

CAPÍTULO 8

A TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E SUA
APLICABILIDADE NAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES
DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.....247

Paula de Oliveira Peres

CAPÍTULO 9

A NECESSIDADE DO PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA
ADMINISTRATIVA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO
PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.....281

Stephanie Carolyn Perez

Capítulo 1**O PRINCIPAL DELITO ECONÔMICO DA
MODERNA SOCIEDADE INDUSTRIAL:
OBSERVAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O
CRIME DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL**

Alaor Leite¹

Adriano Teixeira²

Resumo: O artigo busca introduzir o leitor brasileiro ao crime de infidelidade patrimonial, considerado um dos mais importantes delitos do direito penal econômico moderno. Explica-se sobretudo o conteúdo de injusto do delito e discute-se como o legislador brasileiro, embora não o tenha tipificado expressamente em nosso ordenamento jurídico, tenta (inconscientemente) apreendê-lo de forma confusa e fragmentária. Uma solução para esse insuportável quadro é proposta, tanto de *lege ferenda* quanto de *lege lata*.

Caso 1

A, advogado de B, recebe R\$ 50.000,00 a que seu cliente tem direito, frutos de uma bem sucedida ação indenizatória, e, em vez de repassá-los imediatamente, mantém o dinheiro em conta própria, auferindo assim algum rendimento. Sessenta dias depois, A repassa a B a quantia de R\$ 50.000,00.

Caso 2

C, diretor da sociedade por ações D, efetua negócio de enorme

¹ Mestre (LL.M) e doutorando na Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha.

² Mestre (LL.M) e doutorando na Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha (bolsista CAPES/DAAD).

risco – investe alto no setor petrolífero –, com vistas a auferir lucros para a sociedade. C não contava com o consentimento do Conselho de Administração para assumir tais riscos, que acabam resultando em perdas patrimoniais para a sociedade. *Variante 1*: Trata-se de instituição financeira.

Caso 3

E, governador do Estado F, constrói suntuosa escultura de bronze para que se torne o “símbolo” de seu Estado, em vez de destinar tais recursos públicos à construção de duas escolas, conforme estava estabelecido no plano orçamentário. O valor gasto nas obras seria o mesmo pago pela escultura. *Variante 1*: E é prefeito do Município H.

Caso 4

Uma grande sociedade de economia mista Y, atuante no setor de energia, abre concorrência pública para a prestação de uma série de serviços na área de meio ambiente. Um grupo formado por diretores das maiores companhias do setor se reúne e decide que, nesse certame, apenas uma delas concorrerá. Em futuros certames, uma outra empresa do grupo deverá ser a escolhida e assim por diante. Os Conselhos de Administração e os respectivos acionistas das companhias desconhecem esse acordo informal. Sabendo desse conluio, diretores da sociedade de economia mista exigem o pagamento de vantagens de somas milionárias em benefício dos próprios diretores e dos políticos responsáveis por suas indicações, para que sejam excluídas da concorrência outras empresas não participantes do tal conluio. Assim foi feito. O valor das propinas foi incluído no preço final do contrato celebrado entre a companhia Y e a companhia privada eleita, superando consideravelmente o preço hipotético que seria possível formar caso não houvesse pagamento de vantagem e a concorrência ocorresse livre de vícios. *Variante 1*: Todas as companhias envolvidas, contratante e contratada, são sociedades por ações de natureza jurídica de direito privado.

1. INTRODUÇÃO E CAMINHO DA INVESTIGAÇÃO

Os casos acima descritos ativam certamente na maioria das pessoas uma intuição de que *algo de errado* aconteceu. A aleivosia – a popular “facada pelas costas” – goza inegavelmente de reprovável status moral e não pode despertar senão repúdio. Quando aquele que deveria tutelar, *danifica o patrimônio alheio a partir de dentro*, esse repúdio encontra sua tradução jurídica no “principal delito econômico da moderna sociedade industrial”³, a *infidelidade patrimonial*. Apesar da fama mundial de que desfruta, qualquer observação teórica sobre a *infidelidade patrimonial* no direito penal brasileiro, ainda que se proponha introdutória, tropeça de saída na *ausência de tipificação expressa* do delito no ordenamento jurídico pátrio. Mais do que isso, há pouca ou nenhuma discussão científica a esse respeito⁴. Um breve olhar para o entorno revela uma realidade legislativa diversa, em que se pode observar tal tipificação: art. 173, 7 CP argentino; 295 CP espanhol; §266 CP alemão; §153 CP austríaco; art. 224º CP português; art. 2634 CC italiano; art. 158 CP suíço. A discussão científica internacional está em ebulição, baseada em candentes casos de infidelidade envolvendo grandes companhias⁵. A Suprema Corte alemã – o *Bundesverfassungsgericht* – proferiu decisão histórica sobre a infidelidade patrimonial em 2010⁶ e o legislador espanhol reformou o delito no ano de 2015

3 *Schünemann*, FS-Frisch 2013, p. 837 e ss.; na Alemanha, ver *Rentrop*, Untreue und Unterschlagung (§§ 266 und 246 StGB), Berlin, 2007, p. 1 e ss.; a autora constata que na Alemanha não se passa uma semana sem notícias em jornais de grandes casos de infidelidade patrimonial, uma espécie de “delito celebridade” (p. 270).

4 Ver as valiosas e pioneiras linhas introdutórias de Nilo *Batista*, Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86, in: Podval (org.), Temas de direito penal econômico, São Paulo, 2000, p. 319 e ss., que indica ainda padecermos de uma “literatura especializada ainda parca” nesse setor (p. 322.)

5 Ver abaixo II.

6 BVerfGE 126, 170 e ss.; a esse respeito, *Leite*, Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht, GA 2014, p. 220 e ss. (há tradução no prelo, a ser lançada em coletânea portuguesa: *Leite*, Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial – A irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal, in: Aroso Linhares (org), Direito e Tempo, Coimbra, 2016). A decisão mencionada revolucionou a discussão sobre o princípio da legalidade, especialmente em torno do mandamento de determinação, e causou inabarcável discussão na doutrina alemã: *Beckemper* ZJS 2011, p. 88 e ss.; *Fischer*; StV 2010, p. 95 e ss.; *Saliger*; NJW 2010, p. 3195: “decisão fundamental”; *Kraatz*, JR 2011, p. 434 e ss.; *Kuhlen*, JR 2011, p. 246 e ss.; *Böse*, Jura 2011, p.

(Ley Organica 1/2015)⁷. “De duas, uma” – assim, o leitor –: “ou os autores almejam propor uma nova criminalização, um empreendimento em voga, ou embarcarão em imaginativo exercício intelectual sobre delito inexistente, um luxuoso e inaceitável absentismo diante de uma ordem jurídica farta de tipos penais a clamar por atenção”. Nenhuma das hipóteses está correta.

A ausência de tipificação expressa entre nós não é produto de uma insular, mas respeitável decisão consciente do legislador pátrio, mas obra do acaso. No afazer legiferante em matéria penal, o acaso sempre cobra um preço. Este estudo quer demonstrar que *não há uma lacuna de punibilidade* a ser resolvida com um preguiçosa oferta de novo tipo penal – com o que a primeira hipótese revela-se falsa –, mas sim *punibilidade indistinta* da infidelidade patrimonial sob outras rubricas – com o que a segunda hipótese se esvai. É precisamente a inexistência de tipificação expressa e autônoma o fator a exigir o estudo cuidadoso do problema, na medida em que tal inexistência *convive com a punição de fato* de algumas condutas inficéis, indicando grave *fricção com o princípio da legalidade*. O fato de a rubrica “infidelidade patrimonial” não existir entre nós, muito em razão da imprevidência do legislador pátrio, não apaga da realidade os casos e tampouco implica em ausência de punição na prática. Supor o contrário seria acreditar que, suprimido o art. 121 CP, homicídios deixariam ser um problema de nossa ordem jurídica. Contudo, antes de reclamar de uma suposta lacuna de punibilidade, é preciso identificar as excrescências e excessos da tutela penal nesse setor.

Além disso, há no mínimo três dados concretos que reforçam a necessidade de discussão científica do tema: (a) o Brasil internalizou, por meio do Decreto 5.687/06, a *Convenção da ONU contra a*

617 e ss.; Krüger, NStZ 2011, p. 369 e ss.; Safferling, NStZ 2011, p. 376 e ss.; Kudlich, ZWH 2011, p. 1 e ss.; Schulz FS-Roxin 2011, 305 e p. ss.; Basak in: Brunhöber e outros (Org.), Strafrecht und Verfassung, 2013, p. 71 e ss.; sobre as consequências da decisão para os outros corolários do princípio da legalidade ver Wittig, ZIS 2011, p. 660 e ss.; especificamente sobre o problema da retroatividade da jurisprudência, A. H. Albrecht, FS-Denckner 2012, p. 1 e ss., 2.; por último, Neumann, FS-Beulke 2015, p. 197 e ss.

7 Ver abaixo II., 2.

Corrupção, em cujo art. 22 há a previsão da infidelidade patrimonial, cognominada “malversação de bens no setor privado”⁸; (b) a proliferação virulenta de grandiosos casos de infidelidade patrimonial, especialmente no âmbito de grandes companhias privadas e públicas, pelo Brasil e pelo mundo – como o recentíssimo caso da FIFA⁹ e outros (cf. abaixo II., c); (c) por fim, a verificação de novéis empenhos reformadores em curso, de duvidosa solidez dogmática – como o PLS 236/12¹⁰ e a proposta do Ministério Público Federal¹¹ –, indicam que o debate científico sobre os crimes patrimoniais econômicos é, mais do que nunca, imprescindível. É de se lamentar que, passados tantos empenhos reformadores, até o presente momento não se chegou a uma sistematização consistente dos *crimes contra a propriedade e contra o patrimônio* no direito penal brasileiro¹².

O estudo percorrerá o *seguinte caminho*: Definido o conteúdo de injusto da infidelidade patrimonial (II., 1.), a enunciação de casos

8 “Malversação ou peculato de bens no setor privado. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, a malversação ou peculato, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de quaisquer bens, fundos ou títulos privados ou de qualquer outra coisa de valor que se tenha confiado a essa pessoa por razão de seu cargo”.

9 Em setembro de 2015, por exemplo, o Ministério Público da Suíça denunciou o ex-presidente da FIFA Joseph Blatter pela prática do delito de administração infiel (Ungetreue Geschäftsbesorgung, Art. 158, CP suíço). Blatter teria celebrado um contrato de direito de televisão extremamente oneroso para a instituição e, além disso, teria pago milhões ao ex-presidente da UEFA (União das Associações Europeias de Futebol).

10 A esse respeito, de forma geral, Leite (Org.), Reforma Penal, São Paulo, 2015; sobre a parte especial ver Leite/Quandt, Perda total: defeitos do projeto de Código Penal comprometem sua viabilidade, in: Consultor Jurídico, 28/01/2015, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-28/defeitos-projeto-codigo-penal-comprometem-viabilidade>.

11 Ver a proposta no sítio oficial criado pelo Ministério Público Federal: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>; o Boletim do IBCCrim dedicou número especial a esse respeito, o n. 277 de 2015, disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>.

12 Ver o louvável esforço recente de Salvador Netto, Direito Penal e propriedade privada, São Paulo, 2014, que fala em um “casuismo caótico” nesse setor (p. 28). Os crimes patrimoniais, especialmente aqueles ligados à criminalidade patrimonial “de rua”, possuem maciça representatividade na taxa geral de encarceramento do país. O relatório do INFOPEN, órgão oficial ligado ao Ministério da Justiça, indica que a população prisional brasileira em junho de 2014 era de 607.731 presos e acrescenta quanto à distribuição dos tipos penais constantes dos registros das pessoas privadas de liberdade: “Nota-se que quatro entre cada dez registros correspondem a crimes contra o patrimônio”. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2014, p. 69 (disponível no sítio oficial: www.infopen.gov.br). Note-se que o Estado de São Paulo não ofereceu informações para o relatório. Alamiro notícia, todavia, que a situação naquele Estado pode revelar-se ainda mais alarmante: Salvador Netto, Direito Penal e propriedade privada, p. 6 e ss., com ulteriores informações e dados.

atuais e dos modelos legislativos existentes pelo mundo (II., 2.) confirmará a assertiva de que a legislação brasileira oferece tratamento confuso e incoerente aos crimes contra o patrimônio (II., 3). Diante da inexistência de tipificação expressa e autônoma da infidelidade patrimonial, torna-se necessária a procura por manifestações setoriais da infidelidade patrimonial em nosso ordenamento. Pode-se mencionar, desde logo, alguns tipos que carregam resquícios de infidelidade: o peculato-desvio (art. 312 CP), o emprego irregular de verbas públicas (art. 315 CP), a gestão temerária de instituição financeira (art. 4º, parágrafo único L. 7.492/86), o empréstimo ilícito (art. 17 L. 7.492/86) e – o mais controverso – a apropriação indébita (art. 168 CP). A conclusão, que já adiantamos, é desoladora: pune-se a infidelidade patrimonial ou em descompasso com o real conteúdo de injusto das condutas infíeis, ou desproporcionalmente (III., 1.), ou ainda fora das hipóteses legais, adentrando-se no terreno proibido da analogia *contra reo* (III., 2.). A infidelidade patrimonial pervaga qual fantasma pelo ordenamento jurídico brasileiro. Reencarná-la em corpo liberal, com vistas a identificar os problemas materiais do crime de infidelidade patrimonial, é o mister que cumpre à ciência brasileira. Da observação de nosso ordenamento jurídico e da crítica prudente de nosso embaralhado modelo atual surgirá naturalmente a seta que indica a direção para um tratamento racional do problema da infidelidade patrimonial, de *lege lata* e de *lege ferenda* (IV.).

2. O QUE É INFIDELIDADE PATRIMONIAL?

O direito penal não deve punir a traição ou a mera violação de deveres de lealdade, algo de que, quando muito, o direito civil pode dar conta¹³. Nos casos acima, a infidelidade se materializa em dano ao patrimônio alheio, um *externum* que certamente pode interessar

13 Ver Longobardo, *Infedeltà patrimoniale*, Napoli, 2013, p. 70 e ss., acentuando os perigos de uma conotação ética nesse tema; ver também Rentrop, *Untreue und Unterschlagung* (§§ 266 und 246 StGB), p. 279: “apenas o termo já remete a categorias morais e induz a associações correspondentes”.

ao direito penal – basta abrir o Título II do Código Penal. Ainda assim, o direito penal não deve proteger o patrimônio de *maneira global* contra qualquer sorte de agressão, a ponto de inviabilizar a vida econômica e de vergastar direitos¹⁴. Desventuras negociais e insucessos não devem ser per se criminalizados, sob pena de erguer-se a espada de Dâmoctes por sobre os ombros dos agentes da vida econômica¹⁵. Apenas algumas modalidades especialmente graves de agressão ao patrimônio é que devem ser protegidas por tipos penais e, em razão disso, há que se obter clareza analítica sobre elas. Seria impensável cogitar, como já cogitou Adolf Wach em tempos remotos¹⁶, abranger todas as agressões ao patrimônio (furto, estelionato, extorsão infidelidade patrimonial etc.) sob um tipo geral. O princípio da legalidade recomenda que, ao revés, as diversas formas de agressão que interessem ao direito penal estejam expressas com precisão em diferentes tipos penais, que devem compor um *sistema coerente de proteção do patrimônio*. O legislador penal deve atuar resolutivo nesse setor em que as divisórias com o direito civil são especialmente fluidas¹⁷.

Nesse primeiro momento, o esforço deve ser o de identificar a *estrutura fundamental*¹⁸ da infidelidade patrimonial como *matéria jurídica básica* que deve servir aos labores legislativos e jurisprudenciais, de modo que a análise deve ocorrer liminarmente com independência do direito positivo. É verdade que, se comparados aos da parte geral, os conceitos da parte especial estão mais disponíveis à caneta

14 Schünemann, *Leipziger Kommentar*, § 266, 12ª ed., 2012, nm. 20.

15 Ver Rentrop, *Untreue und Unterschlagung* (§§ 266 und 246 StGB), p. 271, sobre os perigos de um uso político da infidelidade patrimonial para transformar em caso penal toda transação comercial que se julgue inadequada sob os ângulos políticos, administrativos ou econômicos. Qualquer legislador do futuro deve tomar esses exemplos de outras ordens jurídicas em alta conta.

16 Sobre essa proposta ver Bacigalupo, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Madri/Barcelona/Buenos Aires, 2007, p. 130.

17 Assim, corretamente, Bacigalupo, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, p. 130; ver também Salvador Netto, *Direito Penal e propriedade privada*, 29 e ss.

18 Schünemann chega a falar em uma “estrutura lógico-real da infidelidade”, Schünemann, *Leipziger Kommentar*, § 266, nm. 29; Sessa, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006, p. 244, utiliza a “natureza da coisa do ilícito” como critério de análise.

do legislador de cada país, eis que se sujeitam às conjecturas locais com maior intensidade¹⁹. De todo modo, negar a existência de estruturas fundamentais que expressam conteúdos de injusto pré-existentes à atividade do legislador seria ir longe demais. A vingar tal postura, ter-se-ia de, em todos os delitos, exigir a *consciência da redação típica* como elemento da culpabilidade²⁰. Evidentemente, no momento culminante de criminalização, o legislador é movido por outros fatores externos e valorações político-criminais de toda sorte, o que não cancela, todavia, a existência anterior de um grupo de comportamentos injustos que compõem a concepção fundamental de nossa sociedade²¹. Entre eles, por vezes designados *mala in se*²², estão indubitavelmente as formas intencionais de agressão ao patrimônio – desconhece-se a existência de códigos penais que não disponham sobre o furto, o estelionato, a extorsão ou a apropriação indébita. A tarefa inicial deve ser a de identificar o bem jurídico protegido por um *eventual* delito de infidelidade patrimonial e as modalidades de agressão desse bem. A identificação dessa estrutura fundamental, além de servir ao *legislador* no momento de tradução do conteúdo de injusto em linguagem típica, serve igualmente à *jurisprudência* no momento de subsumir condutas infieis a alguns dos tipos penais disponíveis no ordenamento jurídico. À *ciência jurídica* incumbe a função de avaliar se o direito positivo e a jurisprudência de seu país oferecem tratamento adequado ao problema da infidelidade patrimonial.

19 Ver a esse respeito *Leite*, in: Leite (org.), Reforma Penal, p. 28 e ss.; veja-se também a instigante exposição de *Faria Costa*, Direito Penal Especial, Coimbra, 2004, p. 13 e ss.

20 Ver sobre o objeto da consciência do injusto, *Cirino dos Santos*, Direito Penal, Parte Geral, 6ª ed., Curitiba, 2014, p. 302 e ss.; *Leite*, Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal, 2ª ed., São Paulo, 2014, p. 8 e ss.

21 Ver *Faria Costa*, Direito Penal Especial, p. 14 e ss., p. 28 e ss., que fala em “valores essenciais da comunidade”; esse ponto de vista da concepção fundamental da sociedade surge na discussão sobre os fundamentos da teoria limitada da culpabilidade e na discussão sobre os elementos da valoração global do fato, *Puppe* GA 1990, p. 145 e ss., p. 172; ver também *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. ed. 1970, p. 138.

22 Sobre esse conceito, *Renzikowski* FS-Krey 2010, p. 409 e ss., p. 413; em Portugal, ver *Silva Dias*, “Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita”, Coimbra, 2008, p. 49 e ss; sob uma perspectiva anglo-americana *Husak*, in: Duff/Green (org.), Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law, 2005, p. 65 ss; *idem*, Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law, 2008, p. 103 ss.

2.1. O CONTEÚDO DE INJUSTO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL

Em todos os casos descritos, há um sujeito que assume uma *posição* que o onera com o *dever de tutelar o patrimônio alheio*, ou seja, de agir no melhor interesse do dono do patrimônio. O mero fato de se delegar a outra pessoa a tutela e administração de patrimônio próprio já indica uma relação de fidúcia. A tutela do patrimônio, como se observa da fenomenologia de casos, implica em liberdade de atuação, e não em mera obediência a ordens previamente emanadas do titular do patrimônio. Aquele que assume tal dever de tutela – por lei, negócio jurídico ou mesmo faticamente – atuará, assim, com certa *margem de liberdade para tomar decisões*, cujos limites são delineados pela vontade, manifestada de forma geral ou específica, do titular. Tal posição garante que o manejo do patrimônio alheio se dê, na maior parte do tempo, *sem o controle* intenso do respectivo titular, com o que essa relação passa a ser ainda mais intensa do que aquela existente entre quem simplesmente entrega uma coisa móvel para que outro dela cuide em sua ausência (“cuide de meu relógio e entregue-o amanhã para meu pai”) ou na relação de fidúcia típica de relações contratuais (locador e locatário, por exemplo). Há uma *relação de fidúcia qualificada*, por assim dizer, expressa pelo domínio fático e amplo que o terceiro exerce sobre o patrimônio alheio. Pense-se nos diretores de sociedades empresárias, como no Caso 2 e 4, ou nos gestores públicos, como no Caso 3. A partir do momento em que um terceiro adquire essa posição, surge um *déficit na proteção* do patrimônio administrado, a ser compensado precisamente pela atuação diligente e escrupulosa do administrador no sentido e na direção dos interesses do titular²³. Esse administrador deve se abster de tomar conscientemente decisões arriscadas – isto é, que criem um risco não autorizado pelo dono do patrimônio – e que de uma

23 Veja-se *Pastor/Vila*, El nuevo delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal, Barcelona, 2016, p. 84, p. 109.

perspectiva *ex ante* sejam capazes de gerar danos patrimoniais. Caso esses danos patrimoniais efetivamente ocorram, contudo, surge a incômoda situação: *justamente aquele que deveria tutelar, viola o seu dever e danifica o patrimônio alheio a partir de dentro.*

Essa modalidade de agressão apresenta características muito particulares. Em geral, o direito penal tutela o patrimônio de agressões externas, como no estelionato (art. 171 CP) ou na extorsão (art. 158 CP). Essas agressões externas exigem do autor condutas prévias como a fraude, o engano ou a violência, que visam precisamente a quebrar as barreiras de ingresso na esfera jurídica de outro, ou seja, a garantir o acesso ao patrimônio alheio – uma posição de que, como se viu, já goza legitimamente o potencial autor da conduta infiel. O direito civil e as medidas autoprotetivas não protegem, dessa forma, o titular do patrimônio de agressões internas, diferentemente do que ocorre nos casos de agressões externas. A rigor, é um negócio jurídico válido que expõe o patrimônio a esse tipo de agressão – a nomeação formal para ocupar o cargo de diretor de uma companhia, ou a assunção fática dessa posição –, de modo que há especial necessidade penal de tutela desse tipo de ataque à la Brutus²⁴, como o comprova a incontestável existência do delito de apropriação indébita (art. 168 CP), que todavia se refere a “coisas alheias móveis” e possui outras peculiaridades, como a exigência de que a apropriação se dê em proveito próprio ou alheio (cf. abaixo III., 2.). O injusto penal específico da infidelidade patrimonial reside, assim, precisamente na *agressão consciente ao patrimônio a partir de dentro*, aproveitando-se de uma posição de especial acesso ao bem jurídico, ou, nas ainda insuperadas palavras de Karl Binding, proferidas no começo do século XX: “Em um grande número de casos, contudo, aquele que cogita a deslealdade encontra-se na feliz posição, garantida pelo

24 *Schünemann*, FS-Frisch 2013, p. 837 e ss., p. 841 e ss.; *Schünemann*, Leipziger Kommentar, § 266, nm. 1: direito penal como *sola ratio* contra esse tipo de agressão; Longobardo identifica como dado estrutural da infidelidade a “cooperazione tra agente e vittima”: é a vítima quem insere o autor na posição de praticar atos que dizem com o patrimônio daquela; Longobardo, Infedeltà patrimoniale, p. 66.

direito, de poder dispor sobre o patrimônio alheio; esse patrimônio encontra o seu inimigo, assim, exatamente na pessoa juridicamente por ele responsável e é, portanto, contra essa pessoa que o titular do patrimônio necessita de enérgica proteção”²⁵.

2.1.1. Posição de garantidor tipificada? Infidelidade patrimonial como crime de resultado

A partir da enunciação da estrutura fundamental da infidelidade patrimonial é possível identificar uma espécie de *posição de garantidor tipificada*, que transforma a infidelidade patrimonial em um *delito especial de garantidor*²⁶. A omissão imprópria estende-se a todos os delitos por via de uma norma de extensão existente na maioria dos códigos (art. 13 §2º CP; art. 13 CP alemão). Excepcionalmente, o legislador tipifica delitos que só podem ser praticados por um sujeito em posição de controle sobre um bem, razão pela qual identifica-se nesses delitos a estrutura típica da omissão como forma geral de imputação: posição de garantidor, violação de um dever e resultado²⁷. Esses delitos, como é o caso da infidelidade patrimonial, devem seguir as regras gerais da dogmática da *omissão imprópria*²⁸. Da mesma forma que o garantidor é punível caso ocorra uma lesão de bem jurídico decorrente da violação de um dever de proteção ou de vigilância independentemente do fim especial almejado pelo garantidor com aquela violação, também na infidelidade patrimonial é *irrelevante o fim*

25 *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, BT I, Leipzig, 1902, p. 397; cf. a respeito *Schünemann*, A chamada “crise financeira” – Falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada?, in: *Schünemann*, Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2013, p. 185 e ss., p. 192 e ss.; mais recentemente, *Leite*, Vorsatz und Irrtum bezüglich der Pflichtwidrigkeit bei der Untreue, GA 2015, p. 517

26 *Schünemann* GA 1986, p. 293 e ss., p. 331 e ss.; *Chen*, Das Garantensonderdelikt, 2006, p. 80 e ss., p. 172 e ss.; *Morozinis*, Dogmatik der Organisationsdelikte, 2010, p. 387 e s.; recentemente, *Roxin* FS-Schünemann 2014, p. 509 e ss., p. 513 e ss.

27 *Cirino dos Santos*, Direito Penal, p. 200 e ss.

28 Por último, *Pastor Muñoz/Coca Vila* GA 2015, p. 284 e ss., p. 290 e ss.; ver também a descrição clássica de *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. ed., 1969, p. 386 e ss.: “O tipo de abuso da confiança (variante da Untreue) é, assim, construído como um delito de omissão imprópria: ele é a causação dolosa de um prejuízo por meio da violação de um dever de garantidor”.

de proveito próprio ou de terceiro do autor, diferentemente do que ocorre com outros delitos patrimoniais que são construídos sob a forma de *delitos de transferência de patrimônio*²⁹, como é o caso do estelionato, e também com outros delitos que exigem o tal *animus rem sibi habendi*, como a apropriação indébita³⁰. Em muitos dos casos, o dano patrimonial decorre de ações equivocadas do administrador tomadas “para o bem do dono do patrimônio”, e não no afã de obter um proveito próprio ou alheio. Pense-se, por exemplo, no Caso 2, em que o negócio arriscado visa garantir lucros para a sociedade empresária. A rigor, a posição de controle fático e a extensão dos poderes de administração, inexistentes da apropriação indébita, substituem ou compensam a exigência subjetiva de um proveito próprio ou alheio. Para que a agressão interna ao patrimônio adquira relevância penal, todavia, há que exigir o *dolo* do autor, de resto uma exigência comum a todos os crimes contra o patrimônio: os códigos penais, por louvável medida de política criminal, não costumam prever furto, estelionato ou apropriação indébita culposos³¹.

De um lado, basta o dano patrimonial decorrente de uma violação do dever, além da existência de umnexo de imputação entre ambos³². O *dano patrimonial* é, de outro lado, irrenunciável “ponto

29 Há delitos que, tal como a infidelidade patrimonial, pressupõem como resultado a lesão do patrimônio alheio, todavia trazem mais um pressuposto, qual seja, a intenção do agente de aumentar o seu próprio patrimônio. Não se trata, pois, de agir destrutivamente contra o patrimônio alheio, mas de locupletar-se às suas custas (*Hefendehl*, Münchner Kommentar, § 263 nm. 764). É o caso sobretudo do estelionato, da extorsão e do peculato. Em geral, os tipos penais de tais delitos não exigem que o agente efetivamente aufera a vantagem, basta que o móvel de sua ação seja somar a seu patrimônio ou a de terceiro um valor patrimonial (*Hefendehl*, Münchner Kommentar, § 263 nm. 764). Se essa vantagem almejada deve ser idêntica ou da mesma substância do valor subtraído ou desviado do patrimônio da vítima, é uma outra questão, um tanto controversa (sobre isso *Kindhäuser*, FS Dahls, p. 67 ss; *Tiedemann*, Leipziger Kommentar, § 262 nm. 256; *Hefendehl*, Münchner Kommentar, § 263 nm. 776 ss.). Assim, embora se fale, corretamente, em delitos de transferência de patrimônio, esse aspecto pertence não ao tipo objetivo, mas ao tipo subjetivo, ao lado do dolo (cf. *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, München, 2015, p. 288). De qualquer modo, em comparação a crimes como a infidelidade patrimonial, esse pressuposto extra representa um significativo estreitamento do campo de incidência desses delitos (nesse sentido cf. *Kindhäuser*, FS Dahls, p. 65).

30 *Schünemann*, FS-Frisch 2013, p. 837 e ss., p. 843.

31 O Código Penal brasileiro não prevê modalidade culposa para nenhum crime contra o patrimônio previsto no Título II.

32 No sentido de que o resultado *ex post* verificado decorra do risco criado *ex ante* pela ação violadora do dever.

arquimédico”³³ do delito, cuja função é garantir que a infidelidade não flerte com qualquer tentativa de “moralização da vida econômica”³⁴. Infidelidade patrimonial sem dano patrimonial é alma sem corpo. Aqui, como em geral na omissão imprópria, exige-se sempre um *resultado* que deve estar conectado a uma violação prévia de um dever³⁵. O patrimônio é o único bem jurídico a ser protegido pelo delito, de modo que não se protegem os poderes de disposição de seu titular ou os interesses de credores em caso de falência da sociedade empresária, por exemplo, interesses que devem ser tutelados sob outras rubricas. A *proteção exclusiva do patrimônio* traz consequências concretas, como em relação à possibilidade de consentimento do titular³⁶. O crime de infidelidade patrimonial, como se vê, desafia legislador, jurisprudência e ciência a uma operosa *conexão entre conceitos da parte geral e da parte especial* do direito penal³⁷.

2.1.2. Atualidade: o injusto multifacetário da infidelidade patrimonial

A preocupação dos penalistas em torno das condutas infieis remonta a Carpzov e a *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, conforme esmerado estudo histórico de Hellmuth Mayer³⁸. Segundo esse autor, o

33 *Schünemann*, StraFo 2010, p. 1, 3.

34 Como propugnavam penalistas do nacional-socialismo: *Schwinge/Siebert*, Das neue Untreustrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung, 1933, p. 13; contrariamente, alertando quanto a esse perigo, *Pastor/Vila*, El nuevo delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal, p. 75 e ss.

35 *Cirino dos Santos*, Direito Penal, p. 204

36 Afinal, as ações arriscadas de um administrador não são per se proibidas, pois é o dono do patrimônio que decide a margem de riscos que está disposto a correr, podendo repassar ao administrador tudo aquilo que ele próprio poderia fazer com o seu patrimônio. Se o administrador recebe carta-branca para atuar de maneira arriscada, há um consentimento com efeitos excludentes já do tipo. Os casos de consentimento podem tornar-se complexos em grandes companhias, na medida em que a vontade do titular do patrimônio não é expressa individualmente e de maneira unívoca, mas por via de Conselhos ou Assembléias, de modo que podem surgir vários casos de difícil resolução.

37 *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, p. 100 ss.; *Faria Costa*, Direito Penal Especial, p. 8; no Brasil ver *Gomes*, Teoria geral da parte especial do Direito Penal, São Paulo, 2014; *Giamberardino*, Revista da Faculdade de Direito-UFPR 49 (2009), p. 157 e ss.

38 *H. Mayer*, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, Leipzig, 1926, p. 1 e ss., p. 15 e ss.; no Brasil, ver as considerações de *Batista*, Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86, in: Podval (org.), Temas de direito penal econômico, p. 319 e ss.

conceito de infidelidade patrimonial é ainda mais antigo do que o de apropriação indébita, este último introduzido autonomamente no direito penal alemão apenas com Feuerbach, no Código da Baviera de 1813³⁹. Nos tempos remotos, a infidelidade possuía importância prática sobretudo na punição da figura do tutor e dos funcionários públicos⁴⁰. Na *quadra atual*, a infidelidade patrimonial, especialmente aquela que ocorre no contexto societário e bancário⁴¹, apresenta-se como *crime por excelência do direito penal econômico moderno* e já se fala em uma “moda da infidelidade patrimonial”⁴². Basta mencionar os escandalosos casos de pagamentos de premiações (“*appreciation awards*”) indevidas (dez milhões de libras esterlinas) para altos funcionários da companhia alemã Mannesmann que atuaram em um grande batalha negocial com a inglesa Vodafone, querela que envolvia um processo de incorporação daquela por esta – o chamado caso Mannesmann julgado pelo Bundesgerichtshof alemão (BGHSt 50, p. 331 e ss.)⁴³ – ou a atuação da cúpula de grandes bancos mundiais na grande crise financeira a partir de 2007, que causou uma intensa discussão sobre o delito de infidelidade patrimonial⁴⁴. Na Itália, pode-se apontar o caso Parmalat⁴⁵. No momento atual, recorde-se o já mencionado escandaloso caso que envolve a FIFA⁴⁶.

A infidelidade no contexto societário não é, contudo, a única

39 H. Mayer, Die Untreue, p. 2 e s, p. 20 e ss., contrariando a interpretação de Hippel, que via o injusto da apropriação indébita já na Carolina, art. 170.

40 H. Mayer, Die Untreue, p. 33 e ss.

41 Ibold, Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlungen, München, 2011, p. 25; Schünemann, Organuntreue, Berlin, 2004, p. 7: a infidelidade societária é a manifestação por excelência do crime econômico na atualidade; Longobardo, Infedeltà patrimoniale, p. 12; Foffani, Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa, Milano, 1997, p. 5.

42 Volhard FS-Lüderssen 2002, p. 673; veja-se também Saliger HRRS 2006, p. 10 e ss.; ver a já citada investigação histórica de Rentrop, Untreue und Unterschlagung (§§ 266 und 246 StGB), que demonstra o percurso histórico do delito de infidelidade.

43 Schünemann, Organuntreue, p. 42 e ss.; houve caso semelhante na Espanha, o caso Botín (STS, 17/07/2006), exposto por Pastor/Vila, El nuevo delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal, p. 138 e ss.; sobre outro caso espanhol, o caso Banesto, ver Rodríguez Montañés, Revista de Derecho Penal y Criminología 9 (2002), p. 255 e ss.

44 Ver o volume dedicado apenas a esse caso, Schünemann (org.), Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, Berlin, 2010.

45 A esse respeito, Longobardo, Infedeltà patrimoniale, p. 100 e ss.

46 Cf. acima I.

manifestação do injusto acima descrito. O injusto da infidelidade possui uma curiosa *natureza multifacetária*, pois corporifica simultaneamente um injusto ligado às relações interindividuais, ou seja, à *criminalidade patrimonial clássica*, outro ligado ao moderno *direito penal econômico* e, ainda, um injusto ligado à *malversação de recursos públicos*, o que lhe confere especial importância. Daí ter Foffani situado a infidelidade “nella dialettica fra ‘classico’ e ‘moderno’”⁴⁷. Essa natureza vária deve-se, entre outras coisas, ao próprio *dinamismo* do bem a ser protegido, o patrimônio⁴⁸.

Há certamente uma explicação para o inegável protagonismo atual da infidelidade no contexto societário. Na plausível hipótese de Schünemann, assim como o roubo era o tipo característico das sociedades pré-industriais – em razão de que o domínio fático que a pessoa detinha sobre seus parques bens só poderia ser rompido com violência⁴⁹ – e o furto dos primórdios da sociedade industrial – em razão da ampla e individualmente incontrolável produção e circulação de bens –, a *infidelidade patrimonial* é o delito central de uma sociedade pós-industrial que se baseia na *divisão fundamental entre titularidade do patrimônio e administração do patrimônio*, materializada sobretudo na forma de grandes sociedades empresárias e na circulação global e veloz do capital⁵⁰. Enfim, quanto aos sujeitos a que se dirige precipuamente a norma proibitiva, tem-se o avesso de antes: o grão-vizir, não o vassalo, é o destinatário *par excellence*. O delito de infidelidade patrimonial desafia, dessa forma, a vinculação criminológica entre criminalidade patrimonial e criminalidade das classes mais pobres⁵¹. A administração concreta e diuturna do patrimônio em sociedades empresárias fica a cargo de pessoas ou órgãos que

47 Foffani, Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa, p. 44.

48 Salvador Netto, Direito Penal e propriedade privada, p. 12: “bem jurídico polissêmico”.

49 Assim também as considerações Hungria: “O ladrão violento, tão comum em outras épocas, é, atualmente, um retardatário ou um fenômeno esporádico”, Hungria, Comentários ao Código Penal, art. 171, 1ª ed., Rio de Janeiro, 1955, p. 159.

50 Schünemann, FS-Frisch 2013, p. 837 e ss.

51 Ver as considerações de Salvador Netto, Direito Penal e propriedade privada, p. 2 e ss.

se inserem na estrutura hierárquica, indicando que o grande risco a que está exposto o titular do patrimônio situa-se precisamente na possibilidade de uma agressão a partir de dentro. Acionistas de grandes companhias correm pouco risco de ver objetos furtados e estão mais expostos às decisões inescrupulosas de diretores. Pense-se em conglomerados organizados na forma de *holding*, em que sociedades empresárias podem eventualmente adquirir poderes de gestão sobre sociedades coligadas ou filiais, encetando uma teia de fragmentação de decisões negociais. Pela mesma razão, a discussão sobre a malversação de recursos públicos – local em que, por definição, um gestor administra patrimônio público, e não próprio – adquire especial interesse. Em muitos casos, a situação se reveste de caráter misto, eis que companhias públicas e privadas podem figurar lado a lado em casos de infidelidade patrimonial, como no Caso. 4.

2.1.3. Terminologia: infidelidade patrimonial, administração infiel ou administração desleal?

A terminologia deve dar conta da estrutura fundamental acima descrita (II., 1.). Na literatura e legislação estrangeiras é possível encontrar nomenclaturas diversas, como *infidelidade* – assim a *Untreue* alemã, austríaca e também o dispositivo português –, *infidelidade patrimonial* – a *infedeltá patrimoniale* italiana –, a *administração desleal* – assim a *administración desleal* dos espanhóis – e ainda a mistura entre ambos, *administração infiel*, a *Ungetreute Geschäftsbesorgung* suíça (sobre esses modelos legislativos ver abaixo II., 2.). O termo *administração desleal* possui a vantagem de colocar em primeiro plano a necessidade de que o sujeito ativo do delito possua uma margem de atuação, isto é, poderes de administração, além de expressar a carga de injusto que existe na infidelidade – “desleal” –, ou seja, no fato de a agressão dar-se a partir de dentro. Contudo, essa designação parece ser mais adequada às infidelidades que ocorrem na administração de sociedades empresárias, quando em verdade, o conteúdo mais geral da

infidelidade abrange, como visto, igualmente a criminalidade patrimonial clássica. A terminologia deve dar conta dessa multifacetária natureza da infidelidade. Além disso, o termo “administração” indica um conjunto de atos, quando, a rigor, pode haver infidelidade patrimonial com apenas um ato isolado infiel e danoso. O decisivo argumento em favor da terminologia infidelidade patrimonial, ao lado dos já apontados, é a acentuação da exigência do *dano ao patrimônio*, uma elementar básica do delito que não aparece expressa no termo *administração desleal*. De se preferir, como caracterização geral do delito, o termo *infidelidade patrimonial*.

A título de profilaxia, note-se que, nesse contexto, a infidelidade traduz um *específico* conteúdo de injusto penal a demandar a atuação pontual do legislador, razão pela qual ao *nomen iuris* mais reduzido “infidelidade” também deve ser evitado. Não se trata de erigir a infidelidade como *signo fundamental* de todo injusto penal, como intentaram os penalistas do nacional-socialismo na década de 30 do século XX, especialmente Dahm e Schaffstein⁵² – um “risco teórico” contra o qual Nilo Batista já nos advertiu⁵³. Infidelidade, naquele contexto, dizia respeito ao *conceito material de crime*, que se traduzia da máxima de “crime como violação de um dever”, e não como lesão a um bem jurídico⁵⁴. Também não se deve confundir a discussão aqui posta com novas tendências da “moderna” dogmática em retomar a ideia de delito como violação de um dever, como ocorre na ambiciosa construção de Pawlik⁵⁵. Aqui, o esforço é

52 *Dahm/Schaffstein*, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933, p. 24 e ss.; *Dahm*, *Methode und System des neuen Strafrechts*, Berlin, 1935, p. 9 e ss.; *Schaffstein*, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935; veja-se que o delito de infidelidade patrimonial foi escolhido por alguns penalistas do nacional-socialismo como local indicado para testar a tese mais geral de crime como violação de dever: *Tornow*, *Die Straftats Treupflichtverletzung*, Greifswald, 1938, p. 6 e ss., p. 22: “Para uma investigação, que visa a verificar se todo delito é uma violação de dever, não há delito mais adequado do que o de infidelidade (Untreue) – ao lado dos tipos de traição”.

53 *Batista*, *Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86*, in: Podval (org.), *Temas de direito penal econômico*, p. 319 e ss., p. 323.

54 Sobre essa discussão ver *Greco*, in: *Greco/Tórtima* (org.), *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?*, Rio de Janeiro, 2011, p. 7 e ss.

55 *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, 2012, p. 82 e ss.

precisamente o de *identificar o bem jurídico lesionado* – o patrimônio – e a modalidade de sua agressão – a violação de um dever de tutelar o patrimônio, e o nexo de conexão entre o *desvalor da ação* e o *desvalor de resultado* no crime de infidelidade patrimonial, um esforço liberal que visa, em última análise, a compatibilizar a punição de condutas infieis com o conceito material de crime como lesão a bem jurídico e com o princípio da legalidade. Não se trata, portanto, de *infidelidade como conceito de delito*, mas do *delito de infidelidade*.

2.2. MODELOS DE TUTELA DO PATRIMÔNIO CONTRA AGRESSÕES INTERNAS

A intuição de que há *algo errado* nessa modalidade de agressão ao patrimônio não escapou aos legisladores estrangeiros que, de modo diverso, buscaram apreender o injusto específico da infidelidade patrimonial e traduzi-lo em tipos penais. A apreensão legislativa nesse setor é dificultada sobretudo pela mencionada natureza multifacetária do injusto da infidelidade. O estudo dos modelos legislativos estrangeiros não tenciona identificar um modelo ideal pronto para ser desembaraçado em nossas alfândegas – esse modelo não há –, mas a identificar sobretudo os inúmeros problemas existentes, de modo a buscar uma *solução aprimorada para o direito penal brasileiro*, que não seja epigonal, mas original e adequada ao clima quente⁵⁶. Superar, não transportar, é o verbo.

Da observação cuidadosa dos ordenamentos jurídicos estrangeiros pode-se concluir que os legisladores modernos ora optam por um *delito geral* e abrangente de infidelidade patrimonial (173, 7 CP argentino; § 266 CP alemão; § 153 CP austríaco; art. 158 CP suíço),

56 No mesmo sentido é a conclusão de Nilo Batista, *Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86*, in: Podval (org.), *Temas de direito penal econômico*, p. 319 e ss., p. 321 e s.: “Divergências estruturais nos diversos modelos legislativos, que refogem ao horizonte do presente estudo, sugerem prudência no recolhimento dos respectivos escólios doutrinários, os quais entretanto, quando guardem alinhamento e pertinência com o direito brasileiro, podem prestar auxílio valioso, especialmente diante de uma literatura especializada ainda parca, como a nossa”; Sobre os riscos dos chamados “legal transplants” ver Greco/Leite, *ZIS 7-8/2015*, p. 386 e ss. (disponível em: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf).

ora optam por construir *delitos mais específicos*, como a infidelidade no contexto societário (art. 2634 CC italiano; art. 198 CP peruano), ou ainda pela combinação de uma infidelidade geral com outra específica no setor público (Art. 224º e 235 CP português; art. 252 e 432 CP espanhol). Sob outro ângulo, verifica-se que há *dois modelos* mais gerais de construção de um sistema de tutela do patrimônio contra *agressões internas*, que se caracterizam pela forma como a *apropriação indébita* e a *infidelidade patrimonial* se relacionam⁵⁷.

É possível encontrar modelos que, após um processo refinado de depuração, chegaram à distinção conspícua entre *tutela da propriedade* e *tutela do patrimônio em sentido estrito*⁵⁸: aquela protege apenas a propriedade sobre coisas móveis; esta protege o patrimônio como um todo. A partir dessa divisão, é possível tutelar o patrimônio em sentido amplo de agressões internas de dois modos, a saber: com um tipo penal de *apropriação indébita bastante estrito*, que se refere apenas a coisas (móveis), ou seja, a objetos corpóreos passíveis de apropriação fática, protegendo a propriedade, e outro de *infidelidade patrimonial*, mais amplo e destinado a tutelar o patrimônio em geral (que engloba, além da propriedade sobre objetos corpóreos, direitos patrimoniais, ações, numerários etc.) de agressões internas. É o modelo alemão (§ 266 CP alemão), edificado especialmente a partir de 1871, mas cuja versão atual data de 1933⁵⁹. O modelo português é bastante similar,

57 Sobre as relações históricas entre esses delitos, ver *Rentrop*, *Untreue und Unterschlagung* (§§ 266 und 246 StGB), p. 4 e ss., p. 7 e ss.

58 Ver *Salvador Netto*, *Direito Penal e propriedade privada*, p. 48 e ss., p. 83 e ss.

59 Até meados do século XIX, a Alemanha vivia situação caótica quanto aos delitos patrimoniais. Havia previsões esparsas e aleatórias da infidelidade patrimonial, por vezes confundida com outros delitos contra o patrimônio – uma situação de que ainda sofre o direito penal brasileiro. Lá, como cá atualmente, encarou-se o problema de enfrentar o injusto da infidelidade por via de uma interpretação forçada da apropriação indébita (ver os dados históricos em *Rentrop*, *Untreue und Unterschlagung* (§§ 266 und 246 StGB); ver também *Draheim*, *Untreue und Unterschlagung*, Breslau, 1901 e *Hirschfeld*, *Veruntreuung und Untreue*, Jena, 1927). *H. Mayer*, *Die Untreue*, p. 48 e ss. indica que a jurisprudência anterior sentia a necessidade de ampliar o âmbito de atuação da apropriação indébita, especialmente nos casos de apropriação de dinheiro ou de pretensões creditícias (p. 52 e s.); algumas legislações locais ampliaram, antes do Código da Prússia, o objeto da apropriação indébita de modo a abarcar pretensões, uma postura que demonstrava consciência dos problemas, que logo foi criticada (o. 71 e ss.). O dispositivo de 1871 era ainda bastante restrito e listava os sujeitos ativos, restringindo, ao ver de muitos, arbitrariamente o círculo de autores do delito (ver *Binding*, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, BT I, p. 395 e ss.). Em

pois o crime de abuso de confiança (art. 205º CP português) protege exclusivamente a propriedade sobre coisas móveis⁶⁰, e há a previsão de um delito geral de infidelidade (art. 224º CP português) – incluído ante a declarada insuficiência da apropriação indébita para esse fim⁶¹ – e de um delito específico para o setor público, a administração danosa do art. 235º⁶². Contudo, o legislador português, especialmente sob a batuta de Eduardo Correia⁶³, optou por um delito de infidelidade com pressupostos mais estritos do que o alemão, de modo a afastar a pecha de “tipo indeterminado” de que já desfrutava aquele tipo tedesco⁶⁴.

Outra possibilidade é a construção de uma *apropriação indébita ampla*, que abarque além das coisas móveis, outros valores patrimoniais, como o dinheiro⁶⁵. A partir dessa apropriação indébita alargada,

1933, o legislador nacional-socialista promove reforma no delito de infidelidade patrimonial e constrói um *delito abrangente*, que não restringia o círculo de autores e tampouco excluiu já no plano da lei os danos patrimoniais causados por sujeito que assumira a posição de controle faticamente. A regulação abrangente visa a abarcar sob o mesmo tipo penal todas as multifacetárias formas de infidelidade, como a infidelidade societária, bancária, no setor público (a chamada *Haushaltuntreue*) e também os casos clássicos de infidelidade em contextos individuais ou menos complexos. O dispositivo, vigente até os dias de hoje, sofre da crítica inversa de seu antecessor: é excessivamente amplo e indeterminado.

- 60 “Créditos e quaisquer outros direitos, não sendo coisas nem em sentido material, nem em sentido jurídico, não podem constituir objecto do crime de abuso de confiança; o mais que poderá é a sua disposição danosa constituir o crime de infidelidade”, *Figueiredo Dias*, in: *Figueiredo Dias (org.)*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, 1999, art. 205º, p. 97 e ss.
- 61 “Por outro lado, constatava-se a impossibilidade jurídico-penal (por força da exigência de tipicidade decorrente do princípio da legalidade) de subsumir estas condutas particularmente danosas aos tradicionais crimes de abuso de confiança ou de burla: estes, para além das diferenças quanto a outros elementos (p. ex., relativamente ao abuso de confiança, diferença quanto ao objecto da conduta, e, relativamente à burla, diferença quanto à exigência de artifício fraudulento), pressupõe e exigem a intenção de apropriação (portanto, de enriquecimento) ou de enriquecimento, deixando fora da sua órbita típica todos os actos de administração que, apesar de dolosa e gravemente lesivos dos interesses patrimoniais alheios, não fossem praticados com intenção de enriquecimento, próprio ou alheio”, *Taipa de Carvalho*, in: *Figueiredo Dias (org.)*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, 1999, art. 224º, p. 362 e s.
- 62 “O crime de Administração danosa configura uma manifestação particular e qualificada da Infidelidade”, *Costa Andrade*, in: *Figueiredo Dias (org.)*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, 1999, art. 235º, p. 540
- 63 Nesse sentido, são dignas de leituras as “Actas das sessões da comissão revisora do código penal”, Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Coimbra, 1979, p. 163 e ss.
- 64 Cf. acima I., n. 4.
- 65 As cédulas de dinheiro são evidentemente coisas móveis. O problema é a compreensão do dinheiro como valor patrimonial, ou como numerário disponível em conta com o qual se pode fazer transações comerciais, sem que o autor tenha o controle real e fático sobre o objeto corpóreo; ver sobre essa discussão na Alemanha *Roxin*, FS-H. Mayer 1966, p. 467 e ss.; sobre esse problema ver *Greco/Leite*, in: *Roxin*, Novos estudos de direito penal, Org.: Leite, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2015, p. 31

alguns legisladores optaram por *prescindir de um delito de infidelidade geral* (art. 351 CP uruguaio; art. 470, 1 CP chileno)⁶⁶, que já estaria abarcado naquele delito. Essa utilização da apropriação indébita como *locus* de subsunção de condutas infíeis, especialmente daquelas que têm lugar no contexto societário, foi largamente praticada pelas jurisprudências espanholas, austríacas e italiana, não sem estrepitoso protesto das respectivas doutrinas⁶⁷. Outros, contudo, fizeram conviver os dois dispositivos, a apropriação indébita ampliada e o delito geral de infidelidade patrimonial, como é o caso do art. 173, 7 do CP argentino⁶⁸, cujas origens são expostas com clareza por Soler⁶⁹.

- 66 O penalista chileno Basualto constata que, diante da ausência de tipos penais de infidelidade patrimonial no Chile, há que se analisar a subsunção de condutas infíeis sob outros tipos, como estelionato e apropriação indébita, o que causa uma série de problemas: *Basualto*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (2005), p. 201 e ss.; ver também *Etcheberry*, Revista de Estudios de la Justicia 19 (2013), p. 91 e ss., p. 112: “Aun tipos como la estafa se hacen cargo de una buena parte de la criminalidad económica y a pesar de que no existe la administración desleal, muchos casos pueden ser resueltos mediante el tipo de apropiación indebida”; no CP peruano, há uma apropriação indébita (art. 190) ampliada e uma administração fraudulenta de sociedades (art. 198).
- 67 O antigo art. 295 CP espanhol, derogado pela LO 1/2015, previa o delito de administração desleal de sociedades, não abrangendo patrimônios não societários, que, por obra jurisprudencial, eram parcialmente protegidos pela modalidade de “distracción” prevista no delito de apropriação indébita em sua antiga redação (ver sobre esse dispositivo antigo *Luzón Peña/Roso Cañadillas*, Revista de Derecho 16 (2013), p. 199 e ss.). No antigo art. 295, exigia-se, ainda, a atuação fraudulenta e que a atuação do administrador se desse em proveito próprio ou alheio, com o que limitava-se a incidência do tipo a casos bastante restritos. A torsão jurisprudencial devia-se sobretudo à situação anterior a 1995, em que sequer o tipo de administração desleal de sociedades havia, de modo que a “interpretação ampla” da apropriação indébita surgiu como hipótese típica de tratamento dos casos de gestão desleal (ver em detalhes *Sánchez-Vera*, in: Barja de Quiroga/ZugaldiaEspinar (org.), Libro Homenaje Enrique Bacigalupo, Tomo II, Madri/Barcelona, 2004, p. 1207 e ss.). No contexto da reforma, discutiu-se vivamente se o dinheiro deveria ser objeto da apropriação indébita, ou seja, se não seria o caso de transformar a apropriação indébita em puro delito contra a propriedade. Ao final, o legislador manteve a redação ampliada quanto ao objeto (“...se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble”). Nesse sentido, o modelo alemão é abandonado em favor de um modelo híbrido, de proteção simultânea da propriedade e do patrimônio pela apropriação indébita, mas que convive com o delito de administração desleal. Veja-se o excelente estudo de *Pastor Vila*, El nuevo delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal, p. 37 e ss.; crítico também *Bacigalupo*, Falsedad documental, estafa y administración desleal, p. 120 e ss., p. 183 e ss., na Austria, no ano de 1985, o OGH decidiu, sob amplos protestos doutrinários, que numerários de um correntista poderiam ser objeto de apropriação indébita. Para Friedrich, poucas vezes uma decisão ocasionou tão “rápida e intensa reação” (*Friedrich ÖJZ* 1985, p. 713 e ss.; em detalhes, *Baumgartner*, Der Schutz zivilrechtlicher Forderungen durch Veruntreuung, Untreue und Unterschlagung, Linz, 1996, p. 3 e ss.); na Itália, veja-se abaixo na sequência.
- 68 “El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicando los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”.
- 69 *Soler*, Derecho Penal argentino, IV, 5ª ed., 1988 (Atualizador: Manuel Basombrio), p. 344, p. 441 e ss., p. 452 e ss.

Na Espanha, após longo caminho, estabeleceu-se uma relação de convivência entre uma apropriação indébita que compreende o dinheiro (art. 253 CP espanhol), uma infidelidade patrimonial geral (art. 252), próxima ao modelo alemão, e um delito de infidelidade no setor público (art 432), que remete todavia ao delito mais geral do art. 252 CP espanhol. Na Áustria, o legislador, ao incluir o termo “Gut” (bem) em vez de “Sache” (coisa) no delito de apropriação indébita, possibilitou a ampliação do objeto de tutela do delito, que convive com uma infidelidade patrimonial geral, com pressupostos bem mais estritos do que a prevista no Código alemão e mais próximos ao português (§ 153 CP austríaco)⁷⁰. O legislador suíço, mantendo a apropriação indébita restrita (art. 137 CP suíço), criou delito específico para a apropriação de valores patrimoniais (art. 141 bis), além do delito de gestão desleal (art 158), cuja destinação precípua são as infidelidades societárias⁷¹. Na Itália, país que influenciou vigorosamente o legislador brasileiro do CP 1940, havia situação de incerteza quanto à infidelidade patrimonial⁷². Em alguns casos, a jurisprudência buscou uma interpretação ampliativa da apropriação indébita (art. 646 CP italiano)⁷³. No setor público, casos de infidelidade eram inseridos no peculato na modalidade *distrazione*, modalidade excluída na reforma de 1990⁷⁴. De todo modo,

70 Baumgartner, Der Schutz zivilrechtlicher Forderungen durch Veruntreuung, Untreue und Unterschlagung, p. 3 e ss.

71 Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2ª ed. 2005, p. 482 e ss., p. 522 e ss.; Schubarth, ZStrR 88 (1972), p. 282 e ss.; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 4ª ed., 1993, p. 236., p. 256 e ss.

72 Sobre a situação anterior à reforma ver o estudo exaustivo de Foffani, Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa.

73 Longobardo, Infedeltà patrimoniale, p. 107: „l'assenza di una specifica incriminazione relativa all'infedeltà patrimoniale degli amministratori, aveva portato as un'azione di supplenza giudiziaria partendo da un'interpretazione, piuttosto, creativa”, dell'art 646 c. p.“

74 Após a reforma de 1990 (L. 26, abril 1990), a “distrazione” foi suprimida do tipo penal de peculato (art. 314 do Código Penal italiano), que passou a contar apenas com a modalidade típica de “appropriazione”. O legislador italiano, segundo a doutrina dominante, entendeu que os casos de desvio na destinação da verba pública seriam, de certa maneira, menos graves que os de apropriação propriamente dita, de modo que os casos de desvio estariam compreendidos no delito do art. 323 do Código Penal italiano, o “abuso d'ufficio”, com pena menor. Parte da doutrina, contudo, defende ainda que o termo “appropriazione” compreende a “distrazione”; sobre a discussão pós-reforma ver Bondi/Martino/Fornasari, Reati contro la pubblica amministrazione, Torino, 2004, p. 119 e ss.; Dolcini/Marinucci, Codice Penale Commentato, art. 314, 2ª ed., 2006, p. 2106 e ss., p. 2126; monograficamente, Sessa,

diagnosticou-se a necessidade de intervenção do legislador, especialmente no setor societário, diante da generalidade e inaptidão da regra geral da apropriação indébita para dar conta desse setor específico e dinâmico⁷⁵. Em 1998, o legislador italiano cria um tipo de *gestione infedele*, art. 167 do Decreto Lei n. 58 de 1998⁷⁶. Esse delito ainda parecia insuficiente, de modo que em 2000, o legislador italiano inclui no Código Civil o art. 2634 o dispositivo penal de *infedeltà patrimoniale* em contexto societário, com pressupostos bastante diversos daqueles existentes no direito alemão, espanhol e português.

Os modelos legislativos existentes na América Latina e na Europa visam a estabelecer um *sistema de tutela do patrimônio contra agressões internas*, costurando uma convivência entre a apropriação indébita e a infidelidade patrimonial. As apostas legislativas, ora pela ampliação da apropriação indébita por via da ampliação do seu objeto de proteção, ora pela edição de delito de infidelidade, almejam sobretudo garantir a proteção de valores patrimoniais não apreensíveis (cédulas de dinheiro, letras de câmbio etc.), tais como ações e numerários, eminentes protagonistas da economia moderna⁷⁷. Além disso, o objetivo é tutelar o patrimônio contra aquele que detém o controle fático e, adicionalmente, um amplo espaço de manejo sobre o patrimônio alheio, especialmente relevante no contexto societário (cf. acima II. 1.). A bem de se ver, esse processo de depuração de injustos é um tributo ao princípio da legalidade.

Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione, especialmente p. 370 e ss; ver Foffani, Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa, p. 198 e ss.; sobre a redação antiga e o conceito de “distrazione” ver a exposição clássica de Manzini, Trattato di Diritto Penale italiano, Vol. V, 4ª ed. (atualizado por Nuvolone), Torino, 1962, p. 108 e ss., p. 133 e ss; monograficamente, Guidi, Apropriação, distrazione ed uso nel delitto di peculato, Milano, 2008, p. 6 e ss.

75 Dolcini/Marinucci, Codice Penale Commentato, p. 5182; Sessa, Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione, Napoli, 2006, 392 e ss.

76 A esse respeito Sessa, Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione, p. 395.

77 Se bem que, em 1926, o penalista alemão já afirmava: “Nosso tempo situa-se sob signo do crédito”, e indicava a necessidade de tutelar o patrimônio a partir de um sistema que abrangesse as agressões internas e a malversação de dinheiro alheio: Thode, Die sogenannte Unterschlagung vertretbarer Sachen, Breslau, 1926, p. 1.

O *legislador brasileiro*, inventivo ou desatento, estabeleceu *modelo único*: construiu uma apropriação indébita restrita a coisas móveis (art. 168 CP) – o que, a nosso ver, está correto –, seguindo o modelo alemão e português, e não previu o seu complemento natural em forma de previsão autônoma de infidelidade patrimonial, criando um monstro. Antes de qualquer cogitação de transporte de algum modelo, um propósito já em si duvidoso, é preciso compreender como opera a nossa sistemática. O descompasso foi pontualmente percebido, de modo que nosso legislador incluiu manifestações amputadas e setoriais de infidelidade patrimonial pelo nosso ordenamento (cf. abaixo III.). A jurisprudência, certamente inventiva e nada desatenta, logo supriu a omissão do legislador, de modo que, a despeito da omissão daquele, não há propriamente impunidade dos casos de infidelidade patrimonial no Brasil. Um resultado que não pode satisfazer a nenhum penalista que preserve em alta conta o art. 5º XXXIX da Constituição da República.

2.3. PRIMEIRA CONCLUSÃO

Em resumo: infidelidade patrimonial é a agressão ao patrimônio a partir de dentro, ou seja, a partir de uma posição de domínio ou controle sobre o patrimônio alheio – enfim, uma posição de garantidor tipificada. Os elementos básicos da infidelidade são a violação de um dever que decorre do domínio fático exercido sem supervisão intensa e com poderes de gestão sobre o patrimônio alheio – o desvalor de ação –, independentemente do fim de enriquecimento próprio ou alheio, e a ocorrência de um dano patrimonial decorrente precisamente daquela violação – o desvalor de resultado. O delito é de resultado e protege exclusivamente o patrimônio (I., 1.).

A inobservância dessa estrutura fundamental é perniciosa para o legislador e para o juiz: o *legislador* que ignore essa estrutura fundamental provavelmente fracassará em seus objetivos regulatórios, criando lacunas de punibilidade ou inserindo punições

desproporcionais; o *juiz* que desconheça essa estrutura, provavelmente falhará em seu mister interpretativo e pode incorrer em excesso ao subsumir condutas infieis sob outros tipos penais que contêm outras finalidades protetivas.

O *legislador brasileiro*, em suas “aleatórias impertinências”⁷⁸, oferece solução única ao problema da infidelidade patrimonial, como se viu (I, 2.). Nosso legislador não optou nem pela tipificação expressa da infidelidade, nem pelo alargamento do objeto da apropriação indébita, distanciando-se de todos os modelos existentes. Tampouco há decisão resolvida em favor da impunidade da infidelidade patrimonial – e essa elipse na lei é ocupada pela prática judiciária, sequiosa em punir casos de infidelidade. Em comum entre todas as ordens jurídicas, um dado loquaz: os casos de infidelidade que se apresentam *são punidos*, com delito geral ou específico e mesmo sem tipificação expressa, no nosso caso. Qualquer movimento, de *lege lata* ou de *lege ferenda*, exige um diagnóstico preciso sobre as mazelas de nossa ordem jurídica nesse relevante setor.

3. INFIDELIDADE PATRIMONIAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Ao *algo errado* vivo nos casos expostos ao romper do estudo também não permaneceu completamente alheio o legislador brasileiro. A infidelidade patrimonial experimenta, todavia, uma perigosa *existência espectral* no ordenamento jurídico brasileiro. O injusto da infidelidade, em sua enganosa e atrapalhada ubiquidade, manifesta-se parcialmente em vários e, ao mesmo tempo, integralmente em nenhum tipo penal de nosso direito positivo. Há vários tipos penais, no Código Penal e na legislação extravagante, em que se deixam entrever *manifestações setoriais* do injusto da infidelidade patrimonial. Tais manifestações setoriais e esparsas conduzem a, no mínimo, dois riscos: o da desproporção de penas e o da apreensão parcial

78 Na feliz expressão de *Salvador Netto*, Direito Penal e propriedade privada, p. 29.

do injusto realizado (abaixo III., 1.). Em alguns casos, contudo, o injusto da infidelidade patrimonial, embora presente no caso concreto, parece não se amoldar a tipo penal nenhum. Nesse momento, está lançada *proposta indecente* ao juiz, canto da sereia a que ele deve resistir qual Ulisses: com o fim alegado de evitar a impunidade – afinal, algo errado aconteceu –, a saída é contorcer um *tipo penal aproximado*, de modo a subsumir sob ele a conduta de infidelidade patrimonial ou contentar-se com a punição de um injusto acessório (abaixo III., 2.). A proposta indecente é a analogia *contra reo*. O tipo penal aproximado é o de apropriação indébita (art. 168 CP). Os candidatos a injustos acessórios são os crimes de falsidade, crimes fiscais, de evasão de divisas e outros.

3.1. A APREENSÃO SETORIAL DO CONTEÚDO DE INJUSTO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL

Antes de 1871, Hellmuth Mayer noticia que era possível identificar “momentos de infidelidade” em vários setores do ordenamento jurídico alemão⁷⁹. Os resquícios de infidelidade patrimonial podem, da mesma forma, ser encontrados tanto no *Código Penal* quanto na *legislação penal especial*. Em primeiro lugar, cumpre identificar esses tipos penais para, num segundo momento, retirar conclusões concretas sobre a já indicada mal-aventurança do legislador brasileiro nesse setor problemático do direito penal patrimonial e econômico⁸⁰.

3.1.1. Dispositivos no Código Penal

Em alguns tipos de nosso Código Penal percebe-se a tentativa do legislador pátrio de captar o injusto da infidelidade patrimonial, ou, como constava em nossas legislações passadas, da “malversação” (Título V, Capítulo Único do CP 1890: “Das malversações,

79 H. Mayer; Die Untreue, p. 78; ver *Draheim*, Untreue und Unterschlagung, p. 15, sobre dispositivo assemelhados à infidelidade patrimonial antes espalhados pela legislação especial alemã.

80 Da mesma forma, *Salvador Netto*, Direito Penal e propriedade privada, 26 e ss.

abusos e omissões dos funcionarios publicos”)⁸¹. No *peculato-desvio* (art. 312 CP), observa-se com clareza a inclusão parcial do injusto da infidelidade: “Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou *desviá-lo, em proveito próprio ou alheio*”⁸². O desvio de dinheiro público contém inegavelmente elementos da estrutura fundamental, na medida em que se identifica o controle fático – “de que tem a posse em razão do cargo” – sobre o patrimônio alheio – “público ou particular”. Há pouca discussão sobre a exegese do termo *desvio*⁸³, mas seria possível compreender que há, no mínimo, a necessidade de uma contrariedade à vontade do titular no patrimônio, no sentido de que o dinheiro, valor ou outro bem é direcionado a lugar para o qual não fora originariamente destinado. Se há a exigência de um dano patrimonial como “resultado do desvio”, não parece estar claro na doutrina⁸⁴. Há adicionalmente a exigência de que esse desvio se dê “em proveito próprio ou alheio”, ou seja, de um elemento subjetivo especial.

81 Ver sobre essa terminologia *Fragoso*, Lições de Direito Penal, Parte Especial, Vol. II., 4ª ed., Rio de Janeiro, 1984, p. 389.

82 *Fragoso*, ao comentar os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral, pontua a questão da infidelidade: “Sua infidelidade no exercício da função compromete o poder que representam”, *Fragoso*, Lições de Direito Penal, Parte Especial, Vol. II., p. 382; Hungria define o peculato da seguinte forma: “É a apropriação indébita qualificada pelo fato de ser o agente funcionário público, procedendo em abuso do cargo ou infidelidade a este”, *Hungria*, Comentários ao Código Penal, Vol. IX, Rio de Janeiro, 1958, p. 332.

83 Na doutrina nacional, ver o estudo importante de *Assis*, O delito de peculato na APn 470 do STF – “Caso Mensalão”, RBCC 106 (2014), p. 91 e ss.; há informações sobre o conceito de “distracción” no contexto do financiamento irregular de campanhas no direito espanhol em *Romero Flores*, Partidos políticos y responsabilidad penal, Barcelona, 2005, p. 167 e ss. Nesse estudo, Romero Flores entende que o conceito de desvio é autônomo em relação ao de apropriação, e “su significado pleno viene dado por la consideración de la conducta de distracción como un comportamiento desleal” (p. 171).

84 Hungria exige o dano patrimonial no peculato: “Poderá dizer-se que é punido o peculato menos porque seja patrimonialmente lesivo do que pela quebra de fidelidade ou pela inexecução no desempenho de cargo público; mas é indispensável à sua configuração o advento de concreto dano patrimonial”, *Hungria*, Comentários ao Código Penal, Vol. IX, p. 343. Por vezes, diz-se que o resultado naturalístico consistiria “no efetivo benefício auferido pelo agente nas duas figuras” (*Nucci*, Comentários, art. 312 nota 12). Isso não nos parece correto, já em razão de que o “proveito, próprio ou alheio” é um elemento subjetivo especial do tipo (cf. acima, à altura da nota 28); corretamente a esse respeito *Fragoso*, Lições de Direito Penal, Parte Especial, Vol. II, p. 394-395: “Desviar significa dar à coisa destinação ou emprego diverso daquele para o qual foi ela entregue ao agente (...) O crime aqui consuma-se com a efetivação do desvio, independente da concreta obtenção de proveito para si ou para outrem”.

O mesmo resquício de infidelidade do peculato-desvio há no crime de *emprego irregular de verbas públicas* (art. 315 CP), introduzido no ordenamento a partir do CP 1940 ante “injustificada omissão” do legislação anterior⁸⁵: “Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei”. Há aqui uma manifestação evidente do injusto da infidelidade patrimonial no setor público, criminalizada autonomamente em alguns países, como em Portugal e na Espanha (acima II., 2.). Provavelmente, muitos dos chamados *delitos contra as finanças públicas* (art. 359-A e ss. CP), também deixam-se ser explicados a partir da estrutura de infidelidade, apesar da redação tecnicamente defeituosa. No delito de *fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações* (art. 177, III), pode-se ler que se consideram puníveis as seguintes condutas: “III—o diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral”. Nesse caso, um sujeito com poderes de gestão emprega os recursos da sociedade por ações em descompasso coma vontade do titular do patrimônio, manifestada no elemento “sem prévia autorização da assembléia geral”⁸⁶. A *apropriação indébita* (art. 168) contém inegavelmente uma proximidade com a infidelidade⁸⁷ – de certa maneira, indicada no item 60 da exposição de motivos ao CP 1940 – e, por ser um caso à parte, será analisada abaixo (III., 2.).

3.1.2. Dispositivos na legislação penal especial

Na legislação penal especial há manifestações setoriais de condutas

85 Palavras da exposição de motivos ao CP 1940, no item 84.

86 Note-se que apesar do equívoco de aproximar esse delito do de apropriação indébita, Bitencourt parece intuir tratar-se, no fundo, de coisa diversa, isto é, de infidelidade: “Esse crime apresenta alguma semelhança com o chamado de apropriação indébita, embora seja específico em relação a diretor ou gerente (crime próprio), que apenas usa ou toma por empréstimo bens da sociedade a que serve. A grande diferença da apropriação indébita reside exatamente na falta de animus appropriandi, pois o abuso do patrimônio alheio limita-se a seu uso indevido”, *Bitencourt*, Código Penal Comentado, p. 884; essa grande diferença é traço distintivo entre a apropriação indébita e a infidelidade patrimonial, como já se viu; Alamiro Salvador também parece ter intuído corretamente: “Aqui a disciplina aparenta ser muito mais atinente aos crimes societários (...)”, *Salvador Netto*, Direito Penal e propriedade privada, 19.

87 *Salvador Netto*, Direito Penal e propriedade privada, p. 24: “Acrescenta-se ao rol dos delitos patrimoniais aqueles que denotam infidelidades patrimoniais, como a citada apropriação indébita”.

infiéis que atentam contra o patrimônio e determinados âmbitos especiais de regulação, que buscam dar conta daquela natureza multifacetária do injusto da infidelidade (cf. acima II., c). No âmbito do *Sistema Financeiro Nacional*, é possível verificar a tentativa do legislador de apreender parcialmente o injusto da infidelidade nos artigos 4º, parágrafo único, 5º e 17 da L. 7.492/86. No crime de *gestão temerária* do art. 4º parágrafo único, de consabida redação lacônica que se confunde com o *nomen iuris*, há claramente a preocupação com a atuação contrária ao dever daqueles sujeitos com poderes de gestão (descritos no art. 25 daquela lei) sobre o patrimônio alheio (da instituição financeira e de seus acionistas)⁸⁸. Há ainda previsão semelhante à do peculato-desvio do art. 312 CP no art. 5º, a *apropriação indébita financeira*: “Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio”. Por fim, há também o art. 17 (“Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consangüíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas”), o crime de *empréstimos ilícitos*, amplamente analisado por Nilo Batista sob a ótica da infidelidade patrimonial, em estudo pioneiro ao qual remetemos o leitor⁸⁹. Também na *lei de economia popular* (L. 1521/51) pode-se entrever dispositivo que apenas pode ser compreendido como manifestação do injusto da infidelidade, o art. 3º IX: “gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento

88 Em detalhes ver *Breda/Bitencourt*, Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais, Rio de Janeiro, 2010, Capítulo IV-A.

89 *Batista*, Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86, in: Podval (org.), Temas de direito penal econômico, p. 319 e ss.

de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”. Nesse caso, apesar da semelhança com o crime de gestão fraudulenta e temerária, destaca-se a exigência do resultado – a rigor, dois resultados alternativos: a falência ou a insolvência decorrente da violação do dever, ou o prejuízo dos interessados, no caso de não cumprimento das cláusulas contratuais. Há também manifestação da infidelidade patrimonial no setor de *falência e recuperação judicial*, notadamente no art. 173 da L. 11.101/05, o *crime de desvio, ocultação ou apropriação de bens*: “Apropriar-se, desviar ou ocultar bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida, inclusive por meio da aquisição por interposta pessoa”. Há, ainda, dispositivo idêntico ao já citado art. 315 CP no Decreto 201/67, que prevê no art. 1º, *crimes de prefeitos*. O art. 1º III dispõe que constitui crime “desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas”. Da mesma forma pode-se compreender o crime de *dispensa ou inexigência ilegal de licitação* do art. 89 da L. 8.666/93 (“Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”)⁹⁰ ou ainda o crime tributário do art. 2º, IV da L. 8.137/90 (“deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento”).

3.1.3. Resultado da análise do ordenamento jurídico brasileiro

Os exemplos são fartos. Apesar da abundância de tipos, nunca

⁹⁰ Ao tempo em que analisei esse delito, mais preocupado com o aspecto subjetivo do tipo, não me atentei para esse fato: *Leite*, RBCC 104 (2013), p. 13 e ss.

ocorreu ao legislador brasileiro a confecção de um delito geral ou de delitos específicos que apreendessem integralmente a estrutura fundamental da infidelidade patrimonial (acima II., 1.), qual ocorreu no restante do mundo. Ficamos a meio do caminho: o legislador não ignorou, mas também não compreendeu completamente os problemas que visava a regular, de modo que pagou o preço do acaso: ineficiência. O resultado foi a amálgama nada inconsútil de dispositivos que visam a punir, a seu modo e em seu setor, condutas infíeis.

Um erro comum é a exigência de *elemento subjetivo especial*, que, a rigor, não está inscrito na estrutura fundamental da infidelidade (veja-se o art. 312 CP; art. 177, III CP; art. 3º, IX L. 1521/51)⁹¹. Afinal, as finalidades últimas daquele que, possuindo controle fático e margem de liberdade em sua atuação, viola o seu dever de tutela e danifica dolosamente o patrimônio alheio são irrelevantes (acima II. 1, b). O ânimo de assenhramento, de enriquecimento próprio ou de terceiro, são elementos que dizem respeito ou à figura da apropriação indébita, em que não há a mencionada margem de liberdade na atuação que possui o administrador, ou de delitos de transferência de patrimônio, como é o caso do estelionato. Historicamente, Mayer aponta que o conceito de *Untreue* autonomizou-se do amplíssimo conceito romano de *furtum* precisamente por ter-se evoluído no sentido de construir o furto e a apropriação indébita como delitos de assenhramento, tornando-os incompatíveis com o injusto residente na infidelidade⁹². Quando um terceiro recebe poderes amplos para administrar, sem controle onipresente, um bem tão dinâmico quanto o patrimônio, o risco que surge para o dono do patrimônio não se restringe aos proveitos próprios ou de terceiros que o administrador

⁹¹ Sobre esse elemento nos crimes patrimoniais ver *Salvador Netto*, Direito Penal e propriedade privada, p. 118 e ss.

⁹² *H. Mayer*, *Die Untreue*, p. 20 e ss.; Mayer acrescenta ainda que a solidificação da ideia, que se deu com Kleinschrod e foi ratificada por Feuerbach, de que o furto dirige-se à propriedade, deu-se a separação definitiva entre apropriação indébita e infidelidade, pois aquela era cedidamente próxima ao furto (p. 31); em um determinando momento, houve uma aproximação entre a infidelidade e o falsum, logo desfeita (p. 39 e ss.).

possa almejar. A situação é bastante diversa daquele que recebe um relógio que deve ser devolvido em quinze dias.

De outro lado, a apreensão parcial faz com que o *dano patrimonial*, elemento estrutural da infidelidade, fique em segundo plano (exemplo: art. 4º, parágrafo único L. 7.492/86), ou seja, mesmo ignorado, desnaturando a infidelidade, como ocorre no delito do art. 177, III CP, o qual seria delito formal⁹³. Nesse momento, abre-se assombrosa possibilidade de que a tutela penal sirva à moralização da vida econômica. A infidelidade patrimonial deve ser construída como *delito de resultado*, uma exigência a que o legislador brasileiro, em seu desvario, não atentou, mas que pode ser corrigida ou amainada de *lege lata* (abaixo IV.), Problema similar é a multiplicação de bens jurídicos protegidos pelos dispositivos ou a postulação de um bem jurídico coletivo. Na lei de economia popular, ao lado do dano patrimonial (“prejuízo dos interessados”), fala-se em gestão conducente à “falência ou à insolvência”, a rigor, um bem jurídico autônomo e diverso do patrimônio – voltado à garantia dos direitos dos futuros credores⁹⁴ –, objeto material exclusivo da infidelidade. No art. 4º parágrafo único da L. 7.492/86, ao contrário, postula-se um bem jurídico coletivo – “a higidez do Sistema Financeiro Nacional como um todo” –, amputando elemento estrutural da infidelidade patrimonial, qual seja o dano, transformando-a, a nosso ver indevidamente, em delito de perigo abstrato contra um bem jurídico coletivo, o que acaba por justificar a pena altíssima prevista (2 a 8 anos de reclusão)⁹⁵. Naturalmente, as previsões setoriais podem conduzir a inúmeros problemas de *concurso de leis e de crimes*, com consequências bastante relevantes na formação da pena final do acusado e que poderiam ser evitados caso houvesse uma concepção geral sobre a punição da infidelidade

93 Assim, *Bitencourt*, Código Penal Comentado, p. 885.

94 Em geral, há tipos específicos para tutelar esses bens, entre nós dispostos na L. 11.101/05, amplamente analisada por *Batista*, Lições de Direito Penal Falimentar, Rio de Janeiro, 2006; no CP austríaco, ao lado da *Untreue* do §153, há a violação com culpa grave de interesses de credores do §159; a esse respeito ver *Fabrizy*, *Strafgesetzbuch*, p. 507 e ss.

95 Sobre bens jurídicos coletivos *Greco*, FS-Roxin II 2011, p. 199 e ss.; há tradução in: *Revista de Concorrência e Regulação*, 7-8 (2012), p. 349 e ss.

patrimonial no direito penal brasileiro⁹⁶.

As previsões setoriais podem ainda ser questionadas sob o ponto de vista da *igualdade*. Afinal, não é simples explicar – sem recurso a hipostasiações de falsos bens coletivos – por que é que a “gestão temerária” de instituição financeira ou a ela equiparada é delito grave, punido com 2 a 8 anos de reclusão, e a “gestão temerária” de uma holding de enormes proporções, que pode conduzir a danos patrimoniais altíssimos aos seus respectivos acionistas, não. Veja-se o Caso 2: o diretor da sociedade por ações não atua “em proveito próprio ou alheio”, de modo que não é alcançado pelo art. 177, III CP e nem pelo art. 3º, IX da L. 1.521/51, devendo, a respeitar o princípio da legalidade, ficar impune. Logo veremos que, nesses casos, a jurisprudência encontra um meio odioso de punir os acusados (abaixo III., 2.). Apenas na Variante 1 do caso, ao tratar-se de instituição financeira, é que se poderia cogitar da punição do diretor pelo crime de gestão temerária (art. 4º L. 7.492/86). Sob todos os ângulos, os estragos da ausência de uma concepção geral fazem-se sentir.

O Caso 4 é igualmente ilustrativo. A punibilidade do caso decorre, em princípio, da natureza pública da companhia contratante, fazendo incidir os delitos de corrupção ativa (art. 333 CP) e passiva (art. 317 CP), além de eventualmente outros, como o de fraude em procedimento licitatório (art. 90, L. 8.666/93). A dimensão patrimonial ligada ao patrimônio dos acionistas, todavia, permanece inapreendida. Na Variante 1, em que ambas as companhias são privadas, o resultado correto seria a impunidade do caso, eis que inexistente em nosso ordenamento – esse sim, de legitimidade controvertida – o delito de corrupção privada. De todo modo, é praticamente incontroverso que o tipo penal da corrupção privada – nos ordenamentos que o preveem⁹⁷ – não visa a proteção do patrimônio da empresa,

96 Assim, *Salvador Netto*, Direito Penal e propriedade privada, p. 27.

97 Alemanha (§ 299 StGB), Espanha (art. 286 bis, CP espanhol), Áustria (§ 309 StGB),

senão a livre concorrência ou a integridade da relação patrão/empregado ou principal/agente.⁹⁸ Poder-se-ia cogitar, ainda, de um crime de cartel, como previsto no art. 4º, I e II, da Lei 8.137/1990. Igualmente, porém, o bem jurídico protegido é a concorrência, e não o patrimônio. Todavia, em casos como a Variante 1 do Caso 4, não se realizam eventualmente apenas os injustos da corrupção privada ou do cartel. É possível também reconhecer a realização do injusto da infidelidade patrimonial: um ataque interno ao patrimônio dos acionistas da companhia, um recorte de injusto que permanece sem expressão penal. Casos que apresentam a estruturada Variante 1 do Caso 4 são conhecidos como *kick-back*: o funcionário ou representante de uma empresa recebe propina para contratar o serviço ou adquirir um produto de um determinado fornecedor. Como em geral o valor da propina é incluído para formar o preço do serviço ou produto, este fica mais caro para a empresa. O dano patrimonial está, portanto, na diferença entre o preço normal que o produto ou o serviço custaria para a empresa e o preço inflado pela inclusão do valor da propina.⁹⁹ Pode-se concluir que, no Brasil, casos de *kick-back* ou restam completamente impunes ou acarretam punições

Inglaterra (Bribery Act 2010 C. 23, 1-4), entre outros países.

98 BGH NSTZ-RR 2015, 278 (279); BGH NJW 2006, 3290, 3298; *Vormbaum*, FS Schroeder, p. 652; *Gorius*, Die Strafbarkeit des Prinzipals im Lichte des § 299 StGB, 2015, p. 77; com ulteriores referência, *Dannecker*, in: NK- § 299, nm. 4 e *Rönnau*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (org), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Ed., 2015, p. 280

99 Especialmente sobre essa constelação de casos, discutindo os delitos de infidelidade patrimonial e corrupção privada, cf. *Szebrowski*, Kick-Back, 2005; essa estrutura compõe parte do caso famoso “Caso Siemens”, em que um administrador dessa empresa pagou um montante equivalente a 2,65 milhões de euros a dois administradores de uma empresa privatizada do setor energético italiano para obter um contrato de fornecimento de turbinas a gás (BGHSt 52, 323, 336 ss.). O “Caso Siemens”, no entanto, é relevante para a dogmática do dano patrimonial da infidelidade não somente por causa da conduta dos administradores italianos, que possivelmente lesaram a empresa para a qual trabalhavam devido ao sobrepreço do contrato causado pela inclusão do valor das propinas. No caso, importa a conduta do administrador alemão (a qual foi objeto do processo julgado pelo BGH), que, para obter contratos junto a outras empresas mantinha um “caixa-dois” em uma conta em Liechtenstein, de onde retirava o dinheiro para pagar as vantagens aos representantes das outras sociedades empresárias. Um dano patrimonial definitivo, e não meramente um perigo concreto de dano, foi visto pelo BGH na retirada do dinheiro pertencente à sociedade de seu poder de disposição. A circunstância de que o dinheiro seria utilizado para pagar propina com o fim último de obter contratos milionários para a própria empresa foi vista como irrelevante pelo BGH (BGH NJW 2009, 89, 92). O acusado foi absolvido pelo delito de corrupção privada ativa (§ 299 II StGB), pois à época dos fatos na Alemanha não se punia pagamento de vantagem ocorrido no exterior. Tal possibilidade só veio a existir após 2002, com a reforma parcial do tipo penal.

por meio de delitos acessórios, que, de todo modo, não expressam o principal conteúdo de injusto inerente a essas condutas. Se isso deve permanecer assim, é uma pergunta complexa, que não permite a simples proposição de mais um delito em nossa barafunda legislativa como resposta.

Por fim, surge o problema gravíssimo da previsão de *penas desproporcionais* para condutas infieis. O exemplo do emprego irregular de verbas públicas do art. 315 CP deve bastar: caso o governador do Estado de nosso Caso 3 seja punido por esse delito, o marco penal a que estará submetido será o de detenção de um a três *meses*, ou multa. Todavia, nos termos da Variante 1, caso se trate de um prefeito, o crime cometido será o do art. 1º III do Decreto 201/67, e o marco penal previsto passa a ser o de detenção de três meses a três *anos*. A pena máxima para o governador é idêntica à pena mínima do prefeito, uma injustificada e escandalosa desproporção que só pode ser explicada pela natureza aleatória da produção legislativa nessa matéria.

3.2. A “PROPOSTA INDECENTE”: PUNIÇÃO DE INJUSTO ACESSÓRIO, APROPRIAÇÃO INDÉBITA (ART. 168 CP) E ANALOGIA CONTRA REO.

Nos casos em que não há nenhuma manifestação setorial específica, o juiz vê-se diante da *proposta indecente* acima mencionada¹⁰⁰. Afinal, persiste o *algo errado*. Há duas opções: ou o magistrado, em ardil metonímico, contenta-se com a punição de algum *injusto anexo*, *parcial* ou *acessório* que não expresse o todo – pune o sujeito por delitos de falsidade documental ou evasão de divisas, quando o injusto ocorrido era conspiciamente o de infidelidade patrimonial na administração de uma sociedade empresária, por exemplo (Caso 2 ou 4) – ou o *injusto central* da infidelidade é subsumido, por via

100 Sobre esse problema, com exemplos do direito penal patrimonial e econômico italiano, *Sessa*, Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione, p. 360 e ss.

de *aplicação analógica*, a tipo penal com outra direção e finalidade protetivas, esgarçando o sentido literal possível de tipos penais e invadindo a terra proibida da analogia.

É o que ocorre nos casos de condutas infieis que envolvem valores ou numerários de que um particular tem “posse” em razão de uma relação de confiança existente, como ocorre entre o advogado e o seu cliente, por exemplo, o nosso Caso 1¹⁰¹. Nesse caso, costuma-se cogitar da aplicação do tipo penal da *apropriação indébita*, apesar de a redação típica do art. 168 abranger com clareza apenas “coisas alheias móveis”, diferentemente de o que ocorre em outros ordenamentos jurídicos e à semelhança do direito alemão e português, como se viu (cf. acima II., 2.). Na doutrina pátria, podem-se ler definições bastante claras: “Pela própria natureza do delito, está visto que a coisa há de ser corpórea, dotada de movimento próprio ou suscetível de remoção por força alheia. (...) Devendo ser corpórea a coisa, excluem-se os direitos, insuscetíveis de apropriação, podendo apenas ser violados ou transgredidos”¹⁰². Essa definição, lamentavelmente, não limitou a atividade interpretativa da prática judiciária. A intuição – correta, de resto – é a de que não pode fazer diferença o fato de se tratar de um carro – coisa móvel – ou de valores a que um cliente tem direito. Daí a naturalidade com que se pode sempre concluir que existe apropriação indébita de valores, ações, direitos de crédito. Há várias condenações de advogados em casos de apropriação indébita de “valores”¹⁰³.

Contudo, está-se diante de um exemplo evidente de *analogia contra reo*. São vários os argumentos a sustentar a posição de que a ampliação do objeto da apropriação de *lege lata* extrapola o *sentido literal*

101 O primeiro dos subscritores deste estudo cuidou exclusivamente desse problema em outro estudo, no prelo: *Leite*, Interpretação, analogia e sentido literal possível – Apropriação indébita (art. 168 CP) de valores ou numerários?, 2016.

102 *Magalhães Noronha*, Direito Penal, Vol. II, São Paulo, 1979, p. 345.

103 Veja-se por exemplo Acórdão 8200677 em Apelação Criminal – TJ-PR – Rel. Marques Cury – 3ª Câmara Criminal – DJ 12/12/2012; ver também a decisão do STJ – HC 200939/RS – Rel. Jorge Mussi – Dje 09/10/2012, em que sequer se discute a possibilidade de o dinheiro ser objeto de apropriação indébita.

possível da elementar “coisa móvel”: (a) a conexão histórica e umbilical da apropriação indébita (o antigo *furtum improprium*) com o furto, confirmada pelo direito positivo (o art. 170 CP remete às disposições sobre o furto), de modo que o conceito de coisa móvel deve ser o mesmo para os dois delitos¹⁰⁴; (b) mesmo em sentido cotidiano, o verbo típico “apropriar-se” exige uma relação fática, um ter em mãos que inexistente em relação a direitos e ações; (c) quando o legislador resolveu ampliar o objeto, fê-lo expressamente, como no peculato, uma espécie de apropriação indébita qualificada, em que constam como objetos “dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel” (art. 312 CP); (d) também no direito comparado verifica-se a intervenção do legislador nesse sentido, ampliando o objeto de proteção (art. 351 CP uruguaio; art. 470, 1 CP chileno; art. 190 CP peruano; art. 253 CP espanhol), ou incluindo o delito de infidelidade patrimonial¹⁰⁵; (e) a imprecisão com o que o legislador opera com o conceito de apropriação indébita, escancarada pela malsinada apropriação indébita previdenciária (art. 168-A) CP), a rigor, um caso de crime fiscal¹⁰⁶ ou uma modalidade de infidelidade, nos moldes do modelo alemão (§ 266a CP alemão). Há possivelmente, nesse setor, uma lacuna de punibilidade. A intuição do *algo errado*, viva no juiz, não substitui, contudo, a necessária decisão do legislador.

3.3. SEGUNDA CONCLUSÃO: A FRICÇÃO COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

A conclusão da análise de nosso ordenamento é surpreendente: a *inexistência* de um tipo penal de infidelidade patrimonial ocasiona entre nós uma *expansão desmedida, incontrolável e ilegítima de punição* de condutas infieis. Na maior parte dos casos, há tipos penais que tangenciam ou apreendem parcial ou equivocadamente o injusto

104 Quando o legislador quis ampliar o objeto de proteção no furto, fê-lo expressamente, como o comprova o exemplo do furto de energia elétrica introduzido pelo CP 1940 (art. 155, § 3º).

105 Cf. acima II., 2.

106 Sobre a classificação do art. 168-A como crime contra o patrimônio ver a crítica certa de *Salvador Netto*, Direito Penal e propriedade privada, 18 e ss.

da infidelidade e são aplicáveis, ainda que não expressem integralmente o injusto penal realizado pelo autor (acima III., 1.). Em outros casos, pune-se algum injusto acessório ou anexo, como falsidades contábeis ou crimes tributários ocorridos no curso da administração do patrimônio de uma companhia, que não refletem o injusto da infidelidade efetivamente ocorrido. Casos há, ainda, em que simplesmente não há tipo penal aplicável e as condutas flagrantemente inféis deveriam permanecer impunes, não fosse a analogia esconsa e sedutora concubina dos aplicadores da lei (acima, III., 2.). De um jeito ou de outro, pune-se a despeito da falta de tipificação expressa.

Ocorre, em verdade, teratológica *fricção com o princípio da legalidade*: um direito penal liberal pune fatos, não atitudes criminosas. Esses fatos devem estar, com anterioridade, previstos em linguagem típica determinada. A linguagem típica escolhida pelo legislador divisa o sentido literal possível a que está adstrito o juiz. Mais do que isso, o tipo penal ao qual se subsumem os fatos deve expressar o injusto central efetivamente realizado pelo autor – soa estranho punir o assaltante de um banco exclusivamente por ter parado irregularmente o carro em frente ao estabelecimento¹⁰⁷. Não se pune o sujeito por ter realizado qualquer tipo penal, mas sim determinado tipo penal. Um direito penal que não pune fatos com os tipos penais que expressam o injusto realizado, mas sim com tipos anexos ou com outros tipos por meio de analogia, *viola o princípio da legalidade* sob vários ângulos¹⁰⁸, pois (a) ou pune um sujeito por ter praticado um crime qualquer, isto é, dilacera os limites entre os tipos penais e pune, ao fim, a *atitude criminosa qualquer*, ou (b) pune *analogicamente* pelo injusto certo, subsumido, porém, ao tipo errado. Está-se, de resto, diante de um problema

107 Exemplo de *Kasiske*, Leviathan 2011, p. 520 e ss.

108 *Bacigalupo*, Falsedad documental, estafa y administración desleal, p. 121: “Por eso es posible sostener que con leyes penales falsamente estructuradas las cuestiones se confunden y se agrupan de forma no compatible con el principio de legalidad y con la idea de una protección justa de los intereses en juego”.

mais geral conhecido de nossa ordem jurídica, que se manifesta igualmente no conceito unitário de autor¹⁰⁹: não há a preocupação de vincular um sujeito como responsável a título de autoria por um fato seu – fato determinado, não qualquer fato – ou como responsável a título de participação em fato alheio. Basta afirmar, com base na infinda linha causal, que o sujeito “concorreu” para determinado fato. Se seu, se de outro e mesmo qual fato – afinal, entre nós um particular pode ser, por via do art. 30 CP, tão dono de um peculato (art. 312 CP) quanto o funcionário público concorrente – parece não ser relevante, desde que o resultado final seja a punição. A atuação aleatória do legislador na construção de tipos penais, o conceito unitário de autor e as analogias praticadas pelos juízes compõem o enredo de uma tragédia em que os tipos penais se dilaceram. Some-se a tal quadro a despreocupação em torno da chamada função de esclarecimento que cumpre à teoria do concurso de leis e de crimes¹¹⁰, que visa precisamente a fazer coincidir o injusto praticado com o injusto que consta da sentença condenatória do agente.

No tema de que ora tratamos, esse quadro patológico é causado precisamente pela *ausência de clareza quanto à estrutura fundamental* da infidelidade patrimonial no interior de um *sistema de tutela do patrimônio*. Enfim, punição metonímica, desigual, desproporcional ou inconstitucional. Eis o quadro a ser escancarado antes de qualquer aventura legiferante, especialmente se esta vier sob signos propagandísticos e institucionais. Ferida exposta, é possível especular os curativos. A situação é, portanto, insustentável e – caso não se queira simplesmente fingir que no Brasil não há infidelidade patrimonial ou que esta não é punida, duas prestidigitações já denunciadas por nós – reclama uma solução de *lege lata* e de *lege ferenda*.

109 *Greco/Leite*, in: Greco/Leite/Teixeira/Assis, Autoria como domínio do fato, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2014, p. 169 e ss.

110 *Roxin*, Strafrecht AT II, München, 2003, p. 846 e ss.

4. PERSPECTIVAS: SOLUÇÕES DE *LEGE LATA* E DE *LEGE FERENDA*

4.1. SOLUÇÃO DE *LEGE LATA*

De lege lata, a fecunda discussão internacional e as considerações sobre a estrutura fundamental da infidelidade patrimonial podem auxiliar sobremaneira na interpretação dos tipos penais com rastilhos de infidelidade, como o peculato-desvio (art. 312 CP), a gestão temerária (art. 4º, parágrafo único L. 7.492/86), o art. 17 (L. 7.492/86) ou o emprego irregular de verbas públicas (art. 315 CP). Não resta dúvida de que há que se trazer alguma luz para essa massa disforme que é a tutela penal do patrimônio no direito penal brasileiro. Além disso, será possível excluir do âmbito de incidência de determinados tipos penais condutas inféias para as quais eles não foram pensados – como ocorre com a apropriação indébita (art. 168 CP) –, evitando, assim, a analogia *contra reo* que, até o presente momento, ocorre sem maiores protestos neste âmbito.

Esse esforço foi realizado pela doutrina italiana de um passado recente. Foffani, por exemplo, entedia o peculato na modalidade de *distrazione* como expressão normativa da infidelidade patrimonial no ordenamento italiano¹¹¹, antes da reforma que excluiu essa modalidade do CP italiano em 1990¹¹². Ao interpretar o crime de *gestão temerária* (art. 4º, parágrafo único L. 7.492/86) à luz da estrutura da infidelidade patrimonial, seria possível identificar tal delito como de perigo abstrato contra bens jurídicos individuais, a saber, o patrimônio dos acionistas e da instituição financeira, limitando assim o espectro de ações violadoras do dever que *ex ante* possam colocar em risco esse patrimônio¹¹³. Assim, sepulta-se sem velório o falso bem jurídico “higidez do Sistema Financeiro”.

111 Foffani, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, p. 13, p. 17.

112 Sessa, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, p. 370.

113 Greco, in: *Boletim do IBCCrim* 229 (2011), p. 7 e ss.

Breda e Bitencourt parecem ter intuído a necessidade de limitar as ações *ex ante* arriscadas ao postularem de *lege lata* a “combinação de dois diplomas legais” vigentes, o art. 4º, parágrafo único L. 7.492/86 e o art. 3º, IX L. 1521/51. De *lege ferenda*, os autores indicam a construção do delito de gestão temerária como delito de resultado¹¹⁴, o que o aproximaria da estrutura da infidelidade patrimonial. A dogmática da infidelidade patrimonial ajudaria igualmente, para ficar com um exemplo da prática, a esclarecer a razão pela qual gerentes de agências bancárias subsidiárias que não possuem amplos poderes de administração não podem ser autores – no sentido do art. 25 da L. 7.492/86¹¹⁵ – do delito do art. 4º e nem do art. 5º, algo discutido na doutrina e na jurisprudência¹¹⁶. Como se viu, integra a *ratio* da infidelidade patrimonial o controle fático exercido com margem de liberdade acerca da administração do patrimônio alheio (acima II., 1.), uma posição de que não goza um gerente de agência bancária subsidiária.

4.2. SOLUÇÃO DE *LEGE FERENDA*

É surpreendente o fato de o legislador brasileiro, no geral muito receptivo à introdução de novos tipos penais – no PLS 236/12 há profusão de modismos tais como o *stalking* (a “perseguição obsessiva” do art. 152 do PLS 236/12) –, não ter resolvido propor a tipificação expressa da infidelidade patrimonial, especialmente diante do disposto na sobredita Convenção da ONU contra a Corrupção (acima I.) e da ampla discussão internacional existente (acima II.). A julgar pelos últimos empenhos reformadores – o PLS 236/12 e as medidas contra a corrupção propostas pelo Ministério Público Federal –, não deixa de ser reconfortante observar essa

114 Breda/Bitencourt, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*, Capítulo IV-A, 5.1.

115 Ver as monografias de Laufer, *Artigo 25 da Lei n. 7.492/86, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2008* e Breda, *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da lei 7.492/86, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2002*.

116 Ver por exemplo a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1115275/PR, Rel. Adilson Macabu, 5ª Turma, DJe- 04/11/2011, admitindo a possibilidade.

virtuosa omissão de nosso legislador. Afinal, em exercício prognóstico, não seria de se esperar grandes consecuições nesse complexo âmbito do direito penal econômico. A ausência de uma concepção geral sobre o direito penal patrimonial e econômico, somada à atitude supletiva da jurisprudência, ocasiona ademais o indesejado efeito, denunciado na Itália por Sessa, “di springere gli organi legislativi a disinteressarsi all’ellaborazione di un’adeguata disciplina penale capace di affrontare il problema nella sua completezza”¹¹⁷. Ainda, assim, como alguns casos demonstram, há uma *lacuna de punibilidade*, porém apenas no que diz respeito à expressão correta e integral do injusto patrimonial ocorrido. Os casos não ficam impunes.

Apesar da existência dessa lacuna de punibilidade, *não é* de se propor *de lege ferenda* pura e simplesmente a tipificação expressa da infidelidade patrimonial de maneira insular. A simples adição de mais um tipo penal na *massa disforme do direito penal patrimonial brasileiro* seria medida imprudente de pendor oportunista. Afinal, a adição aleatória de tipos penais é parte essencial do problema¹¹⁸. A única saída é a construção de uma *teoria da parte especial do direito penal patrimonial e econômico*¹¹⁹, que, certamente, implicaria em *ampla descriminalização e readequação de tipos* penais existentes, para, a partir de uma *concepção geral*, cogitar-se da criação de um tipo penal de infidelidade patrimonial. Menos é mais, na aritmética de um direito penal liberal. Sem uma concepção geral, não é possível dar conta do desafio olímpico de equilibrar a tutela eficiente de bem tão dinâmico quanto o patrimônio – um bem certamente

117 Sessa, Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione, p. 362. Fundamental é o livro de Foffani, escrito imediatamente antes das reformas de 1998 e 2002, *Foffani*, Infedeltà patrimoniale e conflitto d’interessi nella gestione d’impresa.

118 *Salvador Netto*, Direito Penal e propriedade privada, p. 135: “No Direito Penal brasileiro e sua respectiva codificação, não é possível perceber um critério geral e definido para o agrupamento das modalidades típicas”.

119 Em sua investigação sobre a infedeltà patrimoniale, Longobardo identifica a necessidade de uma “risistemazione della materia patrimoniale” no direito penal italiano: *Longobardo*, Infedeltà patrimoniale, p. 11; de lege ferenda, o autor indica que a infidelidade patrimonial assumiria o papel de “conceito ordenador”, com referência à entidade a ser protegida: o particular, sociedades empresárias ou o setor público (p. 53).

carente de proteção penal – com a necessidade inarredável de respeitar o princípio da legalidade. Muito provavelmente, seria de se pensar em *três tipos de infidelidade*, com pressupostos estritos, de modo a evitar os cediços problemas de determinação com que convive o direito alemão nesse setor: *infidelidade patrimonial geral, infidelidade patrimonial societária e infidelidade patrimonial no setor público*. A construção dessa teoria da parte especial do direito penal patrimonial e econômico será objeto de outro estudo de maior fôlego, já em curso.

5. ABREVIACÕES:

BGH = Bundesgerichtshof (Corte Federal)

FS = Festschrift (Livro em homenagem a determinado autor (a)/ professor (a))

GS = Gedächtnisschrift (Livro em memória de determinado autor (a)/ professor (a))

JuS = Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Refendariat

JZ = Juristische Zeitung

JR = Juristische Rundschau

LG = Landgericht (Tribunal Estadual)

Müko = MünchnerKommentar (Comentário ao código penal)

NJW = Neue Juristische Wochenschrift

NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht

NK = Nomos Kommentar (Comentário ao código penal)

Nm = Número de margem

RBCC = Revista Brasileira de Ciências Criminais

StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal da Alemanha)

StV = Strafverteidiger (Revista)

Wistra = Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

ZIS = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

ZRP = Zeitschrift für Rechtspolitik

ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Capítulo 2

APROXIMAÇÃO A UMA TEORIA DA CORRUPÇÃO¹

Adriano Teixeira²

Luís Greco³

Resumo: O artigo busca fornecer um esboço de uma teoria da corrupção, delimitando o específico conteúdo de injusto desse delito. Do resultado desse esforço—a ideia de que corrupção é um abuso de poder condicionado por recebimento de vantagem —, colhido após análise do estado atual do problema na Alemanha e no Brasil, extraem-se consequências concretas para a interpretação tanto do direito alemão quanto do direito brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo esforça-se no sentido de precisar a natureza do injusto penal que se designa pelo termo “corrupção.” Após uma espécie de fotografia panorâmica, em que tentamos dar breve noticiado estado atual do problema na Alemanha e no Brasil (abaixo II), passaremos a um diagnóstico, no sentido de que existe uma total desorientação a respeito da corrupção em suas diversas manifestações (abaixo III). Esse diagnóstico desembocará em uma reflexão

1 As ideias centrais do presente texto foram originalmente apresentadas em artigo de Luís Greco, publicado na revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, no fascículo dedicado a Claus Roxin, por ocasião de seu 85º aniversário (maio 2016). Adriano Teixeira promoveu a ampliação do texto, sobretudo com as explicações sobre o direito alemão e a parte dedicada ao direito brasileiro.

2 Mestre (LL.M) e doutorando na Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha.

3 Mestre (LL.M), doutor e livre-docente pela Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, professor titular de direito penal, direito penal econômico e direito penal médico na Universidade de Augsburg, Alemanha.