDES, F. A. A Corrupção como violadora de direitos humanos: como a corrupção pode macular direitos sociais e desvirtuar políticas públicas. **Cadernos Prolam/USP**, v. 16, n. 31, p. 119-138, jul./dez. 2017.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (Coord); BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. (Coord). *Estudios sobre la Corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanda/ES: Centro de Estudios Brasileños Universidad de Salamanca, 2012.

GOOGLE NOTÍCIAS. **Coronavírus (Covid-19)**. Disponível em: <https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419&mid=%2Fm%2F015fr>. Acesso em 17 de janeiro de 2022.

GOV.BR. Polícia Federal. **Polícia Federal cumpre mandados judiciais expedidos pelo Superior Tribunal de Justiça em investigação sobre desvios de recursos destinados à saúde: operação Tris In Idem tem a participação de 380 policiais federais em sete estados e no DF**. Publicado em 28 ago 2020. Atualizado em 31 ago 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2020/08-noticias-de-agosto-de-2020/policia-federal-cumpre-mandados-judiciais-expedidos-pelo-superior-tribunal-de-justica-em-investigacao-sobre-desvios-de-recursos-destinados-a-saude>. Acesso em 31 jan. 2021.

GRUBER, Arthur. Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença. **Jornal da USP**, publicado em 14 abr. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>. Acesso em 30 maio 2021.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 7. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

JAKOBS, Günther. **Crítica a teoria do domínio do fato**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003a.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de um Direito Penal Funcional**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003b.

KINDHÄUSER, Urs. *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán*. **Política Criminal**, v. 2, n. 3, 2007, p. 1-18. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl>. Acesso em 03 jan. 2022.

LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.

LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. 1. reimpr. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1989.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Trad. Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petropolis/RJ: Vozes, 2016 – (Coleção Sociologia).

MARASCHIN, George Miguel Restle. **Compliance no Setor Público**. 2017, 40p. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização. Área de concentração: Advocacia de Estado e Direito Público. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46754/5/Monografia_George_2017.pdf> Acesso em 28 mar. 2022.

MARTINS, Andréia. Operação Lava Jato: Lava jato prende fornecedor nos governos Cabral e Witzel por fraude. **UOL**, 14 maio 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/14/pf-faz-operacao-contradesvio-de-r-39-milhoes-de-recursos-da-saude-no-rio.htm>. Acesso em 31 jan. 2021.

MIGALHAS. **Lei da vacina obrigatória é uma lei morta”, disse Rui Barbosa contra vacina de doença mortal do século XX**. Publicado em 15 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/330685/lei-da-vacina-obrigatoria-e-uma-lei-morta---disse-rui-barbosa-contravacina-de-doenca-mortal-do-seculo-xx>. Acesso em 17 nov. 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial Art. 235 a 361 do CP**. 19 ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004. v. 3.

MOHALLEM, Michel Freitas (Coord); RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Coord). **Diagnóstico Institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

MPF – Ministério Público Federal. **Denúncia**. AJCRIM/STJ/Inquérito 1338/DF. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requerido: Wilson José Witzel e Outros. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Publicado em: 28 ago. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/denunciacomtarja.pdf> . Acesso em 31 jan. 2021.

MPF – Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **PGR denuncia Wilson Witzel por estruturar esquema de corrupção no Rio de Janeiro**. Publicado em 28 ago. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-denuncia-wilson-witzel-por-estruturar-esquema-de-corrupcao-no-rio-de-janeiro>. Acesso em 31 jan. 2021.

MPF – Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **MPF denuncia Wilson Witzel, a esposa e outras dez pessoas por organização criminosa**. Publicado em 14 set. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-denuncia-wilson-witzel-a-esposa-e-outras-dez-pessoas-por-organizacao-criminosa>. Acesso em 31 jan. 2021.

MPF – Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Caso Lava Jato: entenda o caso**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 31 jan. 2021.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 29 nov. 2021.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Reglamento Sanitario Internacional**. 2. Ed. Ginebra, 2008. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/paf/regulamento-sanitario-internacional/arquivos/7184json-file-1>. Acesso em 17 nov. 2021.

ORTEGA, Francisco; ORSINI, Michael. *Governing COVID-19 without government in Brazil: Ignorance, neoliberal, authoritarianism, and the collapse of public health leadership*. **Global Public Health**, v. 15, n. 9, 2020, p. 1257-1277.

ORTEGA, Yván Figueroa. *Delitos de infracción de deber*. Madri: Editorial Dykinson, 2008.

ORTIZ, M. T. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. 2010. 197f. Dissertação de Mestrado. Área de concentração: Direito Penal. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo/SP. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17082011-154535/pt-br.php>. Acesso em 28 abr. 2020.

PONTE, Carlos Fidélis (org); FALLEIROS, Ialê (org). **Na corda bamba de sombrinha: a saúde no fio da história**. Rio de Janeiro: Fiocruz/COC, 2010.

PRADO; Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **A imputação objetiva no Direito Penal Brasileiro**. Revista dos Tribunais Online, v.3, jul/2005.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. 2.ed. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REVISTA GALILEU. **Peste Bubônica: 5 pontos para entender o que é a doença**, publicado em 6 jul. 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/07/peste-bubonica-5-pontos-para-entender-o-que-e-doenca.html>. Acesso em 17 nov. 2021.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevencion em Derecho Penal*. Trad. Munõz Conde. Madri: Instituto Editorial Reus S.A., 1981.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Míquel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7.ed. Madri: Marcial Pons, 2000a.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000b.

SAAD-DINIZ, Eduardo. A Criminalidade Empresarial e a Cultura de Compliance. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, ano 2, volume 2, nº 2, dezembro de 2014.

SALLAS, F.; TEIXEIRA, A. (2020). O crime organizado entre a criminologia e a sociologia: Limites interpretativos, possibilidades heurísticas. **Tempo Social**, 32 (3), 147-171. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/169687>> Acesso em 20 mar. 2022.

SANTOS, Maria Tereza. As diferenças e semelhanças entre outros coronavírus e o Sars-CoV-2. **Veja Saúde**, publicado em 27 jul. 2020, atualizado em 23 fev. 2021. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/as-diferencas-e-semelhancas-entre-o-sars-cov-2-e-outros-coronavirus/>. Acesso em 30 maio 2021.

SCHUELER, Paulo. O que é uma pandemia. **FIOCRUZ**. Publicado em 28 jul. 2021. Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia>. Acesso em 17 nov. 2021.

SERAFIM, Milena Pavan; DIAS, Rafael de Brito. Análise de política: uma revisão da literatura. **Cadernos de Gestão Social**, v. 3, n. 1, jan./jun. 2012, p. 121-134.

SHALDERS, André. Brasil cai pelo 5º ano seguido no “Ranking da Corrupção” e está empatado com a Albânia e Egito. **BBC News Brasil**. Publicado em 23 jan. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51216388>. Acesso em 01 dez. 2021.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2013. V. 6.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. Contra a Corrupção: Propostas terapêuticas para uma endemia antiga. **Julgar on-line**, 2014. Disponível em: <http://julgar.pt/contra-a-corrupcao/>. Acesso em 26 maio 2019.

SUTHERLAND, Edwin H. A criminalidade de colarinho branco. Trad. Lucas Minorelli. **Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal – UFRGS**, v. 2, n. 2, 2014, p.93-103.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Trad. Clécio Lemos. 1. ed. 1. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

TEIXEIRA, Maria Glória; COSTA, Maria da Conceição Nascimento; PAIXÃO, Enny Santos da; CARMO, Eduardo Hage; BARRETO, Florisneide Rodrigues; PENNA, Gerson Oliveira. Conquistas do SUS no enfrentamento das doenças transmissíveis. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 23, n. 6, 2018, p 1819-1828.

TEMPORÃO, José Gomes. O enfrentamento do Brasil diante do risco de uma pandemia de influenza pelo vírus A (H1N1). **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 18, n. 3, jul./set. 2009, 201-204. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742009000300001. Acesso em 08 dez. 2021.

THEY, Ng Haig. Uma breve linha do tempo. **UFRGS**, 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronaviruslitoral/uma-breve-linha-do-tempo/>. Acesso em 30 maio 2021.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Índice de Percepção da Corrupção 2018 mostra que os esforços anticorrupção estão paralisados na maioria dos países: Análise revela que a corrupção contribui com a crise global da democracia**, 2019. Disponível em: https://www.transparency.org/news/pressrelease/indice_de_percepcao_da_corrupcao_2018. Acesso em 27 maio 2019.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Índice de Percepción de la Corrupción 2020: Descripción completa de las fuentes**, 2020. Disponível em: https://images.transparencycdn.org/images/2020_CPI_SourceDescription_ESv2.pdf. Acesso em 01 dez. 2021.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Brazil: setbacks in the legal and institutional anti-corruption frameworks – 2020 update**, 2020. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/brazil-setbacks-in-the-legal-and-institutional-anti-corruption-frameworks-2020>. Acesso em 01 dez. 2021.

UNA-SUS. **Maior sistema público de saúde do mundo, SUS completa 31 anos**. Publicado em 21 set. 2021. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo-sus-completa-31-anos>. Acesso em 17 nov. 2021.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 17 nov. 2021.

VAZ, Vinicius Rezende Carretoni; MERLO, Edgard Monforte. O Consenso de Washington no Brasil – Estabilização Conservadora e Estagnação. **Aurora**. Marília, v. 13, n. 1, jan./jun. 2020, p. 37-58.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; MARTINS, Jameson. Entre ciência e populismo: a resposta brasileira à Covid-19 da perspectiva dos determinantes jurídicos da Saúde Global. **Revista de Direito Internacional. Uniceub**. v. 17, n. 2, 2020, p.67-83.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2.ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1999.