

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**A DEFICIÊNCIA DO ESTADO E A CONDUTA DOS AGENTES PÚBLICOS COMO  
FATORES CONTRIBUTIVOS NA GÊNESE DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA E  
SEUS REFLEXOS NA CULPABILIDADE DO DELINQUENTE**

Juliana Viotto Carnelós

Presidente Prudente/SP  
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**A DEFICIÊNCIA DO ESTADO E A CONDUTA DOS AGENTES PÚBLICOS COMO  
FATORES CONTRIBUTIVOS NA GÊNESE DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA E  
SEUS REFLEXOS NA CULPABILIDADE DO DELINQUENTE**

Juliana Viotto Carnelós

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Ms. Gilson Sidney Amâncio de Souza.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP  
2017

**A DEFICIÊNCIA DO ESTADO E A CONDUTA DOS AGENTES PÚBLICOS COMO FATORES CONTRIBUTIVOS NA GÊNESE DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA E SEUS REFLEXOS NA CULPABILIDADE DO DELINQUENTE**

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

---

Gilson Sidney Amâncio de Souza  
Orientador

---

Mário Coimbra  
Examinador

---

Flademir Jerônimo Belinati Martins  
Examinador

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2017

- *“Instruir-te-ei e te ensinarei o caminho que deves seguir, e sob as minhas vistas te darei conselho”*  
(Salmos, 32:8, Bíblia Sagrada).

- *“A lei é feita para todos,  
Mas só ao pobre obriga.  
A lei é teia de aranha,  
Em minha ignorância tentarei explicar,  
Não a temam os ricos,  
Nem jamais os que mandam,  
Pois o bicho grande a destrói  
E só aos pequeninos aprisiona.  
A lei é como a chuva, nunca pode ser igual para todos.  
Quem suporta se queixa,  
Mas a explicação é simples;  
A lei é como faca que não ferre quem a impunha”.*  
(ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, p. 42).

- *“O Cristo do Corcovado desapareceu, levou-o Deus quando se retirou para a eternidade, porque não tinha servido de nada pô-lo ali. Agora, no lugar dele, fala-se em colocar quatro enormes painéis virados às quatro direcções do Brasil e do mundo, e todos, em grandes letras, dizendo o mesmo:  
**UM DIREITO QUE SE RESPEITE, UMA JUSTIÇA QUE SE CUMPRA**”*  
(José Saramago).

- *Sou grata a todos que de alguma maneira contribuíram e contribuirão para meu crescimento ao longo das mudanças que ocorreram e que ocorrerão em mim.*

- *Minha eterna e imensurável gratidão a Deus, àqueles que integram verdadeiramente a minha família e em especial, ao meu amado.*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer um estudo da influência do Estado na prática dos crimes no âmbito do direito empresarial e de suas consequências perante a sociedade. Para isso, busca-se o estudo analítico de crime perante o Direito Penal, suas principais teorias e aplicações, e também da culpabilidade e da co-culpabilidade em Raul Zaffaroni. Em seguida, o aprofundamento das conceituações dos termos que circundam o Direito Administrativo e Empresarial se fazem necessários para que possa ser promovida a vinculação de ideias, no sentido de como o comportamento da figura do Estado, como ente administrativo e responsável pela fiscalização e bom funcionamento do que remete aos seus cidadãos, é capaz de influenciar na prática de condutas delitivas do qual figuram como vítimas a própria sociedade. Para que tal ideia pudesse se concretizar, adota-se o método dedutivo para que de casos gerais estabelecesse uma aplicação específica na categoria dos delitos empresariais e administrativos, assim como o dialético, combinando as disposições penais e empresariais para atingir a conclusão que se busca. A pesquisa bibliográfica desenvolve-se pelos livros, doutrina, legislação e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Direito Empresarial. Direito Administrativo. Estado. Sociedade.

## ABSTRACT

This study has the objective of to analyse the influence of the State in the practice of crimes within the scope of corporate law and its consequences for society. In order to do so, it's necessary to do the analytical study of crime inside the Criminal Law, its main theories and applications, as well as guilt and co-culpability in Raul Zaffaroni. Next, the deepening of the conceptualizations of the terms that surround Administrative and Business Law are necessary so that the linking of ideas can be promoted, in the sense of how the behavior of the State figure, as an administrative entity and responsible for the supervision and proper functioning of what it refers to its citizens, is capable of influencing the practice of delinquent conduct of which the society itself is a victim. In order for such an idea to materialize, the deductive method was adopted so that general cases could establish a specific application in the category of corporate and administrative crimes, as well as the dialectic, combining criminal and corporate dispositions to achieve the desired conclusion. Bibliographical research was developed by books, doctrine, legislation and jurisprudence.

**Keywords:** Criminal Law. Business Law. Administrative law. State. Society.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 TEORIA DO DELITO .....</b>	<b>10</b>
2.1 Estruturação Da Teoria do Delito .....	10
2.2 Reflexos do Estudo Analítico do Crime: Teoria Bipartida e Tripartida .....	13
<b>3 CONCEITO DE CULPABILIDADE .....</b>	<b>24</b>
3.1 Teoria da Culpabilidade Segundo o Ordenamento Jurídico Penal e o Conceito Analítico de Crime.....	24
3.2 Teoria da Culpabilidade Segundo Regis Prado.....	26
3.3 Teoria da Culpabilidade Segundo Zaffaroni .....	28
3.4 Disposição Sistemática Da Distribuição Da Culpabilidade .....	31
<b>4 (CO) CULPABILIDADE E SUA POSIÇÃO NA ESTRUTURA DO DELITO .....</b>	<b>36</b>
4.1 Princípio da Culpabilidade.....	36
4.2 Do Princípio da Intervenção Mínima e do Princípio da Culpabilidade.....	38
4.3 Princípio da Co-Culpabilidade Segundo Grégore Moreira de Moura .....	39
4.4 Teoria da Co-Culpabilidade Segundo Zaffaroni .....	41
4.5 Da Inexigibilidade da Conduta Diversa .....	44
4.6 A Co-Culpabilidade no Delito Relação: Entre Fato e Conduta Criminosa .....	47
<b>5 A INFLUÊNCIA DO ESTADO NA FUNÇÃO DO PODER PÚBLICO NA ECONOMIA E AS DISTORÇÕES COMO RESULTADO NO REGULAR FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>49</b>
5.1 Critérios Norteadores Do Direito Administrativo .....	49
5.2 Princípio da Legalidade na Administração Pública.....	49
5.3 Princípio da Moralidade na Administração Pública .....	51
5.4 Princípio da Probidade na Administrativa Pública .....	52
5.5 A Intervenção do Estado nos Contratos Privado em Seu Regime .....	54
5.5.1 Relação do Estado em face dos contratos de concessão.....	56
5.5.2 A relação do Estado em face dos contratos de Licitação .....	59
5.7 Fiscalização dos Contratos Realizados pelo Estado Diante do Ente Privado. ....	62
<b>6 A POSTURA DO ESTADO COMO FATOR CRIMINOGENICO NA ESFERA DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA .....</b>	<b>66</b>
6.1 A Intervenção do Estado na Economia Quando Atua Diretamente Concorrendo como Agente Regulador como nos Casos da Petrobras, dos Correios e quando Concorre como Agente Contratante Indireto de Serviços, de Bens e de Obras .	66
6.2 A Postura do Estado que Leva o Sujeito a ter que Realizar Determinadas Condutas para Poder Contratar com o Poder Público .....	68
6.3 A Postura do Estado Exerce Determinada Influência na Culpabilidade do Sujeito Particular, Devendo ser Atenuada na sua Valoração da Dosimetria da Pena. ...	80
6.4 A Reação Social Diante dos Crimes Econômicos e o Reflexo Social das Sentenças Proferidas. Enriquecimento Ilícito do Poder Público X Iniciativa Privado.....	86
6.5 CADE um dos Fatores de Desequilíbrio da Iniciativa Privada.....	91
6.6 Da Concorrência Leal e da Concorrência Desleal Existente no Brasil .....	95

<b>7 APLICABILIDADE E EFICÁCIA DA TEORIA DA CO-CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO E AS CONSEQUÊNCIAS PENAIS APLICÁVEIS AOS AGENTE VULNERÁVEIS DA INICIATIVA PRIVADA: ANÁLISE DO PAPEL DO ESTADO NESTE CENÁRIO .....</b>	<b>102</b>
<b>8 CONCLUSÃO .....</b>	<b>114</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>119</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Penal evoluiu ao longo do tempo, assim como a sociedade ao qual corresponde. Em seu desenvolvimento, o que antes por um Estado repressivo e autoritário era preciso proteger os agentes dos delitos, mudou bruscamente de configuração, encontrando-se agora diante da necessidade cada vez maior de proteger o sujeito passivo do delito.

Assim como o Direito Penal, o Direito Empresarial encontrou respaldo na tecnologia e na globalização em sua evolução. A facilidade dos meios de comunicação e uma realidade cada vez mais capitalista, permitiu que as sociedades empresárias ganhassem um grande espaço no dia-a-dia da população, sendo necessárias para a sua própria manutenção e desempenho.

O conflito ocorreu na junção do Direito Empresarial e do Direito Penal, quando na combinação, o Direito Empresarial se mostra como palco de prática dos mais diversos tipos penais.

Tais delitos acabam causando dano às próprias sociedades empresárias, aos seus funcionários e ao erário público, razão pela qual sua prática reflete em ramos do Direito Tributário e do Direito Administrativo. Não diferente, ao fim, o mais prejudicado pela sua prática é a sociedade, que aos poucos vai sendo desmoralizada, encarando o crime como algo normal e, muitas vezes, como o meio mais simples de obtenção de recursos.

A pesquisa se desenvolveu no sentido de apurar as práticas delitivas que circundam o Direito Empresarial e as suas consequências perante a sociedade, foi preciso analisar a lei, suas disposições, e também a jurisprudência, que possibilita que se traga exemplos reais ao trabalho.

Juntamente do aprofundamento em doutrinas e acompanhando as notícias que todos os dias brindam a sociedade com mais e mais casos de corrupção, a pesquisa foi aperfeiçoada através dos métodos dedutivo e dialético, para que se promova, principalmente, debate e formação de ideias.

Para tanto, o trabalho foi sistematizado em nove etapas, sendo que a primeira delas cuida da introdução ao assunto. A segunda, busca uma introdução as teorias do delito do qual o direito penal se ocupa, com foco nas teorias bipartida e tripartida, enquanto a terceira etapa trata dos conceitos de culpabilidade, de suas

teorias pelos doutrinadores Régis Prado e Raul Zaffaroni, além de sua aplicação no direito.

O quarto capítulo do trabalho se reservou ao aprofundamento da teoria da co-culpabilidade, desenvolvida por Raul Zaffaroni, e a sua relação com a conduta criminosa.

A quinta etapa é essencial ao se ocupar das disposições que são referentes ao direito administrativo e os princípios da administração pública. Analisou ainda o modo como o Estado e sua administração é capaz de influenciar nas atitudes delitivas, com foco aos contratos de licitação.

Em seguida, a sexta etapa foi resguardada para a demonstração de como o Estado pode ser tratado como um fator crucial para a criminalidade econômica, abordando suas causas. A sétima etapa relaciona a teoria da co-culpabilidade com a criminalidade na iniciativa privada e trata da relação entre a postura do Estado como condicionante a prática delitiva. A oitava etapa se ocupou das conclusões.

O trabalho se utilizou do método dedutivo, pois as premissas obtidas pela análise bibliográfica são de caráter geral e aplicáveis de forma indistinta a todos os casos que se enquadram na teoria apresentada.

## 2 TEORIA DO DELITO

Neste capítulo tratar-se-á da teoria do delito, no sentido de apresentar seus requisitos e as ramificações existentes, isto é, a teoria bipartida e tripartida, fornecendo o referencial teórico necessário para o desenvolvimento dos demais capítulos.

### 2.1 Estruturação Da Teoria do Delito

Ao atribuir-se teoria do delito, estuda-se a parte da ciência do direito penal que se ocupa em explicar o que é delito e suas principais características.

A explicação acima não trata apenas de mencionar a respeito do delito praticado, ao contrário, tem como propósito o estudo essencialmente prático, consistente em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência, do delito em cada caso concreto.

O resultado desejado é produzir efeito concreto não apenas quanto ao delito, mas também a promoção da justiça, como também quer seja qualquer indivíduo que se encontre diante da necessidade de confirmar e determinar se existe delito na situação fática.

Segundo Eugênio Zaffaroni (2015, p.338):

[...] Por exemplo a conduta de um sujeito que se apoderou de um joia em uma joalheria, incumbindo-lhes averiguar se essa conduta constitui ou não um delito, a primeira coisa que deve saber é que caráter deve apresentar uma conduta para ser considerado delito

Nesse sentido, pode-se afirmar que a conduta do indivíduo é uma conduta delituosa, que se encaixa no tipo penal 155 do Código Penal, mas não se pode deixar de saber a realidade do fato em si, ou seja, pode ser que o indivíduo se apoderou das joias por engano, ou até mesmo porque necessitava do dinheiro para realizar a cirurgia de seu filho, visando apenas salvar a vida que corria perigo de vida, ou até mesmo acreditava que a joia fosse sua, enquanto pertencia ao joalheiro, ou até mesmo ameaçado o joalheiro de que destruiria se não lhe entregasse uma carta comprometedor com que este vinha lhe extorquindo dinheiro. Partindo dessa premissa, devemos considerar: o sujeito cometeu o delito ou se cometeu, está acobertado por uma excludente?

Para obter essa resposta, faz-se imprescindível saber as características que compõem um delito, seja no aspecto positivo ou no aspecto negativo, tendo aquele como o primeiro passo para que se averigüe se em cada uma dessas hipóteses citadas acima de fato falta o caráter delitivo que é o “aspecto negativo” formando assim, uma espécie de delito.

Em segundo momento, faz-se necessário averiguar uma série de circunstâncias que devem ser levadas em consideração para averiguar se houve o delito no caso concreto, não sendo bastante perguntar se houve ou não delito, mas sim o que houve no delito. Essas perguntas devem ocorrer em determinada ordem com as suas respectivas respostas, caso contrário não faz sentido questionar uma pergunta se ainda não temos a resposta da outra, sendo a primeira resposta que dará início a descoberta e ao liame do crime.

Segundo Eugênio Zaffaroni (2015, p. 348):

[...] Do mesmo modo que em outras ordens da vida a ninguém ocorre perguntar se uma vaca é uma pintura da Idade Média, simplesmente porque uma pintura medieval deve ser, antes de tudo uma, pintura, e uma vaca é um animal e não uma simples pintura

As perguntas e suas devidas respostas proporcionam a análise da teoria do delito, que visa explicar o que é delito em geral, dando o caráter que deve ser apresentado por todo delito. Assim, “A teoria do delito é uma construção dogmática, que nos proporciona o caminho lógico, para averiguar se há delito em cada caso concreto” (ZAFFARONI, 2011, p. 338).

A teoria jurídica do delito é conceituada de forma abstrata, utilizando-se os princípios que estabelecem os antecedentes genéricos da punibilidade da infração penal cometida, garantindo segurança jurídica a toda a sociedade, além de uniformização e aplicação do Direito.

A teoria do delito introduz a determinação dos pressupostos que são indispensáveis a atribuição da responsabilidade penal a alguém. Dessa maneira, cabe selecionar os dados concretos da realidade (ontológico) em que se baseia cada valoração penal definindo assim, conteúdo de juízo de valor específico do Direito Penal que alicerçam a responsabilidade penal. A teoria do delito é de total importância para aplicação da lei penal ao caso concreto.

Neste sentido, para Regis Prado, “o delito é uma construção fundamentalmente jurídico-penal embora possa ser exame das mais variadas ciências (v.g., criminologia, política criminal, sociologia, medicina legal)” (2013, p. 292).

Compreender o fenômeno delitivo, genericamente considerado, envolve o conjunto das ciências (naturais e humanas) numa aproximação de cunho multidisciplinar. Significa que o objeto, num sistema democrático de justiça, delimitado pela norma jurídica-penal, criando uma determinada estabilidade sobre a prevenção e, em casos de necessidade, incidirá como forma de repressão as violações que afetam determinados bens jurídicos, uma vez que é tido como bens essenciais e de certa relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

O injusto penal criado pela norma jurídica imperativa (mandatos e proibições), assinala limites entre a conduta humana possível, em decorrência de se vincular a um dado ontológico fundamental como atividade final - sendo esta a ação - cujo estrutura lógica-objetiva é adstrita à concepção do homem como ser livre e responsável.

No âmbito conceitual, o delito é apresentado sob os seguintes aspectos: formal ou nominal; material ou substancial; analítico ou dogmático. O conceito formal é marcado por fortes críticas doutrinárias pela sua falta de embasamento científico, visto levar em conta que o crime é apenas o que a norma positiva abrange, predominando apenas dois critérios, sendo eles a oportunidade e historicidade.

O aspecto substancial tem a norma penal caracterizada pelo seu desvalor social. O delito ficaria então caracterizado pela cultura e perenidade do local em que se surgiu o conflito, que o desvalor social tratou de punir. A dificuldade da definição possibilitou, ainda, que surgisse uma vertente da mesma corrente de pensamento caracterizada pela constitucionalidade. Nesta, significa dizer, em outras palavras, que delito é aquele que segue o texto constitucional, tutelando os devidos valores constitucionais.

Conceitos não coincidentes que podem não garantir a certeza e a segurança jurídica, o aspecto analítico do delito, também conhecido como dogmático, tem sua razão de ter prevalência tanto na doutrina quanto na aplicação jurisprudencial.

O método analítico segue uma ordem lógica abstrata. Não é produto de elaboração legislativa, como o aspecto do conceito formal do delito, mas sim de um estudo sistemático e pautado dentro de um critério lógico das leis penais, devendo ser analisado conjuntamente e não apenas a um único estudo.

Nas palavras de Régis Prado (2015, p. 204):

[...] A questão aqui é de ordem metodológica: emprega-se o método analítico, isto é, decomposição sucessiva de um todo em suas partes, seja materialmente, seja idealmente, visando agrupá-las em uma ordem simultânea. Opõe-se ao método sintético que avança por tese, antítese e síntese

A essência do crime é obtida por meio de investigação utilizando a lógica e a sistemática das leis penais, num esforço de construção doutrinária e formando assim um conceito geral, justo e sistemático em prol da segurança jurídica, surgindo então duas importantes vertentes de pensamento: as teorias bipartida e tripartida.

## **2.2 Reflexos do Estudo Analítico do Crime: Teoria Bipartida e Tripartida**

As Teorias Bipartida e Tripartida ganharam força a partir do Século XIX como consequência do desenvolvimento dos estudos sobre os elementos estruturais do delito.

Nos dias de hoje, a teoria bipartida tem sido objeto de constantes mutações, pois tem como objetivo distinguir o fato da culpabilidade, visando que seu conteúdo esteja assentada na lei. Destaca-se primeiramente a antijuricidade, para em segundo momento ser todo material que seja de ordem anímica ou esteja relacionado no plano subjetivo ou psicológico, desde que esteja relativamente ligado direta ou indiretamente entre o fato e o autor.

Na busca do processo histórico evolutivo, a ação como primeiro requisito do delito só apareceu com Berner em 1957. Em um segundo momento, aparece a ideia de ilicitude desenvolvida por Lhering (1867) em relação a área civil, quando foi introduzida no Direito Penal por obra de Von Liszt e Beling (1881), tendo origem a culpabilidade com Merkel, e desenvolveu-se pelos estudos de Binding (1877). Somente no início do século XX, graças a Beling (1906), surgiu através de esforços a concepção da tipicidade.

Desde então, após o descobrimento da tipicidade, esta teoria vem sendo objeto de contribuição e adequação para o reconhecimento do delito, ou seja, a conduta para ser considerada como delito deve ser composta pela tipicidade, ilicitude e pela culpabilidade formando assim o conceito da teoria tripartida.

Nesse sentido, para a teoria bipartida, o crime é um fato típico e ilícito (antijurídico), e a culpabilidade é considerada apenas como um pressuposto consequencial para a aplicação da pena.

Pela teoria tripartida, para existir o crime este deve ser composto pelos seguintes elementos: fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável, não sendo possível deixar de ressaltar que ambas as teorias sofrem alterações, algumas provindas da influência que versa da teoria da ação.

O conceito de delito é uno, sendo a ação e a omissão formas de condutas idôneas à sua realização derivando assim diversas estruturas. Apesar disso, não se pode deixar de visualizar a teoria bipartida e tripartida como teorias autônomas da ação.

De modo condensado, importante se faz mencionar a Teoria Causal-Naturalística, que é concebida em seu aspecto natural e axiológico (teoria acromática, sistema de Franz Von List e defendida por Beling, Ernst Von. Para essa teoria, a estrutura do crime é dividida em três partes: fato típico + antijuridicidade (ilicitude) + culpabilidade. Compreendia apenas os aspectos objetivos (ação/resultado) do crime, deixando de lado a culpabilidade por esta ter natureza subjetiva (conteúdo da vontade de querer). Também conhecida no direito penal como dolo e culpa, constitui a parte externa do crime, sendo compreendido o tipo penal apenas pelos seus aspectos objetivos que preenchiam o tipo penal. Atualmente já superada, seu ápice se deu entre o século XIX e o início do Século XX.

“Como consequência dessa estrutura, emerge o conceito causal ou clássico de delito: a lesão (perigo de lesão) de um bem jurídico provocada por uma conduta) desvalor do resultado” (PRADO, 2013, p. 331).

A Teoria Neoclássica Causal-Valorativa vem em um segundo momento sendo influenciada pela filosofia Neokantista, abrangendo um conceito valorativo de ação com base um aperfeiçoamento da teoria clássica. Passou-se a estabelecer então um novo conceito de ação, abrangendo a forma naturalista e a forma normativa. Assim, “O conceito de ação, está compreendido no de resultado, como a

realização da conduta humana típica exterior, como atuação da vontade exteriorizada no mundo como resultado desta” (PRADO, 2013, p. 331). Desse modo, possível perceber que se está diante um mero conceito causal, cujo representantes responsáveis pela teoria neste período foram E. Mezger e W. Sauer.

O conceito de ação acaba sendo compreendido como resultado em um primeiro momento, a exteriorização da ação típica, nesse sentido o resultado concebe tanto a conduta corporal do agente (indivíduo) como o resultado externo que derivou do comportamento do agente. Este procedimento acaba por revelar a antijuridicidade e, baseado nessas diretrizes, é possível concluir, ainda com o pensamento do autor, que “O delito é a ação tipicamente antijurídica, visto que a tipicidade não constitui um elemento independente da antijuridicidade” (PRADO, 2013, p. 331).

A ação continua sendo concebida de forma objetiva, em face a tipicidade e o lado subjetivo já sofreu alterações e modificações, de modo a admitir o finalismo de Welzel, que será objeto abordado mais à frente.

A Teoria Social encontra definição de conduta como fenômeno social através de Eb. Schmidt, contemplando a ação como relevante social quando afeta a relação do indivíduo para com o seu meio de convivência, automaticamente refletindo consequências desejadas ou não desejadas no campo social, elemento de um juízo de valor.

Segundo Regis Prado (2013, p. 332):

[...] Afeta a relação do indivíduo para com seu meio e, segundo suas consequências ambiciosas ou não desejadas, constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor

Trata-se de um conceito normativo e (valorativo) de ação que considera a relevância social como fazer ou deixar de fazer, estando diante de uma omissão humana que diretamente se entrelaça ao comportamento do agente. Abarca, assim, o fator de agir como o fator sensível da realidade social, inclusive levando em conta os aspectos pessoais, finais, causais e normativos. Destaca-se que “A teoria social da ação reúne dados característicos da orientação causal e finalista” (PRADO, 2013, p. 332).

Esta não apresenta estrutura sistemática própria do delito, porém visa modelar um conceito único e geral de ação englobando as possíveis formas de

condutas, sendo elas a dolosa, culposa e omissiva. Não conseguiu atingir o seu objetivo, pois falta a indispensável neutralidade axiológica e por ser extremamente abstrata, quando deixa de compreender a necessidade da categoria essencial da finalidade não permitindo conhecer a índole que deriva a ação concreta que foi realizada, privando a conexão interna, de cunho funcional com os demais elementos restantes que compõem o delito.

O estudo das teorias conhecidas como teleológicas ou funcionalistas surgiu na década de 1970, com Claus Roxin e, encontra ramificações, como exemplo, a teoria personalista da ação e a teoria da evitabilidade individual. A primeira entende que “A ação é a conceituada como manifestações da personalidade, isto é, tudo o que pode ser atribuído a uma pessoa como centro de atos ânimos - espirituais” (PRADO, 2013, p.338). Em outras palavras, relaciona a exteriorização da personalidade como reflexo no psicológico e como consequência no modo comportamental no mundo exterior.

Desse modo, somente as condutas dominadas ou domináveis pela consciência e vontade do ser humano terminam por refletir na manifestação da personalidade do indivíduo. Logo, a ação é a exteriorização da personalidade do agente, sendo que esta constitui um elemento básico abrange todas as formas de conduta delitiva; enquanto a omissão, que é a não ação, entende-se pela falta de comportamento do agente quando este devia realizar uma ação e assim não o fez, ensejando assim a falta da atuação corporal. “A ação humana consiste no exercício de uma atividade finalista” (WELZEL, 1970, p. 53).

Vale ressaltar que uma pessoa inconsciente não pode realizar absolutamente nenhuma conduta, pelo seu estado de inconsciência, e tampouco omitir algo. Embora Roxin tenha tentado firmar um conceito genérico de ação/omissão, não obteve êxito por não ter condão entre os dados ônticos, recaindo sobre a personalidade humana que não atende os juízos normativos-sociais de modo a edificar um conceito unitário, não sendo possível pois edificar um sistema unitário.

Já a segunda ramificação tem como premissa a substituição da finalidade pela evitabilidade, configurando a ação como a realização de um resultado que se torna evitável de modo individual, tem como objetivo chegar a um conceito final do comportamento do ser humano. Tem como base a diferença da ação de resultado, fundamentado na diferença do resultado. A ação se comporta como

“causação evitável do resultado” e a omissão “como não resultado que não se pode evitar”. A “Conduta é o evitamento de uma diferença de resultado” (PRADO, 2013, p. 341).

Considera-se então a ação fruto de um resultado individual que pode ser evitado, sendo a expressão de um sentido que pode ser tanto dolosa como culposa. A ação exterioriza determinadas consequências, porém essas ações não seriam produzidas se pleiteassem uma motivação desde que fossem dirigidas para evitar determinadas consequências.

Desse modo, a ação que é juridicamente relevante depende de pressupostos jurídicos da imputação ao fato delituoso. “Assegura-se que a cognoscibilidade, ou seja, que a peculiaridade do Direito, pertence ao controle dos impulsos e não à direção da ação, pelo que é, no âmbito do injusto, assunto próprio este do sujeito da imputação” (PRADO, 2013, p. 341). A teoria é objeto de crítica por realizar pré-julgamento em torno da noção de culpabilidade.

No pensamento de Eugenio Raul Zaffaroni, identifica-se o funcionalismo como a concepção de tipicidade, sendo a teoria da tipicidade conglobante. “O tipo objetivo decompõe-se em tipo objetivo sistemático (requisitos formais) e tipo objetivo conglobante (que cuida da conflitividade da conduta assim como a sua/ atribuição ou imputação ao agente (GOMES, 2007, p. 189).

As correntes funcionalistas têm como premissa base que a sociedade é um sistema e direito penal é um subsistema e que este existe para cumprir determinadas funções quando existe alguma modalidade de transgressão ao tipo penal.

Por fim, faz-se indispensável a análise da teoria Finalista, que tem como princípio as estruturas lógico-objetiva ou lógica-concreta do objeto posto ao conhecimento e consciência do agente. A teoria finalista nasce em decorrência da utilização do método ontofenomenológico, o que significa dizer que esta teoria tem sua origem no nascimento da antropologia filosófica no campo penal, opondo-se ao critério incorreto da doutrina causal que consiste na separação entre a vontade e o seu conteúdo positivo.

Para Welzel, a ação humana consiste no exercício de uma atividade finalista. Para Prado, a finalidade ou o caráter da ação se baseia no homem médio, e que esse tem o devido discernimento, que sabe até onde vai os seus limites e onde já estão ultrapassados, e uma vez que ultrapassa os seus limites será

responsabilizado pelos seus limites aferidos. Desta forma Regis Prado trata (2013, p.333)

[...] A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certo limites, as consequências possíveis de sua atividade, conforme um plano endereçado para à realização desses fins

Contudo, o que se leva em conta hoje é a categoria da realidade do ser, e não do dever ser, do valor, diretamente relacionado com o discernimento e a consciência do homem, aquela aplicando-se ao Direito Penal. A conduta humana caracteriza a dirigibilidade, a finalidade - isto é, a “A ação, também em seu curso externo, é um acontecer dirigido pela vontade, por conseguinte, uma unidade de vontade interna e fato externo” (PRADO, 2013 p. 333). Assim, o fato, acontecimento externo, só pode ser qualificado pelo resultado de seu feito decorrente da vontade.

A teoria finalista tem como base a estrutura ontológica da finalidade que está diretamente condicionada a concreta imputação de resultados. Motivo este que na ação/omissão finalista, configura a base material que recai sobre o ser, sobre o qual incidem juízos de valores conferindo a estes, plenitudes do sentido.

Regis Prado (2013, p.333 - 334) preceitua que

[..] Isso significa que a estrutura da conduta humana é a condição fundamental de possibilidades para juízos de valor que, para adquirirem sentido, devem ter como objeto de incidência exatamente aquela, dando lhe significação social

A ação ou omissão finalista devem ser agregadas às valorações que recaem sobre ela, considerando-se determinados critérios que fazem a significação social. Para alguns, esta dimensão é inerente a ação final, manifestando-se claramente entre a relação na esfera ontológica e na esfera valorativa, podendo ser compreendida a ação como expressão de sentido ligado ao sentimento do ser humano exteriorizado no mundo social, não cabendo apartar, cindir os momentos objetivos dos momentos subjetivos.

Apesar de a teoria finalista desenvolver o princípio estrutural das ações humanas, deve-se considerar desde a direção em razão de um fim antecipado mentalmente, a seleção dos meios utilizados, assim como os efeitos que são resultantes da realização. Por esse motivo, o meio e o efeito devem ser analisados

comitantemente. Neste sentido, “Daí a afirmação gráfica de que a finalidade (ação humana) é a vidente e a causalidade (acontecer natural) é cega” (PRADO, 2013, p. 334).

“A vontade finalista, vista como vontade reitora, da resolução delitiva tendo a consciência que é o fim do querer do agente que reage ou domina o curso causal” (PRADO, 2013, p. 334)”. Essa vontade é aflorada intencionalmente e nasce da espinha dorsal da ação, sendo um dos fatores que configura e dirige externamente o processo causal, convertendo-se assim em uma diretiva final. A vontade finalista intrínseca exerce influência diretamente na resolução delitiva, e está compreendida na consciência do fim, no querer do agente que reage ou domina o curso causal.

Esse desejo intencional (vontade), espinha dorsal da ação, é fator que configura e dirige o processo causal externo e que converte este em uma diretiva final. Assim, em outras palavras, a doutrina finalista não reduz a finalidade a uma mera ontologia separada totalmente do mundo de significado social (como pensa Roxin, a exemplo), porém “O mundo de significado social é inseparável do mundo das representações subjetivas do autor” (PRADO, 2013, p. 334).

Ainda para o autor (PRADO, 2013, p. 334):

[...] As normas jurídicas não podem proibir ou ordenar meros processos causais, mas tão somente ações dirigidas finalisticamente. Nessa perspectiva, tem-se que a ação humana é pressuposto de possibilidade para valoração que se tem um sentido devem se referir a ação, por exemplo, a ilicitude e a culpa. O conceito finalista de ação implica desde o princípio de uma seleção dos comportamentos humanos que podem ser descritos e valorados jurídico-penalmente

Destaca-se que o juízo normativo incide diretamente sobre a atuação do ser humano (atuação do agente), tendo extremada relevância para o direito penal os dados reais e anteriores. Daí que “o reconhecimento da estrutura finalista da ação na base do conceito de delito deve levar forçosamente a inclusão do dolo no tipo” (PRADO, 2013, p. 335).

Essa inclusão do dolo deve ser coerente e deve atuar significativamente no sistema penal se o tipo se referir a uma ação finalista.

Régis Prado explica que (2013, p. 335):

[...] a ordem jurídica valora através de seus mandatos e proibições exatamente as estruturas dos fenômenos que se encontram previamente na realidade (...); os mandatos jurídicos buscam influir nos processos dominados por homens, são ordens de conduta, Por essa razão, devem ser orientados as formas reais de surgimento da conduta humana e ter em conta sua estrutura geral

"Vale dizer: o juízo normativo incide sobre o atuar humana como dado real e anterior" (PRADO, 2013, p. 335). O que se deve postular para estancar qualquer dúvida que eventualmente venha a surgir é justamente o vínculo do legislador com a realidade, sucessivamente a estrutura finalista da conduta, que fundamentalmente é indispensável para qualquer ordenamento jurídico desde que este tenha como objetivo final a conduta humana, de base essencial a liberdade, e por isso devem ser as condutas conscientes e voluntárias, ou seja, sendo o oposto, por exemplo, dos simples processos causais ou que são de impulsos instintivos.

Deve o legislador dar tratamento que verse sobre a diferença ou desconsideração. Nesses termos, "O real é o ponto de partida, impondo dados inafastáveis, mas não imperando sobre o Direito e o legislador como se um ditador fosse" (PRADO, 2013, p. 336).

O Direito de fato existe para disciplinar o comportamento do homem e, para disciplinar o agir do homem em sociedade, deve ser sempre harmoniosa à conjugação do ser. O dever ser, como norma, deve conter o comportamento socialmente esperado. Vê-se que no conceito de ação estão presentes dois elementos imprescindíveis ao composto, finalidade e causalidade.

A teoria finalista diferencia-se das demais por algo que lhe é intrínseco, a saber, a capacidade de atuar conforme fins estabelecidos no modo racional do agente. O agente pretende determinado objetivo e, já com a intenção de alcançá-lo, põe em prática as condutas que pretende praticar de modo consciente, visando desde o início qual é o fim que pretende alcançar.

Nas palavras de Régis Prado (2013, p. 337):

[...] Assim o atuar do humano, o agente concebe um determinado objetivo e, em seguida para alcançá-lo põe em marcha determinados processos causais que são dirigidos por ele, de modo consciente, em direção ao fim pretendido

Daí ser a ação humana o “exercício de uma atividade final”, como bem definiu Welzel (PRADO, 2013, p. 337). O próprio ser humano atua de maneira consciente para o fim que pretende, exercendo a atividade final que desejava em conformidade com o conceito pessoal do injusto finalista apresentado, o que constitui sem dúvida a categoria do finalista, a finalidade como núcleo do conceito de ação.

No mesmo sentido expõe Regis Prado (2013, p. 337):

[...] Assim o critério que permite imputar um resultado à ação não é a simples causalidade, mas a finalidade, que a dirige. Esta última baseia-se no fato de que o ser humano, graças ao seu saber causal, à sua experiência sobre o funcionamento do mundo, é capaz de prever dentro de certos limites fornecidos por seus conhecimentos as consequências possíveis de sua omissão ou missão. Por exemplo: se A quer matar B, coloca em andamento, no mundo do ser, fatores adequados à produção do resultado morte. É claro que determinadas pessoas podem ter conhecimentos mais ou menos profundos em relação a determinados processos causais: o químico, por exemplo pode conhecer com precisão a eficácia de determinadas substâncias tóxicas ou a sensibilidade de determinadas pessoas a exposição contínua a fatores de risco; o médico legista conhece a localização anatômica de pontos vitais que, se atingidos, provocam a morte instantânea da vítima etc., mas o certo é que apenas os processos causais previsíveis ou passíveis de estarem abarcados pelo dolo do agente podem lhe ser imputados

Já no contexto de definição da direção final da ação, pode-se dizer que o homem deve passar por algumas etapas sendo: 1. Subjetiva (que essa ocorre no pensamento na esfera intelectual do homem; a) objetivo pretendido diretamente ligado a antecipação do fim que o homem deseja realizar; b) seleção dos meios apropriados para a consecução do fim refere-se aos meios de execução que será utilizado pelo agente; c) consideração dos efeitos concomitantes ligados à utilização dos meios de execução e o propósito a ser alcançado por este, tendo como consequência desta relação meio/fim. Em um segundo momento o item 2. Objetiva (é a consequência e realidade ou experiência que o agente utilizou na execução da ação real e material).

As fases são entrelaçadas pela vontade de ação ou finalidade, e contemplam o conteúdo da vontade (querer do agente) pertencente à ação e a disciplina, prevalecendo o fator causal denominado como direção do curso causal da ação. A estrutura da ação humana é que dirá se a ação é passível de punição ou

não. “A ação e a omissão constituem elemento basilar (axiologicamente neutro) da estrutura do delito, ainda que não unitário” (PRADO, 2013, p. 338).

O autor ainda continua no entendimento de que “O conceito finalista de ação, lastreado na concepção do homem e como um ser responsável, implica considerar a conduta finalista como única forma específica de conduta humana” (PRADO, 2013, p. 338).

A omissão por sua vez consiste na não realização de uma determinada ação finalista em que o agente, em determinada situação concreta, deveria ter realizado a ação, porém omitido foi. A omissão em si trata-se de um conceito mais limitativo por considerar a falta de capacidade de agir ou a possibilidade concreta da ação em que este poderia agir e não agiu conforme previsão expressa no ordenamento, lembrando que a ação deve ser realizada pela normativa expressa diante da omissão.

Neste mesmo entendimento Regis Prado (2013, p.338):

[...] Essa capacidade de ação designa a “possibilidade de realizar uma ação totalmente específica em determinadas circunstâncias em um exato momento” Pode ser verificada somente por meio de juízo de existencial. A norma se concretiza, então em relação a tal capacidade de ação, só estando por ela obrigado quem é capaz de realizar a ação normada

Outrossim, não há em se falar de causalidade nem de finalidade quando se está diante de uma omissão, uma vez que não existe relação de causalidade a princípio em sentido estrito, entre a omissão e o resultado delituoso. Na omissão, o resultado é compreendido por uma série de fatores causais que concorrem entre si, diferentemente do que acontece nos delitos comissivos. No delito omissivo, o agente deveria e podia evitar o resultado e assim não o fez, porém não foi o agente que causou aquela determinada situação que se exterioriza, enquanto no delito comissivo, o agente deu causa a situação.

Vale ressaltar que quando diante de uma omissão, essa nunca pode criar ou aumentar o perigo da obra do resultado, e de outro lado, não se pode dizer que existe finalidade na omissão, uma vez que a direção final efetiva em sua completude não adentra ao seu conceito.

Obtém-se assim alguns corolários relevantes para a teoria jurídica do delito, extraídos das lições de Régis Prado (2013, p.339):

- a) Inclusão do dolo (sem a consciência da ilicitude) e da culpa nos tipos de injusto (dolosos/culposos)
- b) Conceito pessoal do injusto – leva em conta os elementos pessoais (relativos ao autor); o desvalor pessoal da ação do agente, que se manifesta pelo dolo de tipo (desvalor doloso/tipo de injusto doloso) ou pela culpa (desvalor culposo/tipo de injusto culposo). E ao desvalor da ação corresponde um desvalor de resultado, consistente na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.
- c) Culpabilidade puramente normativa
- d) Tratamento do erro: erro de tipo e erro de proibição.

Dessa forma, a doutrina escolhida para análise mais profundada traz consigo elementos sistemáticos, visando a segurança jurídica para o estudo de um modelo como tal em face da teoria finalista do delito, escolhida pelo legislador para o ordenamento jurídico brasileiro vigente.

### **3 CONCEITO DE CULPABILIDADE**

Após a delimitação do conceito jurídico de crime, estabelecer-se-á o conceito jurídico de culpabilidade para posterior intersecção com os delitos empresariais no cenário atual.

#### **3.1 Teoria da Culpabilidade Segundo o Ordenamento Jurídico Penal e o Conceito Analítico de Crime**

A culpabilidade é um dos temas mais complexos a ser interpretado dentro da antropologia filosófica, ciência dedicada ao estudo aprofundado do ser humano, e se apresenta sob a forma de culpabilidade jurídica, moral, política e teológica-metafísica. A culpabilidade a partir da experiência jurídica, em um primeiro momento, tem a representação grega da penalidade consolidada na racionalidade do sistema jurídico romano. Busca-se, pois a essência da proporcionalidade da pena e do delito.

Dessa maneira, a culpabilidade é um desdobramento da ação do indivíduo que é capaz de responder pelas consequências resultantes de atos ilícitos por ele cometidos, resposta que será determinada através de um sistema de leis preestabelecidas no ordenamento jurídico que contam com um terceiro para sua aplicação.

Em um segundo momento, a culpabilidade moral é ligada ao íntimo da pessoa, agregando uma dimensão retrospectiva da responsabilidade. De outro lado, temos a culpabilidade teológica-metafísica, relacionada ao indivíduo de maneira que este é membro da comunidade humana e sobre ele repousa o princípio de solidariedade, introduzindo a compreensão da culpabilidade através da categoria que ilumina condicionalmente as imperfeições humanas – tendo como fundamento principal a liberdade do homem conforme a Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º LXVI:

[...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Assim, “O nascimento da subjetividade no Ocidente (tradição cristã) é indissociável ao da experiência da culpabilidade” (PRADO, 2013, p.463).

Com o progresso do Direito Contemporâneo e o desenvolvimento da responsabilidade objetiva, é cada vez maior as noções de riscos e solidariedade que significativamente têm influenciado a ambivalência da culpabilidade. Ainda assim, nos dias atuais a culpabilidade no Direito Penal carrega com si inúmeros pontos de obscuridade.

Fica evidente que a culpabilidade é a relação entre a conduta do homem e a norma jurídica. Por essa razão, toda pessoa deve ser respeitada como ser humano detentor de dignidade e, como consequência, deve ser considerado como um ser responsável diante de todo o direito insculpido no ordenamento jurídico vigente.

Pela contemplação, “O delito, analiticamente é a ação ou a omissão típica, ilícita e culpável” (PRADO, 2013, p.464). A ação é adequada a um tipo injusto, desde que não justificado e censurável ao agente. Assim sendo, a culpabilidade é a reprovação pessoal da realização de uma ação ou omissão típica e ilícita diante de determinadas situações em que o agente podia atuar dentro das exigências que o ordenamento jurídico traz. Não se pode dizer que existe culpabilidade se não se estiver diante da existência da tipicidade e da ilicitude do fato, embora seja possível se estar diante de uma ação típica, ilícita, mas inculpável.

No direito penal a culpabilidade está diretamente ligada ao fato, o que necessariamente pressupõe a existência de um ilícito típico. Dessa maneira, pode-se dizer que “A cada nível subsequente do delito contém o antecedente como pressuposto” (PRADO, 2013, p. 464). Compreende-se que o fato é parte subjetiva do delito desde que esteja compreendido como pressuposto da culpabilidade, ou seja, vem antecipadamente. Enquanto a ilicitude decorre de um juízo de desvalor sobre um fato típico, a culpabilidade nada mais é que um juízo de censurabilidade ou de reprovação pessoal endereçado exclusivamente ao agente por ter agido conforme a norma ou contrário a norma.

Nesse sentido, posiciona-se Regis Prado (2013, p. 464): “[...] Quando podia fazê-lo (poder do agente/resolução de vontade). O caráter específico de reprovação da culpabilidade reside em não dever ser ilícita por poder ser lícita”.

Devem ser levados em consideração os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita do agente, igualmente, as circunstâncias e os

devidos aspectos relativo a autoria. A culpabilidade constitui o fundamento e o limite da pena. Não se pode admitir a aplicação da pena como medida fundamentada unicamente na finalidade de prevenção, assim como também não é permitido que utilize a figura do homem como exemplo para manutenção da ordem social, para que não seja violado um dos princípios constitucionais norteadores, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana elencado no art. 1º, III da Carta Magna. A culpabilidade é a premissa fundamental para a aplicação da pena.

Nesse sentido expõe Regis Prado (2013, p. 465)

[...] Diante de tal premissa, o que se enfatiza é que a ciência do Direito Penal recorre na atualidade predominantemente à clausula salvadora, segundo a qual tanto o determinismo quanto o indeterminismo não podem ser comprovados, e, portanto o sistema jurídico-penal deve ser legitimado prescindindo de uma verificação científica empírica do livre-arbítrio humano. Já que, aliás, esse problema atinge qualquer teoria da culpabilidade

A culpabilidade, portanto, assim como a tipicidade e a ilicitude é aspecto essencial de averiguação da prática criminosa.

### **3.2 Teoria da Culpabilidade Segundo Regis Prado**

A culpabilidade em sentido amplo está relacionada com o indivíduo que é capaz de responder pelas consequências decorrentes da manifestação de seus próprios atos. A representação “contas a pagar” qualifica com maestria o processo de imputação do agir do ser humano decorrente de um ato ilícito, determinada em razão de leis preestabelecidas. “É certo, porém que a noção de culpabilidade põe em evidência direta e necessária a relação entre a ordem normativa jurídica e o homem – ser igualmente digno e livre pessoa única e irrepetível” (PRADO, 2013, p. 464). Ressalta-se que deve ser sempre respeitada a condição do homem como pessoa, considerado como um ser responsável, centro e origem de todo o direito.

Conforme premissas desenvolvidas anteriormente, o delito, analiticamente, é a ação ou a omissão típica, ilícita e culpável, quando o agente pratica uma determinada ação que se encaixa em um tipo penal do injusto, e não justificada esta essa conduta, o agente será censurado, ou seja, sobre este recairá um determinado juízo de valor insculpido em lei.

Segundo Regis Prado preceitua (2013, p. 464):

[...] Tem-se pois a culpabilidade como sendo a reprovação pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita em determinadas circunstâncias em que se poderia atuar conforme as exigências do ordenamento. No ordenamento a culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma. O caráter específico de reprovação de culpabilidade reside em, não dever ser ilícita por poder ser lícita

No tocante a culpabilidade deve ser considerada, além dos elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada pelo agente, também as circunstâncias e os aspectos relativo à autoria.

Apesar de a culpabilidade constituir o fundamento e o limite da pena, não significa dizer que a culpabilidade é o seu único e exclusivo fundamento, já que pela estruturação do ordenamento jurídico, a pena não tem e não deve ser utilizada com fins preventivos.

Expõe Regis Prado (2013, p. 465):

[...] Ainda sobre esse tema, reafirma se que a culpabilidade deve servir de legitimação básica para a pena, conformando o motivo decisivo para a sua aplicação. Nesse sentido, tem uma tarefa fundamentadora da pena que lhe é própria. Por outro lado, numa inversão ao princípio “não há pena sem culpabilidade”, a culpabilidade manifesta-se como limitadora da pena, como exigência irrenunciável de restrição do âmbito do punível. Assim se o princípio da culpabilidade indica o limite máximo da pena, a culpabilidade necessariamente é também parte integrante dos pressupostos que conforma pena e necessita, por isso de fundamentação

A culpabilidade é vista como fator individual decorrente da conduta do autor e não deve considerar a conduta de vida ou o caráter do agente infrator. A culpabilidade nada mais é que um juízo de reprovação da específica conduta em análise, sendo um dos fundamentos da pena, além de dever ser justa, necessária e proporcional quanto a sua aplicação.

Ainda no mesmo sentido, o autor demarca que (PRADO, 2013, p. 465):

[...] Diante de tal premissa, o que se enfatiza é que a ciência do Direito Penal recorre na atualidade predominante à clausula salvadora, segundo a qual tanto o determinismo quanto o indeterminismo não podem ser comprovados, e, portanto o sistema jurídico-penal deve ser legitimado prescindindo de uma verificação científica empírica do livre-arbítrio. Já que aliás, esse problema atinge qualquer teoria da culpabilidade

Trata-se, na verdade, de afirmar que “a culpabilidade penal tem a natureza jurídica (ético-existencial-jurídico) e não ético-moral ou religioso. Pois bem que as culpabilidades fazem parte da culpabilidade ética” (PRADO, 2013, p. 466). Ao posicionar a personalidade ética do homem considerando um substrato do juízo de culpa jurídico penal, o que estabelece não é o seu valor ou desvalor moral, mas sim a sua natureza jurídica-penal.

É certo que a liberdade humana funciona como expressão de um sentido na ordem social, que está na base da construção normativa jurídica e tem reconhecimento constitucional em seu artigo 5º, *caput*.

Já a responsabilidade jurídica não tem nenhuma ligação senão a plena liberdade jurídica de negociar, pois essa é indissociável no que tange a noção de liberdade, sendo cabível de responder pelos atos praticados pela pessoa jurídica apenas aqueles que a ela são vinculados, seja em forma de contrato social ou pela realização de atos a ela vinculados.

Significa, em outros dizeres, que a evitabilidade individual (o mesmo que poder agir de outro modo), de base ontológica, pressupõe sempre e exatamente a liberdade de poder se comportar de acordo com a norma (o mesmo que liberdade de escolha, livre arbítrio).

### **3.3 Teoria da Culpabilidade Segundo Zaffaroni**

Assim sendo, a culpabilidade se relaciona a um fato praticado que cujo deve ser típico e antijurídico, e não a um modo de ser ou agir, cujo conceito normativo de culpabilidade é pautado nos princípios aristotélicos.

Note os ensinamentos de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2015, p. 540) sobre a culpabilidade: “esse conceito é de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse”.

Vale ressaltar que a antijuridicidade e a culpabilidade são institutos diferentes e para isso se deve destacar os efeitos que advém de cada um desses institutos que recaem sob a justificação e a inculpabilidade. No primeiro, existe uma situação conflitiva que o direito deve resolver através de uma permissão que é concedida, porque caso contrário o objetivo final ficaria então prejudicado.

Enquanto na inculpabilidade, há uma situação que somente deve excluir a reprovação, porque não pode ser exigido do autor conduta diversa a não ser aquela em que ele praticou diante da situação, mas reconhece condicionalmente que o comportamento do autor afetou diretamente a finalidade geral que emana da ordem jurídica.

Neste sentido Eugênio Zaffaroni (2015, p. 540):

[...] Na justificação, há uma situação conflitiva que o direito deve resolver concedendo uma permissão, porque se não o fizesse o seu objetivo geral ficaria prejudicado. Na inculpabilidade, há uma situação em que somente se exclui a reprovação, porque não se pode exigir do autor outra conduta, mas se reconhece, perfeitamente, que seu comportamento afetou a finalidade geral da ordem jurídica

A teoria da culpabilidade teve seu início com a teoria psicológica, que advém de um critério primário de estruturação do delito, consistindo em colocar o elemento objetivo de um lado e o elemento subjetivo de outro. Nesse sentido, a culpabilidade integra o elemento subjetivo como a relação psicológica que existia entre a conduta e o resultado, a relação física como a causalidade, recaindo o injusto sobre a causalidade física, a causa do resultado.

Enquanto a culpabilidade se apresentava para a relação psíquica, o conjunto de causas derivadas das relações dava por resultado o delito. Não havia elemento normativo nem valorativo, e apenas visava a relação psicológica. “Daí ter este conceito sido arduamente defendido pelo pensamento positivista sociológico, especialmente por VON LISZT” (ZAFFARONI, 2015, p. 541).

Vale ressaltar que essa teoria qualifica culpabilidade como aspecto subjetivo do tipo. Dessa maneira, permite uma certa acomodação de caráter positivista sociológico. Entende, pois que o alicerce necessário não é apenas o homem médio cujo ente é capaz de autodeterminar-se, sustentando-se sob uma base determinista, não tendo relevância a capacidade de autodeterminação do sujeito.

As lacunas existentes na teoria psicológica apresentam dificuldades e ausências de esclarecimentos, sendo a falta da explicação de culpa, imputabilidade e demais aspectos que essa não trouxe consigo.

Em 1907 com o pensamento de Reinhardt Frank, houve uma revolução quanto ao pensamento de culpabilidade, sendo “a culpabilidade ao mesmo tempo

uma relação psicológica e um juízo de reprovação ao autor da relação psicológica” (ZAFFARONI, 2015, p. 542). Tal pensamento ficou conhecido como a teoria complexa da culpabilidade.

Assim, entendia que a culpabilidade só podia ter um único conteúdo, sendo este heterogêneo e compreendendo o dolo e a culpa, recaindo ao autor a reprovação por seu dolo ou culpa. Havendo divergência de posicionamento, Frank afirma que existe dolo sem culpabilidade; para Goldschmidt, o dolo é dado psicológico entendendo que este é elemento da culpabilidade; e em um terceiro momento, Mezger entende que o dolo necessita da consciência da antijuridicidade, e que diante do dolo sempre será culpável. Nesse contexto, fica evidente que existe variantes, e por elas existirem demonstra então a heterogeneidade irreduzível do conteúdo atribuído a culpabilidade (ZAFFARONI, 2015, p. 541-543).

Frank, através de sua concepção, contribuiu de modo relevante para o desenvolvimento da doutrina, pois o dolo aqui nunca foi desvalorizado, mas sim valorado, o que permitiu a doutrina, depois de trinta anos, a migração correta dentro da teoria do tipo, não permitindo assim que a culpabilidade sofresse mais que a sua depuração decorrente de seus elementos estranhos, ou seja, acrescentou de normalidade das circunstâncias, sendo este um juízo de valor alastrado e pautado em uma situação psíquica.

Na década de trinta, o dolo e culpa passaram a integrar o tipo, somente agora é que se pode falar em teoria “normativa” da culpabilidade, passando assim a entender que a culpabilidade ficou limitada à pura reprovabilidade, conceituando a culpabilidade como reprovabilidade, o que em outras palavras causa efeito cascata, ou seja, vários são os graus que determinam a reprovação.

Percebe-se que existe certa obscuridade sobre o instituto da culpabilidade, sendo debatida na teoria do delito, onde repousa certa discussão na posição sistemática íntegra da mesma, se é integrante de crime ou considera-se como pressuposto da culpabilidade.

Atualmente, a doutrina majoritária conceitua o entendimento que para ter crime é necessário que tenhamos fato típico, antijurídico e culpável. Assim sendo, diante da teoria tripartida do delito, comitantemente adentra-se no conceito analítico de crime.

### 3.4 Disposição Sistemática Da Distribuição Da Culpabilidade

O conceito de culpabilidade que atualmente integra o ordenamento traduz-se em um juízo de reprovação pessoal pela prática de um fato lesivo a um interesse penalmente protegido. No primeiro momento, é necessário distinguir culpabilidade de ato e culpabilidade de autor, entendendo que o que reprova o homem é a sua ação, conforme possibilidade de sua autodeterminação no caso concreto; na segunda, a culpabilidade tem como base a reprovação do homem a sua personalidade, não pelo que fez e sim pelo que é.

Ainda neste contexto fica evidenciado que há uma base normativa que não poderá ser objeto de eliminação, a não ser que ao eliminar esse objeto, incida automaticamente na exclusão da culpabilidade e que este não faça parte da legislação vigente do direito penal, por ser regido apenas pela periculosidade.

Neste sentido Eugenio Zaffaroni (2015, p. 545):

[...] assim, diz ser que quando um homem comete um homicídio, por exemplo, e trata-se de um sujeito que tem maus hábitos e reações violentas e imoderadas, é mais culpável que quando o mesmo homicídio é cometido por alguém que não tem esse tipo de reações, mas que, ao contrário, é mais calmo e pacífico. Sustenta se, que no primeiro caso, é mais reprovável porque sua reação é mais própria de sua personalidade do que no segundo, em que constitui um episódio isolado dentre de sua personalidade

Entende-se que no primeiro caso tem-se uma conduta que é mais reprovável em função de sua personalidade e, no segundo, se está unicamente diante do delito cometido. O homem é responsabilizado por sua conduta de vida, cabendo a este construir um histórico idôneo sobre si, enquanto o delito decorre do resultado, o modo que o sujeito conduziu a sua própria vida, harmoniosamente, a culpabilidade é a reprovação do indivíduo por sua conduta praticada.

Conforme as circunstâncias descritas no artigo 59 e 60 do Código Penal, a culpabilidade cumpre com três funções diferentes no atual Código Penal Brasileiro: “a) fundamentada na pena, b) limite da pena e c) fator de graduação” (GOMES, 2007, p. 545).

No tocante à primeira função, considerada elemento do crime ou pressuposto da pena, é fundamental para que haja aplicação da pena ao indivíduo (autor) da prática do fato típico e antijurídico, tornando imprescindível a reprovação.

Nesse caso, a culpabilidade cumpre com uma das suas funções de maneira mais clara possível, fazendo referência ao fato onde este deve ser analisado se é possível ou não a aplicação da pena ao autor que praticou o ato típico e antijurídico. Não obstante, analisa-se a presença dos elementos da culpabilidade – como a imputabilidade penal, discernimento e consciência da ilicitude que repousa sobre o fato e a exigibilidade de conduta diversa.

Nos termos do Art. 29, Caput, do Código Penal, “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Irradia desta previsão normativa o princípio da individualização da pena, permitindo a mensuração da reprovabilidade que irá recair sobre o agente (autor do delito). Conforme menciona o dispositivo, a culpabilidade impõe certa limitação no *jus puniend* do Estado, impedindo que o Estado exerça um castigo além do que deveria ser, mais severo, exagerado, agravando a pena, elevando-a mais do que realmente é merecido pela conduta praticada, ou seja, visa a imposições de sanções desproporcionais, pelo que todos devem ser punidos na medida de sua culpabilidade, nunca acima da culpabilidade merecida.

O juízo de reprovação ou a culpabilidade está diretamente ligada na aplicação e fixação da pena, interferindo diretamente na aplicação da sanção penal. Aplica-se uma punição ao acusado mais consentânea com sua conduta, promovendo equilíbrio entre a reprovação penal e o ato delituoso.

Como reflexo do princípio da individualização da pena, a Constituição Federal traz em seu art. 5.º, XLVI expressamente como que a culpabilidade tem se apresentado como uma circunstância judicial da pena, pelo qual de acordo preceitua o Art. 59, Caput, do Código Penal onde estabelece parâmetros que devem ser seguidos à risca por qualquer magistrado.

[..] O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Na primeira fase da dosimetria da pena, o juiz deverá levar em conta o grau de reprovabilidade da conduta ou a posição do agente frente ao bem jurídico ofendido e deve ser realizada a aplicação deste artigo com fundamentação do ato decisório tomado.

“O Princípio da individualização da pena abarca três momentos distintos e complementares, a saber: o legislativo, judicial e o executório” (PRADO, 2016, p. 324). A determinação legal da cominação da pena se baseia na fixação abstrata da sanção penal e seus relativos marcos; a segunda consiste no estabelecimento, pelo juiz, da espécie de pena a ser aplicada, podendo existir cominação alternativa, caráter quantitativo, do regime de pena a ser aplicado e sua execução, e se possível a substituição ou suspensão condicional; enquanto a determinação executória da pena atendem as imposições de retribuição e de prevenção geral e especial do delinquente, ou seja, atendendo a exemplaridade, a reeducação e a reinserção social do indivíduo na sociedade.

As denominadas “circunstâncias judiciais” são fatores legais de medição da pena, elementos que o magistrado aprecia quando da determinação judicial da sanção penal. O artigo 59, caput, da Constituição Federal, à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Culpabilidade corresponde à censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, sendo esta uma das principais funções que limita o máximo da pena a ser aplicada. Os antecedentes são fatos anteriores a vida do agente, podendo ser negativos ou positivos, compondo o histórico criminal da vida do agente.

A conduta social alcança o comportamento do réu, no âmbito familiar e no âmbito que presta suas atividades laborais, valendo ressaltar que nem sempre o indivíduo tem maus antecedentes, advindos isoladamente da conduta social, como também não é possível afirmar que sempre haverá maus antecedentes daquele que tem uma vida social farta de deslizes e infâmias. O contrário também é verdadeiro, embora tenha uma vida cheia de deslizes e infâmias, mas nunca sequer cometeu delito.

A personalidade diz respeito ao caráter do indivíduo, tanto as qualidades quanto os defeitos e vai além da índole do sujeito, alcançando possíveis desvios em seu caráter, se este é passível de ser corrompido ou até mesmo induzido a determinada situação.

Os motivos representam toda a somatória dos fatores que integram o mais íntimo da personalidade humana e que podem ser desencadeados, fazendo com que o indivíduo seja conduzido para uma só direção, desde a força psíquica assim como as circunstâncias do crime, mas compreendem os fatores de tempo,

lugar, modo de execução do delito. Vale lembrar que esses não se confundem com as devidas circunstâncias judiciais ou legais conforme dispõe o art. 59, caput, do Código Penal.

As consequências do crime refletem no desdobramento do delito cometido, sendo relevantes para a danosidade e a gravidade que decorre do delito. Por último, o comportamento da vítima, que pode tanto aumentar como diminuir a reprovabilidade da conduta típica e ilícita que o agente cometeu, ressaltado que existe casos que a vítima contribui efetivamente para prática do delito que foi praticado.

Destarte que as circunstâncias e o princípio da individualização da pena são considerados como pilasstras que norteiam a aplicação da pena, obtendo assim a fixação da pena-base, em abstrato, pois se está diante da primeira fase da dosimetria da pena. Não é admitido ao juiz que opine sobre o fato, devendo este permanecer imparcial. Remete-se a Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição de regime mais severo do que permitido segundo a pena aplicada”.

Atualmente a doutrina vem admitindo a chamada co-culpabilidade, fundamentada na reprovação conjunta que deve ser exercida sobre o Estado. Há situações em que a autodeterminação do agente é diminuída, por estar condicionada diretamente ligada a influência que o Estado exerce sobre este indivíduo, não tendo a devida proporcionalidade e igualdade a todos.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 525):

[...] Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma se dizer que há, aqui, uma “culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar

O conceito de co-culpabilidade tem tornado mais convincente e cada vez mais vem sendo adotado por fazer parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, reconhecendo os direitos econômicos e sociais. No Brasil, conforme

apresenta o art. 66 do Código Penal, por tratar de uma atenuante jurídica, o juiz poderá então analisar a culpabilidade concorrente que advém da sociedade, ou daqueles que a representa, diminuindo assim a reprovação que irá recair sobre o agente, diretamente ligado, cominado com o preceito do artigo 59 do mesmo diploma ora mencionado.

Até que ponto é possível falar em juízo de reprovação em relação à conduta delituosa praticado por indivíduos? E até quando se dá a co-responsabilidade do Estado no cometimento destes delitos?

## 4 (CO) CULPABILIDADE E SUA POSIÇÃO NA ESTRUTURA DO DELITO

Neste capítulo, tratar-se-á do fenômeno da co-culpabilidade na estrutura do delito e quais seus reflexos na configuração da responsabilidade penal do agente.

### 4.1 Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade é sem dúvida uma das pedras angulares de todo o sistema penal, ou seja, após a evolução do Direito Penal, tal princípio passa a ser requisito necessário de existência para que fosse possível se estar diante do crime e ter como consequência à punição para aqueles que realizam a prática delituosa.

Princípio Constitucional, *nullum crimen sine culpa* embora reduzido a forma latina, a Carta Magna de 1988 traz de maneira explícita em seu art. 5º LVII, bem como aparece implicitamente em várias disposições constitucionais, assim como está presente no Código Penal em seus artigos, e deve ser utilizado como base na hermenêutica de toda a legislação penal.

Decorre como consequência do princípio da culpabilidade a necessidade de haver culpa em sentido amplo. Inclui-se o dolo e a culpa, porém deverão ser analisados em sentido estrito, observados as consequências logo o agente que cometer um delito, e pelo mesmo delito deverá ser punido. Essa possibilidade é decorrente de importante conquista no direito penal moderno, uma vez que veda a responsabilidade penal objetiva.

Embora sejam de caráter excepcional e raras ainda existentes, é preciso destacar as exceções, a exemplo, referenciando aos crimes culposos. “O agente não responde pelo simples cometimento do resultado devendo ser comprovada a sua culpa em sentido amplo – deve se lembrar da excepcionalidade dos crimes culposos – a fim de que haja punição pelo resultado cometido” (MOURA, 2015, p. 50-51).

Nesse mesmo sentido Eugênio Zaffaroni (2003, p. 246):

[...] O princípio da culpabilidade abarca, portanto, os dois níveis: o da exclusão de qualquer imputação de um resultado acidental imprevisível

(caso fortuito) e o da exclusão da punibilidade por não ter podido o sujeito conhecer a ilicitude ou adequar sua conduta ao direito.

[...] A projeção dos princípios da culpabilidade e da lesividade na estrutura dogmática marca os limites dentro dos quais a teoria do delito e a determinação da pena podem desenvolver-se, porque a conjunção de ambos determina o objeto que se imputa na teoria do injusto, ao passo que somente o princípio da culpabilidade estabelece a fronteira máxima da reação punitiva e exclui quando não alcança a mínima

Com a projeção dos princípios da culpabilidade e da lesividade na estrutura que se impõe com autoridade (dogmática), traçam os limites dentro da teoria do delito e a determinação da pena pode ser desenvolvida com a conjunção de ambos. Daí classifica o objeto que se imputa na teoria do injusto, a medida em que o princípio da culpabilidade acaba estabelecendo uma fronteira máxima da reação punitiva (sanção) e acaba excluindo quando alcança a ínfima, ou seja, a mínima. Sendo assim, o princípio da culpabilidade exerce seis funções no sistema penal, a saber são as seguintes, conforme preceitua Grégore Moura (2015, p. 51-52):

- a) Elemento do conceito analítico de crime- crime é fato típico, antijurídico e culpável;
- b) Fundamento da pena –não basta que o fato seja típico e antijurídico, é preciso que haja culpabilidade – juízo de valor que reprova socialmente o injusto.
- c) Limite e medida da pena- ou seja, o agente só pode ser punido na medida de sua culpabilidade. Vê se aqui a sua ligação com o princípio da suficiência e necessidade conforme preceitua o Código Penal em seu arts. 29 e 59.
- d) Atua na aplicação da pena, ou seja, a culpabilidade também é utilizada como circunstância judicial na fixação da pena-base pelo magistrado na forma do artigo 59 do Código Penal.
- e) Veda a responsabilidade objetiva do cidadão – com a transposição do dolo e da culpa para o tipo penal, não há cometimento de fato típico sem culpa em sentido amplo
- f) Veda a culpabilidade de autor e consagra a culpabilidade de fato – o agente responderá pelo fato que efetivamente cometeu e não pela pessoa que ele é (conduta de vida, aspectos morais, etc.). Daí a não intervenção penal em casos como os antigos crimes de bruxarias, heresia, prostituição, punidos outrora

Com a consagração do princípio da culpabilidade, depara-se mais uma vez com uma limitação ao direito de punir do Estado, em face da garantia constitucional e penal aplicada ao cidadão criminoso diante do infindável direito de punir estatal o qual será acrescentado e objeto do princípio da co-culpabilidade.

## 4.2 Do Princípio da Intervenção Mínima e do Princípio da Culpabilidade.

O Princípio da intervenção mínima encontra-se implícito na Constituição Federal de 1988, uma vez que este não é contemplado expressamente. Deve ser compreendido em conjunto com as demais disposições utilizando-se da interpretação sistemática.

Assim ensina Luiz Luisi (2003, p. 40): “[...] embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa Grundnorm, (teoria pura do direito), tratando-se de um postulado nela inequivocadamente implícito”.

Dessa forma, exerce inferência no Estado Democrático de Direito, limitando o poder de ingerência do Estado relacionado a liberdade do indivíduo, esclarecendo que não há direito absoluto de punir do Estado. Tal princípio está diretamente conectado com o princípio da proporcionalidade, não permitindo assim que haja excesso no Direito Penal.

Estão entrelaçados ao dizer a lei da ação em face da reação física. A reação nada mais é que a sanção penal imposta a uma ação criminosa praticada por aquele determinado indivíduo. Do princípio em estudo se extraem dois caracteres do Direito Penal: a subsidiariedade e a fragmentariedade.

A exemplo, “isto quer dizer que a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõe que seja provada e declarada a culpabilidade de um agente que seja autor ou participe de fato típico e antijurídico” (LUIZI, 2003, p. 37).

A subsidiariedade que decorre do Direito Penal deve ser utilizada como última *ratio*, ou seja, em último caso, já que existe outros bens a serem tutelados, estando diante o bem jurídico violado interligado aos direitos fundamentais do cidadão, devendo ser utilizadas as tutelas penais somente quando os outros ramos do direito não forem suficientes para solucionar tal ameaça ao bem jurídico. Considera-se o Direito Penal como o soldado de reserva, só será acionado para a guerra quando os demais soldados naufragar.

Já a fragmentariedade reside no fato de que o Direito Penal deve proteger somente os bens jurídicos mais importantes, bens jurídicos relevantes para o bem comum e o convívio em sociedade, não sendo função deste incumbir-se da proteção de todos os bens jurídicos. Vale citar a metáfora de Luiz Regis Prado: “Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de

pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente” (PRADO, 2011 p. 71-72). É, pois, em decorrência do princípio que se institui a seletividade dos bens jurídicos penais a serem tutelados de acordo com o seu valor e relevância.

Aparentemente não há problema algum, porém o que se apresenta nos países marginais - expressão utilizada por Zaffaroni - que contrapõe os países centrais. “A classe dominante, por intermédio do Poder Legislativo, é que selecionará não só os bens jurídicos a serem tutelados, como também irá punir, o que não deixa de ser uma ofensa indireta ao princípio da intervenção mínima” (MOURA, 2015, p. 49).

O princípio da intervenção mínima tem como objetivo principal a forma de diminuir a violência que existe dentro do sistema penal, bem como este deve ser utilizado e aplicado dentro do âmbito de sua competência não transgredindo outros.

Neste sentido Eugênio Zaffaroni (2015, p. 177):

[...] A diminuição da intervenção penal através da criminalização, da *diversion* e do princípio da oportunidade da ação penal são, obviamente, caminhos que possibilitam a diminuição da violência do sistema penal, desde que a renúncia à intervenção do sistema penal não constitua em recurso formal para retirar a matéria da agência judicial e aumentar o poder de outras agências. A renúncia a intervenção real ao modelo punitivo considerado onticamente

Conclui-se, portanto, que esses princípios são importantes limitadores da fúria persecutória do Estado como garantias mínimas para o acusado.

#### **4.3 Princípio da Co-Culpabilidade Segundo Grégore Moreira de Moura**

É sabido que a igualdade prevista em lei não necessariamente corresponde a sua eficácia social, no sentido de que “O espírito de revolta só pode despertar numa sociedade em que a igualdade teórica encobre grandes desigualdades de fato” (MOURA, 2015, p. 57).

O Direito Penal ainda é objeto de estudo constante e instigação social, por tratar-se de conflitos que lidam com o que há de mais arraigado na natureza humana. A intervenção estatal é acionada constantemente através de medidas sociopolíticas e, quando se toca na liberdade, entende-se do bem jurídico tutelado pela constituição e por leis infraconstitucional, fica demonstra a sua relevância e a resistência do homem quando esta é limitada.

A liberdade humana não vincula apenas sua existência física, mas também às suas atividades como, por exemplo, no sistema capitalista tais como: a livre iniciativa, livre concorrência e o livre mercado que acaba influenciando diretamente ou indiretamente na má distribuição de riqueza e exclusão social.

Apesar do amplo e contínuo estudo relacionado aos temas do Direito Penal, poucas são as matérias trabalhadas na doutrina. A co-culpabilidade por exemplo, mesmo sendo assunto que interliga o direito penal e a sociologia permitindo um melhor entendimento da sociedade com o crime, ainda é tema recente nos núcleos dos estudos e sua efetivação é ínfima na aplicação do direito penal.

Alguns autores já se arriscaram inúmeras vezes ao buscar uma definição conceitual para co-culpabilidade, porém Juarez Cirino dos Santos procura explicar de modo mais compreensível a co-culpabilidade, tratando-a como uma exculpação supralegal.

Nesse sentido Juarez dos Santos (2004, p. 265-266):

[...] Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida

Conforme entendimento mencionado, preferiu se aprofundar nos estudos do princípio da co-culpabilidade centrando o seu foco entre o jurídico e sociológico, buscando uma visão ideológica e cautelosa em face do legislador e dos operadores do Direito Penal brasileiro.

Assim conceitua Grégore de Moura (2015, p. 59):

[...] O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sócias e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal. O professor Manuel Espinoza, ao tratar do art. 45 do Código de Processo Penal peruano, explica que se entende por co-culpabilidade in verbis

<sup>1</sup>El art.45° del C.P consagra el principio 'Jus Peonali de la CO-CULPABILIDAD' de la sociedade y del Estado en la comision del delito, como causa eficiente o condicionador de las causas sociales, materales y culturales de la conduta criminal de los hombres; por eso, se prescribe que el juzgador deberá tener em cuenta en momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las 'CARENCIAS SOCIALES QUE HUBIERE AFECTADO AL AGENTE'.

En esta forma la sociedade y el Estado, que toleram que impere las desigualdades econômicas, las injusticias sociales, politicas y culturales, estariam reconociendo que no brindan iguales posibilidades de suoeracion a todos los hombres, para exigirdes em comportamiento com adecuacion a la ley el intereses generales colectivas de la comunidade regulados por el Derecho positivo; por tanto, se esta aceptando uma responsabilidade de la sociedade y del Estado, en lo que les respecta, em la conducta delictiva de los infractores penales, como 'MEA CULPA' conceptua el art.45° del C.P. em el reconocimiento oficial del Estado, que la delincuencia se gesta en las condiciones sociales de injusticia que impera em la sociedade, Em atencion a lo estatuido, disminuye o desaparece la co-culpabilidad em la misma medida que el delinqüente há tenido las oportunidades materiales, sociales y culturales para realizarse como ser humano honrado y comportarse según los mandatos o prohibiciones normativos y las normas culturales de convivência social que requieren ak hombre socialmente útil, además conducta a Derecho y a normas éticas. Por 'MEA CULPA' que tiene el efecto de enervar o atenuar el derecho de castigar, (Jus Puniendi) que el Estado ejerce em nombre de la sociedad. <sup>2</sup>

Sendo assim, o Estado que não fornece meios de equalização social concorre para a prática daquele delito, em razão da falta de oportunidade em relação as demais castas sociais.

#### **4.4 Teoria da Co-Culpabilidade Segundo Zaffaroni**

A teoria do co-culpabilidade decorre do reconhecimento ínsito na ausência Estatal, responsabilizando o Estado indiretamente por esse fato. Porém,

---

<sup>1</sup> O artigo 45 do Código Penal consagra o princípio do Jus Peonali da Co-Culpabilidade da sociedade e do Estado no delito, como causa direta ou condicionadora das causas sociais matérias e culturais da conduta criminal dos homens por isso, se orienta o julgador à levar em conta no momento de fundamentar a sentença e determinar a pena, as causas sociais que afetaram o agente.

<sup>2</sup> Neste modelo de sociedade e de Estado, em que se tolera o imperio das desigualdades economicas, das injustiças sociais, politicas e culturais, estariam reconhecendo que nem todos os homens sao contemplados com a mesma possibilidade para que se exija deles um comportamento em adequação com a lei e os interesses gerais coletivos da comunidade regulados pelo direito positivo; para isso se aceita uma responsabilidade do Estado e da sociedade no que se refere com a conduta delitiva dos infratores penais como meia culpa como preceitua o artigo 45 do CP. No reconhecimento oficial do Estado a delinquencia se instala nas condições sociais de injustica que impera na sociedade, e em atencion ao mencionado, diminui ou desaparece a co-culpabilidade na mesma medida em que o deliquente teve as oportunidades materiais, sociais e culturais para realizar se como ser humano honrado e comportar-se segundo os mandatos e proibicoes normativas e as normas culturais de convivencia social que se requer a um homem socialmente util, diante do direito e das normas eticas. Por meia culpa entende-se o efeito de atenuar o direito de castigar (jus puniend) que o Estado exerce em nome da sociedade.

observados deverão ser os critérios para que não seja transformado o criminoso em vítima e a vítima em criminoso, invertendo as posições jurídicas. A ausência e a influência do Estado em determinadas condutas, acarreta a prática de determinados delitos, por certas pessoas, que detém condições que diminui a seletividade e a visão do Direito Penal, bem como a prática de determinado delito implica diretamente na inexigibilidade de conduta diversa justamente pela ineficiência do Estado em cumprir o seu dever de proteger o erário público.

Assim define Zaffaroni (2015, p. 60):

[...] Se entienda por 'co-culpabilidad' la parte de ésta que corresponde a la sociedad en la limitación del ámbito de libertad del sujeto, que muchas veces se plantea como problema de responsabilidad moral. Es muy cierto que, planteado en estos términos, más que un problema dogmático, parecería ser un problema de 'filosofía penal de sobremesa'. Pero la cuestión deja de ser una "responsabilidad moral" de la sociedad y pasa a ser un problema práctico para el dogmático y el juez, cuando la reconoce la ley y se la descarga al autor. Eso es precisamente lo que hace nuestro CP en su art. 41, en que resalta particularmente la 'co-responsabilidad' en cuanto a las motivaciones económicas: 'los motivos que lo determinaron a delinquir' y particularmente, 'la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos'<sup>3</sup>

Decorre do princípio da co-culpabilidade o reconhecimento da exclusão social, reconhecendo que o Estado estimula determinadas condutas, "responsabilizando-o indiretamente por esse fato, tendo, porém, como limite o cuidado para não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos" (MOURA, 2015, p. 60-61).

Com efeito, esse princípio, ao ser aplicado no caso concreto, reconhece o papel do Estado e da sociedade no que se refere aos delitos praticados por certas pessoas, em certas condições, propiciando a diminuição da seletividade e da visão ideológica do Direito Penal, indo ao encontro dos direitos fundamentais do cidadão (MOURA, 2015, p. 61).

---

<sup>3</sup> Se entende por co-culpabilidade como a parte que corresponde a sociedade na limitação do âmbito de liberdade do sujeito, que muitas vezes se mostra como problema de responsabilidade moral. É certo que, de certo modo mais do que um problema dogmático a questão seria um problema 'filosofia penal de sobremesa'. Mas a questão deixa de ser uma responsabilidade moral da sociedade e passa a ser um problema prático para o dogmático e ao juiz, quando se reconhece a lei e a aplica ao autor. É o que exatamente faz o nosso Código Penal em seu artigo 41, em que ressalta particularmente a corresponsabilidade em relação as motivações econômicas: os motivos que o levaram a delinquir e particularmente a miséria ou a dificuldade de ganhar espaço, o seu sustento mínimo necessário e de seus dependentes.

Neste sentido preconiza Zaffaroni (2015, p. 246):

[...] Seu reduzido poder a coloca entre a disjuntiva de decidir ou deixar toda a decisão ao arbítrio do poder das demais agências de seleção primária (este último fato sucede no âmbito do controle social ônticamente punitivo, mas se subtrai à agência judicial, sendo isto ocultado mediante as racionalizações que implicam os “elementos negativos” do discurso jurídico-penal e, segundo se supõe, são próprias do exercício ilícito do poder do sistema penal

“A decisão criminalizante da agência judicial é sempre “má” porém menos “má” que a decisão arbitrária do poder das outras agências, de modo que nos pouquíssimos casos a ela submetidos melhor é que os decida” (ZAFFARONI, 2015 p. 246), pois estaríamos diante de uma situação muito pior se assim não o fizesse, não existindo sanções para aqueles agentes que infringem a Lei Maior.

[...] Reconhecer a legitimidade da intervenção decisória da agência judicial como “valor inconcluso” não implica introduzir nenhuma racionalidade no exercício de poder do sistema penal, e sim apenas limitar sua irracionalidade operativa em curso a tal ponto que a agência possa exercer o seu poder nesse sentido

[...] Na tarefa de programação do critério pautador, limitador e não legitimante, um dos capítulos mais importantes é constituído pela “teoria do delito”, formada pelo *conjunto dos requisitos que, em todo caso, devem dar-se para que a agência judicial não suspenda ou interrompa o exercício de poder do resto do sistema penal*

Isso significa que nem mesmo as agências do judiciário ou as demais agências podem se valer dos cargos para beneficiar a si próprio, nem mesmo a mais alta Corte pode se valer de suas prerrogativas para obter aquilo que é indevido, existindo assim conflitos arbitrários além da existência jurídica conflituosa, pois todos tem consciência e pré determinação para contribuição daquilo que almeja, com a consciência e o discernimento necessário para que seja desenvolvida a conduta, pré desenvolvida e desde já configurando o que é reconhecido no ordenamento vigente como ato ilícito.

A conflituosidade e a lesividade da ação não são limites arbitrários nem “metajurídicos”, mas impostos pela mais elementar racionalidade republicana (ZAFFARONI, 2015, p. 249).

Ainda neste contexto: em tempos de guerra, quem são os nossos inimigos? A resposta mais clara parece ser qualquer indivíduo que seja capaz de

realizar condutas com armas de fogo, ou até mesmo no caso de uma possível destruição em massa, a exemplo a ação bélica. Porém, há condição permissiva desde que esteja pactuado em conjuntura política; “desse modo a capacidade do agente da ação lesiva produzida não pode ser relevada porque em princípio, qualquer pessoa é capaz de praticar uma ação conflituosa e lesiva” (ZAFFARONI, 2015, p. 249).

Para uma pessoa ser considerada criminosa é necessário e exigível o mínimo. Primeiramente o mínimo é compreendido por uma ação, que deve trazer conflito e de potencial lesivo real ou que tenha no mínimo a pretensão do resultado morte. Em outras palavras, a capacidade de produção da ação em tempos de guerra é insuficiente para satisfazer a conjuntura política.

#### **4.5 Da Inexigibilidade da Conduta Diversa**

Nesse passo, destacamos então as causas de exclusão da culpabilidade, popularmente mais conhecida como causas de inculpabilidade, por não existir outra postura que a pessoa possa adotar em determinada situação – ou seja, tem de agir desde modo pela condição que o “modus operandi” do delito assim determina. O Código Penal disciplina expressamente em seu artigo 22: “[...] Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Desta maneira, compreende-se a necessidade de fazer uma análise sobre o determinado artigo que será tratada em tópicos.

A coação moral irresistível (art. 22, 1º parte, Código Penal), estabelece uma causa de inculpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, o indivíduo se vê obrigado a praticar determinada conduta em detrimento de outro.

Não pode ser confundida a causa de inculpabilidade com a coação física irresistível (*vis absoluta*) que essa exclui a ação por inexistência de vontade, enquanto a coação moral da grave ameaça (*vis compulsiva*), a vontade não é livre, ou seja, decorrente de constrangimento, vontade forçada, tendo então a sua vontade viciada, sendo o autor do coação punido (autoria mediata). Ou seja, na *vis compulsiva* o agente embora tenha a vontade viciada, vê-se obrigado, não tendo outra saída além daqueles resultados que lhe foi apresentado, devendo então optar

por um ou por outro, não podendo deixar de fazer, porém ao fazer se submete assim a vontade primária que decorre do autor.

Neste sentido, Regis Prado (2015, p. 486)

[...] Desse modo, é possível sustentar que na coação moral, diferentemente da coação física, existe um espaço para a vontade, mas está se mostra de tal modo viciada, comprometida, que não se pode exigir do agente um comportamento conforme os ditames do ordenamento jurídico. O coato portanto, tem vontade, mas se encontra de um dilema: ante dois resultados indesejados, deve optar por um deles, e é exatamente nesse ponto que reside o fundamento da inexigibilidade da conduta que visasse a salvaguardar o bem jurídico que, ao final resulta lesado

A coação moral irresistível é compreendida por requisitos: irresistibilidade da coação; coator, coato e vítima; obediência hierárquica ou indevida; relação de subordinação hierárquica; ordem de acordo com as formalidades legais e não manifestamente ilegal; estrita obediência da ordem e estado de necessidade exculpante. Deste modo serão tratados os requisitos ora mencionados.

A irresistibilidade da coação nada mais significa do que a impossibilidade de vencer a coação, tendo sempre como referência o homem médio (*homo medius*). “O mal de que é ameaçado deve ser grave, certo e inevitável, de modo a não permitir que se conduza conforme o Direito” (PRADO, 2015, p. 486).

O coator, coato e vítima, quando compreendidos pela coação moral irresistível, tem-se situação em que o coator obriga o coato a determinada prática delituosa em face de uma terceira pessoa (vítima), eliminando a capacidade de resistência em função da ameaça que sofre. O coato pode exercer tanto uma ação quanto omissão, porém esta é ilícita.

O que pode ser alegado pela terceira pessoa (vítima) é a legítima defesa. “Resta excluída tão somente a culpabilidade do coato, porque “o ato volitivo se desenrolou de maneira anormal, sob a pressão moral e psicológica do coator” (PRADO, 2015, p. 486). Contudo, existem hipóteses em que será atenuada fortemente a possibilidade de agir em conformidade com a norma jurídica. “Daí a inexigibilidade de comportamento de acordo com o direito. Trata se do elemento volitivo da reprovabilidade, consistente na exigibilidade da obediência da norma” (PRADO, 2015, p. 177).

Para que se configure a coação moral irresistível é necessário que a ação do agente seja reprovável, sendo indispensável que lhe possa exigir comportamento diverso do que aquele que o fez, ou teve diante de determinada situação. “Significa dizer que o conteúdo da reprovabilidade repouse no fato de que o autor podia e devia uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não de acordo com uma decisão voluntária de cunho ilícito” (PRADO, 2015, p. 177).

Neste sentido, a coação irresistível, embora seja diferente da coação física, por a primeira ser mais ampla, mostra-se de modo viciada e comprometida, não podendo exigir do agente outro comportamento além daquele. Assim, o coacto tem a sua vontade, mas se encontra diante um dilema, dois resultados indesejados, onde o agente deve optar por um deles, sendo então exatamente o ponto em que reside a inexigibilidade de uma conduta que vise resguardar um bem jurídico que, ao final, resta lesado.

De acordo com Regis Prado (2015, p. 178) há um exemplo clássico para enumerar a situação:

[..] é a coação irresistível é o do gerente do banco que te, a família sequestrada e é coagido a subtrair dinheiro da agencia bancaria que gerencia. A coação o coloca no seguinte dilema: o patrimônio do banco ou a á vida de seus familiares, se optar por preservar a vida de sua família, sua conduta será típica e ilícita, porém, estará acobertada pela exclusão da culpabilidade

A obediência hierárquica ou indevida, dentre todos os tipos de obediência política, doméstica, espiritual entre outras, a única que exclui a culpabilidade é a obediência hierárquica, diretamente relacionado com o superior e o seu subordinado.

Já a relação de subordinação hierárquica trata de condutas ilegais exigidas pelo seu superior que podem ensejar a inexigibilidade de conduta diversa. O subordinado submete se a tal situação pelas sérias consequências que terá de suportar ao se recusar em cumprir ordem.

A ordem de acordo com as formalidades legais e não manifestamente ilegal diz respeito a situação em que a ordem está na esfera de competência do subordinado e a parte das relações habituais, sendo que não encontra razões para

suspeitar de qualquer irregularidade. Uma vez cumprida a ordem, responde pelo ilícito em coautoria com o superior de quem originou a devida ordem.

Pela estrita obediência da ordem é necessário que não haja excesso nos limites do que lhe foi ordenado, enquanto o Estado de necessidade exculpante, apenas se configura se preenchidos todos os termos, conforme traz o art. 24 do Código Penal. Ocorre a exclusão da culpabilidade do agente por não ser exigível outra conduta quando diante se de bens equivalentes ou um de maior valor.

#### **4.6 A Co-Culpabilidade no Delito Relação: Entre Fato e Conduta Criminosa**

Embora ao se fazer uma análise gramatical do termo co-culpabilidade seja talvez possível entender que a teoria atribua culpa penal ao Estado pelos delitos praticados pelos seus cidadãos, não é isso que se propõe.

O sentido do prefixo “co” anexado a “culpabilidade objetiva” dispõe que a culpabilidade é fracionável entre Estado e Sociedade, seja por demonstrar se inadimplente quanto aos seus deveres, seja pela falta de altruísmo e pela ausência de aplicação do quesito moralismo pregado pela sociedade.

Nesse sentido, deve-se fazer uma interpretação harmônica da palavra “culpabilidade é usada como forma de responsabilização indireta do Estado, diante da omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais. Em suma na realidade não se trata de uma responsabilização penal do Estado” (MOURA, 2015, p. 63). Reconhecendo a inoperância na realização de seus deveres, o que em contrapartida, é um gerador de menor reprovabilidade social ao acusado que cometeu crime.

O Estado além de deter o *jus puniend* não é juridicamente passível de cometer delitos nem de sofrer sanções. “Isso ocorre porque o Estado não é detentor dos principais elementos que caracterizam a formação de um delito, ou seja, ele não possui vontade, consciência, discernimento, dentre outras coisas que caracterizam o sujeito ativo do delito” (MOURA, 2015, p. 64).

Além do mais, seria impossível o próprio Estado exercer o direito de auto punir-se, pois, automaticamente, acabaria exercendo uma autopunição, acarretando divergências na execução da pena.

Embora não seja um termo legalmente instituído, é um termo já consolidado na doutrina nacional e alienígena, como demonstra aclarando o seu conceito conforme entendimento Rogerio Grego (2002, p. 469):

[...] A teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal, para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus 'suposto cidadãos'. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade

Uma vez que a pessoa jurídica for condenada e responsabilizada criminalmente, recairá sobre seu representante legal a sanção imposta, seja esta multa ou seja a aplicação da pena privativa de liberdade.

A co-culpabilidade mostra-se essencial não para que se transfira a culpa do agente ofensor para demais pessoas. Ao contrário, ao se trabalhar com culpa existente no meio social e no modo de vida das pessoas, o que se visa é buscar uma melhor e mais qualificada aplicação da pena e do próprio direito penal em si.

## **5 A INFLUÊNCIA DO ESTADO NA FUNÇÃO DO PODER PÚBLICO NA ECONOMIA E AS DISTORÇÕES COMO RESULTADO NO REGULAR FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Neste capítulo apresentar-se-á noções gerais sobre a influência do Estado na economia e sua relação com o regular funcionamento da Administração Pública.

### **5.1 Critérios Norteadores Do Direito Administrativo**

A Carta Magna de 1988 contempla em seu art. 37 que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade e eficiência.

Seguindo esses princípios, a Constituição de São Paulo ampliou o rol em seu artigo 111 (Constituição Estadual), onde foi acrescentado os demais princípios como o da razoabilidade, motivação, finalidade e interesse público, cujo rol foi ampliado e deve ser respeitado e observados de maneira obrigatória pela Administração Pública direta, indireta e funcional. São considerados princípios norteadores para a administração no âmbito de suas atividades, e dessa maneira fundamentam e informam o Direito Administrativo.

### **5.2 Princípio da Legalidade na Administração Pública**

O princípio da legalidade está explícito na Carta Magna no art. 5º em seu inciso II, e significa dizer que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; devendo assim estar arraigado e presente em todo o âmbito da Administração Pública ao desenvolver suas atividades, não podendo ser afastado sob pena dos atos praticados serem invalidados e de exclusiva responsabilidade do autor que o infringiu, pois, o princípio da legalidade goza de preceito de lei.

[...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Deste modo, qualquer ação estatal que seja praticada sem respaldo legal, afastando-os ou excedendo assim o limite que a lei impõe, desrespeitando o marco legal, considerar-se-á antijurídico e automaticamente recairá à anulação sobre os atos praticados em desconformidade.

Demonstra-se visível que o campo de ação é regulado de maneira bem menor, ao contrário do que acontece com o particular. A contrário senso, afirma-se que tudo é permitido conforme previsão em lei, devendo em conformidade com esta ser executado, além de observados os critérios quando autorizado e a forma como lhe autoriza. Em síntese, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir por si própria, salvo em situações excepcionais como no caso de uma guerra e grave perturbação. Este princípio vincula e submete o agente público.

Neste mesmo sentido Gasparini traz o seguinte entendimento, sendo “Com efeito, o agente da Administração Pública está preso a lei, e qualquer desvio de sua competência pode invalidar o ato e tornar o seu autor responsável conforme o caso, disciplinar, civil e criminalmente” (GASPARINI, 2009, p. 8).

O princípio da legalidade direcionou o legislador ao elaborar o inciso II do art. 5º da Lei Maior, trazendo consigo a devida imposição ora acima mencionada. Tal regra, que de um lado visa a proteção do particular contra opugnação arbitrárias em virtude da Administração Pública, agora do outro lado, exige-se lei ou ato equivalente; como até mesmo medida provisória aplicáveis para os comportamentos estatais, por mais mínimo que seja o determinado comportamento é passível de alcançar o particular.

Não é preciso que o legislador se ocupe tentando exaurir em legislação todos os tipos de comportamento que se pode ter diante da administração pública e regulá-los. Ao contrário é necessário que se estabeleçam premissas básicas e princípios capazes de orientar e assegurar um exercício justo, moral, legal e revestido de probidade por parte da administração pública para com seus cidadãos, logo se a lei é justa ninguém está acima da lei.

Destarte, o princípio da legalidade não incide apenas só sobre a atividade administrativa, tem caráter extensivo as demais atividades do Estado, aplicando-se no ordenamento jurídico brasileiro e ao Legislativo, Executivo e Judiciário.

### 5.3 Princípio da Moralidade na Administração Pública

O art. 37, caput, da Constituição Federal traz o princípio da moralidade administrativa, entres outros. Porém, o princípio da moralidade administrativa tem *status* constitucional. Neste sentido, o seu sistematizador Hauriou diz, “Que o princípio da moralidade administrativa extrai-se do conjunto de regras de condutas que regulam o agir da Administração Pública” (GASPARINI, 2009, p. 10). Ou seja, todo ato praticado e toda atividade desenvolvida no Administração Pública devem ser embasados não somente pela lei, mas deve observar e preservar à própria moral, pois nem tudo que é legal pode ser considerado como honesto, afirmação esta que decorre desde os romanos.

A moralidade administrativa está intrinsecamente interligada ao conceito de um bom administrador. Quando aquele usar de sua competência, deve demarcar de modo exato não só pelos critérios legais estabelecidos em lei, mas deve também zelar pela moral comum, usar de esforço sempre levando em consideração o que de melhor e útil que existe no âmbito da Administração Pública. Desde modo, fica vedado a Administração Pública agir de maneira diversa, ou de modo que contrarie os princípios da lealdade e o da boa-fé.

Princípio de alta relevância no âmbito da administração pública, estabelecendo que a moralidade administrativa cominada com o interesse coletivo compõem a legalidade do ato administrativo. “Note-se por fim, que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular objetivando anular o ato lesivo à moralidade administrativa (art. 5º LXXIII, da CF)” (GASPARINI, 2009, p. 10). Dessa maneira, todos os atos de improbidades praticados por servidor público ou não, ou qualquer agente público contra a administração pública serão punidos com base na Lei Federal nº 8.429 de 2 de Junho de 1992.

Outrossim, com base no art. 85, inciso V da Constituição Federal, conceituam crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que vierem a confrontar a probidade administrativa, entendendo-se diferentemente da moralidade.

Decorre desta diferença um novo princípio, princípio da probidade administrativa sendo compreendido como uma espécie do princípio da moralidade administrativa. “Não cremos que haja entre esses comportamentos da Administração Pública características que permitem tratá-los como princípios distintos”

(GASPARINI, 2009, p. 10). A probidade administrativa é considerada apenas como um atributo particular da moralidade administrativa que recebeu da Lei Maior diferente tratamento, pois atribuiu ao improbo pena de suspensão dos direitos políticos.

#### **5.4 Princípio da Probidade na Administrativa Pública**

O processo licitatório, enquanto ato administrativo, pauta-se em todos os princípios diretores da Administração Pública em todas as suas fases e modalidades, sendo a legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade; economicidade; competitividade; procedimento formal; igualdade entre os licitantes; sigilo das propostas; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo; adjudicação compulsória e probidade administrativa.

Acredita-se que o princípio da probidade seja o norteador de todos os atos emanados do administrador público, disposto no artigo 37, §4º da Carta Magna. A legislação o inclui como um dos princípios da licitação, naturalmente como uma advertência às autoridades que a processam e julgam, a fim de que fossem observadas as regras de boa conduta administrativa.

A palavra probidade é originária do latim *probitas*, do radical “*probus*”, cujo significado traduz a ideia de honestidade e competência no exercício de uma função social. Ao tratar dos atos de improbidade, nos dias atuais, assim como no passado, persiste a corrupção de tal forma e com elevada gravidade que aparenta ao povo que os administradores se olvidam que exercem função destinada a administração pública com determinada finalidade traduzida para o bem social.

Os atos de improbidade administrativa estão contidos na Lei nº 8.429, de 02 de Junho de 1992 e traz expressamente em seu artigo 1º:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei

O constitucionalista José Afonso da Silva (2015, p. 679-680), preceitua improbidade administrativa:

[...] A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem

Entende-se que a probidade nada mais é do que a honradez, integridade do caráter bem como a honestidade do indivíduo, configurando a maneira correta de suas ações no agir consoante tais valores perante qualquer atribuição.

A Administração Pública não pode abdicar do procedimento licitatório antes da celebração de seus contratos. O art. 3º da Lei nº 8.666/93, trata da moralidade e probidade administrativa como se fossem expressões distintas, aplicáveis ao certame. Porém, a doutrina majoritária entende que o princípio da moralidade administrativa, bem como o princípio da probidade administrativa, tem o mesmo sentido, de ética e honradez na prática de todas as etapas do procedimento licitatório e no cumprimento de todos os atos administrativos.

Nesse sentido, o governo honesto é exercido pelo administrador probo, ou seja, aquele que o conduz dentro dos mais rigorosos postulados do interesse público. A atual constituição fala em moralidade administrativa, que como a probidade, diz respeito ao desempenho do administrador com honestidade, honra e retidão (MENDES, 1991, p, 10-11 *apud* MOTTA, 2002, p. 109).

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos

A improbidade administrativa tem tratamento diferenciado e mais rigoroso, pois adentra no ordenamento constitucional ocorrendo então a suspensão

dos direitos políticos do improbo (art. 15, V) conforme estatui o art. 37, §4º. Neste mesmo sentido, além de ter a suspensão dos direitos políticos, terá mais implicações que estão relacionadas com a perda do cargo, assim como deverá ressarcir o erário público e demais consequências.

Para Jose Afonso da Silva (2015, p. 680):

[...]Os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário público, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível

Em outras palavras, a improbidade administrativa pode ser aplicada no âmbito administrativo independente de processo criminal, porém a suspensão dos direitos políticos não configura pena acessória. Desse modo, a suspensão dos direitos políticos não é passível de ser aplicada no âmbito administrativo, valendo-se então de ação judicial apartada para que seja apurada a improbidade, quer seja com caráter criminal ou não.

## **5.5 A Intervenção do Estado nos Contratos Privado em Seu Regime**

Sempre que a Administração Pública desejar transferir a execução de determinadas atividades ou serviço público que lhe foi conferida pelo ordenamento jurídico, deverá utilizar-se de pessoas jurídicas. Pessoas jurídicas são criadas conforme os ditames do Direito Privado, pelos seus respectivos particulares como, por exemplo, a sociedade civil, comercial ou industrial, ou pela Administração Pública sendo a empresa pública e a sociedade de econômica mista. Já as que são criadas pelos particulares são consideradas como permissionárias ou consideradas como concessionárias de serviço público, conforme condições e termos que corresponde o respectivo contrato.

Atualmente, a liberdade de contratar decorre como efeito do princípio da livre iniciativa e da propriedade privada dos bens de produção. A liberdade de contratar e a propriedade privada são consideradas como valores fundamentais e são juridicamente protegidos pela economia.

O contrato deve conter a tradução da política econômica, alcançando os ditames do artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, assegurando a todos os envolvidos na relação existência digna, além da justiça social.

Para isso, devem ser constituídos limites que norteiam o mundo do dever ser, sob a ótica jurídico penal, não podendo perder de vista o caráter econômico que alimenta a política criminal que intervém no mundo social visando não somente a sua melhoria, como também a garantia da ordem pública, as quais já foram comprovadas através de estudos sócio-econômico. Um de seus resultados é dar origem os crimes econômicos.

Celso Eduardo Farias Coracini proclama (2002, p. 435-441):

[...] Afirma ser inegável o fato de que o direito penal econômico (mundo do dever-ser) exerce efetivo papel de intervenção estatal na vida econômica (mundo do ser) alterando, reforçando ou aprimorando as características do modelo político econômico de Estado ao que se destina, na medida em que zela pelo funcionamento correto do mercado de consumo e de capitais coíbe abusos do poder econômico, protege a saúde financeira do Estado, ou seja, tutela a ordem econômica nacional

Assim como parte da política social, é de extrema consideração e de nítida relevância, tendo os amplos valores, os objetivos dirigentes que são mencionados pela Constituição Federal de 1988, como declara o art. 21, inciso XII da Lei Maior. Esta possibilita que o serviço público seja delegado a pessoas privadas, de modo que estas passam a explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. “A política criminal deve pautar sua intervenção sobre a economia tendo sempre em vista auxiliar a submissão da ordem econômica aos ditames da justiça social, bem como construir uma sociedade livre e justa” (SARCEDO, 2012, p. 165).

Vale ressaltar que antes da Constituição Federal de 1988 era possível conceder anuência para a concessão de serviço público a pessoa física, conforme previsão Decreto Lei Federal nº 2.300/86 (Estatuto Federal das Licitações e Contratos Administrativos). Hoje a situação já não é mais permitida, uma vez que foi vedada diante dos termos do art.175, parágrafo único, inciso I da Carta Magna.

[...] Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

No mesmo contexto, “O vínculo que investe certa pessoa jurídica no direito de executar e explorar determinado serviço público, como concessionário, é de natureza contratual e da espécie dos contratos administrativos” (GASPARINI, 2009, p. 368).

No entendimento de Celso Ribeiro de Bastos e Ives Gandra Martins, a Constituição Federal assegura que não pode ser objeto de questionamento o fato de as concessões e permissões de serviços públicos serem conferidas em favor de empresa que estejam devidamente constituída na Junta Comercial, não podendo ser conferido o mesmo benefício a pessoa física. Porém essa restrição não alcança determinadas autorizações.

### **5.5.1 Relação do Estado em face dos contratos de concessão**

Não é possível se falar que existe uniformização na doutrina sobre o tema, mesmo entre os especialistas. Apesar disso é possível apresentar a seguinte definição, que dispõe Diógenes Gasparini (2009, p. 366):

[...] Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerada adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada

Regulamentada em lei, uma das principais características da concessão é justamente o fato de esta ser constituída por prazo determinado e como consequência, é obrigatório que tais atos tragam um prazo. Apesar disso, a lei não menciona qual é o prazo máximo, podendo então este ser fixado por leis estaduais e municipais, devem ser pautados no tempo do retorno do investimento na tarifa que será praticada e na execução do serviço público.

A lei permite que quando do ato de contrato de concessão conste como cláusula essencial condições para prorrogação de prazos, no que poderá ser maior, menor, ou igual ao que foi anexado na inicial da concessão.

A doutrina ainda diverge se o contrato de concessão é ato unilateral ou se é um ato administrativo. Tem prevalecido o vínculo a esta última ideia, visto que investir na pessoa jurídica no direito de explorar e executar um serviço público sendo concessionário apresenta natureza contratual, conforme texto do artigo 175, inciso I, parágrafo único, onde diz expressamente do contrato: “Enquanto a Lei Federal nº 8666/93, que regula as licitações e os contratos administrativos, menciona locução “contrato administrativo” assim como as demais leis a 7.835/92 em seu art. 1º como a Lei federal 8.987/95 em seu arts (1º e 4º)” (GASPARINI, 2009, p. 368).

O que fundamenta a existência de um contrato de concessão de serviço público pode ser entendido em parte político e em parte jurídico. Descentralizar o serviço público e aproveitar todo o potencial, seja ele financeiro ou tecnológico dos particulares justifica a fundamentação política.

Aproximadamente em meados de novembro do ano de 2016 durante a madrugada, deputados fazem alterações e modificam pacotes anticorrupção. Embora desistiram de incluir no respectivo pacote a anistia à prática do Caixa 2, os deputados tentaram pela inclusão de outras medidas polêmicas e retiraram do texto propostas relevantes de cunho essencial para o devido projeto.

O projeto deverá tomar o seu curso normal seguindo ao Senado para a apreciação. Prática esta já existente há muito tempo e hoje já aperfeiçoada que visa única e tão somente o interesse de poucos, em detrimento a muitos. Por outro lado, configura-se como modalidade abusiva de exercer a atividade pública. Cria-se o fundamento legal, que autoriza a utilização da lei como agente maléficos para a grande maioria da população, repercutindo em benefícios para poucos e a miserabilidade para muitos outros.

A exemplo ora mencionada acima segue alguns dos privilégios e medidas provisórias específicas para beneficiar determinado grupo:

[...] O doleiro Lucio Funaro conta que a operação rendeu mais de R\$ 33 milhões em propina, pagos em 2012. Este total, segundo Funaro contou em sua proposta de delação premiada, sofreu alguns descontos e no fim foi dividido entre o próprio Funaro e Eduardo Cunha "e seu grupo político, que era composto também por Henrique Alves e Michel Temer e Fabio Cleto (então vice-presidente da Caixa)", segundo relato de Funaro ao Ministério Público Federal. O doleiro diz que Joesley reclamava da burocracia e da falta de agilidade da Caixa, e que o dono da JBS sabia que o pagamento de propina a ele poderia facilitar a liberação do investimento junto ao fundo da Caixa. "Que Joesley sabia que essas liberações junto ao FI FGTS dependiam de pagamentos de propina ao próprio Colaborador, políticos e funcionários públicos. Que o benefício que obtiveram com o

esquema de corrupção dentro da CEF era ter acesso às informações privilegiadas e agilidade na tramitação, que resultavam na produção de documentação com rating, legal opinion, da maneira que a CEF precisava para aprovar o pleito", explicou Funaro

Outro exemplo é a medida provisória que reajusta salário de servidores do governo federal. No entanto, por falta de quórum não foi aprovada a não ser mediante condição imposta de bonificação desde que executassem determinadas autuações fiscais. Porém, os deputados contrários entendem que prejudicaria os empresários na aplicação da multa pois poderia acontecer multas indevidas apenas para poder cumprir os fiscais com seus cronogramas e ter aumento e bonificações.

[...] Câmara dos Deputados aprovou na madrugada desta quinta-feira, 25, o texto-base da Medida Provisória 765, que reajusta a remuneração de carreiras do Executivo federal. O texto beneficia médicos peritos e supervisores médicos previdenciários, auditores fiscais e analistas tributários, auditores fiscais do trabalho e policiais civis, além dos cargos do Ministério de Relações Exteriores e de analista de infraestrutura e especialista de infraestrutura sênior. A polêmica ficou por conta do trecho que cria o Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil e o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, dentre outras matérias. O programa foi a maneira que o governo encontrou para aumentar a remuneração de auditores fiscais sem conceder-lhes aumento salarial, o que precisaria de aprovação de lei. A MP prevê que o dinheiro para garantir o pagamento do bônus virá de um fundo composto das multas que forem aplicadas a contribuintes em autuações fiscais. Deputados contrários ao trecho do texto argumentam que isso cria um incentivo para que os auditores apliquem mais multas. Por conta disso, parlamentares apresentaram um destaque que suprimia do texto a fonte desse bônus. Quando o destaque foi colocado em votação, no entanto, não havia quórum suficiente para análise. Com isso, a criação do bônus ficará pendente de nova votação em uma próxima sessão na Câmara

Os fundamentos jurídicos são os instrumentos legais criados de modo excepcional cujo cunho não é outro a não ser dar legalidade a essa modalidade de contrato positivado, como também dar legalidade as medidas provisórias realizadas de maneira incorreta, pois tanto na Carta Magna como em demais legislações específicas ou leis esparsas constam princípios e requisitos. Desde que essas alterações sejam realizadas de maneira efetiva, idônea e moral e que vise o interesse coletivo e não apenas o interesse daqueles que detém o poder e na cúpula do poder estão, qualquer das medidas tomadas serão aptas para atingir o bem-estar social.

### 5.5.2 A relação do Estado em face dos contratos de Licitação

O Estado é uma pessoa criada pelo Direito, porém não possui ação ou vontade própria, pois este é composto por pessoas físicas que exercem suas atribuições, isto é, pessoas físicas que exercem suas vontades e agem em defesa de interesses da funcionalidade do Estado.

Esses interesses ou responsabilidades são assegurados por lei, cujo caráter é voltado para à eficiência administrativa, criada no intuito de viabilizar a sua estrutura de maneira eficaz.

O Estado tem sua estrutura organizacional pautada nos denominados órgão públicos, que são formados de maneira hierárquica, num modelo de subordinação entre si, cada um exerce a sua competência administrativa entres os seus titulares. Neste sentido sustenta Gasparini (2009, p. 48)

[...] O Ministério do Trabalho e da Previdência Social são exemplos de órgãos públicos federais com as atribuições que a lei federal 10.683 /2003 de 28 de maio, dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, outorgou a eles. São, assim, os centros dessas competências

Compreende, portanto como componente da estrutura do Estado e por não ter como distinguir os centros de competências, ou seja, o centro de competência não é reconhecido como pessoa e este também não constitui personalidade jurídica, não cabendo atribuir omissões ou obrigações decorrentes de suas ações.

Ao passo que se os centros de competência gozassem de personalidade jurídica o próprio estado não mais existiria, pois não mais a este seriam remetidas as obrigações, ações e omissões realizadas por cada centro, sendo inclusive neste sentido que se posiciona Celso Antônio Bandeira de Mello (1969, p. 73), como também José Afonso da Silva (2001, p. 403).

Para Hely Lopes Meirelles (2004, s.p.) são “centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada a pessoa jurídica a que pertencem”. A Lei federal nº 9784/1999 de 29 de janeiro, denominada como a Lei de Processo Administrativo Federal traz em seu inciso I, do §1 do seu artigo 1º, que órgão é conceituado como a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e indireta. Já para

Gasparini, considera como "centros abstratos e hierarquizados de competências da Administração Pública" (GASPARINI, 2009, p. 38).

Das disposições que regulam o comportamento estatal alguns chamam a atenção pela forma com que relaciona o Estado, os centros de competências e as condutas dos particulares. O contrato de licitação chama a atenção por suas características peculiares com os envolvidos e as possibilidades comportamentais.

Pode ser definido como um procedimento formal, que antecede à contratação dos serviços, obras, compras, concessões, permissões, e de alienações em que a administração pública direta ou indiretamente se vale dessas prerrogativas. Não pode haver interferência do Estado em relação ao procedimento formal, seja ele por qual meio for, razão pela qual deve prevalecer os costumes e as regras que são realizadas no meio comercial, dentro do meio de concorrência de maneira lícita.

Assim, a administração pública visa, através do meio licitatório, obter a melhor e a mais vantajosa proposta entres todos os interessados que ofertaram a sua melhor condição diante do meio que atua, diante do ramo do objeto pretendido, porém esta deve atender a Administração Pública e o interesse público em suas peculiaridades conforme dispõe cada edital, para que a empresa ofertante ganhe a licitação deve ser observados determinados princípios como a legalidade, a impessoalidade, a oralidade, a igualdade, a publicidade, probidade administrativa, além de preencher os determinados requisitos que são exigidos para que a Pessoa Jurídica - empresa possa participar da licitação, ou seja deste que se vincule ao instrumento licitatório, como também deve ser procedente o julgamento objetivo.

Não pode ser levado em consideração nenhum tipo de aspecto subjetivo para o devido julgamento, além de outros pertinentes, assim dispõe o art.3º da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, cuja lei é motivo de várias alterações, como pela Lei nº 8.883 de 8 de junho de 1994, Lei nº. 9.032 de 28 de abril de 1995, em seguida pela Lei nº. 9.648 de 27 de maio de 1998 e por último com a Lei de nº. 9854 de 27 de outubro de 1999.

A exemplo disso, dispõe o art. 3º acima mencionado da respectiva Lei, sendo este recentemente alterada pela lei nº 12.349 de dezembro de 2010. É notável que não gozam de liberdade plena, justamente por tratar de entes responsáveis por gerir a máquina pública, estando condicionados e submetidos a determinadas condições impostas por lei. Contudo, o que se percebe na atualidade

é a utilização de requisitos especiais que visam o bloqueio do desenvolvimento de um país, utilizando a lei para anular a eficácia da própria lei eliminando assim, as noções de valores de que é justo e injusto, certo ou errado.

Atualmente, o Estado tem influenciado de maneira diversa, deixando completamente comprometida sua integralidade e totalidade, denominando a colisão dos Poderes.

### **5.6 A Relação do Estado com o Ente Privado, em Face do Particular e com as Empresas como Elemento da Administração**

A relação do Estado com o ente privado decorre por meio do agente público. O agente público expressa a vontade do Órgão Público, e a influência e determinação que vem do Estado em face dos particulares, assim como também exerce em face das Pessoas Jurídicas, faz com que o agente público almeje somente o que o Estado deseja. O elemento da administração orienta como deveria ser o procedimento institucional entre o Estado, o particular e a Pessoa Jurídica.

A natureza que repousa entre a vontade do órgão e a vontade do agente público sempre foi objeto de questionamento. Em um primeiro momento, a doutrina qualificou como representação o papel do órgão estado e o agente público.

Denomina-se então a existência de duas figuras necessárias, sendo o representante e o representado, o agente público que exerce sua atividade através de um mandato. Tal ideia não prosperou em função do representante e do representado trazerem consigo duas vontades. “O Estado não tem outra vontade senão a do próprio agente público, decorrendo uma serie de consequências inviáveis” (GASPARINI, 2009, p. 49), uma vez que o próprio Estado não é capaz de exercer o seu desejo sem a figura de agente público.

“O que se tem, na verdade é uma relação de imputação. O querer e o agir dos agentes públicos são imputados ou atribuídos diretamente ao Estado. São tidos do próprio Estado, não de alguém diferente dele” (GASPARINI, 2009, p. 49).

Neste sentido, o que o agente público faz, ou que ele vem a fazer no exercício de sua função, estará atendendo o desejo final da atuação estatal, uma vez que o órgão público não tem personalidade jurídica, e não pode por essa razão exercer direitos ou assumir direitos sem que tenha a figura de um agente público,

ainda que este tenha agido como quer, ou mesmo, que tenha agido mal, porém a intenção do agente foi exteriorizada e revelou a realização do querer do estatal. Contempla-se assim uma única unidade de vontade, pode-se dizer que para tal realização é necessário a figura da pessoa humana, sendo estas os agentes públicos que visam a realização de suas atribuições. Não é, pois, cabível a tese do representante e do representado que contempla duas vontades contrárias.

### **5.7 Fiscalização dos Contratos Realizados pelo Estado Diante do Ente Privado.**

Deve-se ter o conhecimento de que administrar é gerar, cuidar, zelar de bens ou serviços no sentido mais amplo dos interesses em conformidade com a Lei, a moralidade de um determinado patrimônio entregue à guarda, sua conservação bem como o seu aprimoramento de alguém que não seja o seu proprietário.

Face ao exposto, a atividade administrativa pública refere-se a gestão, tendo como fundamento principal as leis e diretrizes que o regem. Nesse sentido, para a ação do gestor público e sua atividade administrativa não há poderes a sua disposição para prejudicar, onerar, destruir, o bem que está a sua guarda, ao contrário, deve conservar e aprimorá-lo como componente intrínseco voltado ao interesses e serviços.

Os contratos de licitações devem ser fiscalizados e geridos de maneira que visa a garantir o interesse público e o bem da coletividade conforme previsão no Estatuto Federal das Licitações. Entende-se que toda a atividade administrativa pública não converge com a vontade do administrador, porém todos os seus esforços perante a forma de administrar devem estar lastreados na acuidade jurídica contratualizadas com o espírito habilidoso além de perspicaz.

Desde de tempos remotos já se encontrava instituída no ordenamento pátrio a Lei nº 4.320/64 que trata de maneira geral do Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal e do Decreto-Lei nº 200/67 dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelecendo assim normas e procedimentos para a sua utilização na reforma administrativa.

Conforme explicita André Luiz Vieira (2017, s.p), a fiscalização dever ser considerada como elemento fundamental para qualquer tipo de execução

contratual, sejam através dos contratos exercidos de forma direta ou indireta que são regidos pela Lei 8.666/93, seja na omissão ou na ausência desse poder que decorre de um dever obrigacional e que quando não realizado incidirá em falta grave, tendo como desdobramentos a rescisão contratual.

O ato fiscalizatório não pode ser confundido com o simples ato de condução. Ainda pelo autor:

[..] Ao contrário, o servidor encarregado deve ser detentor de conhecimento apurado da legislação e da jurisprudência que norteiam a temática das licitações públicas, bem como das especificidades técnicas inerentes ao objeto contratado

Em uma análise mais aprofundada do dispositivo legal do art. 67 da Lei 8.666/93 destaca-se o que é atribuição caráter personalíssima ao servidor designado para exercer de maneira correta afim de conseguir o melhor desenvolvimento em face de sua função. Se a conduta for diversa do que lhe permitido, este, então, será responsabilizado de maneira pessoal perante os devidos órgãos fiscalizatório, devendo então suportar eventuais danos em função da omissão e da ausência durante a execução contratual recaindo diretamente sob este os respectivos danos causados ao erário público.

[...] Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição

Diferentemente irá acontecer quando este vier em decorrência de erro grosseiro ou inescusável ou por omissão conforme o Tribunal de Contas da União decidiu pelo acórdão mencionado (TCU. Acórdão nº 2.632/2007 – Plenário). Embora gestão e fiscalização são matérias distantes, possuem uma relação umbilical que não podem ser desvincilhadas de maneira alguma na prática.

Assim, pode-se afirmar, que a gestão contratual tem uma contribuição de grande importância e traz consigo dois princípios fundamentais, sendo eles o do planejamento e da eficiência para que se tenha uma boa administração voltada ao interesse público, tendo sempre como objetivo desde o início do contrato até o termino contratual de forma eficaz, buscando o melhor resultado desde que sejam

observados os critérios ético e da economicidade, somados aos valores da probidade e moralidade administrativa.

Por sua vez, a fiscalização apenas pode ser exercida por aquele que foi designado para tal função, devendo observar em cada contrato as suas peculiaridades com o respectivo contratado, assim deve ser feita uma análise em conformidade a luz do art. 67 da Lei 8.666/93, além do art. 6º do Decreto 2271/97 e do art. 31 da Instrução Normativa (IN) de nº. 02/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

[...] Art. 6º A administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato

Assim como dispõe a instrução normativa em face dos contratos e suas respectivas fiscalizações na execução dos devidos contratos:

[...] Art. 31. O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercidos por um representante da Administração, especialmente designado na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666/93 e do art. 6º do Decreto nº 2.271/97.

Parágrafo único. Além das disposições previstas neste capítulo, a fiscalização contratual dos serviços continuados deverá seguir o disposto no anexo IV desta IN

A fiscalização exerce grande importância em face dos contratos, pois a administração pública responderá de maneira subsidiária mediante a comprovação de fraude fiscalizatória ou na falha desta atividade. Após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº. 16 (ADC), de 2010 através do qual o STF proferiu o entendimento de que é constitucional o art. 71 §1 da Lei 8.666/93:

[...] Art. 71 O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Consolida-se assim o enunciado proferido em menção à súmula 331 do Superior Tribunal do Trabalho (TST):

[..] Alterações da Súmula 331. Nova redação do item IV. Acrescenta os itens V e VI. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.  
V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.  
VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação

É plausível o entendimento ora acima mencionado caracterizando assim a responsabilidade subsidiária do Estado. Significa dizer, em outras palavras, que embora o fato que é objeto de ato licitatório do qual advém a devida contratação só ocorreu em função de ter ganho o processo licitatório, o que não desobriga do encargo legal que deve ser efetuado, da mesma maneira que a fiscalização e a atuação em face do contratado.

Neste contexto, dispõe o artigo 186 do Código Civil que expressamente responde por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, quem violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

## **6 A POSTURA DO ESTADO COMO FATOR CRIMINOGENICO NA ESFERA DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA**

Neste capítulo abordar-se-á o papel do estado como fator criminogênico na esfera da criminalidade econômica, estabelecendo a responsabilidade criminal e os tipos de condutas regularmente praticadas e qual a relevância para a sociedade.

### **6.1 A Intervenção do Estado na Economia Quando Atua Diretamente Concorrendo como Agente Regulador como nos Casos da Petrobras, dos Correios e quando Concorre como Agente Contratante Indireto de Serviços, de Bens e de Obras**

O Estado, uma vez relacionado diretamente com fatores que podem gerar o fator social dentro de determinadas condutas, é capaz de estimular a configuração do crime. A estruturação do Estado é composto por três órgãos, seguindo a lógica da distribuição do seu poder entre legislativo, executivo e judiciário.

O tratamento jurídico-penal que é dado a ordem econômica é de difícil compreensão, já que envolve a relatividade e a instabilidade das normas, apresentando caráter político econômico e dando margem a positivação de tipos penais imprecisos que podem não atingir seu propósito originário, que é o interesse publica em face do interesse coletivo.

Surgem duas compreensões sobre a tutela jurídica. No primeiro momento, entende-se por ordem econômica derivada da regulação jurídica da intervenção do Estado na economia. Já na segunda compreensão, a ordem econômica é compreendida através da regulamentação jurídica em face da elaboração da produção bens e serviços a partir da sua concepção, formatação, produção, distribuição chegando até o seu consumo final.

Realizar uma divisão conceitual traz certa repercussão na proteção do bem jurídico protegido, tendo em vista que o Estado é o garantidor de todo o processo funcional e operacional de tudo aquilo que se produz e consome, o que automaticamente atraí para si toda e qualquer responsabilidade jurídica para que seja regulamentado, normatizado e utilizado de maneira lícita.

Neste sentido, refere-se a ordem econômica lato sensu, não podendo ser objeto de bem jurídico protegido, já que não configura como elemento do injusto.

No sentido estrito, pode ser considerada como bem jurídico diretamente tutelado, mesmo que seja por interesse determinado da Administração.

Para efeito de proteção penal, faz-se necessário o entendimento da ordem econômica lato sensu, que é compreendida pela ordem econômica do Estado, cingindo a intervenção estatal na economia totalitária compreendida desde a organização, serviços até a distribuição e o consumo final.

Neste sentido Regis Prado dispõe (2014, p. 37):

[...] Na verdade impõe reconhecer, para efeito de proteção penal a noção de ordem econômica lato sensu, apreendida como ordem econômica do Estado, que abrange a intervenção estatal na economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo

Destarte, a tutela penal se interessa as atividades que são desenvolvidas no âmbito econômico e empresarial, já que a atividade empresarial e a atividade econômica entrelaçam-se mutuamente em Regis Prado (2014, p.38):

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

O conceito dado através da ordem econômica abarca tanto as ordens tributárias, financeiras, relações de consumos, como também a relação monetária, constituindo assim um bem jurídico-penal meta individual, e a cada bem jurídico violado existe um bem jurídico a ser protegido, além de visar a coletividade não exclui a proteção dos demais interesses individuais. Significa dizer que acolhe tanto os direitos individuais quanto os interesses coletivos.

Ainda na mesma linha o autor dispõe “Além disso, em cada tipo legal de injusto há um determinado bem jurídico específico ou em sentido estrito (essencialmente de natureza supraindividual), diretamente protegido em cada figura delitiva” (PRADO, 2014, p. 38). Fundamenta-se em matéria penal um conceito amplo de delitos econômicos, porém não é totalizador e nem de caráter amplíssimo.

As Constituições de 1824 e a de 1891 comportaram-se de maneira omissa em relação a tutela econômica. A Carta Magna de 1934 foi a primeira que se ocupou e se preocupou em tratar de maneira especial a Ordem Econômica e Social,

tendo como amparo os princípios da justiça e as premissas da necessidade nacional. Embora dispunha em seu bojo, não havia previsão expressa em relação ao abuso do poder econômico, nem amparo exposto quanto a concorrência.

Em seguida, a Constituição de 1937 tratava em seu art. 135 sobre a intervenção do Estado em face do domínio econômico, trazendo limites de como e quando o Estado deveria intervir. Originou assim o intervencionismo do poder público em decorrência do Estado Novo, conciliando o bem coletivo com os direitos individuais.

As seguintes Constituições referentes aos anos de 1946, 1967, 1969, não trouxeram nenhum tipo de restrição dos avanços já conquistados. Pelo contrário, estabilizaram as diretrizes gerais para que o legislador ordinário regulasse aquilo que já era considerado de extrema necessidade sobre o tema, respeitando a dinamicidade do direito e da sociedade.

Vale ressaltar que após a Constituição de 1946, surgiu em seguida a Lei 4.137, de 10.09.1962 tendo como objeto principal em seu texto à regularização do abuso do poder econômico conforme traz em seu artigo 2º onde descrevia as inúmeras práticas consideradas como forma de abuso do poder econômico, a exemplo o aumento arbitrários de lucros, e a restrição de ente monopolizador. Outro aspecto de grande relevância foi a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica conhecido como CADE.

## **6.2 A Postura do Estado que Leva o Sujeito a ter que Realizar Determinadas Condutas para Poder Contratar com o Poder Público**

É notório que a não atribuição de culpa está fundamentada em que nada seja exigido do autor, ou seja, uma conduta que não seja injusta significa dizer que a conduta típica e antijurídica mas existe um fator na realização de cada delito em específico que não permite a aplicação de pena ao Estado, condutas estas que são praticadas pelos órgãos fiscalizadores dos bens, e serviços.

O Estado se apresenta de maneira que é isento de culpa com a regulamentação de mecanismos que o defendem por não ser passivo de punição.

Tendo em vista as diversas formas de interpretações do Código Penal, há fatores que criam situações de não absorção ou de atenuação da culpa em face

daquele indivíduo que pratica atos contra a ordem econômica e social reduzindo assim a sua autodeterminação do indivíduo no momento da ação.

É possível a existência de concurso de causas excludentes da culpabilidade. Dispõe o Código Penal em seu art. 26 sobre a inimputabilidade decorrente de retardo mental, assim como também dispõe em seu art. 22 sobre a coação moral irresistível. Desta maneira, possibilita que não haja uma ação maior de sanção sobre a outra, o que cria mecanismos que dificultam a atribuição do crime e suas demais consequências. A não constituição de culpa fundamentada na supressão, na eliminação do espaço de autodeterminação, configura o instituto da coação moral irresistível, que tem origem na obediência impositiva.

Ao contrário, prevalece pelos mecanismos ora mencionados que deverá ser atenuada de maneira legal a pena a ser aplicada a este infrator. Vale ressaltar que diante de duas causas que são diametralmente opostas, mas que apresentam a mesma fração de pena é possível que uma seja compensada diante da outra, devendo assim ser aplicadas então as devidas medidas de segurança conforme dispõe o art. 97 do mesmo diploma.

A coação moral irresistível configura em coautoria imediata, significa dizer que o coautor é o autor mediato da ação, e o faz através de atos de violência e ameaças usando de atos físicos e até mesmo verbais que atingem moralmente. Age de tal modo que influencia na integridade física e moral do autor, porém este deve assim agir de forma a colaborar para que o seu interesse Estado seja atingido.

Quando objetivam-se fins próprios e prevalece de uma terceira pessoa que é revestida de habilidades que favorecem ou que venham a garantir que o seu objetivo principal seja bem sucedido, dispõe a Lei em seu art. 22 do Código Penal. “Se o fato é cometido sob coação irresistível (...) só é punível o autor da coação ou da ordem”, vale ressaltar que o coautor é o autor mediato do delito prático e o coagido exige papel teórico do inculpável instrumento” (ZAFFARONI, BATISTA, 2017, p. 330).

Nasce a opção teórica pedagogicamente denominada de exculpante diante da coação moral irresistível. Neste sentido Eugenio Zaffaroni dispõe sobre (2017, p. 331):

[...] parece claro que quem se dispõe a cometer um crime pelo fundado temor de sofrer ou de continuar sofrendo – ele próprio ou alguém que lhe é muito caro – um dano grave e irreparável em relevante bem jurídico (vida,

integridade física, liberdade sexual, etc. O caso não o cometa atua sem espaço de autodeterminação, não lhe sendo pois exigível conduta conforme o direito. Na denominação “coação moral irresistível” portanto, o adjetivo “moral” não qualifica o meio (ou meios) empregado(s) para coagir o sujeito, que pode(m) perfeitamente ser físico(s), mas ressalta que no momento da conduta típica o coagido não está submetido fisicamente ao coator

De maneira singular, é necessário ressaltar que as propriedades exculpantes da coação moral irresistível participa ao lado do decréscimo no espaço de determinação, o qual por iniciativa de terceiro vinculado a situação de vulnerabilidade diante do baixo esforço justamente por este ser um sujeito inferior.

É de suma importância que se entenda o papel do servidor público sobre a funcionalidade do poder público enquanto prestador de serviço à comunidade. A isto atribui-se o dever do cumprimento de ordens superiores. A exceção se faz quando as mesmas não são legais, o que compreende dizer que quando o servidor recebe uma ordem do seu superior, mas sabendo que é uma ordem ilícita, ou ilegal, uma vez que está condicionado e subordinado ao seu superior e decorre dele próprio a ordem ilícita, mesmo assim por temor à executará o que resulta em prejuízo e traz reflexos diretos ligados aos danos econômicos ou outros que serão atingidos decorrência da ação realizada.

Mas a conscientização do agente subordinado é praticamente considerada como dever seu levar ao seu superior qualquer irregularidades que lhe são apresentadas pelos demais agentes de cunho inferior, além do seu conhecimento no desempenho de sua função.

Como então o servidor irá agir corretamente se ele é quem recebe ordens, ele que é subordinado ao seu superior, porém deve obedecê-lo mesmo sendo ilegais? Ou que detém caráter de abuso de poder, uma vez que essas ordens advêm do seu próprio superior, seja ele Estado, ou seja, na figura de outro agente que age de maneira corrupta?

Existem três classes de obediência hierárquica no direito sendo elas; a obediência hierárquica vinculada, a impositiva e a espontânea. A vinculada está ligada diretamente ao direito penal da guerra, impõe condições do dever jurídico e suas exigências são rígidas no cumprimento da ordem superior, e suas atribuições são caracterizadas pelas prerrogativas do seu superior. O subordinado entende como dever de cumprir a ordem dada; já a segunda, que trata da impositiva, é decorrente de imposição, decorrente de força de qualquer natureza, obedecendo

para que não sofra retaliações e por temor a perda do cargo; e a terceira e última, a espontânea tem o caráter de realização da ordem dada por prazer em servir, em atender, porém, incorre sobre um erro essencial onde o agente entende que a ordem é legal, mas não é assim que acontece na realidade.

A obediência hierárquica impositiva e a obediência hierárquica espontânea apresentam semelhanças que se postam da seguinte maneira: “É a circunstância de que o subordinado dispõe da faculdade de recusar-se ao cumprimento da ordem manifestamente ilegal. A lei estabelece ao servidor público o dever de cumprir as ordens superiores exceto quando são ilegais” (ZAFFARONI, NILO 2017, p. 334). Neste sentido, a ilegalidade quando manifesta através de ordem, libera o subordinado do dever de cumpri-la.

Ainda pelos autores (ZAFFARONI, NILO, 2017, p. 334):

[...] na obediência hierárquica impositiva de dever o subordinado não percebe a ilegalidade da ordem e acredita firmemente constituir o seu dever de cumpri-la. Trata-se claramente de um caso estrito cumprimento do dever legal putativo, de cujos fundamentos escusantes participam o espaço de autodeterminação reduzido pelo sentimento do dever e o conforto da inconsciência da ilicitude. Na obediência hierárquica impositiva por temor o subordinado pode até desconfiar da ilegalidade da ordem, porém temeroso de retaliações graves que adviriam da desobediência a executa. Assim estamos diante de uma hipótese especial de coação moral irresistível, cujas propriedades escusantes provêm de redução no espaço de autodeterminação do sujeito

Porém, existem pensamentos e correntes doutrinárias que preferem remetê-las ao estado de necessidade exculpante desde que realizada a conduta mediante justificação, uma vez que é considerável baixo valor ao ser comparado com a coação moral irresistível.

[...] Por último na obediência hierárquica espontânea o subordinado está convicto da legalidade da ordem que executa, situação que não passa de ser um especial erro de proibição que, quando invencível, exclui a consciência da ilicitude e conseqüentemente a culpabilidade. Os proteiformes argumentos escusantes da obediência hierárquica, que acabamos de arrolar, e aos quais cabe acrescentar o baixo esforço por vulnerabilidade do subordinado (na obediência hierárquica impositiva de dever e na espontânea claramente induzido à situação de vulnerabilidade pelo superior)

No âmbito político criminal, aos crimes que atentam contra a segurança nacional no cone sul, situado Nuremberg, denomina-se a escusa da obediência,

conjurada em determinadas situações nas quais a ilegalidade é vista de maneira monstruosa.

A exemplo do tema mencionado acima, estão listadas algumas das inúmeras denúncias apresentadas e apuradas pelo Ministério Público Federal realizadas através da Força Tarefa da Lava Jato.

[...] Evasão de US\$ 500 milhões pela organização criminosa de ALBERTO YOUSSEF – Processo penal nº 5025699-17.2014.404.7000, chave de acesso 596848104414. Acusados pela prática de crimes financeiros, de lavagem de dinheiro e de formação de organização criminosa. Entre junho de 2011 e março de 2014, os acusados promoveram a evasão fraudulenta de aproximadamente 500 milhões de dólares (US\$ 444.659.188,75), por meio de 3.649 operações, utilizando-se de complexa engenharia financeira, que envolveu importações fictícias justificadas pela celebração de contratos de câmbio por empresas de fachada, sendo algumas delas a “Indústria Labogen S.A.”, “Labogen Química Fina”, “Piroquímica”, “HMAR”, “RMV & CVV”, entre outras

São acusados pela prática de crimes financeiros, lavagem de dinheiro e de formação de organização criminosa, onde utilizavam-se grande estrutura fraudulenta que visava as importações fictícias de contratos realizadas por empresas que eram apenas de fachada para conseguir o dinheiro desejado.

[...] Crimes contra o sistema financeiro do doleiro RAUL SROUR - Processo Penal nº 5025692-25.2014.404.7000, chave de acesso 720446888114: Síntese: Em 22 de abril de 2014, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor de RAUL HENRIQUE SROUR, RODRIGO HENRIQUE GOMES DE OLIVEIRA SROUR, RAFAEL HENRIQUE SROUR, VALMIR JOSÉ DE FRANÇA, MARIA LÚCIA RAMIRES CARDENA e MARIA JOSILENE DA COSTA. RAUL HENRIQUE SROUR seria importante operador do mercado paralelo de câmbio, estando envolvido na prática de diversos crimes financeiros e de lavagem de dinheiro. Os demais acusados o auxiliaram na prática de crimes. A dimensão econômica dos crimes é superior a R\$ 3 milhões.

Envolvido na prática de diversos crimes contra o sistema financeiros e de lavagem de dinheiro, operavam no mercado paralelo cambiário. Os danos causados a ordem pública ultrapassam R\$ 3 milhões.

[...] Lavagem de dinheiro desviado da Petrobras – Processo penal nº 5026212-82.2014.404.7000, chave de acesso 160320068914: Síntese: Em 23 de abril de 2014, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor de ALBERTO YOUSSEF, ANTÔNIO ALMEIDA SILVA, ESDRA DE ARANTES FERREIRA, MÁRCIO ANDRADE BONILHO, MURILO TENA BARROS, LEANDRO MEIRELLES, LEONARDO MEIRELLES, PAULO ROBERTO COSTA, PEDRO ARGESE JÚNIOR e WALDOMIRO DEOLIVEIRA.

Os acusados teriam formado organização criminosa e lavado dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública, em especial corrupção e desvio de dinheiro relacionados à construção da Refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco. Empresa beneficiada com contratos inflados, o Consórcio CNCC – Camargo Correa CNEC pagou propina da ordem de R\$ 25 milhões ao ex-diretor de Abastecimento da Petrobras, PAULO ROBERTO COSTA, com dinheiro oriundo de crime de fraude à licitação. Para disfarçar o pagamento da propina e entregar “limpo” esse dinheiro sujo, o pagamento foi intermediado por duas empresas, num esquema orquestrado pelo doleiro ALBERTO YOUSSEF e por várias outras pessoas comandadas por ele. O dinheiro de propina seguia do Consórcio para empresas fornecedoras de tubos, a Sanko Sider e a Sanko Serviços, como se dissesse respeito ao pagamento pelo fornecimento de tubos e serviços. Dali, o dinheiro ia para empresas de fachada controladas por YOUSSEF, especialmente a empresa MO Consultoria, a título de “prestação de serviços” que só existia no papel. Finalmente, YOUSSEF disponibilizava o dinheiro para PAULO ROBERTO COSTA, inclusive mediante a “doação” de um veículo Land

São vários os agentes envolvidos em crime de lavagem de dinheiro desviado da Petrobras, porém tem como um dos mentores o doleiro Alberto Youssef, pois saia dos contratos realizados com a Camargo correia que pagava propina para poder adentrar nas devidas licitações e assim para a internalização legal do valor pago era diretamente destinado as empresas de Youssef. Todos os agentes respondem por lavagem de dinheiro contra a administração Pública e deveram responder em conjunto pelo crime de corrupção.

[...] Corrupção, lavagem de dinheiro e formação de organização criminosa relacionada a pessoas vinculadas à empresa OAS – Processo Penal nº 5083376-05.2014.404.7000, chave de acesso 330733364414: Síntese: Em 11 de dezembro de 2014, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra ALBERTO YOUSSEF, PAULO ROBERTO COSTA, WALDOMIRO DE OLIVEIRA, JOSÉ ALDEMÁRIO PINHEIRO FILHO, vulgo “Léo pinheiro”, AGENOR FRANKLIN MAGALHÃES MEDEIROS, MATEUS COUTINHO DE SÁ OLIVEIRA, JOSÉ RICARDO NOGUEIRA BREGHIROLI, FERNANDO AUGUSTO STREMEL ANDRADE e JOÃO ALBERTO LAZZARI por lavagem de dinheiro, corrupção e formação de organização criminosa. Os crimes ocorreram dentro do período de 2004 a 2014. Pessoas vinculadas à empreiteira corruptora pagavam propina para PAULO ROBERTO COSTA, então diretor de Abastecimento da Petrobras. A propina vinha do lucro obtido com os crimes de fraude à licitação e formação de cartel, praticados em detrimento da Petrobras. Para que o dinheiro chegasse “limpo” ao diretor, YOUSSEF e outros operadores financeiros o lavavam, inclusive mediante contratos fictícios de prestação de serviços entre as empreiteiras e empresas de fachada controladas pelos operadores financeiros. O valor de corrupção foi de aproximadamente R\$ 30 milhões, e o valor envolvido na lavagem de aproximadamente R\$ 10 milhões. Foram 20 atos de corrupção e 14 de lavagem de dinheiro. Pediu-se ressarcimento no valor de aproximadamente R\$ 200 milhões

São vários os agentes envolvidos na corrupção, lavagem de dinheiro e formação de organização criminosa relacionada a pessoas diretamente vinculadas à

empresa OAS, respondem também por fraude a licitações e contratos fictícios de prestação de serviço realizados pelas empreiteiras e as respectivas empresas de fachada, onde Youssef também faz parte dessa organização.

[...] Corrupção, lavagem de dinheiro e formação de organização criminosa relacionada a pessoas vinculadas à empresa Galvão Engenharia – Processo Penal nº 5083360-51.2014.404.7000, chave de acesso 186763734614: Síntese: Em 11 de dezembro de 2014, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra ALBERTO YOUSSEF, PAULO ROBERTO COSTA, WALDOMIRO DE OLIVEIRA, ERTON MEDEIROS FONSECA, JEAN ALBERTO LUSCHER CASTRO, DARIO DE QUEIROZ GALVÃO FILHO e EDUARDO DE QUEIROZ GALVÃO por lavagem de dinheiro, corrupção e formação de organização criminosa. Os crimes ocorreram dentro do período de 2004 a 2014

Pessoas vinculadas à empresa Galvão Engenharia, pagavam propina para Paulo Roberto Costa, então diretor de Abastecimento da Petrobras. A origem desse dinheiro foi realizada por meio de propina paga para que essa empresa desenvolvesse determinado contrato que visava as empreiteiras, lucro obtido por meio fraudulenta à licitação e formação de cartel, praticados em detrimento da Petrobras de forma corrupta. Para que o dinheiro chegasse “limpo” ao diretor, Youssef e outros operadores financeiros o lavavam, ou seja necessitava da internação do dinheiro que era retirado dos cofres públicos mediante contratos fictícios de prestação de serviços entre as empreiteiras e respectivas empresas jurídicas que eram apenas de fachada e tinham apenas sede, sendo devidamente registradas e regulamentadas pela Junta Comercial, não tendo pessoas em sua sede, mas eram controladas de maneira externa pelos operadores financeiros.

O valor de corrupção foi de aproximadamente R\$ 50 milhões, e o valor envolvido na lavagem de aproximadamente R\$ 5 milhões. Foram 37 atos praticados de corrupção e 12 atos de lavagem de dinheiro. Pediu-se ressarcimento ao erário público aproximadamente R\$ 256 milhões.

[...] Corrupção, lavagem de dinheiro e formação de organização criminosa relacionada a pessoas vinculadas à empresa Engevix – Processo Penal nº 5083351-89.2014.404.7000, chave de acesso 624881216014: Síntese: Em 11 de dezembro de 2014, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra ALBERTO YOUSSEF, PAULO ROBERTO COSTA, WALDOMIRO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO PEREIRA DA COSTA, ENIVALDO QUADRADO, GERSON DE MELLO ALMADA, CARLOS EDUARDO STRAUCH ALBERO, NEWTON PRADO JUNIOR e LUIZ ROBERTO PEREIRA por lavagem de dinheiro, corrupção e formação de organização criminosa. Os crimes ocorreram dentro do período de 2004 a 2014

Mencionado no tópico acima, o esquema permanece o mesmo, mudando apenas a vítima, nesse contexto a empresa vítima é do mesmo âmbito das empreiteiras e desta vez configura a Engevix: “[...] Corrupção, lavagem de dinheiro e peculato envolvendo o ex-deputado André Vargas. Processo 5023121-47.2015.404.7000. Chave de acesso 114579579715.

André Vargas é ex-deputado, porém é condenado a corrupção, lavagem de dinheiro e crime de peculato, pois este recebia propina para editar determinadas leis, ou então que influenciasse de maneira incisiva os demais deputados para aprovação de determinada medida.

[...] Corrupção, lavagem de dinheiro e peculato envolvendo o ex-deputado Luiz Argôlo. Processo 5023162-14.2015.404.7000. Chave de acesso 349430432615:

[...] Corrupção, lavagem de dinheiro e peculato envolvendo o ex-deputado Pedro Corrêa. Processo 5023135-31.2015.404.7000. Chave de acesso 381399778515:

O mesmo acontece com o ex-deputado Luiz Argôlo e o ex-deputado Pedro Corrêa que são processados por corrupção, lavagem de dinheiro e pelo crime de peculato.

[...] Organização criminosa, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro nacional e internacional por 13 pessoas ligadas às operações da Odebrecht. Processo 5036528-23.2015.404.7000, chave de acesso 528408672115: Síntese: Em 24 de julho de 2015, o Ministério Público Federal no Paraná ofereceu denúncia contra treze pessoas ligadas às operações do Grupo Odebrecht na Petrobras pelos crimes de organização criminosa, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro nacional e internacional. Segundo a denúncia, no período entre 2004 e 2014, executivos do Grupo Odebrecht lavaram dinheiro por meio de operadores financeiros para repassar os valores a então diretores da Petrobras, que os destinavam a grupos políticos responsáveis pela indicação das Diretorias, corrompidas para direcionar as licitações às empresas integrantes do cartel.

Mais uma empreiteira vítima do grande e fabuloso esquema de organização criminosa, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro no âmbito nacional e em âmbito internacional cuja estrutura conta o número mínimo de 13 pessoas ligadas às operações da Odebrecht.

[...] Organização criminosa, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro nacional e internacional por 13 pessoas ligadas às operações da Andrade Gutierrez. Processo 5036518-76.2015.404.7000, chave de acesso 654946343615: Síntese: Em 24 de julho de 2015, o Ministério Público Federal no Paraná ofereceu denúncia contra treze pessoas ligadas às operações do Grupo

Andrade Gutierrez na Petrobras pelos crimes de organização criminosa, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro. Segundo a denúncia, no período entre 2006 e 2014, executivos do Grupo Andrade Gutierrez lavaram dinheiro por meio de operadores financeiros para repassar os valores a então diretores da Petrobras, que os destinavam a grupos políticos responsáveis pela indicação das Diretorias, corrompidas para direcionar as licitações às empresas integrantes do cartel

O mesmo acontece com a Andrade Gutierrez por crime praticados em face da Petrobras pelos crimes de organização criminosa, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro, uma vez que repassavam dinheiro aos diretores da Petrobras que eram destinados a determinados grupos políticos que influenciavam diretamente nas indicações que eram feitas para composição da Diretoria da Petrobras com o intuito de colocar determinada empresa em determinada licitação.

[...] Corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, organização criminosa e embaraço à investigação criminosa por 15 pessoas ligadas a licitações fraudulentas da Eletronuclear. Processo 5044464-02.2015.4.04.7000:

Síntese: Em 1º de setembro de 2015, o Ministério Público Federal no Paraná ofereceu denúncia expondo esquema criminoso que atuou nas licitações da Eletronuclear. Houve formação de cartel, principalmente nas licitações de serviços de montagem da Usina Angra 3

As empreiteiras Andrade Gutierrez e Engevix, contratadas pela Eletronuclear, serviram-se de empresas de fachada para repassar propinas para o vice-almirante reformado Othon Luiz Pinheiro da Silva, presidente licenciado da Eletronuclear.

Além do presidente licenciado da Eletronuclear e de Ana Cristina da Silva Toniolo, foram denunciadas aproximadamente 15 pessoas.

[...] Corrupção ativa e passiva contra executivos da Odebrecht e ex-funcionários da Petrobras. Processo 5051379-67.2015.4.04.7000, chave eletrônica 825876223315. Síntese: Em 16 de outubro de 2015, o Ministério Público Federal no Paraná ofereceu denúncia contra executivos do Grupo Odebrecht e ex-funcionários do alto escalão da Petrobras. Os executivos Marcelo Bahia Odebrecht, Marcio Faria da Silva, Rogério Araújo e Cesar Rocha foram acusados pela prática de corrupção ativa de Paulo Roberto Costa, Pedro Barusco e Renato Duque, no interesse da obtenção de vantagens para a Construtora Norberto Odebrecht em razão de oito contratos por ela firmados com a Petrobras. Renato Duque e Pedro Barusco, de outro lado, foram acusados pela prática do crime de corrupção passiva. Foram 64 crimes praticados de 09/12/2004 a 03/08/2011, envolvendo propinas que chegaram a R\$ 137 milhões

Em razão de oito contratos firmados pela construtora Norberto Odebrecht foram processados pelos crimes de Corrupção ativa e passiva os executivos da Odebrecht e ex-funcionários da Petrobras que agiam em conjunto.

[...] Crime de lavagem de dinheiro envolvendo cerca de R\$ 4,2 milhões provenientes de um empréstimo fraudulento no valor total de R\$ 12 milhões, concedido formalmente pelo Banco Schahin a José Carlos Bumlai. Foram denunciados Hélio de Oliveira Santos, Delubio Soares, Sandro Tordin, Giovane Favieri, Armando Peralta e Natalino Bertin. Processo: 5052995-43.2016.404.7000. Chave eletrônica:795430084516.Síntese: Investigações constataram que José Carlos Bumlai, Giovane Favieri, Armando Peralta e Sandro Tordin se reuniram no segundo semestre de 2004 com o objetivo de fechar a obtenção de um empréstimo fraudulento de R\$ 12 milhões que seria concedido pelo Banco Schahin a Bumlai, cujo objetivo, na realidade, era repassar a terceiros para o pagamento de dívidas do Partido dos Trabalhadores

A empreitada criminoso contou ainda com a participação do ex-tesoureiro da agremiação partidária Delubio Soares, que se reuniu pessoalmente com os acionistas do banco Schahin para viabilizar a obtenção dos recursos. Para ocultar a origem ilícito do dinheiro, Bumlai contou com a cooperação de Natalino Bertin. Total do valor é de aproximadamente R\$ 3.405.000,00 foi direcionado a credores do PT como contraprestação de serviços prestados a Helio de Oliveira Santos, no segundo turno da campanha a prefeito de Campinas no ano de 2004.

[...] Crimes de lavagem de dinheiro e corrupção ativa e passiva relacionados à obtenção, pela empreiteira Odebrecht, de contratos de afretamento de sondas com a Petrobras. Foram denunciados o ex-ministro Antônio Palocci Filho, Branislav Kontic, Marcelo Odebrecht, Renato Duque, João Vaccari Neto, João Ferraz, Eduardo Musa, Rogério Araújo, Hilberto Silva, Fernando Migliaccio, Luiz Eduardo Soares, Marcelo Rodrigues, Olívio Rodrigues, Mônica Moura e João Santana. Processo: 5054932-88.2016.404.7000. Chave eletrônica: 111718380216. Síntese: Como decorrência das investigações da 35.<sup>a</sup> fase da Lava Jato, identificou-se que, entre 2006 e 2015, o ex-ministro Antônio Palocci estabeleceu com altos executivos da Odebrecht um amplo e permanente esquema de corrupção destinado a assegurar o atendimento aos interesses do grupo empresarial na alta cúpula do governo federal

Apurou-se que no exercício dos cargos de deputado federal, ministro da Casa Civil e membro do Conselho de Administração da Petrobras, Palocci interferiu para que o edital de licitação lançado pela estatal e destinado à contratação de 21 sondas fosse formulado e publicado de forma que visasse a garantir que a Odebrecht seria a ganhadora da devida licitação, fazendo com que não obtivesse demais contratos apresentados, mas que também firmasse tais

contratos com margem de lucro pretendida pela própria cúpula do ex-ministro Antônio Palocci.

Considera-se delito de lavagem de Capitais conforme preconiza a Lei 12.683/2012 como um fenômeno socioeconômico antigo, é recente a previsão em lei, em decorrência do crescimento do tráfico de drogas. A internacionalização da economia e progresso de meios de comunicação aperfeiçoaram a expansão da lavagem de dinheiro.

A exposição da situação apenas fazia com que a organização criminosa no ato da execução de crimes contra a ordem econômica fossem cada vez mais e mais elaborada. Conforme Régis Prado (2014, p. 366), a espécie delitiva pode ser a criminalidade econômica ou do dinheiro, "entendida esta última como economia das atividades ilícitas em suas dimensões produtiva ou financeira, ou o conjunto de infrações penais cuja particularidade é relacionar-se com dinheiro e empresa".

No Brasil, apenas em 1998 com o advento da Lei 9.613 de 03 de março é que se tratou especificamente sobre delito de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, criando o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão multidisciplinar que deve ser composto por funcionários públicos de reputação ilibada. Tem a finalidade de identificar e examinar as ocorrências suspeitas, cabendo aplicar sanções administrativas, conforme dispõe o artigo 14 da Lei.

O delito é legalmente conceituado como pela conduta de ocultar ou dissimular natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Tutela-se aqui a ordem econômica, financeira, a concorrência leal e a sociedade.

Em 2012, a Lei 12.683 de 9 de Julho alterou o delito e deu uma maior dimensão ao que representa a lavagem de dinheiro. Interessante aqui comentar sobre o momento político que o país vivia em 2012 diante da pressão popular e da crise institucional desde instauração da operação denominada Lava Jato, porém o objetivo desta é retomar a busca do direito, aplicação as medidas necessárias de punição em face daqueles que desrespeitam a Lei, gerou assim uma desestruturação geral no país desde uma crise econômica, política e atingindo até uma social e de valores.

Pela letra da lei, o crime pode se dar pela receptação, não configurando um delito autônomo; ou como delito autônomo, diferente da receptação e com incriminação independente. A lei em vigor hoje é abrangente no que diz respeito a origem dos valores ilícitos, bastando, para configurar o crime, qualquer espécie de contravenção penal antecedente, em uma corrente ampla e extensiva (PRADO, 2014, p. 373).

Em um delito comum, qualquer um pode aqui ser autor, e a vítima será sempre a coletividade, afetada pela má-fé daqueles que visam obter vantagem indevida já com prática de outros delitos autônomos anteriores. Tipo misto alternativo, praticar mais de uma conduta é irrelevante para a configuração do delito, e como traz Régis Prado (2014, p. 377), hoje basta que o produto seja proveniente de um injusto penal, do mesmo modo que os bens substitutivos - não proveniente diretamente da infração penal anterior, mas que foram transformados ou substituídos - configuram situação comum da situação e bens admitidos para configuração.

Nessa linha de raciocínio, é desnecessário conhecimento preciso da procedência criminosa do bem, valor ou capital, bastando um conhecimento superficial da origem delitiva.

Tipo subjetivo marcado pelo dolo, não se admite a modalidade na forma culposa, pois quem pratica tal delito age com a plena consciência de suas ações, com vontade de ocultar, dissimular e enganar. Consuma-se o delito com a realização das condutas de ocultar ou dissimular, sendo de mera atividade e de perigo abstrato. Não se exige que seja atingido o resultado pretendido pelo autor do delito - basta que realize a conduta. Essa condição se dá para que se possa garantir a punibilidade da conduta ilícita, pois como cada vez mais a prática do delito se aperfeiçoa, a reciclagem do bem vai por vez o distanciando de sua origem ilícita, até que se torne, de certo modo, impossível de identificá-la.

Como Gómez Iniesta (1996, p. 382), o crime de lavagem de capitais produz:

[...] graves distorções nos indicadores e estabilidade reais da economia. Em consequência e em boa lógica jurídica, a intervenção não pode ver-se reduzida à necessidade de punição dos delitos-base, mas também à punição das atividades que supõem que o produto de tais delitos se insere no circuito econômico-financeiro legal"

O delito possui causa de aumento de pena quando for praticado de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa, cuja conduta é conceituada em lei específica.

É cabível a diminuição de pena em face de delação eficaz, que pode ocorrer em qualquer fase pela ausência de limitação temporal na lei, podendo ser aplicado o perdão judicial, que não transforma a ação em atípica, mas infere apenas na punibilidade. De ação penal pública incondicionada, sua competência é da justiça comum em sede federal.

### **6.3 A Postura do Estado Exerce Determinada Influência na Culpabilidade do Sujeito Particular, Devendo ser Atenuada na sua Valoração da Dosimetria da Pena.**

Durante certo lapso temporal, as condutas praticadas contra o sistema financeiro não tinham previsão como delito no Brasil, existindo assim uma grande lacuna no ordenamento vigente a época. Tais condutas estão intrinsecamente ligadas com a evolução do mercado que em 1830 predominava o trabalho escravo, quando não existiam as instituições financeiras – empresas, e caso existissem não se apresentavam como se apresentam nos dias atuais, em função de serem regidas pelas Ordenações do Reino e do Código Comercial do Império. Não havia necessidade extremada para previsão expressa para espécies de delitos.

Os demais Códigos de 1890 e 1940, ao contrário, passaram a ser mais cautelosos, porém ainda se comportavam de maneira silente a determinados delitos. A exemplo disso em meio ao século XXI, as respectivas se apresentam de maneira diversa e escandalosa.

A situação atual do país tem sido alterada constantemente, com mutações consequentes dessas alterações desenfreadas passou a exigir-se determinadas medidas penais que coibissem as condutas que não são permitidas.

As alterações que visavam manter ao menos uma boa gestão qualificada da política econômica-financeira voltada para o Estado. Diante das constantes ocorrências e dos determinados fatos, fez-se necessário a criação e implantação da Lei 4.595/1964, sendo seu conteúdo principal é a reforma bancária, dispendo sobre a política e as instituições monetárias, instituições bancárias e creditícias, e ainda diante da imediatividade cria-se o Conselho Monetário Nacional.

A Lei 4.728/1965 traz em seu diploma a regulamentação do mercado de capitais em especial limites e estabelece medidas para que possa ser desenvolvida dentro de determinados aspectos ou determinados parâmetros. Posteriormente, adveio a Lei 7.492/1986 de 16 de junho de 1986, que disciplinou o bem jurídico a ser tutelado dando tratamento aos crimes contra o sistema financeiro Nacional, que a exemplo é conhecida popularmente como a Lei do Colarinho Branco que trata especificamente e expressamente o tema ora mencionado, cuja Lei 7.492/1986 traz consigo característica peculiar, pois tem caráter criminológico que tem como base e toma referência para tal a “*teoria das associações diferenciais*”, criada por Sutherland em 1939, que já tratava o delito de maneira diferenciada, justamente por ser praticado por pessoas profissionais, extremamente respeitáveis. Exigia condutas que são realizadas dentro do âmbito profissional, além status social elevado, porém tem preferência moderna para expressar a criminalidade econômica.

“A Constituição Federal de 1988 ao contrário Cartas anteriores não ficou indiferente a essa matéria. Além de fornecer tutela expressa, também reserva todo um para tratar do tema no Capítulo IV e versos Título VII” (Prado, 2014, p.145). O Capítulo IV - trata especialmente Do sistema Financeiro Nacional do Título II especificamente VII Da Ordem Econômica e Financeira

Vale ressaltar que o sistema financeiro Nacional teve como base estruturativa de forma constitucional como vetor principal o desenvolvimento equilibrado do país, também visando servir aos interesses comuns como o da coletividade.

Existe divergência na doutrina quanto ao sistema financeiro público e privado. De ordem pública são os que envolvem os problemas orçamentais e financeiros. Já o privado trata das instituições financeiras creditícias que sejam públicas ou privadas, assim como a previdência privada e demais capitalizações que estão sob a exegese do sistema financeiro nacional.

Assim o Banco Central é considerado como uma instituição financeira que possui determinados elos entre as duas ordens, conforme dispõe os arts 164 e 192 da Constituição Federal. Dispõe o autor ainda no mesmo sentido (Prado, 2014.p.146):

[...] O público envolve os problemas das finanças públicas e os orçamentos públicos, constantes dos arts. 163-169, o parapúblico, denominado de sistema financeiro nacional, cuida das instituições financeiras creditícias,

públicas ou privadas, de seguro, previdência (privada) e capitalização, todas sobre estrito controle do Poder Público (art.192). O Banco Central, que é instituição financeira, constitui, em verdade, um elo entre as duas ordens financeiras (arts 164 e 192)

O advento da Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003 trouxe drásticas mudanças, sendo objeto de revogação os incisos e parágrafos do artigo 192 da Carta Magna. Embora seja objeto de constante mutação constitucional conferiu uma maior liberdade quanto a matéria e quanto ao seu conteúdo, além de trazer expressamente que uma única lei completar é desnecessária quando o objeto em matéria for a regulamentação do sistema financeiro. Sobre a Lei 7.492/1986 alguns aspectos devem ser destacados já que são relevantes.

Em termos gerais, o bem jurídico tutelado, é fundamentalmente o sistema financeiro nacional, consistente no conjunto de instituições bancárias e sociedades por ações e do mercado de capitais e valores mobiliários (PRADO, 2014, p. 146).

Entre o ano de 2005 e 2006 houve então um grande impacto e diversas foram as consequências em âmbito Nacional, como escândalos relacionado com a corrupção política, que aconteciam constantemente mediante a compra de votos de parlamentares e da base aliada mediante pagamentos realizados, base esta que recebiam por determinados períodos os respectivos recursos financeiros, oriundos, que advém do próprio partido do Governador.

Tinham como finalidade apoiá-lo, apoio estando diretamente interligado a compra. Assim chamou ou ficou conhecido como o famoso Mensalão. Na verdade, o mensalão corresponde a um pagamento de determinada especificamente para os deputados que votassem favoravelmente em prol do Governo nos projetos que eram de interesse e que detinham grande relevância para o poder executivo estabelecendo uma prática ilegal dentro dos próprios poderes.

Para que essa engenharia econômica funcionasse mesmo de forma obscura, com a obrigação de funcionar com êxito, necessariamente teria que haver um liame entre os recursos financeiros, que são os interlocutores e os prestadores de serviços (beneficiários), estes que ao receber o serviço que era de domínio daqueles, porém em troca deveriam automaticamente fazer o repasse, caso contrário não existira projeto para ser executado dentro do plano diretor de modo

algum, pois existem as mais diversas maneiras para ser barrado cada projeto com as suas devidas peculiaridades.

Deste modo, de um lado havia o principal interessado Poder Executivo para que ocorresse com êxito as devidas aprovações dos projetos que eram tidos como alvo para a devida execução além de ser objeto da pauta do ano. Por outro lado, os interlocutores e os prestadores de serviços tinham como obrigação garantindo aqueles que realizam as condutas já pré determinadas faziam com que os recursos jamais faltassem, pois em hipótese alguma poderia deixar de cumprir com a obrigação pactuada.

De um lado, só interlocutores parlamentares e pessoas que ocupam determinados cargos de extrema confiança do poder executivo e agentes financiadores operadores de práticas ilegais agindo dentro do âmbito público, visavam as suas próprias vantagens para depois então resgatar o seu interesse em cima das empresas. A exemplo, empresas de telecomunicações, empresas exploradas de concessões que tinham que ter um adjetivo aos olhos deles, ou seja, necessitava de ser vantajosa, quesito principal ter grande número de dinheiro em caixa, e excelente estrutura para a realização do serviço.

Dessa maneira, era a única certeza que tinham em mãos para que efetuassem o devido repasse, ou então que pudessem repassar aos respectivos valores a aqueles que são detentores do poder, diante desse comportamento é possível notar que se depara frente a condutas ilícitas com cunho de práticas criminosas, que visam usurpar o erário público para a realização de seu próprio interesse visando apenas a sua própria concretização, prevalecendo apenas o interesse próprio e não o interesse nacional visto que essa é a principal premissa e a sua função principal.

Neste contexto, está-se diante de um esquema montado de maneira única e exclusiva para desvio de dinheiro público, uso desde é em prol para compra de apoio no Congresso Nacional durante o Governo Lula, que ficou confirmado após o ano de 2011 pela Polícia Federal com a emissão do seu relatório final que diligentemente rastreou as fontes originárias, financiadoras de todos os pagamentos efetuados, bem como os seus respectivos operadores e praticantes desta organização criminosa.

No desenrolar das apurações, diante da existência do “Mensalão”, outros crimes da mesma natureza também foram confirmados a exemplo, o

escândalo dos “Bingos” em 2004 sendo considerado como o mais vergonhoso, outro exemplo a ser mencionado é o envolvimento do Correio que se deu no ano consecutivo de 2005.

Todos esses escândalos que são agressores diretamente dos cofres públicos praticado pela compra de votos, estão entre relacionados, entrelaçados e organizados de maneira orquestrada pelo poder público, para determinadas práticas de atos de interesse próprio valendo-se, utilizando de seu próprio cargo que executa dentro do poder executivo.

Denomina-se então os montadores clandestinos de artilosa assistência de arrecadação financeira se usando da base para atender a base Governante nesse meio. Outras supostas arrecadações surgiram e também foram objeto de denúncias, diligências e apurações como no caso a exemplo “o Fundo de Pensão do Banco do Brasil”. Outro exemplo nítido foi a descoberta do esquema existente no “Banco Safra” que tratava de doações supostamente legais realizadas em dólares para países. Dentre os receptores está Cuba, entre os demais envolvidos no mesmo esquema.

A estrutura organizacional do “mensalão” era composta por três núcleos distintos, acordados em perfeita harmonia de como seria realizada a funcionalidade e a operacionalidade, E eram guiados da seguinte forma: primeiramente refere-se ao político partidário formado pelo próprio partido do governo; já na segunda situação recai no âmbito empresarial; e a terceira e última etapa era composta pela fase operacional refere se as instituições financeiras, tendo sempre o fim principal e a continuidade em prol do partido do Governo no poder.

Neste intuito, a base partidária buscava atingir seus objetivos e se valia de todos os meios que fossem necessários para alcançar o seu intento e ao mesmo tempo criava proteger os demais membros com mecanismos que proporcionassem tudo com total êxito. Agindo de maneira harmoniosa junto com os seus pares para tomada das respectivas decisões políticas que visava proteger o fim econômico do grupo, sem a preocupação alguma relacionada aos cofres públicos que seriam lesionados, muito menos em relação a destinação de determinados recursos financeiros que visava proteger a coletividade quando era aprovado.

Diante disso, é perceptível que os recursos financeiros nunca foram em benefício da população brasileira. A perpetuação no poder era o seu objetivo

principal e único. Em função das condutas que vêm sendo praticadas, é de suma importância lembrar o conceito de recursos.

“Recursos financeiros são os numerários, os meios pecuniários necessários para o exercício dessas atividades, que podem ser em moeda nacional ou estrangeira” (Prado, 2014, p.147).

Não se pode deixar de mencionar que se preocupavam de certa maneira com o cidadão brasileiro desde que esse ficasse refém de determinados benefícios, exemplo clássico a distribuição de cestas básicas, além do bolsa família em função do índice de escolaridade ser mínimo e ínfimo em determinadas regiões.

O “mensalão” teve o seu julgamento final em agosto de 2012 pelo STF e ficou conhecido como *engenhosa e sofisticada quadrilha*, formada para operar atividades e atos ilícitos visando meios financeiros para a compra de votos de parlamentares e apoio partidários para a perpetuação do partido no Governo em detrimento do poder. Para que o seu objetivo fosse alcançado, os crimes cometidos foram apurados e julgados pela Suprema Corte Federal que acabou tomando certa proporção, sendo os seguintes: a Formação De Quadrilha, Corrupção Ativa; Peculato, Lavagem De Dinheiro, Evasão De Divisa, Gestão Fraudulentas de Instituições Financeiras e Corrupção Passiva todos eles tipificados no ordenamento jurídico pátrio.

A proporção que derivou do tamanho escândalo resultou como objeto de alteração o conceito de Formação de Quadrilha conforme dispõe no diploma normativo o art. 288 do Código Penal Brasileiro, alterada em 2013 pela correspondente Lei 12.850/2013 em seu art. 24, que modificou a redação do crime de formação de quadrilha tipificado no artigo 288, considerado o tipo penal, que configura o tipo do ilícito quando 3 (três) agentes se associam, enquanto a antiga Lei tratava de previsão de no mínimo (4) quatro agentes, cuja alteração é de extremada relevância, pois a alteração em face da quantidade de agentes sendo diminuído de 4 para 3 agentes, prevê também o aumento de pena a metade quando este tratar de associação armada ou quando houver participação de criança ou adolescente.

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.

Revogado a antiga redação do art. 288 alterada pela Lei 12850/2013.<sup>4</sup>

Dessa maneira fica claramente comprovado que para fins de associação considera-se o número de 3 (três) ou mais pessoas, que visam determinado fim para a prática do ilícito penal. Ao contrário do que previa o antigo 288 que previa o quesito de mais de 3 (três) pessoas, subentendendo que era necessário o preenchimento do quesito mínimo de 4 (quatro) pessoas.

#### **6.4 A Reação Social Diante dos Crimes Econômicos e o Reflexo Social das Sentenças Proferidas. Enriquecimento Ilícito do Poder Público X Iniciativa Privado.**

O sistema financeiro nacional tem por objetivo gerar e intermediar créditos e empregos estimulando investimentos, sua finalidade é o aperfeiçoamento dos mecanismos financeiros, ou até mesmo os mecanismos de financiamento empresarial desde que garanta a população uma certa estabilização, a exemplo disso é a poupança popular que corresponde a cada indivíduo, além de visar o patrimônio dos investidores, compatibilizando assim o crescimento e a tão almejada estabilidade econômica a fim de reduzir as devidas desigualdades.

Visa “Assegurar uma boa gestão da política-econômica-financeira do Estado, com vistas ao desenvolvimento equilibrado do país” (Prado, 2014, p.147).

Uma vez que o bem jurídico tutelado tem natureza macrossocial ou transindividual, seu cunho pode ser institucional ou coletivo, sendo em prol de toda a sociedade e não somente em favor de uma única classe ou em favor de um único indivíduo a ser beneficiado. Neste sentido, a sociedade brasileira começa finalmente a se dar conta dos riscos embutidos que estão nessa demonização enraizada em função da política e no desmonte social de repercutindo vários tipos.

A mídia social noticiou determinada investigação que foi iniciada através da Polícia Federal em meados de março de 2014, que ficou conhecida como operação “Lava-Jato”, que até nos dias atuais ainda refletem e caem vestígios em função dessa investigação realizada pela Força Tarefa da Polícia Federal, que não sabemos quando será o seu fim e devido ponto final.

---

<sup>4</sup> Antiga redação do Art. 288 Revogado pela Lei 12850/2013 do Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado

Neste contexto, até o presente momento o que se apura são os crimes fraudulentos enraizados no Brasil, ainda que seja de forma contínua acaba existindo e aparecendo novas provas que servem de objeto para nova fase da operação Lava Jato.

Diante da atual situação do País que acaba por passar apenas incredibilidade, sendo que no contexto atual é impossível transmitir credibilidade nos órgãos públicos e para os órgãos públicos uma vez que diante do tamanho do escândalo e dos envolvidos acaba sendo totalmente nula.

Assim, o nível de insatisfação na sociedade vem se tornando cada vez maior, face a impossibilidade dos agentes organizadores, mentores e operacionais que compõem organizações criminosas além de serem administradoras que detém o domínio de determinados centros dos poderes do Estado. A exceção na prática deveria ser a regra, ou seja, os quais deveriam zelar pela diligência ao erário público.

Deste modo o que se apurou e tem-se apurado é a maneira artificioso que os partidos investem todo o seu tempo planejando estratégias para poder se livrar das punições em função das suas condutas praticadas de forma ilícita, bem como visam tirar proveito e ter benefícios próprios através de suas ações mesmo diante do cenário atual.

Notório é que os partidos trabalham de maneiras engendradas em um único esquema que é totalmente organizado que tem como missão engenhosa de corromper, fraudar, e desfrutar de benefícios oriundos de suas ações criminosas que aniquilam a vida da população brasileira.

Considera-se instituição financeira pessoa jurídica que pode ser de direito privado ou de direito público desde que exerça como atividade principal ou acessória que seja exercida em conjunto a captação de dinheiro, que pode ser executada de diversas maneiras, como no caso da intermediação para determinados recursos que fazem ponte com as próprias instituições, como a aplicação, a negociação voltada a comercialização e a administração, tendo em vista uma qualificada gestão voltada ao desenvolvimento e ao crescimento econômico.

Neste sentido Regis Prado conceitua (2014, p. 147):

[...] Entende-se por instituição financeira a pessoa jurídica de direito público ou privado que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não a *captação* (atrair e reunir capitais, com o escopo

de futura aplicação), *intermediação* (transferir os recursos captados de uma instituição para outra) ou *aplicação* (investir recursos) de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a *custódia* (guarda), *emissão* (pôr em circulação), *distribuição* (repartir, entregar) *negociação* (comercialização), *intermediação* (intervir, interceder) ou *administração* (gestão) de valores mobiliários

Para a Sociedade Brasileira atualmente diante de um quadro de impunidades jamais presenciados em toda a sua história acaba sendo notável a questão da punição, ou seja, a aplicação da devida sanção a determinados participantes e integrantes dessas organizações criminosas que avassalam com os cofres públicos sem nenhum pudor, ou seja, continuam lesionando o erário público.

Diante de uma sociedade injustiçada que abrange em seu bojo a crescente necessidade de atenuar o quadro da dignidade humana, o preceito vem expressamente no artigo 1º inciso III da Carta Magna de 1988, visando a criação de um melhor atendimento, sendo disponibilizado um atendimento diverso e não somente como se tem prestado de maneira precária o atendimento à saúde pública, onde permanentemente existe a falta de medicamentos como também a falta do mais simples equipamento básico para o médico exercer o seu trabalho, a exemplo medidor de pressão.

É evidente a existência de falta de materiais básicos, que embora sejam básicos, traz reflexos e consequências drásticas na vida do ser humano, podendo vir a óbito por falta de utensílios básicos, mas que são de extrema relevância para o profissional da área, pois sem estes equipamentos não se tem muito o que ser feito, acaba que o profissional refém do Estado e de mãos atadas, e automaticamente o ser humano se torna vulnerável mais uma vez diante da ausência estatal.

A Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 5º, dispõe sobre o princípio da igualdade, bem como traz em seu artigo 14 do mesmo diploma ora mencionado sobre o direito universal de voto, ou sejam, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, refere se a igualdade política que está diretamente ligada com o direito de votar, que o cidadão deverá exercer sob pena de multa e seu CPF ser bloqueado, e demais restrições que implica inclusive em âmbito internacional.

Ainda nesse mesmo sentido o artigo 150, em seu inciso III, disciplina a igualdade tributária, a Carta Magna trazendo princípios constitucionais

expressamente em seu texto, embora sua aplicação tem sido de má qualidade e de maneira contrária conforme à Lei Maior assim o traz.

A inexistência da criação de cursos profissionalizantes específicos diante da necessidade criada pelo avanço tecnológico impede o crescimento industrial de altíssima competência, não podendo assim ser equiparado ao mundo globalizado e competitivo.

A incorporação de se educar pelo “saber, ser e não pelo valor de ter” faz-se com que seja criada condição favoráveis para o ter, seja de maneira condicionada, tornando assim uma *conditio sine qua non* que garante o status da sociedade não importando os meios com que são utilizados para obtenção final.

Remete-se então a um alto índice de criminalidade econômica que atualmente atravessa a desmantelada sociedade, contemplando-se perplexos os estabelecidos aumentos sem determinante alguma, ou seja, sem se quer ter um precedente e indescritível avanço da violência que a cada dia que passa revolta do trabalhador e o cidadão de bem.

Entre estas e outras condutas está-se diante da reação da Sociedade Brasileira, criando então um sentimento de culpa inexistente de punições aos crimes das ordens econômico-financeiras e ao patrimônio, os quais não gozam de proteção. Ao contrário, deveriam automaticamente serem bem protegidos, proporcionando assim o crescimento e o desenvolvimento de uma nação e de seu povo.

Nada é mais relevante numa sociedade onde paira e impera a incerteza de punição, assim nada mais relevante saber onde o abuso da hierarquia é solidamente construído em prol de interesse próprios, pessoais, e nada mais gritante que o poder exercido para defraudar poderia então ser utilizado de outras maneiras, a exemplo, a moradia, para construir, salvar vidas criar polos industriais bem como gerar empregos, visando a melhoria no sistema de ensino, adequando e reestabelecendo a segurança de modo que seja realmente efetiva.

Planejar e construir é uma das atividades mais complexas, porém essa quando exercida de maneira ética e moral concede ao povo uma representação por um bom gestor, onde este terá a visão que busca a melhoria em quase todos os pontos necessários, como a exemplo citar o sistema de transporte coletivo que funcionasse de maneira eficaz.

Assim, seria muito mais competitiva produção do agronegócio se houvesse um sistema de escoamento seguro e eficiente, uma vez que são

inexistentes no país onde se vive, denominado Brasil. O mesmo acontece com o sistema marítimo ou o sistema ferroviário, desde que seja implantado para atender o anseio da necessidade, comitantemente visa resguardar o envelhecimento da malha ferroviária que hoje encontra se totalmente sucateada.

A ausência de um órgão regulamentador garantista tem como preceito base a estabilidade política e econômica, dando assim números correspondentes a valores em função da própria produção humana, pela determinação e valentia do ser humano, homem do campo que ano a ano bate seu próprio recorde como objetivo final familiar.

Não há dúvidas de que seria possível discorrer sobre a qualidade de precária do sistema habitacional, classificando desde o alto índice de desempregos até o distanciamento existente do poder aquisitivo entre determinadas camadas sociais.

Diante do exposto acima, é visível com o abuso do poder de forma contínua e o enriquecimento ilícito perpetuando enquanto e impede que outros cresçam de maneira idônea, em detrimentos da classe menos favorecida ou que ela se torne cada vez mais miserável, prevalecendo assim o crime organizado no poder, em pleno exercício visando benefício próprio.

Em decorrência do tempo, aumenta a criatividade do ser humano e cada vez mais vai se especializando em determinadas práticas, ao modo que quanto mais o tempo passa, acaba transmitindo aos demais cidadãos a ausência das condutas lícitas dentro dos órgãos públicos, e acaba tornando a máquina pública inoperante diante da legitimação estatal em face dos órgãos públicos, exercendo assim de maneira diversa em função da força que advém de forma oculta.

Reflete então em um visível enfraquecimento deixando transparecer, ou prevalecer a impunidade de maneira realçada que por fim acaba ganhando certo destaque. Operações como a Lava Jato tem como objetivo final desmascarar as forças ocultas que maquinam por traz do poder existente dentro dos poderes, de modo que este foi construído para perpetuar de forma *ad eternum*.

Poder que advém desde muito tempo e permanece enraizado, lastreado em todos os níveis governamentais, visando única e tão somente o enriquecimento individual além de interesse único, porém vem em grandes proporções e de forma alarmante e sem limites, que causa constrangimento, mas não ofusca o brilho de ser “brasileiro”.

A Operação Lava Jato da Força Tarefa foi estruturada com o objetivo de desvendar a corrupção e a lavagem de dinheiro, embora não seja sinônimo de enriquecimento ou criminalidade legal que esta entrelaçada com os três poderes.

Neste sentido, o legislador deve exercer a sua função de maneira clara, não admitindo criação de normas veiculadoras de desigualdades abusivas, arbitrárias, ilícitas, que sejam contrárias à manifestação do constituinte de primeiro grau. Assim como a autoridade pública, por sua vez, também está subordinada ao ditame do princípio da isonomia para que não sejam ultrapassados.

Um magistrado por exemplo não poderá aplicar atos normativos de maneira equivocada, que conferem situações de desigualdade ferindo assim o princípio da isonomia. O magistrado deve exercer de maneira imparcial a sua conduta diante da sua jurisdição, e deve ser revestida de probidade sendo aplicável a sua imparcialidade em cada caso concreto.

Dispõe Uadi Bullos (2002, p. 77-78):

[...] "O particular, enfim, não poderá direcionar a sua conduta no sentido de discriminar os seus semelhantes, através de preconceitos, racismos ou maledicências diversas, sob pena de ser responsabilizado civil e penalmente, com base na Constituição e nas leis em vigor"

O particular, enfim, não poderá direcionar a sua conduta no sentido discriminatório com os seus semelhantes, valendo-se de preconceitos, de atos maledicentes, sob pena de ser responsabilizado no âmbito civil e criminalmente. No tocante ao âmbito penal, a Constituição Federal assegura a devida sanção com as demais conformidades perante as leis vigentes.

## **6.5 CADE um dos Fatores de Desequilíbrio da Iniciativa Privada**

Sua evolução seguiu a lógica dos modelos de administração política e intervencionismo estatal da época, assim como dos meios de produção que se desenvolvem. O direito então se preocupa em "regular esse fenômeno de natureza complexa e pluridimensional, a competição, para assegurar-lhe um caráter de lealdade (...)" (BAPTISTA, 1996, p. 5).

Como dispõe Fábio Ulhoa Coelho (2015, p. 23):

[.] A crescente complexidade da economia e da própria vida, a necessidade de se evitarem ao máximo as periódicas crises do capitalismo e a política afastam, de qualquer cenário projetado, o ressurgimento do estado do *laissez-faire*. A alteração que a deliberação em curso provavelmente projetará no direito deve ser igualmente restrita.

Por existir a concorrência desleal criou-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mais conhecido como CADE, atribuindo a este a competência para aplicação da lei diante de cada caso concreto, tem caráter investigatório, visando a repressão dos abusos que são praticados no âmbito do poder econômico conforme traz o artigo 8 da Lei 4.137/1962:

CAPÍTULO II  
DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA  
Da Organização

[...]

Art. 8º E criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei

Deste modo, a primeira Constituição Federal que consagrou a criação do CADE foi a de 1967, que trazia expressamente em seu “Título dedicado à Ordem Econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios” (PRADO, 2015, p. 39). Em seu art.157, inciso VI, trouxe repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados deixando evidente que tinha como premissa a eliminação da concorrência desleal além de visar o aumento arbitrário dos lucros.

Em seguida, a Emenda Constitucional (EC) n. 1 de 17 de outubro de 1969 traz explicitamente para o artigo 160 da Constituição vigente a época repete os princípios mencionados no artigo 157, mas traz o inciso V de maneira inovadora sendo o seguinte “V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros [...]” (PRADO, 2015, p. 39).

Referente a Carta Magna de 1988, de 05 de outubro, restou consagrado a liberdade de iniciativa, as condições de consumo, as de emprego e no âmbito da saúde, “bem como a de que o Estado possa intervir sempre que a

liberdade de iniciativa estiver sendo exercida em proveito da sociedade ou em desconformidade com os anseios sociais” (PRADO, 2015, p. 40). A Constituição Brasileira de 1988 funda-se na livre iniciativa e consagra demais valores, a exemplo a compatibilização consagrada em seu artigo 170 da Constituição Federal.

São vários os princípios constitucionais que norteiam a ordem econômica do art. 170 do diploma ora mencionado. “Seus fundamentos são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, de modo a assegurar o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização estatal, salvos os casos previsto em lei” (PRADO, 2015, p. 41). Sua finalidade principal é a garantia da existência digna ao ser humano, em conformidade com os preceitos sociais da justiça.

Ressalvadas as previsões constitucionais “O Estado não deve intervir na atividade econômica, ou seja, apesar de legitimado para tal, está também limitado nos termos da própria Constituição” (PRADO, 2015, p. 41), fica claro que a Estado deve intervir, porém esta intervenção deve ser de maneira lícita e de modo que vise melhorar a atividade econômica, além de intervir para preservação da concorrência leal que existe na iniciativa privada, não podendo deixar de lado que o Estado embora seja legitimado, este também deve agir de maneira lícita e devem ser respeitados os devidos princípios da administração pública bem como os princípios da legalidade, da moralidade, da probidade administrativa, da publicidade, entre os demais já mencionado em capítulo diverso.

Outrossim, “A intervenção estatal direta no domínio econômico somente ocorre nos casos de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, conforme dispõe o art.173 do diploma ora mencionado”. Ademais o Estado só poderá intervir nos casos que estão expressos no artigo 174 caput e demais incisos e parágrafos que estão elencados neste diploma.

Ainda pelo autor Regis Prado (2015, p.41)

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado

Embora seja consagrado na Constituição a iniciativa privada como um dos fundamentos da ordem econômica, deve ser assegurada a primazia do trabalho

humano sobrepondo este aos demais valores da economia de mercado, princípio que “tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia a fim de fazer valer os valores sócias do trabalho que, ao lado da iniciativa privada” (PRADO, 2015, p. 41). Neste sentido constitui assim o fundamento da ordem econômica social, prestigiado no artigo 1º, IV, da Constituição.

Embora o Estado deve se comportar de maneira eventual na economia, ou mesmo frente a determinados contratos que são realizados através do Estado de forma direta a uma determinada atividade é possível dizer que o CADE tem apresentado comportamento diverso dos seus princípios institucionalizadores. Agindo de maneira que visa formar determinado domínio ou monopólio de certas situações relacionadas com determinadas atividades, enquanto deveria impor algumas condicionantes relacionada a atividade econômica.

Devia agir de maneira diversa, ou seja, não permitindo que houvesse determinado domínio de mercado, auxiliando na eliminação da concorrência e visando o não aumento arbitrário de lucros. “Assim, notável após experiências práticas de que é preciso uma regulamentação por parte do Estado, mas não um intervencionismo de modo a colocar todo o poder em suas mãos” (CARNELÓS, TEMPORIM, 2017, p. 3).

No entanto, o CADE tem natureza jurídica de uma autarquia federal, mas é vinculado ao Ministério da Justiça. Sua responsabilidade é decorrente do Poder Executivo, embora o Conselho Administrativo de Defesa Econômica sua capacidade de investigar e decidir em última instância sobre matéria concorrencial, bem como deve zelar pela livre concorrência de mercado e procurando distribuir a conscientização sobre a necessidade a sua não violação. Porém, como já mencionado, tem-se apresentado de maneira diversa inclusive sendo alvo de investigação do Ministério Público Federal, e de escândalos quando apontado pela empresa JBS onde está tentou comprar a decisão do CADE.

[...] O dono da JBS disse que pediu a Temer e Rocha Loures, apontado como interlocutor de Temer, que intercedessem a favor do grupo em um pleito no Cade. A J&F questiona o monopólio da Petrobrás na importação de gás da Bolívia em um processo.

A empresa é dona de uma usina termelétrica em Cuiabá, movida a gás, que ficava sem matéria-prima para funcionar porque a Petrobrás compra todo o gás boliviano e não tinha garantia de fornecimento do insumo, de acordo com Joesley. Delator diz que pagou propina para tentar ajuda do Cade

Joesley disse que falou com Temer sobre a possibilidade de ter “um presidente alinhado com o governo” no Cade e Temer teria dito que “tinha uma pessoa lá que dá para ter uma conversa franca”.

Em reunião com Rocha Loures, Joesley pediu apoio na questão contra a Petrobras. O empresário explica que a solução do caso poderia gerar ganhos de R\$ 1 milhão a R\$ 3 milhões por dia para a termelétrica do grupo. Ele ofereceu propina no valor de 5% do lucro da termelétrica se a questão fosse resolvida no Cade.

Para justificar a proposta, Joesley lembrou que continuava a pagar propina às famílias do deputado Eduardo Cunha e do doleiro Lúcio Funaro após sua prisão, em 2016, mas que eles estavam com saldos zerados. Para continuar os depósitos, Joesley disse que teria que “fazer mais negócios” para gerar mais propina para manter suas famílias.

“O seguinte: na planilha do Eduardo, e na planilha do Lúcio, acabou o dinheiro. No intuito de que nós temos que viabilizar, para mantê-los lá, para manter a família do Eduardo, a família do Lúcio, tem que fazer mais negócio, tem que prometer mais propina, tem que reservar mais e dentro desse contexto eu estava dizendo o potencial que daria (o negócio da termelétrica). Aí eu falei para ele que podia pagar 5% (do lucro da termelétrica) e ele concordou”, disse Joesley (TENTATIVA, 2017, s.p).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - denominado então o CADE, atua conjuntamente com Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, cada qual desenvolve atribuições diferente uma da outra porém devidamente expressa por Lei.

No entanto no Brasil a fundamentação legal do direito de concorrência era regulamentada pela Lei 8.884/1994 onde esta foi revogada em novembro de 2011, pela atual Lei 12.529/2011, que cuida da estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ou como conhecido popularmente como o (SBDC), que visa tratamento de prevenção e de repressão quando se trata de infrações relacionadas contra a ordem econômica brasileira.

## **6.6 Da Concorrência Leal e da Concorrência Desleal Existente no Brasil**

O Direito Empresarial não visa apenas a figura do empresário, como parece no primeiro momento, mas goza de uma complexidade de estudos ligados a atividade empresarial e seu devido desenvolvimento.

Desse modo, não é qualquer ato que configura abuso de poder, para que seja configurado o abuso de poder “Este deve ser verificado no contexto da livre iniciativa e concorrência, em que o detentor do poder desvia sua função (finalidade) com o fim de dominar o mercado, restringir ou eliminar a livre concorrência” (PRADO, 2013, p. 46).

A Constituição Federal de 1988, traz em seu Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), e em seguida traz em seu capítulo I, o que denominamos

de “Princípios Gerais da Atividade Econômica”. Dispostos nos artigos 170, caput e inciso IV, e 173, §3º e §4º, seus vetores e fundamentos são marcados pela característica da livre iniciativa, de maneira harmoniosa para que seja executada dentro dos limites legais que são impostos, objetivando que seja realizada determinada prática de atos que zelem pela concorrência leal e não pela concorrência desleal sendo executada em meios ao mercado econômico.

Assim encontram-se:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

(...)

Notável são as peculiaridades que o direito concorrencial carrega. São detalhes que existem em função da sua característica, uma vez que o Estado está regulamentando para a atividade econômica privada mediante a justificativa de fiscalização, visando assim assegurar que os devidos participantes das atividades econômicas exerçam seus objetivos e determinados compromissos dentro dos ditames estabelecido por lei, não podendo se valer de meios ilícitos e desleais.

Ainda no mesmo sentido entende-se que a legislação concorrencial é capaz de correlacionar o equilíbrio do mercado com a diversidade que permeia o custo de produção. Resta lógico que ao se obter na realização das atividades econômicas devem ser perpetuadas as condutas e a convivência, para que o objetivo da legislação concorrencial seja atingido, para que não haja excessos e abusos dentro da própria economia.

Assim trata Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011, s.p)

[...] A proteção à livre concorrência está diretamente ligada à existência de uma economia de mercado (...). Justamente para atuar na prevenção e repressão do chamado abuso de poder econômico que existem

mecanismos institucionais que visam garantir uma ampla e justa competição. Assim, a Constituição indica que o poder econômico pode existir, mas dele não pode decorrer o abuso

É possível dizer que o ordenamento jurídico brasileiro aborda a concorrência em dois aspectos sendo o primeiro de cunho individual e no segundo momento é de caráter institucional. Refere-se ao de cunho individual, à atividade que é desenvolvida pelos concorrentes sendo direcionado à clientela, à propriedade industrial, com fulcro nos demais ramos do direito desde que este dedique-se ao direito privado e ao direito penal.

Já em um segundo momento trata-se do caráter institucional, diz respeito as práticas que estão relacionadas, ligadas à livre concorrência e a livre iniciativa. As infrações que caráter institucional provocam a ordem econômica e automaticamente afeta as estruturas de mercado, assim são denominadas especificamente de caráter institucional, uma vez que traz grandes prejuízos coletividade.

É possível notar possível a existência da concorrência em face à atividade econômica, é preciso a configuração de um cenário onde os principais protagonistas são os empreendedores, porém existe a necessidade que nesse mesmo cenário seja disputada a mesma clientela do mesmo ramo, ou seja da mesma atividade que desenvolve no âmbito do comercial, em outras palavras, são os mesmos produtos, correspondente a mesma natureza, mas advém de fontes diferentes, exercendo assim o potencial de venda.

É certo que todo empreendedor almeja que seu produto seja o mais comercializado, ou seja o mais vendido, pois quanto mais vende reflete em seu caixa, porém é certo que a concorrência leal deve ser permeada por condutas legais, devem ser permeadas pela boa-fé, e devem ser providas da moralidade, sendo aplicável a todos os envolvidos e comprometidos a serem competidores entre si e, também, deve adotar a mesma postura diante de seus consumidores.

Portanto, é preciso que o empresário se valha de sua atividade empresarial com lealdade, para adentrarmos a fonte de renda, visto que a concorrência leal tem como premissa principal condicionar uma melhor prestação de serviços e bens a toda comunidade ao mesmo tempo, que essa possa ser sua fonte geradora de renda, ou seja, inclui o seu faturamento e seu respectivo lucro.

Para caracterizar a concorrência leal, é necessário primeiramente que o empresário siga as regras instituídas em lei. Deste modo é necessário, ao ponto que o primeiro passa a ser dado, corresponde ao seu registro perante a Junta Comercial, e que seja apresentado seus balanços de maneira anual ou semestralmente conforme a lei estabelece, inclusive deve ser submetido ao crivo do CADE onde será realizada uma análise dos preenchimentos dos requisitos implícitos da concorrência leal.

Expressamente, é proibido qualquer ato que implique em concentração da atividade, ou seja, que detenha o único domínio com objetivo de eliminar a concorrência do mercado relevante. Trata-se do objetivo principal é a melhor prestação de serviços em face da coletividade, tais atos podem ser realizados quando, respeita a lei que o limita, porem o empreendedor dentro desse limite consegue aumentar a sua produtividade ou competitividade para melhorar a sua fonte de renda, onde influencia automaticamente na economia, beneficiando assim a qualidade dos bens e serviços prestados.

Segue o raciocínio permitido por lei, sendo assegurados o desenvolvimento tecnológico e econômico, ao compasso que estes são repassados mesmo que de maneira indireta ao consumidor. A exemplo quando um dos concorrentes que exerce a mesma atividade no mesmo seguimento acaba não transferindo os mesmos benefícios que lhe foi concedido de forma relevante ao consumidor, assim, já não podemos mais falar que estamos diante de uma concorrência leal, mas pode-se afirmar que estamos diante de uma conduta desleal.

Esclarece minuciosamente quais são as condutas permitidas, e as condutas que são tidas como proibidas pela lei, uma visa a economia de forma saudável e harmoniosa, não cabendo o uso dessa premissa como tentativa de monopolizar algum segmento econômico. Enquanto as condutas que não são permitidas são vistas como ato atentatórios contra a ordem pública.

Conforme dispõe a letra da Lei 12.529/2011, algumas sessões do dispositivo 88 são de extrema relevância em face do mencionado:

Art. 88. (...)

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§ 7º É facultado ao Cadê, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

(...)

Nesse sentido, as condutas que permeiam a concorrência leal devem ser pautadas no respeito a boa-fé, aos consumidores, aos demais que se dedicam a atividade econômica e, também, ao respeito que este deve advir do próprio empresário devendo assim aplica-lo em sua sociedade empresária.

Desse modo, a concorrência leal perpetua o princípio da correlação profissional, em outras palavras, este está intimamente ligado ao modo que dever ser executada a devida profissão, uma vez que este está implicitamente ligado a idiosincrasia. Outrossim as profissões jurídicas automaticamente estão vinculadas a um complexo estrutural onde devem ser compreendidos desde a ética, assim como a moral, e cada indivíduo deve ser revestido de caráter e suscetibilidade.

O princípio que permeia as relações jurídicas empresarias estão intimamente entrelaçados para que efetuada de maneira justa ao exercer o seu trabalho, devendo sempre respeitar as pessoas que para ele trabalha, assim como o seu fornecedor, até chegar no consumidor final, cujo qual é adquirente dos produtos que por ele é ofertado ou produzido, agindo sempre em conformidade com a ética e sempre observando a coletividade no geral.

Uma vez que que o princípio da correlação está para a atuação forense do empresário, este ajouja para que o profissional atue corretamente, visando não apenas o seu interesse, mas deve atuar visando o interesse de todos que participam da sua cadeia causal mesmo que seja de maneira direta ou indireta.

Nas atividades empresarias se faz necessário o fenômeno da concorrência leal desde que esse seja exercido dentro dos preceitos legais e em conformidade com os devidos princípios. Porém está presente de modo relevante a concorrência desleal no âmbito dos empresários que acaba valendo-se dessas práticas para poder permanecer com o seu negócio aberto, assim como para atingir

determinados concorrentes utilizando-se da concorrência desleal para deter o domínio, da sua conduta ilícita que é praticada de modo desleal reflete diretamente em seus concorrentes diminuindo assim o potencial destes.

Deste modo quando atinge praticando a concorrência desleal atinge os seus respectivos concorrentes de maneira direta além dos seus respectivos clientes, porém ao praticar determinadas condutas desleais pode afetar de maneira irreversível os seus demais concorrentes. Embora aquele atue de maneira desleal pouco se importa se irá atingir os demais empresários, pois este visa apenas atingir o resultado que tanto almeja, vale ressaltar que essas condutas trazem reflexos não só para os seus concorrentes que são empresários assim como traz reflexo para toda a sociedade além de afetar diretamente a ordem pública e a economia brasileira.

A concorrência desleal implica automaticamente em infrações da ordem econômica, diante dessa situação é passívelmente a aplicação das sanções no âmbito penal quanto no âmbito civil.

Desse modo, Fabio Ulhoa Coelho dispõe que “a livre iniciativa é composta pelo dever de respeitar. Não é simples ainda que se diferencie a concorrência leal da desleal” (2015, p. 260, 261). A concorrência desleal é permeada pelas condutas que o empresário pratica de maneira diversa, pois este visa apenas o seu objetivo final, utilizando-se de meios inidôneos, a prática em si da concorrência desleal que pode ser específica ou genérica, quanto estamos diante da primeira será aplicada a sanção penal conforme o tipo penal dispõe efetivando o devido enquadramento, já na segunda estamos diante de uma responsabilidade extracontratual que poderá atingir apenas o âmbito civil.

As disposições legais que se referem a ordem administrativa estão vinculadas diretamente com os atos ilícitos de natureza administrativa, assim as penalidades seguem duas naturezas. A primeira penalidade tem natureza pecuniária, ou seja, refere-se a aplicação de multa sobre a pessoa jurídica, que é considerada e conceituada no direito empresarial, para a aplicação da multa deve ser considerado o valor do faturamento bruto que a sociedade empresária fatura, sendo assim, a multa pecuniária recai automaticamente também sobre o administrador da pessoa jurídica, desse modo será aplicada a multa tanto na pessoa jurídica quando na pessoa física que é administrador da respectiva empresa.

A penalidade de natureza pecuniária tem como objetivo principal a punição do abuso do poder econômico que foi realizada pela pessoa jurídica, motivo este que recai inclusive a aplicação da multa ao administrador ou gestor do empreendimento, cuja aplicação é efetivada também aos entes que são despersonalizados porém o critério para a realização da aplicação da multa será independentemente do valor bruto, sendo aplicada a esta o valor fixo da respectiva multa conforme a infração que foi praticada.

A multa a ser aplicada considera o faturamento bruto que empresário tem justamente em função do aumento significativo que teve em seu lucro e o aumento do seu faturamento por ter atingido um número maior de clientes, meio utilizado através de condutas anticoncorrenciais. Devendo ser coibi-las de maneira repressiva, afirmando ao empresário que o modo que praticou as devidas condutas jamais deveria ter sido praticado ou concretizados.

Referente a segunda penalidade, não tem cunho pecuniário e por sua vez visa a coibição do ato praticado pelo empresário, é pautada na repressão de modo que uma vez praticado determinado ato pelo empresário, este não volte a reincidir no mesmo. É justamente por isso que envolvem determinadas situações, bem como a exposição ao efetuar a publicação da prática realizada, inserção da pessoa jurídica e da pessoa física no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidores a expressa proibição de participar de licitações, uma vez que já não mais preenche as determinadas peculiaridades que o edital de licitação disponibiliza. A penalidade expõe socialmente quem praticou atos de correspondente a conduta anticoncorrencial.

## 7 APLICABILIDADE E EFICÁCIA DA TEORIA DA CO-CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO E AS CONSEQUÊNCIAS PENAIS APLICÁVEIS AOS AGENTE VULNERÁVEIS DA INICIATIVA PRIVADA: ANÁLISE DO PAPEL DO ESTADO NESTE CENÁRIO

A conduta ineficiente e totalmente omissa do Estado conforme tem se apresentado, acaba sendo objeto de pautas determinantes para o agravamento no tocante a aplicabilidade das leis, uma vez que estão agindo em desconformidade para com o seu objeto final.

Dessa maneira, é na aplicabilidade das leis que garanta a solidez do patrimônio público e do ordenamento jurídico que tem como premissa primordial a dignificação do Estado enquanto órgão regulador da Justiça junto a sociedade.

Destarte que isso vem ocorrendo em face das políticas estatais que determinam os interesses, cujo fim tem característica peculiar de predador, ou seja interesses fins de predadores dos cofres públicos, que zela pela omissão, uma vez que essa é instrumento facilitador do agente público fiscalizador e beneficiado única e exclusivamente das práticas danosas e ilícitas totalmente regularizadoras para seu fim principal, ou seja, visam única e tão somente a *lesão ao erário público*<sup>5</sup> seja de uma forma ou de outra.

Ainda neste sentido, erário é controlado pelo Fisco, que composto por conjunto de órgãos da administração pública, que tem como objetivo final as arrecadas e fiscalizar tributos, portanto é o conjunto de valores pertencentes ao Estado.

É impossível atribuir culpa ou responsabilidade civil ou penal ao Estado, uma vez que esse não é passivo de punição por não exercer vontade, consciência e a ilicitude do fato, justamente em função dessa ausência de punição e faces as diversas maneiras e formas existentes dentro do âmbito da Administração Pública para aplicação das respectivas normas ou diretrizes que visem proteger um Estado solido garantidor da dignidade da pessoa humana conforme impõe a Constituição Federal em seu art. 1º, III, executando e garantindo o que lhe é de direito assegurado. De maneira pacifica garantindo, o direito à cidadania, o direito de ser respeitado que esta intrinsecamente ligado com a dignidade da pessoa humana

---

<sup>5</sup> Erário é o dinheiro que o Governo dispõe para administrar o país, é o conjunto de bens, composto pelos recursos financeiro, tesouro nacional.

como umas das determinadas atribuições a seus respectivos cidadãos que compõem a nossa sociedade:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana;

Uma vez que o órgão não é Estado individual, uma vez que agentes (indivíduos) são atuantes em órgãos os quais expressam suas ações conduzidas pelas suas próprias vontades e interesses. Os agentes que compõe e representam o Estado todos expressam consciência, vontade e sabe ter discernimento do que certo e do que é ilícito.

Dessa maneira, resta dificultada a aplicabilidade das leis e insuficiente são os interesses do Estado no atendimento de seus anseios de justiça, porque aquele que lesou não consegue demonstra a conduta culposa ou dolosa do agente público.

O Estado patrimonialmente responsável observa a aplicação do ordenamento jurídico para a correção das condutas delituosas existentes nas classes dominantes e afortunadas economicamente.

É possível diante das considerações concluir que a co-culpabilidade goza de plena consonância com o momento político, econômico e social do país. Se a sociedade pode usufruir das benesses, tende a entender que é o seu conjunto de ações também tem reflexos prejudiciais. Deve por isso assumir a parcela de culpa que lhe cabe.

Infelizmente a realidade do ordenamento jurídico não coaduna com tais ideais. Como resultado, há um Estado com caráter altamente lesivo, mas impune diante de toda a situação de fato, agregando a esta impunidade a sua cúpula de agentes.

A criminalidade organizada vem ganhando notoriedade, que se aprimorou e desenvolveu assim pelas mesmas condições do delito de lavagem de capitais - o desenvolvimento da tecnologia e a globalização demonstra o Estado muitas vezes impotente na luta.

A nova Lei 12.850/2013 altera o nome do tipo penal de quadrilha ou bando para associação criminosa, além de exigir agora três ou mais integrantes para configurar o delito.

Segundo Régis Prado (2014, p. 394-397), a criminalidade organizada tem aparecido com muito mais intensidade na criminalidade econômica. Esta se relaciona com os bens jurídicos metaindividuais, que se manifesta em sentido amplo nos mais diversos tipos de atividades, como terrorismo, tráfico e política.

O autor apresenta como as principais características da organização criminosa a pluralidade de pessoas, uma hierarquia e organização em sua estrutura, o caráter de permanência no tempo, a atividade focada em negócios ilegais, disciplina interna, internacionalidade, lucro econômico como o objetivo primordial, e a corrupção das esferas administrativa, legislativa e judiciária do Estado.

A criminalidade organizada é um fenômeno social, tanto que se manifesta nos mais diversos âmbitos da organização social, e pode pelo mesmo motivo ser caracterizada como um fenômeno mutável. É a criminalidade organizada que se vincula ao delito de organização criminosa, embora não exista uma conceituação pacífica sobre o tema. De modo comum, apresenta a todas o alto poder de corrupção, uma estrutura piramidal, acumulação de poder econômico e alto poder de intimidação.

Trazido por Régis Prado (2014, p. 403), o crime organizado está como a "conduta praticada por indivíduos que se associam de forma *organizada*" para cometer crimes, o que não se confunde necessariamente com uma estrutura criminosa.

Importante frisar que as associações delitivas não necessariamente estão vinculadas ao âmbito financeiro ou econômico. Contudo, como em sua grande maioria visam obtenção de lucro e dependem da manutenção de recursos financeiros, os demais delitos praticados acabam sendo combinados com os delitos contra a ordem econômica.

É preciso, para identificar o crime, que se identifique a associação, na diferença das associações comuns em seu propósito, pois o daquelas é antissocial. O crime organizado não existe no mundo jurídico, pois apenas teria viabilidade se houvesse disposição legal que dele tratasse.

A criminalidade organizada pode ser enquadrada no direito penal do inimigo, construção político-criminal e dogmática que visa separar os cidadãos dos

chamados não cidadãos, este que oferece perigo a ordem social, como os praticantes de criminalidade organizada que receberão um tratamento diferenciado dentro do próprio direito penal. A sua periculosidade seria maior, quebrando os laços de seus integrantes com a cultura comum e desumanizando-o com relação a empatia social.

No que se refere a lei em específico, a capacidade da sociedade de influenciar em sua formação com seu clamor resulta justamente na acentuação da incapacidade técnica do legislador, principalmente pelo modo que redige o texto e criminaliza a conduta.

O delito de organização criminosa tutela a paz pública, conflitante com o caráter transnacional do delito (2014, p. 415). O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, enquanto o passivo caracteriza-se por ser a coletividade.

Sobre quem comanda a organização criminosa, parte da doutrina entende que o "homem de trás" é autor mediato, o que fica a depender de comprovação no caso concreto. Outra parcela da doutrina defende este estar agindo em coautoria, o que não é cabível por desconsiderar justamente os elementos desta, como a prática comum do fato e estruturação horizontal da sua realização. Por fim, outra parcela entende que os únicos e verdadeiros autores são os executores, enquanto o mentor, partícipe (PRADO, 2014, p. 416-418).

A legislação brasileira optou por responsabilizar os executores de crimes pela conduta típica e agravar a pena daquele que exerce o comando, seja este individual ou coletivo.

A tipicidade da conduta é promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa, pessoal ou indiretamente. De perigo abstrato, sua perigosidade é inerente e imprescindível de que os crimes efetivamente se realizem ou gerem o resultado almejado, ainda em uma antecipação da punibilidade, em um tipo preventivo.

O legislador ainda erra quando define um tipo misto alternativo sem a devida dosagem da pena para cada nível de colaboração. Pelo princípio da legalidade e da culpabilidade, a pena não poderia ter um limite indeterminável - deve haver responsabilização subjetiva coerente, apenas onde agiu com dolo.

A lei prevê causas de aumento de pena quando há na organização criminosa o emprego de arma de fogo, se há participação de criança ou adolescente, se há concurso de funcionário público, se o produto ao menos em parte

se destinar ao exterior, se a organização mantém conexão com outras organizações ou se o fato demonstrar transnacionalidade da organização. A ação penal do delito, não diferente, é pública e incondicionada. Aborda essas circulações analisando as condições de interconexão cultural e as características adquiridas pela transnacionalidade, entendida como noção que alude aos aspectos transversais, de tradução e transgressão que afetam as práticas e a imaginação contemporâneos.

Apesar de toda a discussão terminológica e doutrinária, o direito penal e processual não pode e não deve ser meramente simbólico, devendo ser proposta uma repressão a criminalidade mais acentuada e eficaz, talvez como uma agravante geral pela condição ou pela incorporação de aumento de pena em cada um dos tipos penais. A organização criminosa que existente no Brasil, desde a fundação do Estado Brasileiro, o que disseminou desde então a cultura da propina que misturadas estão o Poder em seu sentido mais amplo e o poder de ter continua cada vez mais agressivo e desenfreado.

A propina também é conhecida como determinado meio de prostituição ideológica do dinheiro, que possui normas e diretrizes desde muito tempo atrás, ou seja, um vício oculto dentro do poder que advém desde a antiguidade.

Neste sentido, não a espaço para prestadores de serviços de qualquer natureza aos órgãos públicos que não efetue o devido panorama enraizado que acaba assim “consagrando o pagamento de propina”. O pagamento de propina causa enormes transtornos, além de grandes embaraços considerando desde da ordem contábil até a maneira operacional daquele que foi contratado e agora passa a ser refém do Estado até que efetue o devido pagamento.

Causando prejuízos que são consideráveis, de grande monta nas respectivas empresas, é necessário em muitos casos criar verdadeiro sistemas de softwares para que possa ser controlado o objeto de licitação e propina, pois os dois andam juntos, não se consegue ganhar nenhum tipo de licitação, carta convite, ou até mesmo pregão se não andarem entrelaçadas.

Os sistemas operacionais validam as respectivas entradas e respectivas saídas, sendo elas inúmeras, sem que as mesmas sejam identificadas e descredibilização por seus colaboradores entres os próprios executivos.

Empresas que não eram aderentes a esse tipo de prática, já muito bem-conceituadas e com certo domínio sobre a sua atividade, porém a exercia de

maneira licita, ética e moral, ou seja, não pagam propina alguma porem não executavam obras ou forneciam produtos uma vez que não pactuam com esse tipo de concorrência desleal.

Se fez presente em todos os lugares e de todas as formas, porem a empresa sempre foi regida por suas regras junto com seus colaboradores, cujas regras traziam com si certo teor de claridade de como deveria ser os respectivos procedimentos, é de grande conhecimento as suas raízes e seus valores que são vultuosos, de ordem endêmica e sistêmica, porém disseminada estão por onde quer e vier a passar em função da própria ordem que decorre do Estado de Direito.

Empresas que prestam serviços de excelente qualidade, materiais de alto nível que até nos dias de hoje estão em perfeito estado o que por ela foi produzido, mas nada disso vale diante dos órgãos públicos, praticas está exercida pela livre iniciativa, que adentra desde os vendedores abarcando até a feira livre e acaba alçando até o mais alto escalão até a mais complexa obra de engenharia como a própria produção da agropecuária que acabam se beneficiando de maneira *danosa* que cuja maneira é a única para sobrevivência destes que estão envolvidos no meio empresarial.

Assim não há obra pública ou fornecimento de produto ou qualquer tipo de material como até mesmo o envolvimento de produtos perecíveis como a carne no que se tangue o bem estar e a saúde da população em qualquer da terra sem que haja o verdade poder oculto atrás do próprio Estado, ou melhor agindo em conjunto ou em prol do Estado visando única e tão somente aqueles que exercem seus respectivos cargos sem por meio de voto direto e secreto, seja por meio de concurso público, de cargos comissionados, ou até mesmo por meio de indicação como no caso dos respectivos Tribunais Superiores

Em entrevista que bem retrata a realidade posta em toda o trabalho, Joesley Batista conta com exclusividade a revista Veja e a revista Época como descobriu que era um criminoso.

Destaca de maneira clara e evidente que se deu conta que vivia uma vida de criminoso quando começou a ser coagido e ameaçado para que ficasse em silencio e narra a entrega fatídica do dinheiro em moeda corrente entregue a Eduardo Cunha, na época o presidente da câmara do Senado. Relata também sobre o atual Presidente da República Temer, onde diz que com suas próprias palavras é um cara frio, totalmente direto e objetivo no que tangue as negociações, e

que de maneira alguma parece a mesma pessoa que se apresenta frente as câmaras de TVs e se apresenta de forma sutil nas entrevistas fornecidas a televisão brasileira.

Joesley diz que:

[...] Temer é o chefe da quadrilha mais famosa do Brasil, entre os partidos dos Trabalhadores e o Ex-Presidente Lula, acusados de espalhar a estrutura criminosa, assim como Aécio faz parte dessa grande organização criminosa

Tudo o que passa no cenário atual, já começou, ou seja, já teve início há mais de 10, á 15 anos atrás. Quando começaram a surgir determinados grupos com certas divisões específicas de tarefas, onde cada um tem o seu papel sendo atribuído então um chefe, um operador e um tesoureiro.

São organizações criminosas, que existem para ganhar dinheiro, cometendo crimes, para isso foi criado então e cada Estado, mas não em todos, porém de maneira estratégica atingindo as Estatais, os fundos de pensão das estatais, e no Ministério de Brasileira.

Lula e o Partido do Trabalhadores foram os idealizadores da criminalidade institucionalizada com fim específico tendo como a corrupção com a criação de certos núcleos que visam atingir o mesmo propósito como a exemplo o BNDES. E assim foi disseminando o modelo do PT, e sendo reproduzidos automaticamente pelos demais partidos. “Joesley afirma que os pagamentos visam uma obrigação dentro da hierarquia” tendo como exemplo o caso do Guido Mantega – investidura do PT. Joesley afirma que Guido “O BNDES comprou ações e investiu na sua empresa, como você não vai me dar dinheiro? Eis um contrato republicano ou um contrato informal”.

Assim Joesley estava diante do Partido dos Trabalhadores e diante de Guido Mantega, que questionava a ele pagar? Pagava? Porque pagar? Pagava porque quem gerenciava a gestão de agronegócios era o Guido; e em casos de não efetuar o pagamento, logo o credito que era solicitado de maneira legitima que havia pedido a Caixa Econômica Federal não seria mais apreciado.

Assim configura então o *modus operandi* da organização criminosa:

[...]o "modus operandi" sempre foi assim, ao tentar realizar, fazer negociações e operações com a Caixa Econômica Federal, logo de

imediatamente o Lucio já acabava por descobrir, justamente por ter acesso ao sistema e logo vinha diretamente ao meu encontro solicitando que fosse pago os 3% não é?

[...] era um toma lá da cá de imediato e bate pronto na linguagem mais popular, ou seja paga se os 3% e passa as operações pelo crivo do comitê, ou caso contrário, se não houvesse a mediante paga recompensa dos 3% em cima da devida operação essa não se realizaria, e de início já estaria indeferido o pedido da tal operação financeira a ser realizada

Joesley afirma “ter pago a Eduardo Cunha o valor correspondente a 5 milhões de reais, pelo seu silêncio, que este foi objeto de pagamento ao longo do ano de 2016”. Porém, agora passa a figurar o Geddel como subordinado de Temer, passando de 15 em 15 dias ao encontro de Joesley para saber se estava cumprindo com seu papel e com as demais famílias prejudicadas em face da organização como no caso de Temer e de Eduardo Cunha que presidia a câmara antes de sua respectiva prisão.

Geddel falava em nome de Temer, tanto a prova que estava ele envolvido que exprimia a vontade dele para os outros para que pudessem fazer por ele, assim configura a pessoa de Geddel, que pensou que se livraria sem a delação premiada, uma vez que pela lei de abuso de autoridades e anistia ao caixa 2, acreditavam que assim que aprovadas, seriam legalizados os atos ilícitos praticados no passado.

Porém, o movimento de aprovação comandado pelo Presidente Temer e Geddel acabaram apenas por articular o caixa 2 e o Renan responsável pelo abuso de autoridade que não deu em absolutamente nada. Assim começa a troca de poderes entre os políticos, que acabam não se entendendo mais nem mesmo dentro dos bastidores, e assim, por conseguinte, começam a se estranhar diante de toda a crise política existente.

Joesley viu que não havia outra saída, assim preferiu acabar se aliando por vontade própria em conjunto com o Ministério Público, não mudam nada, ao contrário começa desde o topo com a hierarquia mais alta com a presença do Presidente da república chamado por Temer e em segundo lugar a presença de Aécio Neves.

Que eram feitas de notas frias, compras ligação e mediante o caixa 2. Joesley também afirma que o áudio que gravou na presença do presidente é considerado como uma prova plena e robusta que pode ser objeto de averiguação a qualquer momento.

Lula atua entre anos de 2006 a 2013, sendo que nessa época seus intermediadores já eram o próprio Guido em conluio com a Ex-Presidente Dilma Rousseff.

A relação institucional é decorrente do meio em qual vivia, porém várias vezes Joesley se fez de desentendido, quando foi intimado a pagar respectivos alugueis de apartamentos e se fez mais de uma vez de desentendido quando solicitado o seu Jato pelo presidente.

Fica nítido que a superior hierárquico é a figura do Presidente da República Federativa do Brasil e abaixo dele o seu subordinado que é a figura do Eduardo Cunha. Assim aqueles que não estão presos logo estão sob o poder e atuando de maneira perplexa no Planalto Federal.

Joesley se apresentou a Procuradoria Geral da União de maneira espontânea, para tentar negociar um possível acordo e contou tudo que sabe sobre a estrutura da organização criminosa que é o objeto em questão. Dessa forma os empresários são obrigados a lidar com agentes públicos no Brasil que tem de pagar para conseguir trabalhar, pois caso contrário jamais conseguiria ser inserido no rol dos empresários brasileiros. Assim os empresários se veem em uma via de mão dupla sem saída.

Uma vez que Lei 8.666/93 editada em conformidade com o art. 22, XXVII, da Carta Magna de 1988 atendendo aos ditames do dispositivo compete privativamente à União legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação.

Existem brechas na lei que são passíveis de diversos entendimento entre linhas, não significa dizer que existe Lei para a permissão de acordos que envolvem o erário público como no caso das licitações malfeitas ou pré-combinadas entre os próprios concorrentes e o Estado. Dessa maneira sua propositura gera um comportamento no qual as pessoas acabam se submetendo pela coação de um agente superior a um ciclo de delitos que se integraram na cultura nacional com toda a sociedade passivamente assentindo a série de delitos que continuam a ser praticados.

O agente em função ou decorrente de outrem que assim pratica a conduta, ou daquele que induz a pratica de determinada conduta, ou aquele que acaba se submetendo a coação que lhe é exercida em decorrência do próprio Estado. Deverá e poderá atenuar a pena do indivíduo uma vez que este age somente por estar influenciado pela cúpula administrativa que permanece

ocultamente enraizada dentro do Estado, contribuindo incisivamente para a realização da prática de determinado fato/ato típico, antijurídico e culpável.

Já que o julgamento das devidas propostas apresentadas não é considerado como um ato discricionário, mas sim, como um ato vinculado, que se faz em conformidade com os devidos preceitos legais além dos instrumentos de cunho convocatório. Os critérios de julgamento utilizados no âmbito das licitações já são descritos no próprio edital, onde deve ser analisado o melhor preço, a melhor técnica, o maior lance dado, ou a maior e melhor oferta proposta já que consiste no confronto de ofertas, onde será classificado como o vencedor.

Diante do Código Penal a luz do artigo 65, inciso III, alínea “c”, estando o agente diante da coação irresistível está é considerada como causa de exclusão da culpabilidade conforme dispõe o artigo 22 do diploma ora mencionado em sua primeira parte onde também traz expressamente a coação resistível que é configurada como causa atenuante da culpabilidade, ou seja, aquela que o agente podia resistir.

Enquanto a segunda parte do artigo 22 ocupou em tratar do cumprimento de ordem de autoridade superior, ou seja, quando a ordem não for manifestamente ilegal o cumprimento esta configura também como excludente de culpabilidade. Ao contrario acontece quando o agente cometeu o crime em cumprimento a ordem que era manifestamente ilegal, embora trata de causa de exclusão de culpabilidade a pena do agente deverá ser atenuada.

Nas palavras da Dra. Patrícia Barcelos Nunes de Mattos Rocha (2017, p.149), existe várias com a modalidade de corrupção da corrupção sistêmica, política e administrativa:

[...] A corrupção sistêmica ou do sistema estatal se verifica quando o Estado é estruturado para autorizar ou conceber trocas, clientelismo, e privilégios a determinados setores da sociedade. Já as formas de corrupção política e administrativa podem ser verificadas dentro das instituições políticas e burocráticas. São efetivadas pela troca de favores, por privilégios aos interesses particulares, podendo ser detectadas no funcionamento do Estado. Saliente-se, que a corrupção política abrange também o processo eleitoral, o processo de recrutamento para algumas funções estatais elementares, o funcionamento dos partidos políticos e a forma de desempenho dos agentes políticos

A Lei 12.846/2013 traz em seu §2 do artigo 3º que os dirigentes ou administradores da pessoa jurídica somente devem ser punidos e

responsabilizados pelos atos ilícitos praticados na medida da sua culpabilidade. Cujas “delimitação da culpabilidade do empresário ou administrador sinaliza a possibilidade de se sustentar a responsabilidade dos diretos de forma subjetiva e não objetiva, como acontece com a pessoa jurídica”. (MORAES, 2017, p.149).

Ao agente que age em detrimento de outrem, deve ser atenuada a culpabilidade deste uma vez que age mediante coação ou em função da ordem que lhe foi emanada, ou seja, recaindo o juízo de culpabilidade e a reprovação da conduta sendo aplicável aos administradores da pessoa jurídica que por esta responde no âmbito criminal devendo inclusive ser atenuada as respectivas multas que sobrepõe a aplicação a pessoa jurídica.

O que também não podem permanecer impunes, ou seja, devendo ser punido todos aqueles que estão à frente do Estado, seja Ministro, Deputado, Senadores ou até mesmo o Presidente da República, uma vez que a obrigatoriedade da conduta ilícita é de cunho principal, além de ser decorrentes e específicas do próprio Estado. Embora tenham imunidades estão são considerados como ser humano normal, e inclusive são passíveis de punição, uma vez que exercem as suas respectivas funções em face e para o Estado, porém acabam tirando proveito do cargo que ocupa e das suas respectivas funções que exerce, porém acaba incidindo em condutas ilícitas, lesa o erário público em detrimento do cargo e da posição.

Na medida em que Carta Magna zela e norteia pelo regular funcionamento da ordem pública os próprios representantes que deveriam agir corretamente são aqueles que corrompem automaticamente os demais sendo os próprios agentes, que então corrompem os empresários que estão vinculados diretamente a uma Pessoa Jurídica para que esses possam adentrar nas esferas administrativa pública, bem como participar dos processos licitatórios, mesmo no caso em que a Pessoa Jurídica preenche todas as peculiaridades, porém não resta outra medida, nem outra conduta a ser realizada a não ser a submissão que decorre do próprio Estado, impondo aos demais.

Dessa maneira para que este possa valer da sua prerrogativa de participar das licitações, carta convite, pregão, ou qualquer outra modalidade que envolva a Administração Pública se não estiverem submissos e pactuados com as determinadas ordens que reflete então nas condutas a serem realizadas jamais terão se quer chance alguma de participar, muito menos ganhar qualquer tipo de

trabalho mediante efetivação de contratual que advém da própria administração pública.

Tal fato repercute no atraso e na desigualdade que são geradas pela própria Nação. A Lava Jato trouxe vários avanços, mas junto com ela trouxe um cenário assustador de imprevisibilidade e uma instabilidade que fica instaurada dentro da segurança jurídica. Sendo inclusive objeto de discussão a decisão proferida pela mais alta Corte, ou seja, do Supremo Tribunal Federal que confronta diretamente com a decisão proferida pelo Senado Federal.

## 8 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi, através da correlação de institutos de direito penal e da legislação penal vigente, promover uma reflexão sobre os delitos que envolvem a administração do Estado e a iniciativa privada, levando-se em consideração a crise política e a crise de valores que permanecem lastreados ainda em meio ao século XXI.

Para que esse debate pudesse ser promovido foi preciso inicialmente dispor sobre a estruturação do delito e as principais teorias que se ocupam do estudo analítico do crime, a saber a teoria bipartida e tripartida.

O que se leva em conta hoje é a categoria da realidade do ser, e não do dever ser, do valor, diretamente relacionado com o discernimento e a consciência do homem, aquela aplicando-se ao Direito Penal. A conduta humana caracteriza a dirigibilidade, a finalidade. Assim, o fato, acontecimento externo, só pode ser qualificado pelo resultado de seu feito decorrente da vontade.

Outrossim, não há em se falar de causalidade nem de finalidade quando se está diante de uma omissão, uma vez que não existe relação de causalidade a princípio em sentido estrito, entre a omissão e o resultado delituoso. Na omissão, o resultado é compreendido por uma série de fatores causais que concorrem entre si, diferentemente do que acontece nos delitos comissivos. No delito omissivo, o agente deveria e podia evitar o resultado e assim não o fez, porém não foi o agente que causou aquela determinada situação que se exterioriza, enquanto no delito comissivo, o agente deu causa a situação.

Essencial para composição do conteúdo do leitor para que pudesse debater sobre o tema foi necessário o estudo da culpabilidade e como está se aplica no ordenamento jurídico penal através do estudo analítico do delito. Não obstante o tema também foi tratado pelo entendimento de doutrinadores referência no tema como Luiz Regis Prado e Eugênio Zaffaroni.

Fica evidente que a culpabilidade é a relação entre a conduta do homem e a norma jurídica. Por essa razão, toda pessoa deve ser respeitada como ser humano detentor de dignidade e, como consequência, deve ser considerado como um ser responsável diante de todo o direito insculpido no ordenamento jurídico vigente.

Assim sendo, a culpabilidade é a reprovação pessoal da realização de uma ação ou omissão típica e ilícita diante de determinadas situações em que o agente podia atuar dentro das exigências que o ordenamento jurídico traz. Não se pode dizer que existe culpabilidade se não se estiver diante da existência da tipicidade e da ilicitude do fato, embora seja possível se estar diante de uma ação típica, ilícita, mas inculpável. Significa, em outros dizeres, que a evitabilidade individual (o mesmo que poder agir de outro modo), de base ontológica, pressupõe sempre e exatamente a liberdade de poder se comportar de acordo com a norma (o mesmo que liberdade de escolha, livre arbítrio).

Vale ressaltar que essa teoria qualifica culpabilidade como aspecto subjetivo do tipo. Dessa maneira, permite uma certa acomodação de caráter positivista sociológico. Entende, pois que o alicerce necessário não é apenas o homem médio cujo ente é capaz de autodeterminar-se, sustentando-se sob uma base determinista, não tendo relevância a capacidade de autodeterminação do sujeito.

O conceito de culpabilidade que atualmente integra o ordenamento traduz-se em um juízo de reprovação pessoal pela prática de um fato lesivo a um interesse penalmente protegido.

A culpabilidade acaba sendo o ponto principal da correlação entre o agente do delito e a sociedade foi sustentada em tópico apartado como o estudo da co-culpabilidade.

Atualmente a doutrina vem admitindo a chamada co-culpabilidade, fundamentada na reprovação conjunta que deve ser exercida sobre o Estado. Há situações em que a autodeterminação do agente é diminuída, por estar condicionada diretamente ligada a influência que o Estado exerce sobre este indivíduo, não tendo a devida proporcionalidade e igualdade a todos.

Sendo assim, o Estado que não fornece meios de equalização social concorre para a prática daquele delito, em razão da falta de oportunidade em relação as demais castas sociais.

A co-culpabilidade mostra-se essencial não para que se transfira a culpa do agente ofensor para demais pessoas. Ao contrário, ao se trabalhar com culpa existente no meio social e no modo de vida das pessoas, o que se visa é buscar uma melhor e mais qualificada aplicação da pena e do próprio direito penal em si.

Foi preciso trazer à tona o princípio da intervenção mínima do Estado e o conceito da culpabilidade para fundamentar a abordagem das doutrinas do Grégoire Moreira de Moura e Eugenio Zaffaroni e novamente embutir a co-culpabilidade entre o fato e conduta criminosa.

Em seguida pela relevância do tema do desenvolvimento do texto o trabalho separou um capítulo exclusivo para tratar da influência do Estado na economia e os resultados distorcidos que essa relação pode trazer. Para que essas ideais se firmassem foi preciso trazer à tona os critérios que estruturam o direito administrativo com destaque para a legalidade, a moralidade e a probidade.

Para que fosse possível tratar dos resultados distorcidos que podem ser causados pela intervenção sem respeitar tais princípios, foi abordada a relação do Estado com os contratos privados dando enfoque as licitações.

Que se precisou abordar em seguida foi como que essa postura irregular do Estado se caracteriza como crime e é capaz de influenciar a criminalidade na esfera na privada.

Dentro do tema foram tratados assuntos relevantes como a dosimetria da pena diante da situação e o reflexo social das sentenças que são proferidas nesse sentido.

Da junção de todo este conhecimento foi possível tecer considerações relacionando a co-culpabilidade nos delitos inseridos na ordem econômica que se vincula com o agente estatal, como também, o estado influencia na submissão dos envolvidos na relação privada.

A Carta Magna de 1988 contempla em seu art. 37 que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade e eficiência.

Demonstra-se visível que o campo de ação é regulado de maneira bem menor, ao contrário do que acontece com o particular. A contrário senso, afirma-se que tudo é permitido conforme previsão em lei, devendo em conformidade com esta ser executado, além de observados os critérios quando autorizado e a forma como lhe autoriza. Em síntese, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir por si própria, salvo em situações excepcionais como no caso de uma guerra e grave perturbação. Este princípio vincula e submete o agente público.

A moralidade administrativa está intrinsecamente interligada ao conceito de um bom administrador. Quando aquele usar de sua competência, deve demarcar de modo exato não só pelos critérios legais estabelecidos em lei, mas deve também zelar pela moral comum, usar de esforço sempre levando em consideração o que de melhor e útil que existe no âmbito da Administração Pública. Desde modo, fica vedado a Administração Pública agir de maneira diversa, ou de modo que contrarie os princípios da lealdade e o da boa-fé.

A improbidade administrativa tem tratamento diferenciado e mais rigoroso, pois adentra no ordenamento constitucional ocorrendo então a suspensão dos direitos políticos do improbo (art. 15, V) conforme estatui o art. 37, §4º. Neste mesmo sentido, além de ter a suspensão dos direitos políticos, terá mais implicações que estão relacionadas com a perda do cargo, assim como deverá ressarcir o erário público e demais consequências.

O Estado, uma vez relacionado diretamente com fatores que podem gerar o fator social dentro de determinadas condutas, é capaz de estimular a configuração do crime.

O conceito dado através da ordem econômica abarca tanto as ordens tributárias, financeiras, relações de consumos, como também a relação monetária, constituindo assim um bem jurídico-penal meta individual, e a cada bem jurídico violado existe um bem jurídico a ser protegido, além de visar a coletividade não exclui a proteção dos demais interesses individuais. Significa dizer que acolhe tanto os direitos individuais quanto os interesses coletivos.

A Lei 4.728/1965 traz em seu diploma a regulamentação do mercado de capitais em especial limites e estabelece medidas para que possa ser desenvolvida dentro de determinados aspectos ou determinados parâmetros. Posteriormente, adveio a Lei 7.492/1986 de 16 de junho de 1986, que disciplinou o bem jurídico a ser tutelado dando tratamento aos crimes contra o sistema financeiro Nacional, que a exemplo é conhecida popularmente como a Lei do Colarinho Branco que trata especificamente e expressamente o tema ora mencionado, cuja Lei 7.492/1986 traz consigo característica peculiar, pois tem caráter criminológico que tem como base e toma referência para tal a *“teoria das associações diferenciais”*, criada por Sutherland em 1939, que já tratava o delito de maneira diferenciada, justamente por ser praticado por pessoas profissionais, extremamente respeitáveis.

Exigia condutas que são realizadas dentro do âmbito profissional, além status social elevado, porém tem preferência moderna para expressar a criminalidade econômica.

Uma vez que o bem jurídico tutelado tem natureza macrossocial ou transindividual, seu cunho pode ser institucional ou coletivo, sendo em prol de toda a sociedade e não somente em favor de uma única classe ou em favor de um único indivíduo a ser beneficiado. Neste sentido, a sociedade brasileira começa finalmente a se dar conta dos riscos embutidos que estão nessa demonização enraizada em função da política e no desmonte social de repercutindo vários tipos.

Uma vez que o órgão não é Estado individual, uma vez que agentes (indivíduos) são atuantes em órgãos os quais expressam suas ações conduzidas pelas suas próprias vontades e interesses. Os agentes que compõe e representam o Estado todos expressam consciência, vontade e sabe ter discernimento do que certo e do que é ilícito.

Dessa maneira, resta dificultada a aplicabilidade das leis e insuficiente são os interesses do Estado no atendimento de seus anseios de justiça, porque aquele que lesou não consegue demonstra a conduta culposa ou dolosa do agente público.

Importante frisar que as associações delitivas não necessariamente estão vinculadas ao âmbito financeiro ou econômico. Contudo, como em sua grande maioria visam obtenção de lucro e dependem da manutenção de recursos financeiros, os demais delitos praticados acabam sendo combinados com os delitos contra a ordem econômica.

É preciso, para identificar o crime, que se identifique a associação, na diferença das associações comuns em seu propósito, pois o daquelas é antissocial. O crime organizado não existe no mundo jurídico, pois apenas teria viabilidade se houvesse disposição legal que dele tratasse.

Por fim, o emparelhamento das ideias permitiu que se atingisse o entendimento de que a melhor maneira de se proceder ao exercício da co-culpabilidade diante dos crimes econômicos que envolvam a administração pública que a situação seja tratada como coação moral resistível e diante do cumprimento da ordem manifestamente ilegal que deve resultar em uma redução na dosagem da pena, mas não em exclusão de culpabilidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASPECTOS Gerais sobre o Direito da Concorrência. **Revista Direito**. Disponível em: <http://revistadireito.com/aspectos-gerais-sobre-o-direito-da-concorrencia/>. Acesso em 26 de set. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1940.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, P.77,78. 2002.

CABALLERO Miguel; OTAVIO Chico. Financiamento da Caixa à Eldorado, de Joesley, rendeu propina a Temer e Cunha, diz Funaro. **O Globo**. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/financiamento-da-caixa-eldorado-de-joesley-rendeu-propina-temer-cunha-diz-funaro-21816544#ixzz4wMtlG4T5>. Acesso em 23 out. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

CASO Lava-jato. **MPF**. Disponível em < <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>>. Acesso em 1 set. 2017.

CORACINI, Celso Eduardo Faria **Contexto e Conceito para o direito penal econômico** Rio de Janeiro, Paz e Terra, **1991**, p. 435-441

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 7 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DEPUTADOS durante a madrugada tentem modificar pacote anticorrupção tentando a legalização do caixa 2. Disponível em <[https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/11/30/interna\\_politica,828382/durante-a-madrugada-deputados-modificam-pacote-anticorruptao.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/11/30/interna_politica,828382/durante-a-madrugada-deputados-modificam-pacote-anticorruptao.shtml)>. Acesso em 14 set. 2017.

GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; DE MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal: parte geral**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio (coord.); MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal – parte geral**. V. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 189.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16º ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GRÉGORE, Moreira Moura. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal** – 1º reimp. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**; parte geral 2º ed. Rio de Janeiro: Impetus: 2002, p.469.

JOESLEY Batista afirmou: todos são criminosos. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=VG3M8OKULzo/>>. Acesso em 10 set. 2017.

JOESLEY Batista confessa à Revista VEJA: descobri que eu era um criminoso. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=3p0SbmkLmXw/>>. Acesso em 10 out. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2004.

LA doctrina de la accion finalista, hoy. **Anuário de Derecho Penal y ciência de Derecho y ciências Penales**. Madrid: Ministério de Justiça, 1968.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, 2º. Ed., Editora Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 2003.p 40;

MEIRELLES, Kely Lopes, **Direito Administrativo brasileiro**, 29º ed. (atual. Eurico Azevedo et al) São Paulo, Malheiros, 2004.

MENDES, Ferreira Gilmar. PIERPAOLO, Cruz Bottini. EUGÊNIO, Pacelli. **Direito Penal Contemporâneo Questões Controvertidas**. São Paulo. Saraiva, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas**. São Paulo: Atlas, 2002.

PORTO, Vinicius; MARQUEZ, Jader. **O Compliance Como Instrumento de Prevenção e Combate à Corrupção** [ET. AL]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Econômico**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROXIN, Claus; trad. Luís Greco. **Estudos de direito penal**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SACERDO, Leandro. **Política Criminal e Crimes Econômicos** - Uma Crítica Constitucional. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2012.

SANDEL, Michael J. **O Que o Dinheiro Não Compra** – Os limites morais do mercado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2015.

SANTOS, Ana Claudia Schwenck, Dicionário Técnico Jurídico. São Paulo, Editora Rideel. 2015,

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do fato punível**. 3º ed. Curitiba: Fórum 2004, p. 265-266

SILVA, C. Carlos João. **Princípio da co-culpabilidade e sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro**, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

VEJA 8 situações em que os donos da JBS usaram a corrupção para obter vantagens. **G1**. Disponível em < <https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/veja-8-situacoes-em-que-os-donos-da-jbs-usaram-a-corrupcao-para-obter-vantagens.ghtml>>. Acesso em 11 out. 2017.

VIEIRA, André Luis; (DF) Fiscalização de Contratos Administrativos: **Assessor Jurídico**. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-luisvieira/fiscalizacao-de-contratos-administrativos-sintese-e-contexto>>. Acesso em 10 out. 2017.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Trad. Juan Bustos e Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 11 ed. Santiago: Jurídica de Chile. 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Editora Comercial, Industrial y Financeira, Tucuman, 927. P. 6º Buenos Aires, 1998.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro. Editora Revan, 4º reimp. Setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Et.al. Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2003, v.I,p.246

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1: Parte Geral**, 11º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1: Parte Geral**, 9º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1: Parte Geral**, 11º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.