

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS DOS SANTOS ROCHA WILLADINO

**DELITO DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES NA PERSPECTIVA DE
DIREITO COMPARADO: BRASIL, ALEMANHA, ITÁLIA, FRANÇA E ESPANHA**

Porto Alegre

2018

LUCAS DOS SANTOS ROCHA WILLADINO

**DELITO DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES NA PERSPECTIVA DE
DIREITO COMPARADO: BRASIL, ALEMANHA, ITÁLIA, FRANÇA E ESPANHA**

Dissertação apresentada como requisito à
obtenção do título de Mestre em Direito pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Odone Sanguiné

Porto Alegre

2018

LUCAS DOS SANTOS ROCHA WILLADINO

**DELITO DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES NA PERSPECTIVA DE
DIREITO COMPARADO: BRASIL, ALEMANHA, ITÁLIA, FRANÇA E ESPANHA**

Dissertação apresentada como requisito à
obtenção do título de Mestre em Direito pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em de de

Banca Examinadora

.....
Prof. Dr. Odone Sanguiné

.....
Prof.

.....
Prof.

.....
Prof.

Dedico este trabalho aos meus familiares e amigos que sempre me incentivaram a acreditar na realização dos sonhos, e especialmente, à Paula, minha esposa, meu amor.

AGRADECIMENTOS

Foram muitas horas de dedicação na gestão desse singelo projeto que ora se abre para o desconhecido. A pesquisa acadêmica, ao mesmo tempo saborosa e árdua, nos permite, para além de incorporar novos conceitos, aprofundar o autoconhecimento e a visão do mundo que nos cerca. Nada disso, contudo, seria possível, não fosse a compreensão e suporte de pessoas especiais, dentre as quais destaco minha esposa Paula, meus pais Paulo e Miriam e minha fiel amiga e incentivadora Ana Paula Fischel. Também contribuíram, de maneira fundamental, meu notável orientador, Professor Doutor Odone Sanguiné, cujas preciosas lições permitiram objetivar o rumo a perseguir, o perspicaz advogado Tomás Holmer, parceiro de prolongados e produtivos debates, bem como meu admirável chefe, Desembargador Newton Brasil de Leão, com quem tanto aprendi nesses 12 anos de serviços prestados ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Por fim, merecem igual menção meus amigos e colegas Carlos Edinger e Harold Hoppe, pelo companheirismo e diálogo ao longo dessa jornada, tão importantes na superação dos desafios da rotina de mestrando.

*“Quanto mais corrupção, mais injustiça.
Quanto mais injustiça, mais impunidade.
Quanto mais impunidade, mais violência.
Quanto mais violência, menos felicidade.”*

(Renée Venâncio)

RESUMO

O presente trabalho investiga a necessidade de tipificação do delito de corrupção no setor privado, no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, necessário aprofundar o estudo do fenômeno da corrupção, bem como a moderna interpretação de seu conteúdo pela comunidade jurídica internacional. Partindo de uma perspectiva de Direito Comparado, é possível verificar a evolução no controle da corrupção transnacional, fruto de diferentes compromissos assumidos por diversos Estados, em verdadeiro esforço conjunto para erradicação das práticas corruptivas e seus nefastos efeitos ao mundo globalizado. Nesse cenário, exsurge a relevância do debate acerca da ampliação do conceito de corrupção para além da esfera pública, abrangendo também condutas estritamente relacionadas ao setor privado, de modo que alguns países hodiernamente já tipificam essa nova modalidade delitiva em seus ordenamentos. Indispensável acurado exame da forma como o delito de corrupção entre particulares ganhou contornos na legislação e doutrina estrangeiras para desenvolver o modelo pátrio de incriminação da conduta, uma vez que tal tema é hoje objeto de proposta legislativa específica. Assim, verifica-se a atualidade e importância da pesquisa aqui proposta, cujo escopo é auxiliar no desenvolvimento de um tipo penal adequado ao bem jurídico protegido, levando-se em conta, principalmente, os documentos internacionais que impulsionam sua criação.

Palavras-chave: Corrupção, Corrupção entre Particulares, Corrupção Privada, Direito Comparado, Novo Código Penal.

ABSTRACT

This paper intends to investigate the need for private-sector corruption crime classification in the Brazilian legal system. Therefore, it is necessary to deepen the studies about corruption's historical roots, as well as the modern interpretation of its content by the international legal community. Through the mechanisms of Comparative Law it is possible to verify corruption's combat evolution in a supranational level, consequence of various commitments assumed by various States, in true combined efforts to eradicate corruption acts and their disastrous effects in the globalized world. In this scenery, the relevance in debating the widening of corruption's concept to beyond the public spheres arises, embracing also the conducts strictly related to the private sector, in a way that some countries already class the new crime form in their systems. Necessary rightful exam of the way corruption crime between individuals has outlined both international legislation and doctrine to develop the native method of the behavior incrimination, here is that said theme is nowadays subject of specific legislation proposal. Thus, it is verified the timeliness and importance of the research here proposed, which scope is to help the development of a crime class adequate to the protected juridical asset, taking into account, mainly, the international documents that impel its creation.

KEY WORDS: Corruption, Corruption between Individuals, Comparative Law, New Criminal Code.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art - Artigo

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

COB – Comitê Olímpico Brasileiro

CP – Código Penal de 1940

Dec – Decreto

FCPA – Foreign Corrupt Practices Act

FIFA – Federação Internacional de Futebol

GRECO – Grupo de Estados Contra a Corrupção

GMC – Grupo Multidisciplinar sobre Corrupção

OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

PIB – Produto Interno Bruto

PLS – Projeto de Lei do Senado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO	14
1.1. Premissas conceituais acerca da corrupção.....	14
1.2. Fundamentos político-criminais da incriminação da corrupção privada.....	23
1.2.1. União Europeia.....	27
1.2.2. Conselho da Europa.....	32
1.2.3. Organização das Nações Unidas.....	35
1.3. Da necessidade de tipificação do delito.....	40
1.3.1. Argumentos contrários.....	43
1.3.2. Argumentos favoráveis.....	48
1.3.3 Tomada de posição.....	51
2. PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO	56
2.1. O delito de corrupção entre particulares na Alemanha.....	57
2.2. O delito de corrupção entre particulares na Itália.....	65
2.3. O delito de corrupção entre particulares na França.....	71
2.4. O delito de corrupção entre particulares na Espanha.....	75
3. A PROPOSTA BRASILEIRA: O ARTIGO 167 DO PROJETO DE LEI DO SENADO N° 236/2012	81
3.1 Antecedentes legislativos.....	81
3.2. A estrutura do tipo objetivo.....	87
3.2.1. Bem jurídico tutelado.....	87
3.2.2. Sujeitos do delito.....	100
3.2.3. A conduta típica.....	106
3.2.4. Consumação e tentativa.....	113
3.2.5. Apenamento.....	115
3.3. A estrutura do tipo subjetivo.....	117
3.3.1. O dolo.....	117
CONSIDERAÇÕES FINAIS	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	123

INTRODUÇÃO

O Direito Penal e a Criminologia vivem um momento de autêntica ebulição, correspondente às importantes mudanças que estão sendo produzidas na política criminal. Enquanto seguem candentes questões clássicas - como, por exemplo, a função da pena ou a determinação dos elementos chave da teoria do delito - se abrem novas frentes muito necessitadas de análise e estudo: a incessante preocupação dos cidadãos com a criminalidade (e as respostas nem sempre meditadas dos poderes públicos); o incessante crescimento de setores como o Direito Penal Econômico (e a tendência de atribuir responsabilidade às pessoas jurídicas); a luta contra o avanço do crime organizado e das múltiplas formas de organização criminosa; a internacionalização da justiça penal e a crescente influência de organismos supranacionais na política criminal interna dos países; a aproximação entre os sistemas anglo-americanos e continentais; dentre outros temas igualmente atuais e relevantes.

Nesse contexto, a corrupção entre particulares - também denominada corrupção privada, ou ainda, corrupção no setor privado - objeto do presente estudo, enquadra-se na temática de enfrentamento necessário e inadiável, especialmente na seara do Direito Penal pátrio, haja vista se tratar de matéria com proposta legislativa de tipificação criminal em andamento. Todavia, se no Brasil a problemática da corrupção no setor privado é tema que ainda ensaia os primeiros passos, na experiência comparativa é precedida por intenso debate formulado através de doutrinadores especializados na análise do instituto, notadamente porque muitos países já incluíram tal modalidade delitiva em seus ordenamentos legais. Pode-se dizer que a corrupção entre particulares está incluída dentro de uma categoria mais ampla do conceito tradicional de corrupção, razão pela qual toda tentativa de aproximação do seu conteúdo passa, necessariamente, pela análise preliminar do conteúdo geral do que é a corrupção. Em outras palavras, para se entender o que é a corrupção privada, primeiramente devemos aclarar o próprio conceito de corrupção - ainda que seja extremamente árduo encontrar uma única conceituação com ampla aceitação pelos diferentes pensadores que tratam do assunto, como veremos.

Partindo desse pressuposto, iniciaremos a pesquisa procedendo cuidadoso exame desse fenômeno global que é a corrupção, observando algumas das suas raízes históricas, e salientando, principalmente, o seu significado sob o prisma jurídico-penal, delimitação necessária para que a tarefa não resulte desproporcional aos objetivos aqui pretendidos. Portanto, centraremos nossas reflexões dentro de um contexto estrito, enfocando o tratamento que a doutrina especializada dispensa à matéria.

Passo seguinte, objetivamos destacar os fundamentos político-criminais da incriminação da corrupção entre particulares, mormente seu avanço gradativo no cenário de debate da política criminal global. Analisaremos as razões para sua aparição nos instrumentos internacionais, bem como qual modelo de proteção se vislumbra a partir da inclusão dessa espécie delitiva nos ordenamentos jurídicos nacionais. Dar-se-á especial enfoque aos instrumentos desenvolvidos na seara do Conselho da Europa, da União Europeia e da Organização das Nações Unidas, vez que a incriminação da corrupção no setor privado, nos países investigados pelo presente estudo, decorre da vinculação desses instrumentos.

Há de se ter em conta que os avanços tecnológicos e o fenômeno da globalização transformaram o mundo dos negócios, tornando-os potencialmente mais lucrativos ou lesivos que em qualquer outro momento já vivido pela espécie humana. Reformas de todas as ordens ocorreram, cumprindo ao ordenamento jurídico dos Estados pós-modernos a sua adequação aos acontecimentos até então impensáveis pelos ideólogos iluministas e modernos. Exsurge, pois, um desafio para o Direito Penal, nos obrigando a repensar determinados tipos penais, tornando-os mais efetivos, sem descuidar, contudo, da necessidade de adequar a interpretação desta nova realidade aos seus consagrados princípios democráticos.

Destacaremos, por oportuno, alguns dos argumentos favoráveis e contrários à criminalização da corrupção entre particulares disponíveis na doutrina nacional e estrangeira, para então, firmarmos nossa posição acerca do tema. Objetivamos, assim, propiciar diferentes pontos de vista de pensadores que meditaram acerca da necessidade e forma de combater ao fenômeno corruptivo no setor privado, haja

vista nossa percepção de uma evidente divergência doutrinária sobre a matéria posta a lume.

Em sequência, aprofundaremos a análise do crime de corrupção privada sob o prisma do Direito Comparado, mormente se tratar de um delito em ebulição constante, hodiernamente consagrado nas legislações penais de alguns países importantes no cenário mundial. Elegemos, para tanto, sistemas jurídicos que já incluem a corrupção no setor privado dentre os delitos previstos em seu ordenamento, de modo que possam servir de referência – positiva ou negativa, dependendo do caso – para o modelo a ser adotado no Brasil.

Assim, com verticalidade e olhar crítico, serão objeto de análise os ordenamentos jurídicos de Alemanha, França, Itália e Espanha, onde pretendemos abordar os mais importantes aspectos da tipicidade delitiva da corrupção no setor privado. A escolha destes países não foi aleatória, mas sim por entendermos que estas nações bem demonstram as diferentes possibilidades de repressão ao crime ora estudado. Observaremos, pois, que a inclusão dessa modalidade penal nos seus plexos normativos se deu através de modelos variados e heterogêneos em cada nação, especialmente no que se refere ao bem jurídico objeto de proteção da norma. Tal verificação é fundamental para contribuir na elaboração do tipo penal no ordenamento pátrio.

No derradeiro capítulo, após um breve apanhado das legislações existentes em nosso país versando sobre o tema da corrupção, examinaremos detidamente a proposta brasileira para tipificação do instituto, conforme disposto no artigo 167 do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. Nesse particular, é preciso ter em conta que se está a estudar uma proposta legislativa, logo, passível de modificações e aperfeiçoamento até sua redação final. Através de uma análise pormenorizada da tipicidade delitiva do modelo (até o momento) proposto para o anteprojeto do Novo Código Penal, pretendemos verificar a adequação do bem jurídico tutelado, assim como levar a exame tanto a estrutura objetiva quanto a subjetiva do delito inovador, e ainda, constatar a suficiência e exatidão das penas cominadas aos infratores.

1. A CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO

1.1. PREMISSAS CONCEITUAIS ACERCA DA CORRUPÇÃO

O fenômeno da corrupção há muito permeia as discussões sociojurídicas tanto no ordenamento interno quanto na experiência comparativa¹. Em aprofundada pesquisa sobre o tema, Habib² constata que a corrupção é tão antiga quanto a presença humana na Terra, o que se comprova procedendo acurado cotejo da história, ou ainda, pela análise da trajetória do homem através dos séculos, donde se infere que tais condutas se fizeram presentes desde os primórdios da humanidade³, perdurando até os dias atuais, de forma “*contida e limitada em alguns períodos, crescente e fortalecida em outros*”. Explica, dito autor, não se tratar de sinal característico de nenhum regime ou forma de governo, mas decorrência natural do afrouxamento moral, da desordem e da degradação dos costumes, do sentimento de impunidade e da desenfreada cobiça por bens materiais.

No âmbito nacional, podemos afirmar que a tradição brasileira de condescendência com a apropriação do Estado pelos interesses particulares remonta à própria fundação de nosso país. Como bem destaca Gomes Júnior⁴, “*a naturalidade com que, desde a chegada da família real ao Brasil, em 1808, se confundem os interesses públicos e privados, nos leva a uma verdadeira (in)cultura da corrupção*”, na qual está presente uma evidente “*incapacidade de compreensão da separação entre os interesses públicos e privados, a tal ponto intensa que torna a população insensível até aos maiores escândalos de alta corrupção governamental*”.

¹ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 89.

² HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Fabris Editora, 1994, p. 26.

³ A Lei das XII Tábuas já reprimia com severidade a venalidade dos juízes, que era criminalizada como corrupção, aplicando a pena de morte ao magistrado que recebesse pecúnia. Na Antiguidade, igualmente, a lei mosaica punia o juiz corrupto com o flagelo, e a grega, com a morte. Verifica-se, também, no antigo Direito Romano, a aplicação da pena capital aos magistrados corruptos. Registros da Idade Média apresentam uma primeira distinção entre as espécies de corrupção, não apenas de juízes, como a de outros funcionários. As Ordenações Filipinas puniam os oficiais do Rei que recebessem “serviços ou peitas”, assim como as partes que lhes dessem ou prometessem. No Brasil, o Código Criminal do Império (1830) e o Código Penal de 1890 já elencavam dentre os crimes a “peita” e o “suborno”, enquanto o Código Penal de 1940, inspirado no Código suíço, disciplinou não apenas em dispositivos separados, mas também em capítulos distintos, a corrupção passiva e a corrupção ativa, rompendo, em tese, com a bilateralidade obrigatória do injusto penal.

⁴ GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. O crime de corrupção privada e o PLS 236/2012. *Boletim IBCCRIM*. n. 260. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014, p. 17.

Todavia, se de um lado percebemos certa complacência histórica por parte da sociedade, de outro, podemos afirmar que o controle da corrupção é tema recorrente no cotidiano brasileiro atual, especialmente após os desdobramentos da Operação Lava Jato⁵, cuja repercussão alcançou proporções globais. Busca-se o enfrentamento das condutas lesivas ao patrimônio público principalmente sob o argumento de evitar o indevido desvio dos recursos destinados a socorrer os mais necessitados. Discute-se, outrossim, se o Estado corrupto perderia sua legitimidade perante os cidadãos, uma vez que ao deixar de ser social e decidir democraticamente estaria desrespeitando seu próprio ordenamento jurídico.

Segundo Camargo⁶, a noção de corrupção decorre de referência normalmente feita à etimologia da palavra, como derivação do latim (*corrumpere*), remetendo ao significado de deterioração, devassidão, sedução, agir de modo vicioso. A seu turno, Malem Seña⁷, em obra relevante sobre as raízes do termo, explica que, historicamente, inúmeras são as definições propostas, todavia, se pode afirmar que aparece frequentemente como sinônimo de estragar, prejudicar, deteriorar, perder, danificar, viciar, perverter, subornar. Ainda, conforme assinalado por Prado e Rosseto⁸, no âmbito dos comportamentos humanos, a corrupção está intimamente ligada com a ideia de perversão, de transgressão a algum dever ou obrigação: “*não se trata de fenômeno puramente metajurídico, nem se vincula de forma obrigatória a*

⁵ A Operação Lava Jato é resultado da maior coordenação de esforços conjuntos entre Polícia Federal, Ministério Público Federal e Poder Judiciário no enfrentamento da corrupção no Brasil. Trata-se de operação iniciada no ano de 2014, com desdobramentos que revelam uma disseminação da corrupção nas esferas federal, estadual e municipal. Dentre os resultados desse esforço coletivo, vale destacar alguns dados apresentados pelo Ministério Público Federal, em documento denominado “Carta do Rio de Janeiro”, divulgada à imprensa em 27.11.2017, tais como: 416 pessoas foram acusadas por crimes como corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa; 144 réus foram condenados a mais de 2.130 anos; 64 fases foram deflagradas, cumprindo-se 1.100 mandados de busca e apreensão; pelo menos 92 ações penais tramitam na Justiça; 340 pedidos de cooperação internacional foram enviados ou recebidos em conexão com mais de 40 países; mais de 11 bilhões de reais foram recuperados aos cofres públicos. (Disponível em www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/procuradores-de-forcas-tarefas-da-lava-jato-divulgam-carta, consulta em 28.11.2017)

⁶ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do Direito Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

⁷ MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 22.

⁸ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

uma autoridade ou agente público”. Enfim, uma revisão exaustiva da literatura publicada sobre corrupção nos permite concluir que o termo seguidamente é associado a condutas desprezíveis, com acentuada valoração negativa e de extrema reprovabilidade social, todavia, não nos compete delimitar em poucas palavras a extensão de seu conteúdo, sob pena de efetuarmos um diagnóstico impreciso ou questionável.

Ademais, por se tratar de um fenômeno complexo, a corrupção enquanto conceito não há de ser encarada apenas do ponto de vista jurídico, mas também sob os prismas econômico, político, sociológico e ético⁹. Naturalmente, as manifestações concretas destes pactos ilícitos são variadas, possuem distinta etiologia e afetam a diversos interesses de modos muito diferentes, de sorte que a própria história conceitual da corrupção se mostra incerta, destituída de seu significado original¹⁰. Tarefa árdua, pois, estabelecer um conceito de corrupção¹¹ que possa ser amplamente compartilhado apesar das diferentes tradições jurídicas, éticas e políticas a que se possa pertencer, bem como à margem das distintas perspectivas possíveis de se focar sua análise.

Entrementes, na esfera jurídica, o emprego do termo corrupção usualmente denota a intenção de manter a carga semântica de cunho moral¹² que a história da palavra revela. Isso explica a razão pela qual a corrupção é frequentemente definida de modo bastante amplo, a partir da referência dos valores que ela atinge, como um desrespeito ou deslealdade do indivíduo com relação aos ideais constitucionais e à

⁹ VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La corrupcion política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006, p. 26 e ss.

¹⁰ MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 22.

¹¹ Sobre o conceito de corrupção, importante assinalar que inexistente um consenso doutrinal a respeito, de modo que depende muito do enfoque que determinada disciplina empresta ao fenômeno, razão pela qual indicamos, para aprofundamento no tema, as obras de BETANCOR, Andrés. *Corrupción, Corrosion del Estado de Derecho*. Pamplona: Aranzadi, 2017; GARZÓN VALDÉZ, Ernesto. El concepto de corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (Coord.). *La Corrupción*. Colonia Del Carmen: Ediciones Coyoacán, 2007; MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002; GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. Madrid: Maia Ediciones, 2008.

¹² *Moral* aqui entendida em sentido amplo. A respeito do conceito e da relação entre direito e moral, vide MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 243 e ss.

democracia, ou ainda, como a utilização abusiva do poder que se detenha, destinando-o à consecução de benefícios apartados do bem comum¹³.

Nessa esteira, dentre as diferentes conceituações atribuídas à corrupção - e não são poucas – podemos considerar adequada, ao menos para os fins pretendidos no presente estudo, a seguinte definição: “*é a ação ou omissão praticada por alguém, em conjunto ou não com duas ou mais pessoas, valendo-se de uma posição de confiança, que implica a transgressão do sistema normativo de referência a que se encontra vinculado, e cujo objetivo é a obtenção de benefícios indevidos, atuais ou futuros, para si e/ou para terceiros*”.

A propósito, para melhor compreensão da referida conceituação, cumpre colacionar o inafastável *modelo de identificação de comportamentos corruptos* sugerido pelos autores¹⁴, que obrigatoriamente passa pela análise de três critérios: *i) existência de um sistema normativo de referência; ii) violação de deveres e/ou abuso de poder, por parte de um agente, que atua ou não em conjunto com outras pessoas; e iii) finalidade de obtenção de benefícios indevidos.*

Como empiricamente se observa, a conduta corrupta está necessariamente vinculada a um sistema normativo relevante, seja ele jurídico, político, econômico, desportivo, etc. - o que importa, no caso concreto, é que tal sistema represente um conjunto de regras a regular determinada prática social. Nos dizeres de Malem Seña¹⁵, “*a noção de corrupção é parasitária de um sistema normativo*”. Daí decorre a lógica de que não se pode falar em corrupção sem fazer referência simultânea ao marco normativo dentro do qual se produz o ato ou a atividade qualificada como corrupta¹⁶.

¹³ NÚÑEZ GARCÍA-SAUICO, Antonio. La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coord.). *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 67.

¹⁴ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

¹⁵ MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 33.

¹⁶ GARZÓN VALDÉZ, Ernesto. El concepto de corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (Coord.). *La Corrupción*. Colonia Del Carmen: Ediciones Coyoacán, 2007, p. 36.

Igualmente, o comportamento transgressor deve romper tal sistema normativo, por parte de quem se encontra a ele vinculado, seja mediante a violação de um dever¹⁷ ou de abuso de poder, com a finalidade de obter benefícios indevidos. Vale dizer, por tais benefícios se entende “*a percepção de vantagens que extrapolam aquelas que estão previstas no sistema normativo de referência como contraprestação lícita pelo exercício de um determinado complexo de atribuições, sejam públicas ou privadas*”¹⁸. E não nos parece necessário que a contraprestação na qual constituirá o benefício indevido esteja perfeitamente determinada antes do pacto ilegal, haja vista que o corruptor inteligente pode deixar em aberto a ação exigível para ser precisada no futuro.

A somar-se com o *modelo de identificação de comportamentos corruptos* supra referido, pertinente salientar outras duas características elegidas por Malem Seña¹⁹ como típicas dos atos de corrupção: seu caráter secreto (ou discreto) e sua desnecessária antijuridicidade penal. Evidentemente, os atos corruptos, por implicarem, no mínimo, em uma deslealdade, possuem significativa carga negativa e tendem a ocorrer da forma mais inadvertida e sigilosa possível. Igualmente, é preciso ter em conta que nem sempre um ato de corrupção representa uma ação penalmente antijurídica. Sua legalidade ou ilegalidade, dentro do ponto de vista penal, dependerá, por certo, do tratamento que o sistema punitivo ofereça segundo o sistema normativo de referência. É o caso dos atos de corrupção entre particulares que, por mais danosos e repugnantes possam ser, no Brasil, ainda não são penalmente puníveis.

Partindo dessas considerações, cumpre examinar, na seara jurídica, quais as condutas que seriam relevantes a ponto de legitimar a intervenção penal, ou seja, aquelas que pressupõem ofensa aos interesses previamente considerados imprescindíveis para a convivência social e aos quais os demais setores do sistema normativo não asseguram uma resposta mais eficaz e menos gravosa.

¹⁷ Aqui compreendido como um dever posicional do agente, em alusão às regras do cargo ostentado ou da função a ser cumprida.

¹⁸ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

¹⁹ MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 34.

Com efeito, não se pode negar que as formas de interação humana se manifestam de maneiras diversas ao longo da história, de modo que o Direito, como instrumento de pacificação de conflitos, é apenas um dos espectros na análise do comportamento e das experiências humanas. Nesse norte, importante ter em conta que o fenômeno da globalização²⁰ trouxe uma avalanche de mudanças que se manifestaram não só na esfera da geopolítica internacional, mas também impulsionando o próprio Direito como instrumento de harmonização da convivência, da realização da justiça e de garantia da paz.

Assim, ainda que a retomada das questões éticas e morais seja um aspecto positivo da pós-modernidade, não é possível falar em uma moral coletiva, de modo que são cada vez mais imprescindíveis regras de comportamento para a vida em sociedade. Cediço, pois, que as novas possibilidades de ações humanas no mundo globalizado exigem a ampliação dessa compreensão, para abarcar igualmente condutas que, configurando ou não crimes, se caracterizam por atos antiéticos, com consequências danosas para a coletividade²¹.

Conforme frisamos, é importante observar que a corrupção não é característica dos tempos modernos, sendo tão antiga quanto o próprio Poder, o qual sempre permitiu utilização de forma desviada. Temos, na atualidade, um cenário em que os novos desafios da sociedade contemporânea, de um lado, e a evolução do próprio Estado e do exercício do poder a da concepção de soberania, de outro, trouxeram consigo a potencialização de seus efeitos e a justificação da criminalização de tais comportamentos²².

²⁰ Embora não exista um referencial teórico dominante sobre o tema, é possível considerar que a globalização tem início após o colapso das economias socialistas, como fruto da ascensão do capitalismo desenfreado e do surgimento de uma rede de telecomunicações instantâneas (fax, celular, internet), transformando os parâmetros da condição humana e trazendo consequências relevantes.

²¹ BUSNELLO, Priscila de Castro; GONÇALVES, Alexandre Manoel. Corrupção: questões éticas e jurídicas. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 425-437. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 435.

²² LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 358-383. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 360.

Para elucidar melhor essa ampliação da compreensão do fenômeno da corrupção e da sua legitimação penal, valiosa a contribuição de Liberatore Bechara e Gómez De La Torre²³, *in verbis*:

“De fato, já não se trata de condutas que afetam unicamente o bom funcionamento da Administração, mas sim da produção de efeitos econômicos e políticos que, multiplicados exponencialmente e favorecidos pelo desenvolvimento das novas tecnologias e pela internacionalização tanto da economia como da política, passam a compor o centro das preocupações sobre a matéria. Nesse sentido, a internacionalização da economia em especial faz com que a corrupção, como problema antes considerado exclusivamente nacional, adquira uma dimensão internacional complementar, possibilitando novas formas de atuação, inclusive no âmbito dos denominados ‘paraísos fiscais’. Essa constatação proporciona uma primeira explicação para a existência de distintos instrumentos internacionais de controle, os quais, nos âmbitos regional e global, pretendem servir de base para uma política criminal que atue com eficácia na prevenção e repressão contra o que se qualificou como ‘explosão’ do conteúdo da corrupção, ao incorporar novas formas e novos sujeitos.”

Como se vislumbra, essa perspectiva moderna permite diferenciar dimensões supraindividuais do fenômeno da corrupção²⁴. Questiona-se, dentre outros comportamentos, a necessidade de reprimir práticas desleais de suborno a funcionários que deturpam as condições das concorrências no mercado globalizado. Tal demanda é ainda mais facilmente constatada em um cenário de concentração mercadológica nas mãos de poucas empresas transnacionais. No cerne dessas sociedades comerciais propiciou-se o surgimento de práticas ilícitas capazes de alterar a tradicional figura do funcionário público corrupto e a do privado corruptor²⁵.

Na esfera do Direito Penal “moderno”, a consequência lógica desse cenário é a ampliação do rol de potenciais sujeitos ativos nos delitos de corrupção, deixando-se de se considerar o delito como próprio de funcionários públicos²⁶. Verifica-se,

²³ LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 358-383. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.361.

²⁴ GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. Madri: Maia Ediciones, 2008, p. 25.

²⁵ FOFFANI, Luigi. La corrupción privada: iniciativas internacionales y perspectivas de armonización. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adam (Coord.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de La Universidad Castilla-La Mancha, 2006, p. 382.

²⁶ Nesse sentido: “Sin embargo, en el momento actual es notable el empleo de la voz ‘corrupción’ para describir otros comportamientos un tanto alejados del ámbito público. Ello trae su causa, por un lado,

portanto, na doutrina especializada, que o vocábulo corrupção se trata de um gênero que abriga duas espécies: a corrupção pública e a corrupção privada. A primeira se caracteriza por *ações ou omissões vinculadas com o abuso do cargo público e com o descumprimento de normas jurídicas por parte de pessoas com responsabilidade pública*, enquanto a segunda pode ser compreendida por *ações ou omissões vinculadas a um abuso de posição no entorno de organizações privadas, com descumprimento das normas jurídicas que regulam deveres do agente frente ao principal*²⁷.

Se, de um lado, temos o uso da função pública voltado para obtenção de vantagens pessoais, no contexto privado, devemos substituir “função pública” por “posição de confiança”, de modo a abranger todas as atividades que um indivíduo pode vir a exercer na ordem privada num contexto de boa-fé e probidade. À primeira vista, tal mudança discrepa do sentido jurídico-penal de corrupção abraçado até os dias atuais pelo Direito pátrio, que presume o envolvimento de funcionário público, seja na corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), seja na corrupção ativa (art. 333 do Código Penal)²⁸. Entretanto, sendo o Brasil signatário dos principais instrumentos internacionais²⁹ elaborados para controlar os malefícios da corrupção, essa perspectiva assume nova direção. Não é de hoje a reivindicação por uma concepção ampliada da corrupção que englobe também os agentes privados, de sorte que nossos legisladores já trabalham na formulação de tipo penal específico para essa modalidade delitiva, como veremos no terceiro capítulo.

Insta salientar, questiona-se a adequação em penalizar criminalmente somente a situação em que o agente privado corrompe o servidor público, deixando de lado as ocorrências nas quais o particular perverte outro sujeito de direito privado

el creciente proceso privatizador de los servicios públicos acaecido en los últimos años (...) lo que imposibilita distinguir con facilidad los comportamientos de corrupción pública de los comportamientos de corrupción privada. (PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89, p. 13-61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 18.)

²⁷ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

²⁸ PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Notas sobre corrupção privada e corretagem de seguros. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 179-200. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²⁹ Destacamos tais instrumentos no capítulo terceiro (3.1), ao analisar a evolução legislativa dos crimes de corrupção na esfera pátria.

- seja na busca de informações privilegiadas e eivadas de sigilo, seja cooptando funcionários de empresas concorrentes através de promessas patrimoniais, como inúmeras outras práticas -, gerando alguma espécie de vantagem indevida na concorrência de mercado³⁰.

Interessante, nesse aspecto, as conclusões de Huber³¹ - em elogiado estudo sobre o fenômeno da corrupção -, no sentido de que muitas são as hipóteses de *pactos sceleris* no âmbito das relações entre particulares, havendo evidências de práticas corruptivas em atividades empresariais, esportivas, acadêmicas, e médicas, por exemplo, razão pela qual não faz sentido se associar a prática de comportamentos desviados apenas aos agentes públicos. Salieta, nesse norte, que essa visão distorcida da corrupção vem sendo corrigida paulatinamente com a aproximação dos doutrinadores e legisladores aos comportamentos adotados no âmbito privado ao longo das últimas décadas, assinalando, contudo, que ainda restam muitos desafios por vencer.

Oportuna, pois, a abertura do debate global sobre corrupção no setor privado, especialmente num cenário econômico em que as empresas transnacionais muitas vezes detêm poderes superiores ao de diversos Estados. Basta um olhar mais atento para encontrar corporações beneficiadas durante décadas em face da anemia repressiva estatal à delinquência econômica internacional, operando ilícitos de magnitudes incalculáveis sem qualquer tipo de sanção³².

Em vista disso, dentre as diversas conceituações possíveis para essa contemporânea modalidade de corrupção, ressaltamos, por sua precisão, a contribuição proposta por Prado e Rosseto³³, de que a corrupção privada resulta da

³⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 95.

³¹ HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano, Giuffrè, 2003, p. 32.

³² PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89, p. 13-61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

³³ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

“ação ou omissão de um particular, no exercício de uma atividade empresarial ou profissional, em concurso ou não com um ou mais particulares, que implica a violação de um dever ou o abuso de um poder previsto em lei, com vistas à obtenção de benefícios indevidos, atuais ou futuros, para si e/ou para terceiros, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas”.

Enfim, por se tratar de um fenômeno potencializado pela globalização, a corrupção entre particulares vem conquistando intenso destaque na política criminal internacional, tornando-se um problema social cujo combate evidencia uma das prioridades de muitos sistemas penais. Entender as múltiplas facetas e os interesses dignos de proteção envolvidos na modalidade delitiva ora estudada não é tarefa simples, haja vista a pluralidade de temas relevantes no âmbito dessa discussão, por exemplo, a lealdade entre o empregador e empregado, a salvaguarda do patrimônio da pessoa jurídica, a defesa dos consumidores e a livre concorrência de mercado. Assim, a corrupção privada é temática pertinente e atual, especialmente no âmbito pátrio, razão pela qual nos cumpre investigar de maneira acurada quais os fundamentos de sua incriminação.

1.2. FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS DA INCRIMINAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA

Não é preciso ser dedicado pesquisador do tema para perceber que o problema da corrupção tem ganhado proporções vultosas nos últimos anos, exigindo uma resposta coletiva e transnacional³⁴. De solar clareza que o fenômeno adquiriu magnitude global, afetando tanto a países pobres quanto ricos, a governos autoritários e a democracias consolidadas, a altos cargos de organizações internacionais e a dirigentes de empresas multinacionais, enfim, há quem diga que onde houver um grupo humano organizado, haverá corrupção³⁵.

³⁴ DE SOUZA, Ricardo Inglez; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Lei Anticorrupção e a Defesa da Concorrência. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 201-234. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 201.

³⁵ Maquiavel já se referia aos desejos humanos como insaciáveis, afirmando que a natureza humana deseja e quer tudo, ocasionando, como consequência, uma sensação de eterna insatisfação, que, em tese, poderia justificar essa ânsia que impulsiona os comportamentos corruptos. (MAQUIAVEL, Nicolau. *Discurso sobre a primeira década de Tito Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.)

Essa recente expansão da corrupção tem sua causa em alguns dos elementos caracterizadores da chamada “era da globalização”. Conforme explica Benito Sánchez³⁶, uma característica essencial do processo globalizador é a intensificação da dependência mútua entre os Estados - também chamada de *interdependência*. Nesse modelo, aparecem novos atores econômicos-institucionais que substituem os clássicos Estados-nação no âmbito das relações internacionais, oportunizando assim diversas vantagens, desde facilitar a circulação de pessoas, bens e serviços, até a estimulação do comércio transnacional³⁷, dentre outras possíveis de se visualizar sem que se exija muito esforço. Porém, tais mudanças também acarretam inconvenientes, vez que a abertura das fronteiras influencia todos os âmbitos da vida, inclusive a criminalidade. Como efeito, temos hoje uma corrupção que desconhece limites, que se conecta com facilidade, que produz efeitos colaterais ao largo do planeta.

Hodiernamente, já é consenso que os Estados temem pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo o delito de lavagem de dinheiro, pois a densidade de tais ilícitos é tamanha que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos públicos e ameaçar a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável³⁸. Urge, portanto, a adequação dos sistemas jurídicos dos Estados pós-modernos aos novos acontecimentos até então impensáveis pelos ideólogos iluministas e modernos³⁹.

Nesse cenário, não se deve estranhar, portanto, a intensificação dos esforços internacionalmente dirigidos a procurar uma resposta preventiva ao fenômeno da

³⁶ BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Madri: lustel, 2012, p. 32.

³⁷ Várias são as razões que favoreceram o aumento do comércio transnacional. Vislumbra-se uma melhora de serviços e preços nos meios de transporte de mercancias, garantindo facilidades e rapidez. Os sistemas financeiros evoluíram, com modos de pagamento confiáveis mesmo em transações internacionais. O desenvolvimento dos meios de comunicação permitiu um melhor conhecimento intercultural e o alinhamento de condutas negociais, além da padronização de alguns tipos de consumo. Formaram-se, assim, diversas alianças comerciais ao redor do globo, exclusivamente voltadas ao mercado internacional. (MALEM SEÑA, Jorge. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 38.)

³⁸ PEREIRA NETO, Miguel. A Lei Anticorrupção e a Administração Pública Estrangeira. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 331-357. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 333.

³⁹ Sobre o pós-modernismo jurídico, valiosa a contribuição de HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

corrupção desde um plano global - todavia sem descuidar da perspectiva regional, vez que em distintas regiões do planeta se observam diferentes modalidades de *pactos sceleris* fraudulentos - de modo a assegurar uma persecução mais efetiva, responsável e harmônica. Estes objetivos são de complexa execução, haja vista as dificuldades e insuficiências que se intensificam exponencialmente quando se pretende erradicar uma problemática em nível internacional, seja pela ausência de estruturas supranacionais eficazes de aplicação direta, seja pela própria diversidade legislativa e de opções político-criminais que cada nação emprega à matéria⁴⁰.

Fruto dessa luta empreendida por diversos países, a corrupção no setor privado é tema que veio sendo paulatinamente debatido e apresentado pelos mecanismos internacionais de combate à corrupção, notadamente pela percepção generalizada do desequilíbrio que tais condutas ilícitas ocasionam no sistema financeiro e concorrencial, alterando a competitividade dos negócios e afetando a ordem econômica.

Contudo, vale ressaltar, muitos anos antes do florescimento da preocupação internacional com as possibilidades de corrupção entre particulares, algumas nações europeias⁴¹ já dispunham de normas de índole criminal, cujo escopo era promover a repressão de agentes privados que recebessem vantagens ilícitas para atuar de maneira indevida, no âmbito de suas atribuições funcionais. Valendo-me das palavras de Gontijo⁴², cuja obra sobre corrupção no setor privado é paradigmática no direito pátrio, esta visão histórica permite desconstruir a “*equivocada percepção de que a corrupção no setor privado é fenômeno que aparece apenas em tempos hodiernos*”.

⁴⁰ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

⁴¹ Inglaterra, em 1906, Alemanha, em 1909 e França, em 1919 foram os primeiros países a tipificar o delito, já no início do século XX. Posteriormente, seguiram-se Holanda, em 1967, Suécia, em 1978, e Áustria, em 1984.

⁴² Em obra elogiável, o autor apresenta um cronograma da evolução da preocupação internacional em relação aos atos de corrupção privada, salientando que tal movimento teve início com o desiderato de resguardar os interesses das empresas norte-americanas que, em razão das imposições do FCPA, não gozavam da mesma liberdade de atuação das empresas concorrentes. Tal pressão dos agentes econômicos dos Estados Unidos foi fator fundamental para a elaboração da Convenção da OCDE em 1997, primeiro documento vinculante de combate à corrupção em nível global e impulsionador das medidas posteriormente adotadas pelos países europeus. (GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 52.)

Entretanto, embora inegável o pioneirismo destas nações, sob uma ótica global, até meados da década de 90, poucos sistemas jurídicos tipificavam a corrupção no setor privado de forma específica, sendo mais comum encontrar normas incriminadoras esparsas, que a abarcavam de forma parcial⁴³. Para exemplificar, Gontijo⁴⁴ cita tipos penais que preveem ilícitos os acordos firmados para manipular o resultado de competições esportivas, maquiar as conclusões de auditorias nos dados contábeis de pessoas jurídicas, obter empréstimos bancários em condições especiais e favorecer indústrias em processos de aquisição de mercadorias.

Em verdade, apenas na segunda metade da década de 90, com o aumento do interesse supranacional em buscar mecanismos eficazes de combate à corrupção entre particulares, é que uma sucessão de tratados jurídicos dedicados especialmente ao fenômeno o colocou no cerne do debate político-criminal internacional, deixando para trás o tratamento heterogêneo e assistemático que alguns poucos ordenamentos jurídicos a ela dispensavam⁴⁵.

Assim, a corrupção no setor privado passou a integrar a pauta de importantes documentos supranacionais e internacionais dedicados ao seu controle, merecendo destaque, por sua relevância, a Ação Comum de 22 de dezembro de 1998, do Conselho da União Europeia, a Convenção Penal Contra a Corrupção de 27 de janeiro de 1999, oriunda do Conselho da Europa, e a Decisão Quadro de 22 de julho de 2003, também do Conselho da União Europeia⁴⁶. Além disso, o tema ganhou ainda mais evidência, em escala global, com a Convenção da ONU de Combate à Corrupção, no ano de 2003, que tem no Brasil um de seus signatários.

⁴³ FOFFANI, Luigi. La corrupción privada: iniciativas internacionales y perspectivas de armonización. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adam (Coord.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de La Universidad Castilla-La Mancha, 2006, p. 385.

⁴⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 34.

⁴⁵ HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano, Giuffrè, 2003, p. 30.

⁴⁶ ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. La lucha contra la corrupción política en la Unión Europea. In: LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio; GARCÍA NAVARRO, Juan José (Coord.). *La corrupción política en España: una visión ética y jurídica*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 60.

Evidentemente, o norte buscado com tantos instrumentos internacionais de combate à corrupção, para além de desenvolver medidas preventivas eficazes, é o de assegurar uma harmonização (ou equiparação) das respostas sancionatórias proporcionadas pelas leis internas, e ainda, facilitar a cooperação internacional entre os Estados⁴⁷.

Como veremos no decorrer do trabalho, tal reflexão no âmbito internacional trouxe diversas consequências, haja vista que, dessa remodelação da política criminal de combate à corrupção, exsurge a tipificação do delito de corrupção no setor privado em diversos ordenamentos jurídicos nacionais, caminho que o Brasil, com certo atraso, começa a trilhar.

Dada a relevância dos instrumentos normativos citados e a influência que exerceram nos ordenamentos jurídicos dos países que estudaremos no capítulo seguinte (na análise de Direito Comparado), se faz necessário tecer algumas considerações sobre eles. Antes disso, contudo, oportuno aclarar que nosso escopo não é proceder exame exaustivo acerca de cada documento, mas sim anotar os pontos de especial relevo para o exato deslinde dos temas aqui pesquisados, de forma a situar a evolução legislativa supranacional do delito de corrupção no setor privado.

1.2.1. UNIÃO EUROPEIA

As políticas de luta contra a corrupção são bastante visíveis na agenda da maioria dos Estados-membros da União Europeia. As crises financeiras do bloco econômico colocaram em evidência as noções de integridade e responsabilidade dos gestores, sejam eles públicos ou privados. Os problemas decorrentes das nefastas práticas corruptas foram paulatinamente estudados⁴⁸ e reconhecidos, fomentando o desenvolvimento de medidas preventivas e repressivas⁴⁹.

⁴⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

⁴⁸ No continente europeu os delitos que envolvem as diversas formas de corrupção e delinquência econômica são estudados com profundidade pela comunidade acadêmica. Como exemplo disso,

Consoante lecionam Liberatore Bechara e Gómez De La Torre⁵⁰, tais medidas contra a corrupção começaram a ser adotadas nos últimos anos do século XX e devem ser situadas dentro do que constitui, em princípio, o conteúdo de um "Direito Penal Europeu". Por tal razão, os primeiros pronunciamentos da União Europeia nesse campo tiveram por objeto controlar a corrupção de funcionários comunitários, visando proteger os interesses financeiros do bloco.

No que tange à corrupção entre particulares, seu primeiro combate específico se deu em 1998, por uma "Ação Comum sobre a corrupção no setor privado"⁵¹, onde se inaugurou a agenda de abrangência internacional dos países do bloco acerca do fenômeno.

A respeito da Ação Comum, merece destaque o conteúdo de seu preâmbulo que, ao citar a i) concorrência leal, ii) abertura e liberdade de mercados, iii) funcionamento do mercado interno, e iv) transparência e abertura do comércio internacional, aparentemente delimitou quais seriam os objetos de proteção da

merece ser citado o projeto de um grupo de juristas (coordenado pelo Professor alemão Klaus Tiedemann) denominado Eurodelitos. Criado com foco nos delitos econômicos e justificado como forma de promover maior efetividade na repressão à modalidades delitivas que pudessem afetar o interesse comunitário, bem como em aprimorar o processo de harmonização do Direito Penal nas nações do Velho Continente, foram delineados modelos de figuras típicas que deveriam guiar os legisladores nacionais. Dentre os tipos penais abrangidos, destaca-se a corrupção no tráfico econômico, que, segundo os especialistas, deveria ter como bem jurídico tutelado tão-somente a livre e leal concorrência. (GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 70)

⁴⁹ ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. La lucha contra la corrupción política en la Unión Europea. In: LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio; GARCÍA NAVARRO, Juan José (Coord.). *La corrupción política en España: una visión ética y jurídica*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 58.

⁵⁰ LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 358-383. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 367.

⁵¹ Ação Comum 98/742/JAI, cuja entrada em vigor se deu em 31 de dezembro de 1998, data em que houve sua publicação no Diário Oficial da União Europeia, conforme disposto em seu artigo 10. Cuida-se do primeiro instrumento jurídico supranacional dedicado ao combate da corrupção no setor privado. Tal instrumento jurídico definia as condutas de corrupção privada da seguinte forma: a) corrupção passiva no setor privado (art. 2º), como o ato intencionado de uma pessoa que, diretamente ou por meio de terceiros, solicite ou receba no exercício de uma atividade empresarial, vantagens indevidas de qualquer natureza, para si mesma ou para um terceiro, ou aceite a promessa de tais vantagens, em troca de realizar (ou se abster de realizar) um ato inerente às suas obrigações; b) corrupção ativa no setor privado (art. 3º), como a ação intencionada de quem prometer, oferecer ou entregar, diretamente ou por meio de terceiros, uma vantagem indevida de qualquer natureza à uma pessoa ou terceiro, no exercício das atividades empresariais desta pessoa, em troca de realizar (ou se abster de realizar) um ato inerente às suas obrigações.

norma. Como referido por Reale Júnior⁵², a finalidade político-criminal do diploma normativo comunitário seria a proteção da concorrência, elementar para a abertura e a liberdade dos mercados.

Todavia, parte da doutrina entende que, além de tutelar a concorrência, a Ação Comum, também buscou proteger os interesses do empresário. Isto, pois da redação do § 2º do artigo 2º da Ação Comum 98/742/JAI se extrai que a norma abrange também os interesses individuais dos agentes econômicos envolvidos direta ou indiretamente nos pactos ilícitos. Assim é a interpretação de Flore⁵³, quando afirma que se criou uma figura típica que somente se perfaz caso verificada a afetação dos dois bens jurídicos, o que resulta numa infeliz restrição de aplicação da norma incriminadora.

Sobre o ponto, precisa e esclarecedora é a lição de Gontijo⁵⁴:

“Tem-se, assim, que, além da concorrência em seu aspecto supraindividual, havia a pretensão de que fossem tutelados os interesses individuais dos agentes econômicos afetados pelo pacto sceleris. Dever-se ia coibir condutas que fizessem surgir perigo abstrato de violação do bem jurídico concorrência leal, em concomitância, ao menos, com perigo abstrato de ocorrência de prejuízos econômicos a terceiros, mesmo que alheios ao acordo criminoso (empresários, consumidores, concorrentes, etc). Por conseguinte, na medida em que o conteúdo do texto normativo se afastava da noção posta no preâmbulo, considera parte majoritária da doutrina que os preceitos da Ação Comum buscavam proteger múltiplos interesses e que a corrupção entre particulares, desse modo, deveria ser classificada, considerados os contornos que lhe eram conferidos na norma comunitária, como crime pluriofensivo.”

Entrementes, a despeito de eventuais imprecisões e incoerências na redação do texto jurídico, não se discute que a Ação Comum 98/742/JAI é um marco importante no estudo da evolução legislativa internacional acerca da corrupção entre particulares. Contudo, o reduzido grau de observância dos seus termos pelos

⁵² REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador de empresa no Direito Penal. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; REALE FERRARI, Eduardo (Orgs). *Experiências do Direito*. Campinas: Millenium, 2004, p. 240.

⁵³ FLORE, Daniel. *L'incrimination de la corruption: les nouveaux instruments internationaux*. Bruxelas: La Charte, 1999, p 39.

⁵⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 57.

Poderes Legislativos dos Estados-membro do bloco que, a despeito da previsão do artigo 8^o⁵⁵, relutavam em criminalizar as condutas de corrupção no setor privado, contribuiu para sua revogação e substituição pela “Decisão Quadro do Conselho Europeu de 22.07.2003 relativa à luta contra a corrupção no setor privado”⁵⁶, com o mesmo escopo e também oriunda do Conselho da União Europeia⁵⁷.

A Decisão Quadro 2003/568/JAI é uma norma de âmbito comunitário que não versa sobre qualquer outra classe de corrupção, senão a que se centra no setor privado. Fundamentada na noção de que a corrupção entre particulares deixou de ser um problema meramente interno dos países para converter-se em uma celeuma transnacional, que se aborda de maneira mais eficaz mediante ação conjunta de toda a União Europeia, determina que os Estados-membro concedam uma importância especial à luta contra esta hodierna modalidade delitativa, considerando como infrações penais os atos corruptivos, passivos ou ativos, empregados no viés privado, quando estes adulterarem a concorrência na aquisição de bens e serviços. O objetivo demarcado foi o de garantir a livre concorrência, evidenciando que a dimensão das consequências econômicas da corrupção constitui o fundamento para a guarida do Direito Penal, conforme aparece prescrito no art. 4.º da mencionada Decisão⁵⁸.

Contudo, como bem assevera Gontijo⁵⁹, da leitura atenta ao estabelecido no artigo 2º, resta perceptível ao intérprete disparidades entre os anseios de proteção da concorrência (declarados no preâmbulo) e os elementos típicos que caracterizariam a conduta de corrupção no setor privado, mormente se considere obrigatório que as vantagens indevidas sejam prometidas, oferecidas ou dadas, com a especial finalidade de que os seus destinatários atuem em desconformidade com suas obrigações. Oportuno reprisar suas palavras, *verbis*:

⁵⁵ O artigo 8º da Ação Comum fixava o prazo máximo de 02 anos, a contar de sua entrada em vigor, para que os países signatários apresentassem propostas de tipificação penal das condutas nela contempladas.

⁵⁶ Decisão Quadro 2003/568/JAI, aprovada em Bruxelas em 22 de julho de 2003.

⁵⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 59.

⁵⁸ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 150.

⁵⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 66.

“Além de não ser possível cogitar-se da existência de um dever geral de respeito às regras concorrenciais, trabalhadores e dirigentes não tem obrigações outras, no exercício de suas atividades, senão aquelas que os vinculam ao seu principal, no interesse do qual devem atuar. Destarte, com base no estabelecido na Decisão Quadro 2003/568/JAI, é condição essencial para a configuração do crime de corrupção ativa no setor privado que o oferecimento da vantagem indevida tenha como finalidade fazer com que os seus destinatários violem obrigações para com os respectivos empregadores. Disso surge a possibilidade de que comportamentos atentatórios ao bem jurídico concorrência não sejam subsumíveis à figura típica, quando não há violação dos deveres que vinculam o trabalhador ou o dirigente ao ente com o qual mantém relação jurídica. É essa a situação dos recebimentos de vantagens autorizadas pelos empregadores: inexistente a deslealdade profissional, não é possível falar-se em descumprimento das obrigações, tampouco em prática criminosa.”

Considerado tanto, não se estaria tutelando apenas a livre concorrência, mas também a lealdade no cumprimento das obrigações pelos trabalhadores e dirigentes de entidades privadas, em verdadeiro modelo híbrido (ou misto) de proteção. Em suma, assim como na revogada Ação Comum 98/742/JAI, também na Decisão Quadro 2003/568/JAI, se verificam dificuldades para estabelecer com precisão qual o bem jurídico objeto de guarda.

Porém, a despeito dos problemas verificados na redação do documento, há um aspecto salutar a se destacar. Ao contrário do ocorrido com a Ação Comum 98/742/JAI, que não obteve a repercussão pretendida, com a entrada em vigor da Decisão Quadro 2003/568/JAI, diversas reformas legislativas foram operadas no âmbito de Estados-membros da União Europeia, incorporando a corrupção privada no rol dos delitos legalmente previstos. Contudo, os resultados encontrados não foram exatamente aqueles almejados, pois conforme adverte Gontijo⁶⁰, *“a ampla margem de discricionariedade de que cada país dispõe, no momento de definição dos elementos típicos das figuras delitivas, dá ensejo ao surgimento de modelos de criminalização variados, do que advêm prejuízos para a concertada repressão do fenômeno em questão”*.

⁶⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 68.

Ainda no âmbito da União Europeia, merece referência o Tratado de Lisboa⁶¹, que abriu as portas a um novo contexto político e jurídico, apto a alcançar novos conteúdos de carácter penal. Neste documento se estabeleceu, dentre outras tantas inovações, que os Estados-membros devem adotar medidas para combater as fraudes que afetem os interesses financeiros do bloco da mesma forma que o fazem para proteger seus interesses econômicos internos. Demarcou-se, assim, o objetivo de evitar a delinquência econômica transnacional, campo onde ocorrem inúmeros casos de corrupção. Nesse contexto, oportuno recordar a lição de Liberatore Bechara e Gómez de La Torre, quando afirmam que “*independentemente de sua crise e de suas tensões internas, o conteúdo das decisões jurídicas que emanam da União Europeia se sobrepõe aos Estados-membros em relação às demais organizações internacionais*”⁶².

Por fim, antes de adentrarmos no estudo das medidas repressivas ao fenômeno propostas no Conselho da Europa, importante mencionar que a União Europeia concentra suas disposições contra a corrupção apenas no âmbito econômico, enquanto referido Conselho apresenta uma via de propostas de maior amplitude, como veremos.

1.2.2. CONSELHO DA EUROPA

O Conselho da Europa, criado com o objetivo de defender os Direitos Humanos, o Estado de Direito e a Democracia, é a maior e mais antiga organização política integrada por países do Velho Continente e possui uma posição mais ampla⁶³ do que a União Europeia no que tange ao rol de propostas contra a corrupção.

Com o preciso diagnóstico que a corrupção se trata de um problema que afeta diversos países, num mundo globalizado, os Estados que integram o Conselho da

⁶¹ O Tratado de Lisboa é um documento que foi assinado pelos Estados-membro da União Europeia em 13.12.2007, e que entrou em vigor em 01.12.2009. (ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, Candela. *Delito de Corrupción entre Particulares*. Madri: Fe D'erratas, 2013, p. 20.)

⁶² LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 358-383. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 368.

⁶³ Enquanto a União Europeia concentra suas disposições contra a corrupção apenas no âmbito econômico, o Conselho da Europa apresenta uma via de propostas de maior amplitude.

Europa assumiram o compromisso de lutar contra o fenômeno, empenhando-se no desenvolvimento de mecanismos de controle, tanto desde a perspectiva repressiva própria do Direito Penal, como através de medidas com caráter eminentemente preventivo - como são aquelas que exigem maior transparência - permitindo, assim, que os gestores públicos e privados atuem com maior responsabilidade e foco na eficiência econômica, bem como que as pessoas jurídicas também venham a ser cobradas por condutas impróprias de seus representantes⁶⁴.

Já em 1994, o Conselho da Europa criou o Grupo Multidisciplinar sobre Corrupção (GMC), ao qual se outorgou a missão de estudar medidas de combate ao fenômeno, dentre as quais a criação de um projeto internacional apto a executá-lo⁶⁵. Em decorrência disso, no ano de 1996, formulou-se um "*Programa de Ação contra a corrupção*", o que originou a Convenção Criminal Europeia contra a Corrupção, e a criação do Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO), fator determinante para vários avanços nas legislações dos países europeus nos anos seguintes⁶⁶.

Verifica-se, pois, já no Preâmbulo da Convenção Penal contra a Corrupção⁶⁷, de 1999, subscrita em Estrasburgo, que a corrupção "*constitui uma ameaça à primazia do Direito, à democracia e aos direitos humanos, mina os princípios de uma boa administração, da equidade e da justiça social, falseia a concorrência, obstaculiza o desenvolvimento econômico e põe em perigo a estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade*".

Vale registrar, referida Convenção ampliou o rol de delitos envolvendo corrupção, os quais vão desde a corrupção no âmbito público até a corrupção privada e internacional, dispondo também sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e uma série de medidas processuais e preventivas sobre a

⁶⁴ JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Madri: Dykinson, 2016, p. 13.

⁶⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 59.

⁶⁶ PEREIRA NETO, Miguel. A Lei Anticorrupção e a Administração Pública Estrangeira. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 331-357. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 333.

⁶⁷ Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, de 27 de janeiro de 1999.

matéria⁶⁸. Louvável, pois, o texto internacional, eis contempla previsões que têm como objetivo promover a harmonização da repressão à comportamentos corruptos.

Em relação à corrupção entre particulares, o referido documento, em seus artigos 7º (corrupção ativa)⁶⁹ e 8º (corrupção passiva)⁷⁰, estatui deva ser considerado pelos Estados-partes a possibilidade de criminalização de tais condutas, justificando que tais atos deveriam ser coibidos pela evidente violação dos deveres de lealdade e de confiança entre empregador e empregado, essenciais ao desenvolvimento social e econômico, bem como pela prejudicialidade ao funcionamento dos mercados baseados na livre concorrência.

Evidencia-se, pois, a figura de um tipo pluriofensivo, eis que a corrupção privada é pensada tanto como instrumento de proteção das relações jurídicas que vinculam o *principal* e o *agente* - valorizando a lealdade e a confiança -, quanto como forma de manutenção do desenvolvimento social e econômico.

Nesse norte, Gili Pascual⁷¹ oportunamente destaca que embora a Convenção intente tutelar uma concorrência leal e justa, os tipos propostos foram construídos em torno de uma infração de deveres por parte de diretores ou empregados, de forma que somente quando se fere a lealdade das obrigações contratuais é que se entra na esfera punível. Assim, entende dito doutrinador que o núcleo do injusto reside na clandestinidade do suborno - e não na sua eventual lesividade para a concorrência - em evidente consonância à regulação tradicional do ordenamento francês, cujo estudo aprofundaremos adiante.

⁶⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89, p. 13-61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

⁶⁹ Artigo 7º: “Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offenses under its domestic law, when committed intentionally in the course of business activity, the promising, offering or giving, directly or indirectly, of any undue advantage to any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, for themselves or for anyone else, for them to act, or refrain from acting, in breach of their duties”.

⁷⁰ Artigo 8º: “Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offenses under its domestic law, when committed intentionally in the course of business activity, the request or receipt, directly or indirectly, by any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in breach of their duties”.

⁷¹ GILI PASCUAL, Antoni. *El delito de corrupción en el sector privado*. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 15.

Conclui-se, portanto, que os atos de corrupção no setor privado deveriam ser coibidos pois afetam não apenas interesses individuais, mas também - e quiçá principalmente - por atingir interesses supraindividuais. Merece ser ressaltado, todavia, que o texto da Convenção do Conselho da Europa deixa expressa a desnecessidade de criminalização de comportamentos socialmente aceitos ou irrelevantes, ainda que se enquadrem ao disposto nos artigos 7º e 8º.

1.2.3. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A ONU - Organização das Nações Unidas - é uma associação de Estados criada em 26 de junho de 1945, pós segunda guerra mundial, com as finalidades⁷² de manter a paz e a segurança internacionais, desenvolver o bom relacionamento entre as nações, promover a cooperação internacional para solução de problemas econômicos, sociais, culturais e humanitários, e ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos. Atualmente, é integrada por 192 países, sendo a mais representativa organização supraestatal existente.

Conforme já assinalamos, a prática de atos de corrupção assola com muita gravidade as sociedades há séculos, tendo atualmente tomado proporções internacionais, não se restringindo apenas às negociatas, mas também afetando a cultura dos povos, impedindo os cidadãos de assumirem compromissos voltados ao bem comum⁷³. É notório que a condição humana se prejudica e se degrada pela conduta de indivíduos capazes de efetuar atividades visando apenas um benefício pessoal indevido, uma vantagem ilícita em detrimento da *res publica*.

Nesse sentido, tem-se verificado que a corrupção não se limita aos atos praticados com o intuito de desvio pecuniário, mas também na hipótese de a pessoa

⁷² Expressas no artigo 1º de seu ato constitutivo, chamado de Carta das Nações Unidas, posteriormente incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por força da Lei nº 7.935, de 04 de setembro de 1945.

⁷³ Para aprofundar o estudo das consequências da corrupção em âmbito internacional, indicamos a obra de Benito Sánchez, que ao tratar da lesividade da corrupção transnacional, destaca seus efeitos políticos (deterioração da democracia), econômicos (pobreza), e sobre os direitos fundamentais (perda da igualdade). (BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Madri: Lustel, 2012.)

natural ou jurídica extrair vantagem do bem ou serviço público, em exercício de ato munido de abuso de poder, a fim de promover suas atividades ou com isto atingir benefícios indevidos, de forma ilícita⁷⁴. Deterioraram-se, assim, os sistemas políticos e financeiros dos países, minando as bases sobre as quais se assenta a democracia.

Diante desse contexto, os Estados membros da Organização das Nações Unidas se mobilizaram preocupados com a gravidade dos problemas e ameaças decorrentes da corrupção, notadamente para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito. Editaram, assim, por meio de sua Assembleia Geral, a Resolução nº 55/61 de 04 de dezembro de 2000, com a finalidade de criar um comitê especialmente encarregado de negociar um instrumento jurídico eficaz no combate ao fenômeno⁷⁵.

O resultado deste trabalho conjunto foi apresentado somente no ano de 2003, quando a Organização das Nações Unidas promoveu, na cidade de Mérida, no México, um encontro entre representantes de 95 países-membros, que resultou na aprovação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. É um instrumento detalhado, considerado o mais completo de todos os instrumentos internacionais de combate ao fenômeno, especialmente quanto ao conteúdo e às obrigações impostas aos seus signatários, e que visa oferecer largo escopo para o desenvolvimento de políticas de prevenção e repressão da corrupção de abrangência mundial⁷⁶.

Oportuno recordar, tal encontro foi precedido pela Convenção de Viena, em 1988, que versava contra a lavagem de capitais, e pela de Palermo, em 2000, cujo objetivo era combater a criminalidade organizada. Importante referir que esses dois últimos diplomas, embora com objetivos mais amplos do que a corrupção por si

⁷⁴ Não faltam exemplos no Brasil atual de pessoas jurídicas que se favoreceram indevidamente de recursos públicos para promover suas atividades ou angariar benefícios indevidos, conforme se observa diuturnamente das notícias veiculadas nas capas de jornal em face dos desdobramentos da Operação Lava-Jato, maior escândalo de corrupção do mundo moderno.

⁷⁵ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89, p. 13-61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

⁷⁶ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do Direito Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 104.

mesma, abordam a lavagem de dinheiro e a criminalidade organizada, os quais estão presentes em muitas das manifestações mais graves de corrupção, tal como afirma o Preâmbulo da Convenção de Mérida, ao recordar os "*vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular a delinquência organizada e a delinquência econômica, inclusive a lavagem de capitais*".

O objetivo da Convenção de Mérida foi estabelecer políticas e práticas de prevenção e combate à corrupção de forma harmônica e global. O documento original é formado por um preâmbulo e oito capítulos. O primeiro define os objetivos, conceitos diversos, o âmbito de aplicação e reconhece os princípios da igualdade soberana e integridade territorial dos Estados. As medidas preventivas se situam no segundo capítulo, enquanto as condutas a se penalizar aparecem no terceiro. O quarto capítulo versa sobre a cooperação internacional. As questões sobre recuperação de ativos constam do quinto capítulo, ao passo que o sexto trata de intercâmbio de informação. O sétimo capítulo descreve os mecanismos de aplicação da Convenção e o último estabelece uma série de disposições finais clássicas deste tipo de documento supranacional.

Constituída por mecanismos pretensamente eficazes no controle da corrupção, o documento final merece uma valoração positiva⁷⁷. Contudo, conforme alertam Liberatore Bechara e Gómez De La Torre⁷⁸, a despeito de seu conteúdo, a Convenção de Mérida enfrenta algumas dificuldades - frequentes nesse contexto - relacionadas à articulação de mecanismos funcionais que permitam impulsionar e garantir o cumprimento de suas prescrições⁷⁹, assim como vinculadas à heterogeneidade dos Estados-membros, o que leva a diferenciar, dentro das medidas repressivas, aquelas cujo conteúdo é de cumprimento obrigatório e aquelas que constituem meras recomendações.

⁷⁷ BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Madrid: Iustel, 2012, p. 128.

⁷⁸ LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 358-383. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 366.

⁷⁹ O Mecanismo de exame da aplicação da Convenção das Nações Unidas contra corrupção, estabelecido pela Resolução 3/1, ostenta eficácia duvidosa, por estabelecer a necessidade de acordo entre os avaliadores e o país avaliado e por possuir caráter confidencial.

De qualquer sorte, o artigo 12 do texto internacional é deveras importante no combate ao fenômeno quando impõe aos signatários a obrigação de adotar “*medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas*”. Ademais, como destaca Gontijo⁸⁰, em decorrência deste artigo foram criados novos mecanismos de prevenção dos atos de corrupção privada, contemplando, por exemplo, a necessidade de definição de normas internas de *compliance*, a inovação de normas contábeis mais rígidas e o aprimoramento do princípio da boa governança corporativa.

No que tange especificamente à corrupção no setor privado, o artigo 21⁸¹ é preciso ao estabelecer as modalidades ativa e passiva do delito, vez que prescreve que cada Estado-Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para tipificar como delito, quando se cometam intencionalmente, no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais: a) a promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade no setor privado ou nela cumpra qualquer função, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou de outra pessoa, com a finalidade de que, faltando com o dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar; b) a solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade no setor privado ou nela cumpra qualquer função, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou de outra pessoa, com a finalidade de que, faltando com o dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.

⁸⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 77.

⁸¹ “Article 21- Bribery in the private sector:

Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally in the course of economic, financial or commercial activities:

a) The promise, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting.

b) The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting.”

Inegável a relevância de um artigo dedicado de forma específica ao delito de corrupção entre particulares, contudo, ao tornar facultativa sua criminalização pelos países signatários, o documento acabou por enfraquecer a efetividade do combate ao delito, porquanto a maior parte dos Estados-Parte, dentre eles o Brasil, ainda não tomou qualquer medida concreta nesse sentido⁸². Se observarmos a rapidez com que a maioria dos países europeus direcionou esforços para atender aos comandos das obrigações internacionais por eles assumidas no âmbito comunitário, fica ainda mais evidente a discrepância entre um documento vinculativo e outro facultativo. Compartilhamos, portanto, do entendimento de que se perdeu uma oportunidade de tratar os *pactos sceleris* privados com a seriedade merecida e necessária.

Por fim, de suma importância gizar que, diferentemente do que ocorre nos instrumentos internacionais antes estudados, a Convenção da ONU de 2003 não estabelece relação específica entre a modalidade delitiva da corrupção no setor privado e a violação da concorrência, justificando a necessidade de criminalização da conduta nos ordenamentos nacionais - segundo se depreende de sua *Guía Legislativa* -, sob o argumento de que favoreceria o aprimoramento da integridade e honestidade nas atividades econômicas, financeiras ou comerciais. Para Gontijo⁸³, o que se busca proteger “*é a relação de fidúcia que deve existir entre o empregador e o diretor ou o agente que exerça funções em entidade do setor privado*”. Entretanto, ao nosso ver, a ausência de menção expressa à violação da concorrência não significa que o referido documento internacional desconsidera tal bem jurídico de suma importância, especialmente se considerarmos que o objetivo de aprimorar a integridade e honestidade nas relações mercantis reflete também na proteção da competição livre e leal entre os entes privados.

⁸² Embora o procedimento de promulgação dos tratados seja essencial para que os atos internacionais possam ter validade e executoriedade no ordenamento interno brasileiro, trata-se de um processo demasiado lento e cujos efeitos são bastante questionáveis. Primeiramente, é preciso que eles sejam submetidos ao Congresso Nacional (art. 49, I, CF/1988). Apenas após a aprovação no Congresso é que pode ser realizada a ratificação da Convenção. Findo o processo de depósito, necessária se faz ainda a promulgação pelo Presidente da República (art. 84, IV, CF/1988). De qualquer sorte, no âmbito pátrio, sendo o Brasil parte da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (promulgada através do Decreto nº 5.687, de 31.01.2006) passou-se a advogar, também na doutrina nacional, a tipificação da denominada corrupção entre particulares, hoje objeto de Projeto de Lei do Senado Federal, como estudaremos adiante.

⁸³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 78.

1.3. DA NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO DELITO

Consoante leciona Bitencourt⁸⁴, existe uma *operação intelectual* de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na legislação. Essa operação, que consiste em analisar se determinada conduta apresenta os requisitos que a lei exige, para qualificá-la como infração penal, chama-se *juízo de tipicidade*. A seu turno, Zaffaroni⁸⁵ esclarece que esse juízo de tipicidade “*cumprir uma função fundamental na sistemática penal*”, pois sem ele a teoria ficaria sem base, “*porque a antijuridicidade deambulária sem estabilidade e a culpabilidade perderia sustentação pelo desmoronamento do seu objeto*”. Assim, quando o resultado desse juízo for positivo, significa que a conduta analisada se reveste de tipicidade, *contrario sensu*, se for negativo, estaremos diante da atipicidade da conduta.

Como cediço, no Brasil ainda não há previsão legal do tipo penal descritivo da conduta de corrupção no setor privado, sendo esse um debate atual e necessário, tanto que já existe uma proposta de tipificação do delito tramitando no Poder Legislativo, como veremos no terceiro capítulo. Cumpre analisar, portanto, se pertinente e adequada a pretendida tipificação - e este é um dos objetivos pretendidos com o presente trabalho acadêmico - de forma a contribuir com a tomada de decisão no âmbito pátrio.

Já verificamos que, na atualidade, não restam dúvidas que a corrupção é percebida pela opinião pública como uma grave ameaça, sendo uma das formas mais complexas e potencialmente lesivas de criminalidade organizada. Notadamente, diante de manifesta realidade, diferentes instituições concentram esforços na intenção de enviar uma mensagem inequívoca: a corrupção é um fenômeno que deve ser combatido, não apenas no âmbito público, mas também no contexto das relações entre particulares⁸⁶.

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 323.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 172.

⁸⁶ BOLEA BARDON, Carolina. El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis. In GRAFFE GONZÁLEZ, Luisiana Valentina (Coord.). *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 101.

Inegavelmente o mundo moderno observou o desenvolvimento da resposta internacional contra a corrupção (em sentido amplo) nas últimas décadas, centralizada fundamentalmente em suas consequências econômicas e sociais. Percebeu-se, finalmente, que essas ações condenáveis passaram a se infiltrar também no mundo corporativo, gerando, por sua vez, consequências relevantes ao mercado - mesmo quando não envolvidos agentes públicos -, em especial no tocante à livre concorrência e à ordem econômica⁸⁷.

Consectário lógico dos compromissos firmados, o conteúdo dos instrumentos internacionais deverá ser gradativamente internalizado pelas legislações dos Estados signatários. Daí exsurge o problema acerca do controle de seu cumprimento, vez que não são poucos os casos em que se revela uma tensão entre a soberania estatal e as obrigações derivadas da aplicação de um tratado, ainda que sob a forma de recomendações⁸⁸. Esse tensionamento é ainda maior quando a matéria objeto do tratado possui caráter penal, como no caso da corrupção entre particulares, normalmente com grande repercussão perante a opinião pública e a classe jurídica.

Nesse sentido, entendemos que o ponto de partida das reformas a se realizar deve ser o consenso acerca da insuficiência dos velhos delitos de corrupção para afrontar a nova realidade do fenômeno. A razão é clara: os mencionados tipos penais foram concebidos a partir de uma concepção de corrupção centrada em seus efeitos sobre o funcionamento da Administração, deixando de contemplar, assim, a nova realidade de uma economia globalizada. Ocorre que, conforme já visto, as consequências do uso desviado do poder ampliaram-se, implicando aos legislados a necessidade de alterar o conteúdo da política criminal, caso realmente se pretenda alcançar uma resposta eficaz frente a esses comportamentos⁸⁹.

⁸⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 95.

⁸⁸ LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 358-383. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 361.

⁸⁹ LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 358-383. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 369.

Apenas para ilustrar, destacamos alguns exemplos de condutas inapropriadas que acontecem paulatinamente na atividade comercial privada tanto no Brasil, como no restante do mundo, tais como: *i) o empregado que possui a obrigatoriedade de resguardar informações industriais sigilosas e, ao receber suborno, repassa-as à concorrente direto, dando-lhes uma vantagem competitiva; ii) o operador financeiro que, em posse de dados sensíveis ao mercado de ações, solicita propina para revelá-los a uma sociedade empresarial, pois assim poderão adquirir e vender títulos com conhecimento vantajoso aos demais concorrentes, os quais nunca poderiam ter acesso a tais dados sem incorrer em práticas ilícitas; iii) o profissional que promete pagamentos aos superiores hierárquicos, para assegurar ascensão profissional; iv) o encarregado pelo setor de compras de uma empresa que privilegia determinado fornecedor, em detrimento de concorrentes com melhor preço ou qualidade, em troca de vantagens indevidas; dentre outros tantos exemplos possíveis e imagináveis⁹⁰.*

Portanto, diante dessas novas condutas, os distintos tratados internacionais mencionados demandam uma política criminal também inovadora, atenta aos bens jurídicos que ainda restam carentes de tutela. Impõe-se, assim, o aprimoramento dos sistemas judiciais com vistas ao enfrentamento da atual problemática. Como bem destacado por Liberatore Bechara e Gómez De La Torre⁹¹:

“(...) os efeitos preventivos do Direito Penal dependem não só de boas leis, mas também de sua boa aplicação, o que muitas vezes está condicionado pela colaboração internacional, pelo conteúdo das normas processuais e pela capacitação e atuação das pessoas encarregadas de sua aplicação, enfim, por todas as instâncias que condicionam sua atuação como instrumento de controle social. E isso também se dá no contexto internacional, que impõe reformas que garantam a colaboração interestatal no que tange às manifestações de delinquência transnacional. A política criminal, nessa linha, requer então a colaboração policial, o estabelecimento de uma coordenação nas normas processuais e em matéria de recuperação de ativos, além da aproximação do conteúdo dos tipos penais propriamente ditos.”

⁹⁰ Exemplos extraídos das obras de JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Madri: Dykinson, 2016; ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

⁹¹ LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 358-383. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 371.

No entanto, a despeito desta grave realidade e dos preceitos emanados pelos documentos supranacionais, examinando com maior profundidade a *quaestio*, é possível identificar divergências doutrinárias relevantes sobre a efetiva urgência de tipificação do delito. Verifica-se, de modo geral, acalorado debate acerca da necessidade de transpor às relações privadas determinado modelo de tutela penal próprio da proteção conferida à Administração Pública⁹². Pontuaremos, por oportuno, argumentos de ambas as correntes, de um lado, notáveis juristas que afirmam impositiva a tipificação do delito de corrupção privada, de outro, doutrinadores de semelhante envergadura, que entendem se tratar de medida despicienda.

1.3.1. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Conforme já assinalamos, amplos setores jurídicos, econômicos e políticos entendem que a corrupção entre particulares não deveria ser objeto do Direito Criminal. Na própria doutrina especializada, não obstante seja defendida por parcela significativa de penalistas⁹³, é criticada por autores de relevo, os quais entendem que o Direito Penal não tem sido empregado de forma adequada para reprimir o fenômeno - para alguns, sequer deveria ser invocado, em face dos princípios da *ultima ratio* e da subsidiariedade - e que outras áreas do Direito poderiam disciplinar melhor tais condutas⁹⁴.

⁹² Conforme Renato de Mello Jorge Silveira: “Os campos de combate sobre uma nova visão da corrupção, portanto, se dividem em dois módulos distintos. Uma abordagem ampla e outra restrita. Esta última, cingida, aparentemente pela tipificação tradicional da corrupção, também merece reparos. Também se defende mudanças em seu âmbito específico, notadamente percebido em uma ampliação da esfera do funcionário público, tendo-se, então, também a corrupção de atividades comerciais no setor privado, internacional e de delinquência organizada.” In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 417.

⁹³ O Direito Penal Econômico é uma das especialidades de maior atualidade no debate que permeia as ciências criminais. Com raízes nas obras de destacados doutrinadores como Klaus Tiedemann, na Alemanha, Miguel Bajo, na Espanha, ou Esteban Righi, na Argentina, ainda na década de 70 do século passado, esta relevante especialidade do Direito Penal gradualmente experimenta uma extraordinária ampliação, dado o elevado número de comportamentos que abandonaram o âmbito do direito administrativo ou privado e foram incorporados pela esfera criminal. Neste panorama, os delitos que envolvem as relações comerciais privadas - dentre eles a corrupção entre particulares - recebem especial atenção pelos estudiosos da dogmática penal, notadamente pelos importantes interesses que se apresentam carentes de tutela. (JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Madri: Dykinson, 2016, p. 20.)

⁹⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 47.

Dentre os argumentos que sustentam tal posicionamento, cumpre destacar inicialmente aqueles catalogados por Encinar Del Pozo⁹⁵, pela sua relevância, eis que o doutrinador espanhol identificou quatro teses principais, quais sejam: i) as condutas denominadas como corrupção privada nada mais são do que uma forma de “fazer negócios”; ii) não se torna necessário criminalizar tais condutas porque o próprio setor privado pode se defender destas práticas com a utilização de seus mecanismos internos; iii) castigando-se esse tipo de corrupção, acaba-se indevidamente equiparando-a à corrupção pública; iv) ante a escassa relevância midiática e social deste tipo de corrupção, não deve merecer a tutela do Direito Penal.

De fato, partindo-se de uma concepção individualista, segundo a qual os acordos econômicos e voluntários entre duas partes são, em princípio, morais⁹⁶ e legítimos (desde que não causem danos a outros), a lógica de criminalizar eventual suborno entre entidades privadas poderia ser questionável, haja vista a própria natureza das relações comerciais, em que todos seus termos são suscetíveis de negociação. Desta forma, seriam toleráveis tais comportamentos, ainda que pouco éticos, pois são expressões da própria atividade empresarial⁹⁷.

Já no que tange aos mecanismos de defesa inerentes ao setor privado, o argumento é centrado na eficácia em tutelar seus interesses patrimoniais internos, ou seja, o próprio funcionamento do mercado cuidará de castigar os corruptos. Para Encinar Del Pozo, essa autoproteção do setor privado culmina na criação de filtros que evitam (ou minimizam) os atos de corrupção, o que não se verifica na esfera pública, onde a competitividade não se afigura tão latente⁹⁸.

⁹⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 91.

⁹⁶ Ademais, como bem ressalta Hannah Arendt nos seus estudos sobre filosofia moral, “A moralidade diz respeito ao indivíduo na sua singularidade. O critério de certo e errado, a resposta à pergunta ‘o que devo fazer?’, não depende, em última análise, nem dos hábitos e costumes que partilho com aqueles ao meu redor nem de uma ordem de origem divina ou humana, mas do que decido a respeito de mim mesma”. (ARENDR, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 162).

⁹⁷ HUNTINGTON, Samuel Phillips. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 368.

⁹⁸ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 93.

Também se constata, dentre os argumentos desfavoráveis à criminalização da corrupção privada, afirmações de que os seus efeitos econômicos, sociais e éticos devem ser valorados de maneira distinta da corrupção pública, uma vez que os entes privados não possuem deveres para com a coletividade da mesma forma que um funcionário público.

Outra razão que justificaria a menor relevância da tipificação do delito é a escassez de informações nos meios de comunicação sobre a corrupção no setor privado, principalmente quando comparado ao robusto volume de notícias veiculadas diariamente acerca da corrupção pública, o que poderia supor não se tratar de atividade ilícita merecedora de tutela penal, mas sim mera corrupção residual sanável em esfera apropriada.

A seu turno, Carletti⁹⁹, professor italiano, enfatiza que criminalizar os *pactos sceleris* entre particulares teria caráter de mero espetáculo, puro simbolismo penal sem qualquer resultado prático, haja vista a múltipla possibilidade de enfrentamento da matéria com base nos instrumentos cíveis já disponíveis nos ordenamentos jurídicos da grande maioria dos países desenvolvidos.

Na mesma linha, Bardon¹⁰⁰, doutrinadora catalã, ao analisar a Reforma do Código Penal espanhol que incluiu tal modalidade delitiva, julga questionável a necessidade de se recorrer ao Direito Penal para garantir a pureza das relações econômicas, destacando que outros instrumentos jurídicos se afiguram disponíveis. Ainda nessa toada, Seminara¹⁰¹, ao se referir aos modelos baseados na proteção da lealdade entre empregador e empregado, pondera que seria salutar, em vez de se proceder na tipificação penal de certas condutas, desenvolver mecanismos extrapenais mais eficientes, que garantissem ao empregador o ressarcimento de danos eventualmente causados.

⁹⁹ CARLETTI, Elio. La corruzione nel settore privato tra tutela penale e sanzioni civili. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFANI, Luigi (Eds.) *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano, Giuffrè, 2003, p. 235 e ss.

¹⁰⁰ BOLEA BARDON, Carolina. El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis. In: GRAFFE GONZÁLEZ, Luisiana Valentina (Coord.). *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson, 2016, 102.

¹⁰¹ SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFANI, Luigi (Eds.) *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano, Giuffrè, 2003, p. 275.

Por sua vez, Blanco Cordero¹⁰², ainda que se mostre favorável à tipificação do delito de corrupção no setor privado, demonstra certa preocupação com a legitimidade de uma opção político-criminal lastreada na proteção da concorrência, aduzindo que outros mecanismos jurídicos poderiam ser mais facilmente empregados para tutelar esse bem jurídico do que o Direito Penal. Já para Bacigalupo¹⁰³, o que existe é uma espécie de preconceito por parte de doutrinadores em relação ao objeto de proteção da norma, notadamente porque entendem que a livre concorrência não é digna de relevância penal.

Aliás, transposta a questão para outros países, somam-se os doutrinadores a elencar similar argumentação em desfavor da criminalização da corrupção privada, entendendo se tratar de um delito representante do criticado *direito penal simbólico*, afastado dos princípios da ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes. Todavia, como bem salienta Gontijo¹⁰⁴, vale lembrar que tais posicionamentos partem de referenciais normativos concretos, já previstos nos ordenamentos jurídicos destas nações, logo, mais suscetíveis ao esclarecimento de suas deficiências. Válido transcrever seus apontamentos:

“Verifica-se, por conseguinte, existirem vozes importantes a criticar o delito em estudo, levando em consideração os tipos penais existentes. Em verdade, a diversidade de entendimentos sobre o bem jurídico que deve ser foco de proteção, as dificuldades relacionadas à definição das condutas atentatórias a tais bens jurídicos, a imprecisão dos elementos objetivo-normativos empregados e a difusão da adoção de normas de perigo abstrato, por exemplo, são circunstâncias que dão azo a que seja questionada a conveniência da utilização do Direito Penal para combater a corrupção privada.”

Há de se ter em conta, também, que em alguns países as normas extrapenais podem ser consideradas eficazes na repressão do ilícito de corrupção no setor privado, reforçando assim a sensação de que desnecessária e injustificada a utilização do Direito Penal com o mesmo escopo.

¹⁰² DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFANI, Luigi (Eds.) *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano, Giuffrè, 2003, p. 72.

¹⁰³ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 156.

¹⁰⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 49.

Na doutrina pátria, Rizzo¹⁰⁵, em artigo específico sobre o tema, questiona a necessidade de criminalização da conduta de corrupção entre particulares, destacando que existem outras formas de reprovar e prevenir tais atividades, como o Direito do Trabalho e o Direito Civil. Destaca, outrossim, a ausência de cálculos, dados, demonstrações econômicas que justifiquem o que se ganha e o que se perde com a corrupção privada. Aduz, ainda, que os documentos jurídicos sobre o tema são “*afirmações declaradas como princípios*”, atendendo ao que a comunidade internacional almeja: “*um delito de perigo abstrato que proteja um bem jurídico supraindividual*”.

Merece distinção, igualmente, a afirmação de Camargo¹⁰⁶ no sentido de que é preciso questionar até que ponto a criação de novos tipos penais contra a corrupção transnacional - e aqui a autora se refere especificamente à inclusão dos crimes contra a Administração Pública estrangeira no atual Código Penal - efetivamente representaram um avanço na luta do Brasil contra a corrupção internacional. Ainda que reconheça não cumprir ao Direito Penal, *de per se*, a pretensão de erradicar impactante fenômeno, destaca que as respostas jurídicas até então adotadas deixam - e muito - a desejar. Indica, pois, um caminho de reflexão a ser travado no âmbito interno antes da edição de novos tipos penais apenas para atender os anseios da comunidade internacional.

Como se pode observar, não são poucos os doutrinadores a visualizar dificuldades na criação de um tipo penal específico para controlar as práticas corruptivas no âmbito privado, de modo que se somam argumentos ponderados e fortemente arrazoados no sentido de que as políticas criminais hodiernamente desenvolvidas nesse sentido seriam, no mínimo, desnecessárias. Questiona-se, principalmente, a relevância axiológica dos bens jurídicos elencados para a pretendida tutela, bem como sua conformidade com os princípios e limites próprios da esfera penal.

¹⁰⁵ RIZZO, Beatriz. Corrupção entre particulares: só agora? E por que agora? *Boletim IBCCRIM*. n. 238. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012, p. 12.

¹⁰⁶ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do Direito Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

1.3.2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

Se de um lado encontramos doutrina desfavorável à tipificação do delito de corrupção privada, de outro, autores de semelhante envergadura pronunciam diversos argumentos favoráveis, a demonstrar a necessidade da implementação de tal medida. Nessa toada, importante recordar que o Direito deve estar voltado para a proteção de alguns bens. Os doutrinadores que se posicionam favoravelmente à criação de um tipo penal específico para a corrupção privada, de modo geral, defendem que esses bens "jurídicos" expressam valores que são caros à sociedade em determinados tempo/espaço e, portanto, devido à sua relevância, são merecedores da tutela estatal, inclusive com o amparo do Direito Penal.

Ab initio, no intuito de facilitar a identificação de posições antagônicas acerca da matéria, ponderamos determinados contrapontos que rebatem frontalmente algumas das razões trazidas no tópico anterior.

Em relação ao argumento que as condutas corruptas na esfera privada são meras expressões da atividade empresarial *de per se*, cabe assinalar que essas mesmas práticas são capazes de gerar uma expressiva danosidade econômica e social em diversos âmbitos, de modo que seus efeitos negativos superam os pretensos benefícios¹⁰⁷.

Uma leitura mais acurada da bibliografia¹⁰⁸ vertida na presente investigação bem demonstra a consequência negativa da corrupção no setor privado na competitividade de mercado, restando evidente a correlação entre baixos níveis de concorrência e altos níveis de corrupção. De solar clareza que estas duas áreas estão intimamente interligadas, justificando a tomada de iniciativas, a nível internacional inclusive, no intuito de promover a concorrência leal, resultando na diminuição da incidência de práticas corruptivas nas relações comerciais. Não é

¹⁰⁷ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 95.

¹⁰⁸ Sobre os efeitos nefastos da corrupção privada, imprescindível o estudo da obra do filósofo espanhol MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.

demais asseverar que, segundo o Banco Mundial, a estimativa dessas condutas alcança uma média de três a cinco por cento do PIB de algumas nações¹⁰⁹.

Acerca do argumento da autoproteção do setor privado, vale lembrar que a estrutura atual do mercado globalizado demanda cada vez mais agilidade, troca de informações, alternância de prazos, a assunção de riscos nas atividades comerciais e financeiras¹¹⁰, entre outras características, as quais denotam uma mudança de paradigma da atividade econômica clássica para a atividade econômica moderna. A nova realidade faz com que a empresa assuma papel crucial dentro de tal sistema como agente impulsionador do desenvolvimento econômico. Contudo, inexistindo estudos empíricos a demonstrar que o mercado é um ente eficiente por si só para fazer diminuir a corrupção, tampouco havendo comprovações de que uma política de fomento da competitividade serviria como instrumento apto a barrar eventuais condutas indevidas, podemos concluir que resta ao menos duvidosa tal afirmação.

Já no que tange à equiparação entre a corrupção pública e a privada, Encinar Del Pozo¹¹¹ ressalta que “*na realidade econômica e social atual, a distinção entre a esfera do público e do privado não é tão nítida como se pretende, pelo que a corrupção punível não se deve limitar, por definição, à esfera pública*”. Consectário lógico, adverte, é factível e indispensável o castigo penal de ambas as modalidades.

De menor importância, o argumento da irrelevância midiática e social do delito de corrupção privada como fundamento contrário à tipificação não parece se sustentar, eis que evidentemente as empresas tomam medidas para evitar a publicidade destas condutas, especialmente considerando o risco à sua reputação. Em outras palavras, não se deve entender que o delito não ocorra com certa frequência no âmbito empresarial, mas sim que estas condutas permanecem sigilosas perante a sociedade por interesse das próprias empresas¹¹².

¹⁰⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 91.

¹¹⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29.

¹¹¹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 95.

¹¹² RIBAS JÚNIOR, Salomão. *Corrupção pública e privada, quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 68.

Sem embargo, outros tantos argumentos favoráveis à criminalização da corrupção privada podem ser encontrados na doutrina estrangeira, afinal muitos países já tipificaram em seus documentos legais tais condutas, em consentaneidade aos comandos e diretrizes dos instrumentos internacionais antes referidos. Como já se destacou em linhas pregressas, os enormes danos provenientes de comportamentos corruptos em todos os cantos do globo fez com que os países tivessem de unir esforços na contenção e repressão ao fenômeno. Ademais, diversos escândalos empresariais de grande dimensão¹¹³ foram causados por práticas corruptas no âmbito privado, com repercussão internacional e graves consequências econômicas, o que serve como mais um indicativo da importância de se disciplinar o delito nos sistemas jurídicos.

Advogando pela criminalização da conduta de corrupção ativa e passiva no setor privado, Reale Júnior¹¹⁴ justifica a necessidade de intervenção do Direito Penal para “*reafirmação de valores essenciais ao sadio tecido social para se afrontar o mal do locupletamento, grandemente entranhado em nossa cultura*”. Nessa linha, prossegue, asseverando que “*jamais a reafirmação pela via penal dos valores da honestidade e da lealdade se mostra tão essencial*”, devendo, o administrador ou empregado que se corrompe para auferir vantagem indevida em detrimento da entidade privada, responder criminalmente pelos seus atos desleais.

Uma vez superado o aspecto referente à *necessidade*, questiona-se sobre a *adequação* da proteção, ou seja, a controvérsia ganha vulto quando se discute sobre a conformação da intervenção penal. Nesse norte, nos parece que merece ser conferida a devida atenção à importância da tipificação do delito para uma melhor organização e regular desenvolvimento da ordem econômica. Não foram poucas as crises vivenciadas nas últimas décadas, em diferentes países - algumas delas com impactos globais, obviamente em razão do acelerado processo de globalização

¹¹³ Apenas para ilustrar, grandes empresas como BMW, Citigroup, Siemens, Opel, Ikea, Enron, dentre outras tantas que poderiam ser citadas, assim como a entidade máxima do futebol mundial, FIFA, e do Comitê Olímpico Brasileiro, já tiveram seus nomes - ou de seus executivos - envolvidos em escândalos de corrupção.

¹¹⁴ “*Sem firme valorização da lealdade no exercício de emprego ou profissão, aberta estará a porta para a prevalência da busca do sucesso financeiro a qualquer custo.*” Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,corrupcao-privada-,924422,0.htm>. Acesso em 24.04.2017.

experimentado pelas sociedades contemporâneas -, de modo que a confiança se tornou fator de extremo significado para os mercados. A proteção da confiança e da lealdade no mundo corporativo é portanto questão das mais impactantes nos dias atuais, reforçando a adequação do direcionamento político-criminal à repressão da corrupção privada. Conforme alerta Conrado Almeida Corrêa Gontijo, “*é essencial conferir ao empresário condições para o exercício de sua atividade econômica, que resta prejudicada, caso inexistam mecanismos jurídicos voltados a assegurar que as competências e atribuições por ele delegadas sejam exercidas com probidade por seus funcionários e representantes*”.

Por fim, e não menos importante, merece distinção também o argumento do caráter pedagógico que tal incriminação representa, elevando a consciência acerca da gravidade das consequências decorrentes dos diferentes *pactos sceleris*. Ainda que se reconheça certo avanço nessa área, especialmente pelo crescente número de medidas preventivas adotadas pelas empresas, é inegável o temor inspirado por um tipo penal específico para combater as práticas ilícitas ainda tão presentes no mundo corporativo atual.

1.3.3. TOMADA DE POSIÇÃO

É bem verdade que a noção de corrupção, de forma geral, logo é relacionada a comportamentos ilícitos praticados no exercício da função pública, todavia, se a perspectiva for ampliada, impeditivo não há para que seja associada também às condutas praticadas no âmbito privado. Afinal, para o Direito, qualquer ação de um sujeito (público ou privado) que deixe de cumprir as normas jurídicas vigentes, violando assim obrigações assumidas com seu cargo ou função, com abuso de poder e finalidade específica de alcançar benefícios indevidos, em tese, já poderia ser considerada uma conduta eivada de corrupção¹¹⁵.

¹¹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Joan; SANTANA VEJA, Dulce (Eds). *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 18.

Outrossim, os delitos que envolvem atos corruptos, via de regra, não são facilmente detectáveis. Em muitos casos, a “cifra negra” é alta¹¹⁶, dificultando ainda mais o descobrimento dos pactos ilícitos. Para mitigar a erosão da força preventiva do ordenamento punitivo que enfrenta tal realidade, se aparenta necessário melhorar os mecanismos de controle, de fiscalização e de transparência, todavia tais ajustes pressupõem custos, o que muitas vezes os inviabiliza, por não ser uma prioridade política¹¹⁷.

Ponderado isso, constata-se que manobras econômicas potencialmente criminosas ou, no mínimo, desumanas, não encontram barreiras suficientes na legislação. A ausência do Estado também resulta por criar e fomentar o ambiente propício à expansão da criminalidade estruturada. Como empiricamente se verifica, as raras hipóteses de intervenção estatal aos crimes do colarinho branco, não se afiguram suficientes para conter o avanço descontrolado da mercantilização da própria existência humana¹¹⁸.

Ao revés, em muitas oportunidades, o Estado, como um todo, é leniente e torna-se um executor da soberania do mercado, o qual, a seu turno, também não apresenta em si mesmo mecanismos eficientes para superar ou mitigar a vulnerabilidade da sociedade civil. Em outras palavras, um sistema jurídico omissivo no combate às mais diversas formas de corrupção acaba por permitir a disseminação de tais práticas nefastas, inclusive favorecendo, de forma indireta, até mesmo a ocorrência da corrupção entre funcionários públicos, vez que se consagra uma economia impulsionada pela transgressão¹¹⁹.

¹¹⁶ Segundo apontam os resultados de pesquisa feita pela União Europeia, em 2012, os atos de corrupção atingiram todos Estados-membros e custaram aproximadamente 120 milhões de euros ao ano à economia do Velho Continente. (ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. La lucha contra la corrupción política en la Unión Europea. In: LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio; GARCÍA NAVARRO, Juan José (Coord.). *La corrupción política en España: una visión ética y jurídica*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 52).

¹¹⁷ MORAL GARCIA, Antonio. Justicia Penal y Corrupción. Análisis singularizado de la ineficiencia procesal. In GRAFFE GONZÁLEZ, Luisiana Valentina (Coord.). *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madri: Dykinson, 2016, p. 55.

¹¹⁸ BUSNELLO, Priscila de Castro; GONÇALVES, Alexandre Manoel. Corrupção: questões éticas e jurídicas. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 425-437. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 431.

¹¹⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 45.

Apenas para ilustrar, compulsados os dados pesquisados pela Transparência Internacional¹²⁰ (Corruption Perception Index¹²¹), onde se mede o grau de corrupção percebida, o Brasil ocupa a 79ª posição no ranking global, dentre um total de 176 nações participantes. Obviamente, trata-se de uma posição bastante modesta para uma das maiores economias do planeta, especialmente se considerarmos os potenciais de desenvolvimento econômico brasileiro em comparação com outros países.

Necessário, portanto, fortalecer os meios de combate à corrupção e demais formas de delinquência econômica, em todas as suas esferas. Parece-nos que a maneira mais efetiva de lograr alcançar tais objetivos passa pela existência, no ordenamento, de um forte aparato judicial especializado¹²², que permita levar à cabo uma investigação e persecução eficaz e contundente contra os agentes - normalmente poderosos - que se envolvem em tais ilícitos.

De outra banda, sob a perspectiva político-criminal, já se viu que a corrupção se revela um problema político, econômico, social e jurídico - diante do caráter multiforme de suas manifestações e da pluralidade de suas consequências -, constituindo um complexo desafio não apenas para diferentes esferas de Poder, mas também ao denominado "novo Direito Penal"¹²³. Logo, relegar apenas aos tipos penais tradicionais a ingrata providência de controlar labiríntico fenômeno nos parece medida ineficaz, mormente a indispensabilidade da adoção conjunta de instrumentos preventivos e políticas de controle social, cujos efeitos deverão ser vislumbrados a médio/longo prazo. De fato, ao se observar alguns países mais desenvolvidos que o Brasil, verifica-se que, muitas vezes, a melhor política criminal pode ser apenas consequência de uma boa política social.

¹²⁰ *Transparency International – The global coalition against corruption* é um organização internacional não governamental que tem como objetivo principal combater a corrupção. Está presente em mais de 100 países. Site www.transparency.org (acesso em 20.11.2017).

¹²¹ Desenvolvido pelo Professor Johann Graf Lambsdorff (Universidade de Passau), o Índice de Percepção da Corrupção é o mais conhecido e divulgado indicador internacional de análise da corrupção nos diferentes países do globo. (RIBAS JÚNIOR, Salomão. *Corrupção pública e privada, quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 173.)

¹²² Conforme proposto por JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Madri: Dykinson, 2016, p. 26.

¹²³ Também conhecido por "Direito Penal moderno", conforme destaca a monografia de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. 2. ed. Madri: Edisofer, 2001.

Com isso, não se pretende afirmar que o Direito Penal seja, por si só, pouco efetivo ou ineficiente no controle da criminalidade. Ao contrário, existe uma evidente congruência entre o Direito Penal e o atual perfil Constitucional do Estado, que está normativamente comprometido com a proteção e efetivação de direitos de natureza individual e transindividual. Em outras palavras, a Carta Magna irriga o Direito Penal com a necessária efetividade¹²⁴. Assim, este importante ramo do Direito pode, finalmente, auxiliar na busca de fundamentos para construção de um Estado Democrático de Direito, previsto pela Lei Fundamental vigente, porém, na realidade brasileira, ainda não alcançado em sua plenitude.

Ainda, o regime constitucional, ao regular a ordem econômica, não apenas visa garantir o livre funcionamento do mercado (princípio da autorregulação), mas igualmente fortalecer os direitos, interesses e garantias fundamentais que o próprio mercado deverá obedecer. Com efeito, observando-se atentamente os ditames constitucionais previstos no artigo 170 da Carta Republicana, logo se verifica que a prática corruptiva impede, inclusive, a implementação de diversos desses mandamentos, tais como a livre concorrência (inciso IV) e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso VII)¹²⁵.

Tanto considerado, se é verdade que no passado a função da empresa era tão somente a obtenção de lucros, oportunizando retorno aos seus sócios e acionistas, nos dias atuais é necessário o atendimento de uma função social do seu objeto na busca desse ganho patrimonial, respeitando tanto os comandos constitucionais, como obedecendo as normativas regulatórias próprias da atividade empresarial¹²⁶. Nesta senda, não se admite mais que os agentes econômicos façam uso de instrumentos manipuladores de informações, de vantagens econômicas e

¹²⁴ BUSNELLO, Priscila de Castro; GONÇALVES, Alexandre Manoel. Corrupção: questões éticas e jurídicas. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 425-437. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 429.

¹²⁵ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 93.

¹²⁶ FALCETTA, Giovanni. *Corrupção prejudica a livre concorrência*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-set-02/direito-empresarial-corruptcao-prejudica-livre-concorrenca>> Acesso em 20.11.2017.

políticas, de posições de concorrência e de outros aspectos que possam influenciar no livre e leal mercado competitivo¹²⁷.

Portanto, conforme já assinalamos em linhas pregressas, entendemos que o Direito Penal pátrio deve se ocupar também com a corrupção no setor privado, rumo que a imensa maioria dos Estados desenvolvidos já percorreu. Basta uma acurada pesquisa nas legislações dos países europeus para verificar a presença desta modalidade delitiva nos seus ordenamentos jurídicos internos. Igualmente, se analisadas as políticas criminais de potências econômicas como Estados Unidos, Japão, Coréia do Sul, Austrália, dentre outros que poderiam ser mencionados, se confirma a importância da adoção desta medida. Trata-se de uma consequência natural dos instrumentos internacionais contra a corrupção assinados por esses países nos últimos anos. Estando o Brasil inserido no irrefreável e profundo movimento de globalização e sendo signatário de documentos internacionais que ressaltam a importância de se coibir, por intermédio da previsão de normas incriminadoras, as condutas objeto do presente estudo, outro caminho não resta trilhar senão o da criação de preceito legal tipificando o delito de corrupção entre particulares, desde que, obviamente, respeitados os princípios e garantias basilares do Direito Penal.

Enfim, o inovador delito que estamos tratando supõe objetivamente um avanço no controle de uma forma de criminalidade que insiste em prosperar. Levando-se em conta o atual contexto de negócios altamente globalizados e dinâmicos, nos parece salutar e justificável a criação de mecanismos capazes de melhorar a competitividade entre as empresas, estabelecer a devida lealdade entre empregadores e empregados, bem como assegurar a justa e livre concorrência de mercado. Sem prejuízo de outros tantos argumentos observados na doutrina especializada - e que não podem ser desprezados -, estas são algumas das razões que entendemos aptas a justificar uma tomada de posição favorável à tipificação do delito de corrupção privada no Código Penal brasileiro.

¹²⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 95.

2. PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO

Uma infração penal lastreada no suborno entre particulares foi, durante todo um século, uma particularidade de países anglo-saxões e germânicos, como podemos observar do ordenamento jurídico alemão (desde o ano de 1909), francês (1919), holandês (1967) e do Reino Unido (1889). Somente com a mudança no panorama internacional, em razão dos diversos compromissos firmados nas últimas décadas¹²⁸, outros tantos países, inclusive aqueles com bases no direito romano, como Itália e Espanha, passaram a contar com normas internas tipificando o delito de corrupção privada.

Centramos nossa perspectiva de Direito Comparado no âmbito do Direito Penal europeu, continente onde atualmente resta consolidada a penalização criminal dos entes privados envolvidos em casos de corrupção, ainda que as regulações nacionais sejam heterogêneas, destoando dos comandos emanados pelo Conselho da Europa e pela União Europeia, como veremos estudando alguns desses países, no presente capítulo.

Em linhas gerais, se observa que os Estados europeus adotam um modelo de incriminação das condutas de corrupção privada baseados na proteção da livre concorrência, cujo paradigma é o ordenamento jurídico da Alemanha (ao menos até a presente data). Todavia, esta não é a única tendência existente nos países que tipificaram o delito de corrupção entre particulares, sendo possível distinguir três modelos básicos de tratamento legislativo empregado, no que diz respeito ao bem jurídico tutelado: *i) o modelo clássico, baseado na proteção do patrimônio das empresas (privatístico patrimonial); ii) um segundo modelo, amparado na proteção do dever de lealdade nas relações laborais (privatístico do empregador); iii) um terceiro modelo calcado na proteção da concorrência e da competitividade (publicístico)*¹²⁹.

¹²⁸ A título exemplificativo, de forma generalista, entre os anos de 1997 e 2007 foram adotadas sete convenções de caráter regional ou internacional relativas à luta contra a corrupção.

¹²⁹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 169.

Como exemplo do primeiro modelo (de proteção do patrimônio) podemos assinalar o caso da Itália. Já em relação ao segundo (de proteção do dever de lealdade nas relações laborais) é pertinente o exame do modelo adotado na França, ainda que a reforma de 2005 tenha alterado substancialmente a importância conferida ao delito de corrupção privada, adaptando-se ao direito comunitário europeu. Quanto ao terceiro modelo (proteção da livre-concorrência), nos serve o exemplo da Alemanha. Todavia, cumpre gizar que tais modelos não são exclusivos e tampouco excludentes entre si, de modo que é possível a coexistência de elementos dos três modelos, com maior ou menor intensidade, como é o caso da Espanha, onde se pode observar divergências na própria doutrina acerca do bem jurídico tutelado, como veremos.

2.1. O DELITO DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES NA ALEMANHA

Iniciamos nossa perspectiva de Direito Comparado pelo sistema paradigmático na tipificação do delito de corrupção privada, o qual ampla maioria da doutrina refere se tratar do modelo a ser seguido. Para Rizzo, a Alemanha fez a escolha do bem jurídico correto, especialmente se julgarmos a compreensão da norma de acordo com as diretrizes traçadas nos instrumentos internacionais: a *laute Wettbewerb* (concorrência leal)¹³⁰.

Segundo leciona Pierangeli¹³¹, existe uma impossibilidade quase absoluta de se reconhecer uma concorrência desleal antes da Revolução Francesa, em 1791, sendo esse o marco histórico a partir do qual será possível falar-se em crimes concorrenciais. Inobstante, somente após quase dois séculos daquele movimento histórico é que os documentos internacionais europeus passaram a se preocupar com a tutela da corrupção entre particulares sob a ótica de um delito prejudicial à livre e leal concorrência.

¹³⁰ RIZZO, Beatriz. Corrupção entre particulares: só agora? E por que agora? *Boletim IBCCRIM*. n. 238. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012, p. 12.

¹³¹ PIERANGELI, José Henrique. Crimes de concorrência desleal. In PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 977.

Todavia, consoante antecipamos no início deste capítulo, no Direito Penal alemão, a figura da corrupção no setor privado já era abordada desde princípios do século passado, quando, muito antes da preocupação internacional com o fenômeno, os legisladores germânicos disciplinaram um diploma jurídico¹³² que distinguia o tratamento conferido aos funcionários públicos e privados nos pactos ilícitos celebrados no tráfico comercial. Importante salientar esses marcos temporais para bem demonstrar o pioneirismo da Alemanha no tratamento conferido ao fenômeno, de modo que as questões que hoje são objeto de significantes discussões acadêmicas e legislativas, há tempos já foram tratadas com a devida atenção no ordenamento alemão. Entretanto, a despeito da inovadora postura, Gontijo¹³³ explica que a efetividade da norma não alcançou as pretensões iniciais, de modo que poucas foram as persecuções criminais durante várias décadas, até o efetivo afloramento do tema no cenário internacional.

Portanto, somente no final do século XX, especificamente no ano de 1997, que o tipo delitivo foi retirado da lei de concorrência desleal (GWG) e integrado ao Código Penal¹³⁴, em capítulo que dispõe sobre os crimes contra a concorrência. Tal tipificação no *Codex* criminal se deu porque os legisladores germânicos notaram que o tema merecia ser abordado com maior precisão no sistema jurídico interno, dada a latente relevância de seu debate e necessidade de reafirmar sua aplicabilidade¹³⁵. Evidente, outrossim, a intenção de fortalecer o caráter preventivo da norma, destacando a importância do tratamento da corrupção também presente no setor privado, sendo tão reprovável quanto na esfera pública¹³⁶.

¹³² Já em 1909 foi criado um diploma jurídico orientado a coibir atos de concorrência desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GWG) que inseriu o crime de corrupção de empregados (Algestelltenbestechung) no âmbito do ordenamento jurídico alemão, com o que os casos de *pactos sceleris* que envolvessem funcionários públicos e aqueles firmados no tráfico comercial passaram a ter tratamento diverso.

¹³³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 93.

¹³⁴ § 299 do Código Penal (StGB).

¹³⁵ Escândalos de corrupção, como por exemplo os que envolveram dirigentes das empresas BMW e OPEL, os quais, por vários anos, comprovadamente receberam propina para beneficiar alguns fornecedores de matérias-primas, evidenciou a necessidade de que se dedicassem maiores cuidados aos atos de corrupção no setor privado.

¹³⁶ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 96.

Conferiu-se, a partir de então, ao Ministério Público o dever de promover a persecução penal do crime de corrupção entre particulares, em situações específicas nas quais fosse verificada a violação de particular interesse público¹³⁷. Razoável atribuir esta iniciativa persecutória pública como decorrência lógica das teorias sociológicas do bem jurídico que vicejam há muito na Alemanha, situando-o diretamente na realidade social, e ressaltando a necessidade de uma maior vinculação do Direito Penal às demais ciências sociais¹³⁸.

Já no ano de 2002, nova reforma legislativa ampliou o âmbito de incidência do delito de corrupção privada, de modo que também fossem alcançados atos de desvio de poder perpetrados em relações jurídicas ocorridas no plano internacional¹³⁹. Para Foffani¹⁴⁰, elogiável a postura do legislador alemão que, considerando a atual tendência à globalização dos mercados e compreendendo que os *pactos sceleris* entre os dois sujeitos devem integrar-se necessariamente ao tráfico econômico, quis expressamente estender o marco da intervenção penal às condutas que se realizam na “*concorrência exterior*”.

Abaixo, portanto, a redação atual do dispositivo¹⁴¹:

"*Capítulo 26: Delitos contra a concorrência:*

§ 299 – *Corrupção passiva e corrupção ativa no tráfico econômico.*

¹³⁷ § 301, do Código Penal (StGB).

¹³⁸ PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

¹³⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 96.

¹⁴⁰ FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. In PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 667.

¹⁴¹ Tradução livre, pelo autor. Literalmente, assim redigido:

“§ 299 *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*

(1) *Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder reinem Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daB er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) *Ebenso wird bestraft, wer in geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einem Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daB er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge.*

(3) *Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb”.*

Quem, como empregado ou encarregado de uma empresa comercial, exigir, admita o oferecimento ou aceite, para si ou terceiro, uma vantagem no tráfico econômico, como contraprestação para favorecer a outro de maneira desleal em uma situação de concorrência econômica será castigado com prisão de até três anos ou multa. Com as mesmas penas será castigado quem, no tráfico econômico, com fins competitivos, prometa ou conceda uma vantagem a um empregado ou encarregado de uma empresa comercial para que prefira a outro em relação à aquisição de mercancias ou serviços comerciais.”

Da simples leitura do tipo penal se extrai que o autor há de atuar no tráfico econômico com qualquer finalidade comercial, ou seja, deve realizar uma atividade com objetivo econômico privado e no seio de um estabelecimento ou empresa comercial. Analisando tal norma, Gontijo¹⁴² entende que as condutas delitivas do receptor da vantagem e daquele que a oferece estão previstas em tipos penais distintos, o que indica se tratar de delitos autônomos, ou seja, a prática do delito de corrupção passiva, por exemplo, não necessariamente corresponde a ocorrência de comportamentos ativos de desvio de poder. Já Encinar Del Pozo¹⁴³ observa que o tipo penal, ao exigir uma *contraprestação* vincula o favorecimento a uma ação determinada, de forma concreta, de modo que uma vantagem que se aceita ou entrega para assegurar uma disposição genérica (para gerar um “bom clima” de negócios, por exemplo) não resulta suficiente para efeitos penais.

Entrementes, desde sua primeira aparição, no início do século XX, o crime de corrupção no setor privado teve bem delineado qual o interesse jurídico a ser tutelado no ordenamento jurídico alemão: a livre e leal concorrência. Quanto a isso, pode-se dizer que a doutrina é praticamente uníssona¹⁴⁴, embora alguns autores entendam que, em conjunto com o bem jurídico indicado, o modelo alemão proteja também a competitividade e os próprios consumidores frente à eventual alta dos

¹⁴² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 96.

¹⁴³ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 183.

¹⁴⁴ Em capítulo dedicado exclusivamente ao delito de corrupção privada, Bacigalupo lista diversos autores germânicos que entendem nesse sentido, afirmando se tratar de posicionamento prevalente na doutrina alemã. (BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 154)

preços¹⁴⁵. Ou seja, muito antes do advento da preocupação internacional com o tema, os germânicos já vislumbravam a proteção concorrencial como fator primordial ao bom funcionamento do mercado, entendimento este que viria a ser documentado em diversos tratados supranacionais posteriormente¹⁴⁶.

Segundo o bem jurídico protegido, se pode considerar que as condutas de corrupção privada alteram a livre e leal concorrência, já que se favorece de maneira injusta a um competidor (o desleal, o que suborna) em detrimento dos outros (que utilizam os métodos leais), o que supõe que estes deverão também sucumbir a tais vias para poder competir no mercado.

Dito de outra maneira, a concorrência desleal influencia na captação de clientela através do emprego de meios ilícitos, cumprindo ao Estado agir para coibir essas práticas indevidas e assim preservar a ordem econômica¹⁴⁷. A justificativa é que no cenário corrupto as relações comerciais deixam de se basear na qualidade e preço dos produtos (ou serviços), e passam a se regular pelos benefícios que os corruptores obtêm com o suborno, afetando tanto os empresários quanto os consumidores, que resultam com um produto de pior qualidade e mais caro¹⁴⁸. Cuida-se, desse modo, não apenas de um *direito subjetivo dos agentes privados*, mas também de *dever jurídico*, consistente em não se assumirem posturas anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação punitiva do poder estatal¹⁴⁹.

No que tange aos sujeitos do delito, o crime de corrupção privada ativa é encarado como delito comum, que pode ser praticado por qualquer cidadão, ao passo que a corrupção privada passiva é reconhecida como crime próprio, que somente pode ser cometido por pessoas determinadas, *in casu*, empregados ou

¹⁴⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 178.

¹⁴⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 93.

¹⁴⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 99.

¹⁴⁸ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 172.

¹⁴⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias de. *Ordem Econômica e Direito Penal Antitruste*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 104.

encarregados de empresa comercial. Encinar Del Pozo¹⁵⁰ esclarece que a doutrina alemã estabeleceu uma distinção nítida entre eles, de modo que empregado é aquele que tem uma relação de emprego ou dependência com o dono do negócio e está submetido às ordens do mesmo (também se exige que tenha capacidade de assumir e influir no andamento das operações comerciais), e encarregado é aquele que, sem ser dependente, tem o poder ou a faculdade para representar o proprietário, ocupando uma posição meramente negocial (mas com capacidade de exercer uma influência sobre a decisão corporativa a respeito).

Em relação às condutas típicas, tanto a redação da modalidade de corrupção privada passiva quanto a de corrupção privada ativa, no âmbito comercial, são bastante semelhantes àquelas previstas pelo legislador germânico nos tradicionais delitos de corrupção de funcionários públicos, respectivamente, § 331 e § 332 do Código Penal (StGB). Na corrupção privada ativa, a conduta típica consiste em oferecer, prometer ou outorgar a empregado (ou encarregado) de empresa comercial, direta ou indiretamente, vantagem indevida, com a finalidade de que atue de maneira desleal, ao passo que, na corrupção privada passiva, consiste em exigir, obter uma promessa, ou aceitar uma vantagem, para si ou para outrem, como contraprestação de atuação profissional desviada. Em ambos os casos, o benefício ilegal é oferecido para fazer com que o funcionário dê preferência ao corruptor no momento de aquisição de bens ou contratação de serviços.

Oportuna e esclarecedora a lição de Gontijo¹⁵¹:

“O núcleo dos comportamentos proscritos no artigo § 299 do Código Penal alemão, portanto, consiste no acordo ilícito firmado entre o corruptor e o corrupto. Tal acordo ilícito tem como alicerce uma vantagem indevida, que favorece o surgimento da deslealdade no tráfico comercial, em detrimento da coletividade, na medida em que cria distorções artificiais nas condições do mercado. Este deixa de funcionar com amparo em critérios econômicos racionais, para ser guiado pela lógica da obtenção de vantagens indevidas pelos indivíduos que celebram os ‘pactos sceleris’. (...) Da análise dos vocábulos empregados no tipo penal, verifica-se serem poucos precisos os contornos da conduta típica da corrupção no setor

¹⁵⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 179.

¹⁵¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 100.

privado, pois ao intérprete da norma caberá avaliar, em cada circunstância concreta, se foram praticados comportamentos desleais. A cláusula analisada - com ênfase para o termo 'desleal' - tem conteúdo demasiadamente aberto e, por isso, em algumas situações, é incerta sua interpretação. Ademais, nos setores econômicos, muitas vezes, é difícil traçar claras distinções entre atos de concorrência regulares, e atos de corrupção entre particulares."

Igualmente pertencente ao artigo § 299 do *Codex* alemão, a expressão vantagem indevida também é responsável por debates doutrinários, embora atualmente em menor proporção. Isso, pois durante muito tempo se considerava que somente quando fossem oferecidos benefícios de natureza financeira a funcionários de empresa restaria caracterizado o delito de corrupção entre particulares, todavia, hodiernamente entende-se que a vantagem indevida oferecida pelo corruptor pode ser de qualquer natureza, desde que atinja a finalidade de gerar o comportamento desleal¹⁵².

Se comparada a outros países, a Alemanha efetivamente desponta como destaque em termos de aplicabilidade da legislação de combate à corrupção no setor privado, principalmente após a tipificação do delito no seu Código Penal. Passam das centenas as condutas investigadas, com expressiva atuação forense e razoável quantidade de sentenças condenatórias¹⁵³, o que torna o sistema implementado pelos germânicos um exemplo a ser seguido.

Contudo, é bom destacar que o modelo alemão não é imune a críticas, ao revés, quiçá por ser um dos mais estudados, seja também um dos mais debatidos pela doutrina. Um dos questionamentos centrais ao modelo alemão é o seguinte: é possível se imaginar uma competitividade entre pessoas privadas realmente livre e leal? O ponto de partida dessa crítica é que o modelo alemão assinala uma concepção um tanto idílica da competição mercantil, como se esta fosse perfeita ou pura, baseada exclusivamente na lei de oferta e demanda e na ausência de influências indevidas nos preços. Assim, o objeto de proteção penal se converte mais

¹⁵² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 101.

¹⁵³ Segundo dados publicados pela polícia federal alemã, é possível aferir o crescimento dos procedimentos criminais envolvendo corrupção entre particulares, tendo passado de 340 casos investigados, 23 julgados e 16 decisões condenatórias no ano de 2004, para chegar a 488 casos investigados e 72 julgados, com 56 decisões condenatórias, em 2008. (GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 102.)

em uma aspiração do que em uma realidade, vez que nem todos os sujeitos concorrem no mercado em condições igualitárias, tampouco com os mesmos suportes institucionais. Outrossim, ao exigir uma competição entre os ofertantes, desconsidera alguns setores econômicos já planejados ou quase monopolísticos.

Também é razoável o apontamento de Nieto Martín¹⁵⁴, crítico da criminalização da corrupção privada com vistas à proteção de um bem jurídico supraindividual (como a concorrência), quando assinala que, em certas hipóteses, a troca de vantagens ocultas, no âmbito comercial, pode ser importante ferramenta de fomento das atividades econômicas, impulsionando os desfechos de diversas negociações.

Outro ponto de divergência encontrado na doutrina diz respeito à redação do artigo § 299 do Código Penal que, ao delimitar somente os empregados e os encarregados das empresas como potenciais sujeitos ativos do delito de corrupção privada passiva, excluiu do rol dos indivíduos passíveis de sofrer a reprimenda criminal os administradores e os proprietários das sociedades comerciais, como se os comportamentos de desvio de poder por eles perpetrados não pudessem violar o bem jurídico protegido. Tal situação é motivo de críticas ao legislador ordinário alemão, eis que soa contraditório buscar a tutela da livre e leal concorrência com a penalização de empregados e funcionários subalternos, deixando campo aberto para o pagamento de propina a empresários e administradores, mesmo que essa circunstância obviamente represente a violação do bem jurídico resguardado¹⁵⁵.

De qualquer sorte, os efeitos da repercussão doutrinária já são manifestos, tanto que, desde 2007, tramita um projeto legislativo (BR-Drucks 548/07) com o objetivo de reformular o artigo § 299 do Código Penal (StGB), ampliando o âmbito de objetos materiais protegidos pela norma, e adequando ainda mais o preceito incriminador aos convênios internacionais firmados pela Alemanha¹⁵⁶.

¹⁵⁴ NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano, Giuffrè, 2003, p. 141.

¹⁵⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 98.

¹⁵⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 190.

Em suma, pode-se dizer que o tema da corrupção privada já foi intensamente debatido tanto na doutrina quanto pelos legisladores alemães, de forma que se torna indispensável atento estudo do modelo por eles adotado quando da formulação do tipo penal em nosso ordenamento jurídico. Ademais, conforme veremos no terceiro capítulo, ao estabelecer como objeto material da norma a livre e leal concorrência, a Alemanha, além de acompanhar os comandos emanados dos diversos documentos internacionais por ela firmados, concretizou posicionamento de que o referido bem jurídico merece a integral atenção do Direito Penal.

2.2. O DELITO DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES NA ITÁLIA

A introdução de tipos repressivos ao fenômeno da corrupção entre particulares é recente no ordenamento jurídico italiano, sendo uma consequência lógica das obrigações assumidas nos compromissos internacionais, em especial a Convenção Penal Sobre a Corrupção do Conselho da Europa, de 1998, que, por seu caráter vinculante, fomentou as discussões internas acerca da necessidade de tipificação do delito¹⁵⁷.

Com efeito, a doutrina italiana passou a reclamar a adoção de um modelo de incriminação destas condutas entre particulares. Entretanto, conforme delineamos acima, a Itália implementou seu modelo de incriminação da corrupção privada sob o viés patrimonialista, ou seja, baseada na proteção do patrimônio das empresas¹⁵⁸. O principal desiderato do legislador ordinário italiano foi o de tutelar os bens e ativos das pessoas jurídicas, de forma que o ato de corrupção privada se contempla desde a ótica de administração ou gestão fraudulenta de uma sociedade empresarial. Assim, se reprime o mau administrador, o desvio de interesses e a incorreta condução da sociedade comercial¹⁵⁹.

¹⁵⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 113.

¹⁵⁸ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 199.

¹⁵⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; REALE FERRARI, Eduardo (Orgs). *Experiências do Direito*. Campinas: Millenium, 2004, p. 242.

Vale destacar, tal opção legislativa, muito embora contemplada em reduzido número de ordenamentos jurídicos estrangeiros, foi acolhida também pelos legisladores austríacos, ainda antes, em 1987¹⁶⁰.

Tão logo o delito foi editado na Itália, no ano de 2002, severas críticas ecoaram tanto de parte dos doutrinadores italianos quanto da comunidade internacional. Pode-se dizer que a iniciativa legislativa já nasceu fadada ao fracasso, tamanha a repercussão negativa verificada, e especialmente, pelas reformas posteriormente ocorridas, o que denota o equívoco da sua redação inicial. Dentre as principais críticas ao artigo 2635 do *Codile Civile*¹⁶¹, algumas dizem respeito a possíveis impunidades, tanto pela ausência de previsão de punição ao detentor dos bens e ativos da empresa - mas somente aos administradores, diretores, síndicos, liquidantes e responsáveis pela contabilidade - quanto porque o consentimento do empresário acerca das práticas lesivas de seus subordinados eliminaria a ilicitude destas condutas.

Também se questionam os motivos pelos quais a Itália se distanciou do conteúdo exposto nos textos jurídicos comunitários para delimitar uma figura delitiva voltada apenas à proteção de interesses patrimoniais¹⁶², haja vista que o artigo 117 da Constituição da República Italiana prevê o atendimento dos preceitos internacionais - não se trata, portanto, de uma mera faculdade, mas obrigação do Poder Legislativo¹⁶³.

¹⁶⁰ FOFFANI, Luigi. La corrupción privada: iniciativas internacionales y perspectivas de armonización. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adam (Coord.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de La Universidad Castilla - La Mancha, 2006, p. 138.

¹⁶¹ Apesar de se tratar do *Codile Civile*, nele estão contidas as disposições penais as quais fazemos referência. Na Itália houveram tentativas legislativas de introduzir este delito no Código Penal, como por exemplo o Projeto de Lei de 25 de setembro de 2007, todavia não chegou a ser finalmente aprovado.

¹⁶² Ainda que, com o advento da Lei nº 190, de 06 de novembro de 2012, o legislador italiano tenha se aproximado de forma parcial do conteúdo emanado pelos textos comunitários, ao estabelecer a possibilidade de procedibilidade pública do crime de corrupção no setor privado, ainda que em situações excepcionais, nas quais fosse constatada efetiva distorção da concorrência.

¹⁶³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 113.

Tentando explicar a razão da opção italiana por este bem jurídico protegido, Encinar Del Pozo¹⁶⁴ refere que há algum tempo os doutrinadores italianos vinham reclamando urgência na introdução de um modelo de incriminação das condutas de corrupção no setor privado análogo aos delitos de corrupção pública, contudo, o legislador italiano, de forma afoita, introduziu um tipo de corrupção privada abordando a questão desde uma ótica patrimonialista de defesa do capital social. Talvez essa limitação no momento de criar o ilícito penal decorra das teorias constitucionais do bem jurídico - grandemente acolhidas pela doutrina italiana - que procuram formular critérios capazes de se impor de modo cogente ao legislador ordinário. O conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais.

A seu turno, Gontijo¹⁶⁵ menciona que os legisladores italianos já conheciam as severas críticas ao modelo, todavia, ainda assim, desde as primeiras redações do tipo penal até as mais recentes, optaram por uma perspectiva de tutela orientada quase que exclusivamente à salvaguarda dos interesses privados das sociedades comerciais, em evidente desatenção aos reclamos internacionais, inclusive descumprindo obrigações contraídas pela República Italiana no plano comunitário.

Inobstante tais questões acerca da indevida e açodada introdução da modalidade delitiva no ano de 2002, nos parece mais primoroso destacar a redação atual do artigo 2.635¹⁶⁶ do *Codice Civile* (após uma série de reformas, a última delas em 2012).

¹⁶⁴ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 199.

¹⁶⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 115.

¹⁶⁶ Conforme a redação original:

“Corruzione tra privati.

Salvo che il fatto costituisca piu grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito dela dazione o dela promessa di denaro o altra utilità, per sè o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento ala società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

Si aplica la pena dela reclusione fino a um anno e sei mesi se il fatto è comesso da chi è sotoposto ala direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

Chi dà o promete denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si trata di società com titolo quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in mistura

Esforçamo-nos, pois, na tentativa de traduzir o preceito legal em vigor¹⁶⁷:

“Artigo 2635:

Corrupção privada.

Salvo que o fato constitua um delito mais grave, os administradores, os diretores-gerais, os responsáveis pela contabilidade, os síndicos e os liquidantes que, como consequência de dação ou promessa de dinheiro ou outra vantagem, para si ou para terceiro, realizem ou se omitam de realizar atos em violação das obrigações inerentes ao seu cargo ou de obrigações de fidelidade, com isso causando prejuízo à sociedade, serão castigados com prisão de um a três anos.

Se aplica a pena de prisão de até um ano e seis meses se o fato é cometido por qualquer pessoa que esteja sujeita a dirigir ou supervisionar qualquer das pessoas especificadas no parágrafo anterior.

Quem dá ou promete dinheiro ou outra vantagem às pessoas especificadas nos parágrafos anteriores, será castigado com as penas ali previstas.

As penas estabelecidas nos parágrafos anteriores serão duplicadas se tratar-se de sociedade com títulos cotizados em mercados regulados italianos ou de outros estados da União Europeia, ou difundidos entre o público de uma maneira relevante, no sentido do artigo 116 do Texto Único das disposições em matéria de intermediação financeira, contemplado no Decreto Legislativo de 24 de fevereiro de 1998, nº 58 e modificações posteriores.

Se procederá por queixa da pessoa ofendida, a menos que do fato derive uma distorção da concorrência na aquisição de bens ou serviços.”

Consoante se observa, a conduta típica da corrupção privada exige uma ação ou omissão contrária aos deveres inerentes ao cargo e um prejuízo à sociedade comercial. Para Gontijo¹⁶⁸, ao condicionar a configuração do delito à violação das obrigações inerentes às atividades do corrupto, mediante a efetiva prática ou omissão de ato de ofício, o legislador italiano restringiu o leque de comportamentos

relevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico dele disposizione in matéria di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

Si proceda a querela dela persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione dela concorrenza nella acquisizione di beni o servizi.”

¹⁶⁷ Tradução livre, pelo autor.

¹⁶⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 117.

típicos e acabou por se distanciar da clássica estrutura dogmática da corrupção, que tem como característica tão somente a existência de um acordo ilícito, que pode ou não ser executado pelos sujeitos nele envolvidos.

Exige-se, também, para a configuração delitiva, que as condutas praticadas gerem efetivo dano ao patrimônio da sociedade empresarial a qual vinculado o corrupto, ou seja, para a subsunção fática não basta a celebração do acordo ilícito, mas sim prejuízo concreto - e comprovado - oriundo da realização ou omissão praticada pelo agente¹⁶⁹. Não é, pois, a celebração do pacto ilícito o cerne de repressão, sendo essencial que dessa conduta seja verificado latente prejuízo ao ente moral¹⁷⁰.

Malgrado a noção de dano prevista no tipo penal fosse demasiado ampla, a exigência de sua comprovação acabava por dificultar a aplicação do preceito legal incriminador, de modo que autores renomados como Spena¹⁷¹, entendem que a corrupção privada, nos moldes em que delineada na Itália, é espécie de *delito-obstáculo*, que prevê a punição para certos comportamentos que antecedem a efetiva ocorrência de dano patrimonial, razão pela qual a justificativa eleita pelo legislador italiano seria, no mínimo, insensata.

Entrementes, tal artigo prevê sanção de reclusão de um a três anos aos administradores, diretores gerais, responsáveis pela contabilidade, síndicos e liquidantes¹⁷², que, após promessa ou recebimento de dinheiro ou qualquer outro benefício, cumpram ou omitam atos em violação às suas obrigações de ofício e aos seus deveres de fidelidade, causando prejuízo à sociedade para a qual trabalham. Já no parágrafo segundo, a reforma de 2012 introduziu um tipo atenuado, aplicável às pessoas que estejam sujeitas à direção ou supervisão de qualquer dos sujeitos

¹⁶⁹ HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano, Giuffrè, 2003, p. 38.

¹⁷⁰ ARENA, Maurizio. *La corruzione tra privati: la responsabilità di persone fisiche e società*. Bologna: Filodiritto, 2012, p. 15.

¹⁷¹ SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Um inventario di perplessità politico-criminali. *Rivista Trimestrale di Diritto Penal dell'Economia*. Milano: Argumenti, 2007, p. 817.

¹⁷² Note-se que os empresários, por serem os titulares dos direitos patrimoniais tutelados pela norma penal, não foram inseridos no rol de possíveis sujeitos do delito. (GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 122)

supra referidos - neste caso, com prisão de até um ano e seis meses. Sem embargo, a regulação atual segue permitindo lacunas na punição de determinadas condutas, como, por exemplo, quando cometidas por um intermediário.

Curioso, outrossim, o apontamento de Encinar Del Pozo¹⁷³, quando salienta que, ao enfatizar a infidelidade do agente (aqui entendida em face da proteção do patrimônio social), a norma aparenta se tratar de uma forma mista¹⁷⁴ de corrupção e administração desleal - notavelmente em face da particular concepção que existe no direito italiano sobre administração desleal.

Por fim, embora o texto reformado tenha introduzido hipótese de persecução penal pública quando evidenciada distorção da concorrência, é consenso na doutrina que o bem jurídico tutelado seguiu sendo o patrimônio de pessoas jurídicas de direito privado. Tratou-se mais de um aceno do legislador italiano, no sentido de demonstrar que estava atento aos documentos internacionais, do que propriamente um reconhecimento da necessidade de salvaguardar um modelo publicístico.

Dessarte, entendemos que o delito de corrupção entre particulares ainda suscita muitos debates tanto na doutrina quanto no parlamento italiano, o que se comprova pelas constantes modificações no tratamento dispensado ao fenômeno ao longo das últimas décadas. Parece-nos que o tipo penal ainda deverá ser aperfeiçoado, especialmente no que tange ao bem jurídico tutelado, pela singela razão que ainda resta dissociado da interpretação prevalente nos compromissos internacionais firmados pela Itália. De qualquer sorte, enquanto se aguardam tais desdobramentos, devemos reconhecer que o ordenamento jurídico italiano, no que diz respeito ao delito de corrupção entre particulares, é prato cheio para os estudiosos do tema, seja sob o viés do peculiar modelo de tutela patrimonial, ou mesmo pela incansável tentativa de aperfeiçoamento do tipo penal, reforma após reforma.

¹⁷³ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 203.

¹⁷⁴ A qual Encinar Del Pozo, de forma irônica, chamou de “papel molhado”, pela dificuldade em separar um delito do outro. (ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 203.)

2.3. O DELITO DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES NA FRANÇA

As evoluções legislativas ocorridas na França a tornam um exemplo interessante a ser pesquisado. Como referimos no início deste capítulo, as condutas de corrupção entre particulares, no sistema francês, adotaram um modelo de incriminação baseado na proteção da relação laboral - assim como o fizeram, também, a Holanda e a Bélgica.

Originariamente, as condutas de corrupção ativa e passiva somente se aplicavam aos agentes e funcionários públicos, inexistindo um tipo penal específico para castigar a corrupção privada, tratada mais como abuso de confiança, como se observa dos artigos 405 a 408 do *Ancien Code Pénal*.

Somente com o *Code du Travail*¹⁷⁵, em 1992, se observa um tipo penal mais específico para a conduta de corrupção entre particulares. Tal norma, destinada a regular o contrato de trabalho, castigava com pena de dois anos de prisão e multa qualquer diretor ou empregado que solicitasse, direta ou indiretamente, sem o conhecimento ou permissão do empregador, benefícios para praticar (ou se abster) determinado ato de ofício ou facilitado pelo sua situação empregatícia (corrupção passiva). A mesma pena se impunha a quem cedesse às exigências definidas no caso anterior ou tomasse a iniciativa (corrupção ativa)¹⁷⁶.

Vê-se, portanto, que a prática de corrupção privada incriminada na França é justamente para proteger a fidelidade do empregado ao seu empregador, pois será punido se aceitar ofertas ou promessas para deixar de cumprir suas razões laborais ou então facilitar algo em razão destas¹⁷⁷.

¹⁷⁵ *Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code penal et à la modification de certaines dispositions de droit penal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.*

¹⁷⁶ Artigo L 152-6 do *Code du Travail*: 'Le fait, par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, a l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présentes, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilite par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200000 F d'amende. Est puni de mêmes peines le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédente ou d'en prendre l'initiative'.

¹⁷⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 97.

O conceito de empregado aqui deveria ser interpretado em sentido amplo, valendo para qualquer pessoa que exerce uma relação de trabalho, recebendo por isso uma remuneração. O critério decisivo era a subordinação jurídica, ou seja, a execução de um trabalho por ordens de um empregador, capaz de lhe dar instruções e direções, controlar a execução da prestação laboral e sancionar as faltas cometidas. A consideração do assalariado como sujeito do delito e a necessidade de realizar a conduta sem o conhecimento do empregador converteu tal normativa no protótipo de corrupção privada como delito cuja base é a infração de um dever de lealdade nas relações laborais¹⁷⁸.

Importante notar duas consequências fundamentais do primeiro modelo adotado na França: *i) o sujeito ativo do delito somente poderia ser um empregado ou subordinado, jamais o empresário ou empregador; ii) o consentimento do empresário ou empregador excluía a conduta delitativa, já que o núcleo do delito era a ausência da honestidade nas relações laborais*. Entretanto, como veremos a seguir, a nova redação dos tipos penais acabou por introduzir algumas modificações.

Inobstante, o pressuposto básico desse modelo jus-laboral é que as relações de trabalho devem se lastrear na confiança entre empregador e subordinado, de modo que uma vulnerabilidade desta relação produz uma lesão aos interesses da empresa, e via de consequência, à coletividade. Justamente por romperem com a lealdade e a confiança - fundamentais nas relações de emprego - não se admitem tais comportamentos desviados. A preocupação com o dever de honestidade do empregado é tanta que tal atitude corrupta gera sua responsabilização criminal¹⁷⁹.

Com efeito, é razoável compreender porque tantos doutrinadores respeitados defendem o modelo adotado pelos franceses, especialmente diante do gigantismo das empresas modernas e o enorme volume de operações por elas realizadas, que tornam obrigatória a descentralização dos mecanismos de tomada de decisão

¹⁷⁸ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 192.

¹⁷⁹ NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano, Giuffrè, 2003, p. 113.

mediante a delegação de poderes e funções, sempre amparada por liame de confiabilidade. Uma vez rompido este pacto entre empregador e empregado, a pessoa moral fica em notório prejuízo, eis que o corrupto deixa de atuar em seu benefício para privilegiar a si próprio e aos interesses escusos do corruptor¹⁸⁰.

Entretanto, outros juristas do mesmo porte despejam críticas ao tipo penal da corrupção privada lastreado na vulnerabilidade das relações de lealdade e confiança entre empregador e empregado, usualmente argumentando que ele representaria mecanismo de indevida ingerência estatal na definição dos parâmetros morais de atuação dos agentes do setor privado, logo, de maneira ilegítima e distante dos princípios fundamentais do *ius puniendi* - *ultima ratio*, subsidiariedade, fragmentariedade e legalidade - que devem nortear o Direito Penal¹⁸¹. Inclusive, autores como Gil Villa¹⁸² adentram em terreno mais profundo, propondo uma análise reflexiva de alguns aspectos culturais da confiança como valor, advertindo se tratar de um bem escasso, supervalorizado por uma sociedade hipócrita e, em essência, mentirosa ou tolerante aos desvios de caráter.

Vale anotar, todavia, que no ano de 2005, importante reforma de adaptação de diversos dispositivos franceses ao conteúdo estabelecido pelo Direito Comunitário alterou substancialmente a legislação penal, ampliando a esfera de criminalização da corrupção no setor privado. Criou-se um novo Capítulo, intitulado “Da corrupção das pessoas que não exercem uma função pública”. Esse novo capítulo é composto por quatro artigos: 445-1, 445-2, 445-3 e 445-4. Os dois primeiros versam sobre as modalidades de corrupção privada ativa (445-1) e passiva (445-2), ao passo que o artigo 445-3 define penalidades adicionais aplicáveis às pessoas físicas, e o artigo 445-4 prescreve penalidades destinadas às pessoas jurídicas. Importa referir que os artigos 445-1 e 445-2 sofreram modificações legislativas ao longo dos anos (2007, 2011 e 2013).

¹⁸⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 137.

¹⁸¹ Interessante, no ponto, a leitura da análise minuciosa formulada por Gontijo, em que destrincha as diversas críticas da doutrina especializada acerca do modelo de repressão à corrupção no setor privado ancorado na proteção da lealdade e confiança nas relações privadas. (GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 142-148)

¹⁸² GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. Madri: Maia Ediciones, 2008, p. 45.

Ainda que a redação atual tenha afastado as referências mais diretas à infidelidade entre empregador e empregado, o tipo penal francês se manteve fiel à sua tradição jurídica, que sempre construiu a modalidade delitiva sobre a base de um elemento de infração de deveres (hoje se refere expressamente aos deveres legais, contratuais e profissionais), de modo que a utilização destas figuras permite abraçar deslealdades distintas das estritamente comerciais¹⁸³.

Outrossim, interessante observar, da análise dos tipos penais referidos, que desta feita a corrupção entre particulares foi tratada de forma distinta, em suas duas modalidades - ativa e passiva - inexistindo mais uma dependência necessária entre elas. Tal circunstância tornou possível a prática isolada do crime em ambas modalidades, por exemplo, na corrupção ativa sem o correspondente ato de aceitação da vantagem, enquanto que a corrupção passiva restaria configurada mesmo que o *extraneus* não concordasse com o pagamento de vantagens indevidas ao *intraneus*¹⁸⁴.

Com tal reforma, desaparece a condição restritiva de exigência de uma relação de subordinação do corrompido com seu empregador, o que supõe uma ampliação da incriminação tanto do ponto de vista subjetivo quanto objetivo. Do ponto de vista subjetivo, porque a corrupção privada não se limita mais aos empregados, podendo incluir, dentre outros, diretores de uma empresa ou associação e até mesmo profissionais liberais¹⁸⁵, dependendo do caso. E sob o viés objetivo, porque a supressão da condição de uma relação de subordinação, no sentido laboral, do sujeito corrompido, permite uma aplicação do delito também às atividades não lucrativas¹⁸⁶.

¹⁸³ GILI PASCUAL, Antoni. *El delito de corrupción en el sector privado*. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 76.

¹⁸⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 109.

¹⁸⁵ Aspecto curioso da opção político-criminal adotada pelo legislador francês é que também os profissionais liberais podem ser acusados de corrupção privada ativa ou passiva. Assim, advogados, contadores, notários, consultores e especialistas de diversos ramos podem ser submetidos a processos criminais, desde que constatada a prática de atos de abuso de poder, ou atuação contrária ao interesse de seus clientes, em razão da perspectiva de recebimento de vantagem ilícita. (GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 111.)

¹⁸⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 196.

De toda sorte, não restam dúvidas de que o modelo francês torna aparente uma série de questões passíveis de enfrentamento na formulação do tipo penal da corrupção entre particulares no ordenamento brasileiro, especialmente se considerarmos que a proteção da lealdade e da confiança está contemplada em diversos dispositivos normativos de caráter extrapenal¹⁸⁷.

2.4. O DELITO DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES NA ESPANHA

Uma constante verificada nas últimas reformas da legislação penal espanhola consistiu em buscar sua justificação a partir da necessidade de cumprir obrigações derivadas dos Convênios Internacionais subscritos pela Espanha, em especial aqueles vinculados ao pertencimento à União Europeia¹⁸⁸.

No âmbito comunitário, foi transposta Decisão Quadro 2003/568/JAI relativa à luta contra a corrupção no setor privado e foi ratificado o Convênio Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa (Estrasburgo, 1999); além de ser atendida recomendação da Organização das Nações Unidas (não obrigatória) lançada na Convenção contra a Corrupção (Mérida, 2003), diplomas já referidos e estudados no capítulo pregresso.

Vale referir que na Espanha, assim como no Brasil, a promulgação é necessária para que os tratados sejam parte integrante do ordenamento jurídico (art. 96.1, da Constituição espanhola). Todavia, esse procedimento é considerado tão somente uma condição de aplicabilidade dos acordos internacionais por parte dos órgãos internos para os casos em que o tratado caracteriza uma situação jurídica menos favorável ao indivíduo.

Ainda, as disposições dos tratados como um todo não podem ser modificadas ou suprimidas a não ser da forma prevista pelos próprios tratados ou de acordo com as regras e princípios do direito público internacional (art. 96.1, Constituição

¹⁸⁷ Como exemplos, podemos citar os artigos 1010, § 3º, 1011, 1013, § 2º e 1017 do nosso Código Civil, os artigos 153, 154, 155 e 156 da Lei Federal nº 6.404/76 e o artigo 482, alíneas "a", "b" e "c", da Consolidação das Leis do Trabalho.

¹⁸⁸ A título de exemplo, a ampla reforma de 2010, de acordo com sua Exposição de Motivos, responde às "obrigações internacionais, especialmente no âmbito da harmonização jurídica europeia", contraídas pela Espanha.

espanhola), o que se mostra mais adequado ao reconhecimento paulatino da importância do direito internacional público para o desenvolvimento dos povos e nações¹⁸⁹.

Todavia, apesar de signatária dos principais documentos internacionais que referem a necessidade de tipificação da corrupção no setor privado, a Espanha foi uma das últimas nações europeias a introduzir em seu ordenamento jurídico tal tipo penal, depois de já esgotados os prazos estipulados pelos textos comunitários.

Nesse sentido, apenas com o novo Código Penal espanhol, após a reforma de 2010, é que se cria um tipo penal específico para reprimir as condutas de corrupção entre particulares. Tal mudança afeta de forma importante o controle da corrupção, pois além de estabelecer a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, reforma e agrava o crime de corrupção em sentido estrito, ampliando internacionalmente a condição de funcionário público. Não bastasse, além de introduzir o caráter delitivo da corrupção privada, modifica e melhora a regulação da corrupção transnacional, em especial a praticada por funcionário estrangeiro, e modifica a regulação da lavagem de capitais, incorporando a autolavagem. Verifica-se, pois, a partir da reforma, o protagonismo espanhol no que tange à dimensão internacional do fenômeno da corrupção.

Vale transcrever o artigo 286 *bis*, inserido no Título XIII, que tipifica a corrupção entre particulares:

"Artigo 286 bis:

1. Quem por si mesmo ou por interposta pessoa prometa, ofereça ou conceda a diretores, administradores, empregados ou colaboradores de uma empresa mercantil ou de uma sociedade, associação, fundação ou organização, um benefício ou vantagem de qualquer natureza, sem justificativa, para que seja favorecido a si mesmo ou a terceiro, perante outros, faltando com suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais, será castigado com a pena de prisão de seis meses a quatro anos, inabilitação especial para o exercício da indústria ou

¹⁸⁹ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do Direito Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

comércio por tempo de um a seis anos e multa até o triplo do valor do benefício ou vantagem.

2. Com as mesmas penas será castigado o diretor, administrador, empregado ou colaborador de uma empresa mercantil, ou de uma sociedade, associação, fundação ou organização que, por si mesmo ou por interposta pessoa, receba, solicite ou aceite um benefício ou vantagem de qualquer natureza, sem justificativa, com a finalidade de favorecer, perante terceiros, a quem lhe outorgou ou prometeu a vantagem ou benefício, faltando com suas obrigações na aquisição ou venda de mercadores ou na contratação de serviços profissionais. (...)"¹⁹⁰

Como se verifica, no mesmo tipo penal estão previstas as condutas de corrupção ativa e passiva, que podem ser cometidas por qualquer pessoa (e não apenas pelos funcionários), incluindo-se, também, os colaboradores, ou seja, as pessoas que prestam qualquer tipo de colaboração, remunerada ou não, para a empresa, o que pode abarcar o administrador de fato - figura que goza de uma enorme tradição na legislação penal espanhola¹⁹¹.

Insta mencionar a oportuna consideração formulada por Furtado¹⁹², de que há uma evidente inobservância do princípio da proporcionalidade no citado artigo, vez que, na corrupção passiva, se exige a quebra do dever funcional do empregado, o que não se verifica na corrupção ativa, entretanto, ambas as condutas são punidas com idêntica pena. Outrossim, não restou abarcado pelo âmbito de proteção da norma a prática de oferecer benefícios ou vantagens sem contraprestação, bem como as condutas de presentear funcionários e de tráfico de influências, ou seja, obter favorecimento servindo-se de uma relação pessoal ou profissional.

Outrossim, na corrupção ativa, o tipo penal refere as condutas de *prometer*, *oferecer* ou *conceder*, benefícios ou vantagens não justificados, ao passo que a modalidade passiva prevê os verbos *receber*, *solicitar* ou *aceitar*. Segundo Bacigalupo¹⁹³:

¹⁹⁰ Tradução livre, pelo autor.

¹⁹¹ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, Candela. *Delito de Corrupción entre Particulares*. Madri: Fe D'erratas, 2013, p. 27.

¹⁹² FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. O combate à corrupção no setor privado – O crime de corrupção entre particulares do artigo 286 bis do Código Penal Espanhol. *Boletim IBCCRIM*. n. 221. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011, p. 4.

¹⁹³ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 161.

“As promessas e os oferecimentos são típicos, ainda que não sejam reconhecidos pelo sujeito a que se dirigem, e mesmo que não restem cumpridos ou não atinjam a sua finalidade. Por esta razão, a promessa e o oferecimento sempre darão lugar à consumação do delito. A tentativa é possível quando a promessa ou o oferecimento do benefício (ou da vantagem), por qualquer razão, não chegue ao seu destinatário, ou a ordem de conceder tal benefício não seja cumprida. Na forma da corrupção passiva, a solicitação e a aceitação não requerem que o sujeito tenha êxito com seu pedido ou efetivamente receba o benefício aceito. Também se admite a tentativa quando a solicitação ou a aceitação não cheguem ao seu destino ou quando o recebimento não chega a se materializar. A consumação do recebimento, ao contrário, requer que o benefício ou a vantagem alcancem o destinatário do delito.”

No que diz respeito ao bem jurídico tutelado, encontramos importantes divergências na doutrina especializada, o que leva à conclusão de que a redação proposta pelo legislador espanhol não se deu de maneira adequada e coerente. Desde sua edição, emergiram críticas contundentes, não apenas em relação ao bem objeto de tutela, mas também em razão dos sujeitos do delito, às condutas proscritas, ao apenamento previsto, etc¹⁹⁴.

Salutar para compreender o debate travado são as palavras de Encinar Del Pozo¹⁹⁵:

“Para um amplo setor doutrinal, é difícil determinar qual é o bem jurídico protegido por este delito, assim como afirmar quais as bases que legitimam a intervenção penal. Considerando-se que, por mais que a pretendida intenção do legislador seja a tutela da concorrência, e que o tipo contenha notas que traduzem esse objetivo, não resulta evidente que a regulação positiva responda a um modelo de tutela exclusiva dos interesses de uma concorrência justa e não aparecem com clareza as notas de lesividade de tal interesse nas condutas típicas. É objeto de especial debate se o delito protege ou não a concorrência, e, em caso afirmativo, se é este o único bem jurídico incluído no tipo penal. Neste âmbito, cabe afirmar que a doutrina majoritária entende que a concorrência leal está protegida pelo tipo, todavia, existem maiores dificuldades em determinar se é o único e exclusivo bem jurídico tutelado, ou se requer o complemento de outros interesses dignos de proteção.”

¹⁹⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 127.

¹⁹⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 257.

De fato, a questão é controversa. Segundo a Exposição de Motivos da Lei Orgânica nº 5/2010, a garantia da manutenção de ambiente concorrencial justo e honesto dependeria da repressão a atos praticados com o propósito de corromper os administradores de entidades privadas, de forma similar ao que acontece nas atividades públicas - com o que se poderia entender que o objeto de proteção do delito é a justa e honesta concorrência¹⁹⁶. Todavia, a redação do artigo 286 *bis* do Código Penal espanhol não faz qualquer menção ao fenômeno concorrencial, tampouco indica ser a concorrência o objeto material da norma penal. De outro lado, ao se analisar a característica elementar das condutas proscritas - descumprimento de obrigações pelo corrupto para favorecer o corruptor na aquisição de mercadorias ou contratação de serviços - se pode deduzir que a tutela está direcionada aos interesses individuais do empresário, notadamente aqueles vinculados ao dever de fidelidade dos empregados e/ou subalternos¹⁹⁷.

Desta forma, concordamos com os doutrinadores que defendem se tratar de modelo híbrido - exige tanto uma afetação da concorrência quanto uma quebra de deveres funcionais¹⁹⁸ - razão pela qual o espectro de proteção da norma penal incriminadora abarcaria além de interesses supraindividuais, também os interesses privados do empresário. Como explica Gontijo¹⁹⁹, essa é a corrente doutrinária majoritária, defensora de um delito pluriofensivo, pois assim se tutela “*a concorrência leal, concomitantemente aos valores de confiança e lealdade, fundamentais para o desenvolvimento socioeconômico*”.

A seu turno, Furtado²⁰⁰, interpretando o tipo penal em comento, conclui se pode depreender que estamos diante de um delito de perigo abstrato, em que basta

¹⁹⁶ Esse é o entendimento de Gili Pascual e tantos outros doutrinadores espanhóis, contudo, nos situamos ao lado da corrente que defende se tratar de modelo híbrido, haja vista que a redação do tipo penal espanhol claramente identifica uma infração de deveres na conduta típica. Para a posição oposta, ver GILI PASCUAL, Antoni. *El delito de corrupción en el sector privado*. Madri: Marcial Pons, 2017, p. 69-75.

¹⁹⁷ MORALES PRATS, Fermín; MORÓN LERMA, Esther. *Corrupción entre particulares* (comentario al artículo 286 bis del CP). In: *La Corrupción a Examen*. Pamplona: Aranzadi, 2012, p. 122.

¹⁹⁸ Conforme se interpreta do Preâmbulo da Lei Orgânica 5/10, de 22 de junho, pela qual se modifica a Lei Orgânica 10/95, de 23 de novembro, Código Penal.

¹⁹⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 129.

²⁰⁰ FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. O combate à corrupção no setor privado – O crime de corrupção entre particulares do artigo 286 bis do Código Penal Espanhol. *Boletim IBCCRIM*. n. 221. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011, p. 4.

a intenção de favorecer a si ou a terceiro, perante outros, não sendo necessário que a concorrência seja efetivamente comprometida, ocorrendo a consumação com o acordo fraudulento entre as partes ou até mesmo com a mera proposição, independente de quem tome a iniciativa. Contudo, ao prescindir da ocorrência de resultado lesivo ou da criação de perigo concreto para o bem jurídico protegido, o tipo penal se torna alvo de críticas doutrinárias, mormente sua contrariedade ao princípio da *ultima ratio*, essencial para o Direito Penal.

Dessarte, em linhas gerais, podemos dizer que, a despeito das volumosas críticas à redação do tipo penal aqui estudado, a Espanha vai indo bem no estabelecimento de mecanismos de controle da corrupção. Tais mecanismos traduzem-se não apenas na reformulação legislativa, como também na criação de meios especializados de prevenção, frutos da incorporação de preocupações manifestas em convenções internacionais e do próprio reflexo da evolução político-social espanhola.

3. A PROPOSTA BRASILEIRA: O ARTIGO 167 DO PROJETO DE LEI DO SENADO N° 236/2012

3.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Conforme observamos nos capítulos pregressos, a corrupção em sentido amplo, enraizada na cultura brasileira como prática comum desde sua origem como nação, seguidamente é utilizada pelas corporações como forma de ultrapassar barreiras burocráticas e obter certas vantagens, em especial mirando a maximização de seu lucro, seja junto à Administração Pública, seja no âmbito da livre concorrência privada²⁰¹. Contudo, as legislações brasileiras, até o presente momento, somente direcionaram o enfrentamento da corrupção quando verificada a presença de um funcionário público no esquema criminoso, cenário que, acreditamos, em breve deverá sofrer alterações.

Revisando nossa legislação, percebe-se que desde o período do império, já se previam formas de punição a desvios decorrentes do mau exercício do poder público. Havia a *ação popular*, com vistas à correção de desvios no Poder Judiciário (art.157 da CF/1824), assim como as tomadas de contas dos administradores públicos (art. 15, VI, da CF/1824), ou ainda a atribuição, ao Senado, do conhecimento *da responsabilidade dos Secretários e Conselheiros de Estado* no desempenho de suas atividades (art. 47, II, da CF/1824). Somente o Imperador era imune ao escrutínio da lei, dada a origem “sagrada” de seu poder:

A despeito da inviolabilidade constitucional do Imperador, a legislação penal (Código Penal de 1830) também previa detalhado sistema punitivo das demais autoridades públicas envolvidas em malfeitorias relacionadas ao exercício de seus poderes (art. 129 - *Prevaricação*; art. 130 - *Peita*; art. 133 - *Suborno*; art. 135 - *Concussão*; art. 153 - *Falta da exação no cumprimento dos deveres*; art. 166 - *Irregularidade de conduta*; art. 170 - *Peculato*).

²⁰¹ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92.

Com a proclamação da República, em 1889, acabou - ao menos no plano normativo - a categoria de “intocáveis” pela responsabilidade no trato da coisa pública. Até mesmo o mandatário maior da nação estava submetido a um regime de responsabilização pelo mau uso dos recursos públicos. Destacou-se, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, o predicado da impessoalidade.

Por sua vez, o Código Penal de 1890 (Dec. 847, de 11.10.1890) dedicou os artigos 207 a 238 para proscrever condutas atentatórias *a boa ordem e administração pública*. Em suma, a ação dissociada do bem comum, associada ao interesse individual do agente público, foi considerada como nociva e objeto de interesse criminal.

Já em 1940, quando o atual Código Penal foi editado, restou sistematizado e ampliado o leque das hipóteses de criminalização de atos contrários à boa administração de bens e recursos públicos. Àquela época, o prisma adotado pelo legislador, sob o manto fortemente patrimonialista, estava vinculado tão-somente à tutela do funcionamento administrativo público, ou seja, buscava-se garantir uma efetiva salvaguarda do erário público.

Em 1988, após sombrio período antidemocrático, foi promulgada a vigente Constituição Federal, considerada por muitos inovadora em temas relevantes - como no que tange ao Direito Ambiental, por exemplo - contudo discreta no que diz respeito à renovação dos mecanismos de controle da corrupção. Entretanto, vale assinalar que o texto constitucional prega a promoção do desenvolvimento econômico e social, bem como busca criar modelos de proteção aos pilares que sustentam e viabilizam esse objetivo desenvolvimentista (dentre eles a concorrência livre e leal, a ser tutelada com ferramentas legais de combate à corrupção privada)²⁰². Outrossim, ao se fazer a leitura atenta dos ditames encontrados no artigo 170 da Carta Republicana, facilmente se constata que a prática corruptiva impede,

²⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 771.

inclusive, a implementação dos mandamentos constitucionais da livre concorrência (inciso IV) e da redução das desigualdades sociais e regionais (inciso VII)²⁰³.

Se é verdade que algumas medidas antitrustes foram editadas desde a promulgação da Constituição Federal - como o delito de *insider trading*²⁰⁴, descrito no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76 (inserido pela Lei nº 10.303/01), e as regulamentações contidas nas leis nºs 8.137/96 (dos crimes contra a ordem econômica), 9.279/96 (sobre a propriedade industrial e práticas de concorrência desleal), 12.529/11²⁰⁵ (do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em substituição à Lei nº 8.884/97) e, principalmente, a Lei 12.846/13²⁰⁶ (também chamada de Lei Anticorrupção) -, ao menos até o presente momento essas não se mostram suficientes para coibir eficientemente todas as situações passíveis de resultar em um desequilíbrio concorrencial²⁰⁷, em especial no que tange ao controle da corrupção privada, diferentemente do já legislado em outros países.

Como se pôde observar pela análise de Direito Comparado formulada no capítulo anterior, na atualidade, a grande maioria das nações sequer questiona a

²⁰³ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 93.

²⁰⁴ O uso indevido de informação privilegiada, igualmente conhecido como *insider trading*, é uma prática delitiva extremamente voltada ao mercado de valores mobiliários. Conforme estabelece o artigo 27-D da Lei nº 6.385/76, a atuação consiste em fazer uso de uma informação relevante ainda não divulgada ao público, como forma de obter vantagem indevida, e violando dever de sigilo. Ao mencionar no dispositivo legal a figura da vantagem concorrencial, incontestemente os intrínsecos vínculos com a figura da corrupção privada encontrada na lei penal germânica ou espanhola, estudadas no segundo capítulo.

²⁰⁵ A Lei Federal 12.529/2011 criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, formado, nos termos do seu artigo 3º, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, que são órgãos administrativos aos quais compete apurar, processar e julgar as infrações da ordem econômica.

²⁰⁶ Referida lei, inspirada no norte-americano *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*, e editada sob o empuxo dos movimentos populares que levaram cidadãos às ruas com pautas difusas em junho e julho de 2013, consagra algumas medidas mais incisivas contra a reiteração de práticas de corrupção, como, por exemplo, a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas e de entes despersonalizados, além da pena de extinção da pessoa jurídica. (TAMASAUSKAS, Igor Sant’anna. A Lei Anticorrupção Administrativa. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 11-21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 21.)

²⁰⁷ Importante destacar que o artigo 195 da Lei Federal 9.279/96 prescreve extenso rol de condutas típicas de “concorrência desleal”, todavia, em que pese se possa considerar que os incisos IX e X do dispositivo legal apresentem intersecções claras com o que se entende hodiernamente pelo delito de corrupção entre particulares, apenas pequena parcela do leque de comportamentos abarcados no conteúdo geral do fenômeno ali se evidencia, tornando insuficiente a lei especial no que tange ao seu efetivo combate. Tal circunstância nos parece fortalecer a necessidade de criação de um tipo penal que alargue as hipóteses de punição aos comportamentos corruptos na esfera privada.

utilização do Direito Penal para combater o fenômeno da corrupção privada, dada a importância dos bens jurídicos afetados e o evidente grau de ofensividade de muitas dessas condutas. Já vimos também que as hodiernas formas de corrupção e seus novos sujeitos reclamam a formulação de novas figuras delitivas.

Nessa toada, podemos dizer que o Brasil está atrasado em relação aos países anteriormente investigados, principalmente no que se refere à responsabilização criminal dos entes privados que cometem desvios de corrupção. Acerca disso, importa lembrar que nosso país é signatário dos principais instrumentos internacionais elaborados com o propósito de combater a corrupção²⁰⁸, como, por exemplo, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção²⁰⁹, da Organização dos Estados Americanos (OEA), firmado em 29.03.1996 (e que passou a vigorar aqui após o Decreto 4.410, de 07.10.2002); a Convenção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)²¹⁰ sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmado em 17.12.1997 (e promulgado pelo Decreto 3.678 de 30.11.2000); a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, firmada em 29.09.2003 (passando a vigorar em âmbito nacional a

²⁰⁸ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e Harmonização do Direito Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. n. 89, p. 94-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.

²⁰⁹ A Convenção Interamericana Contra a Corrupção constitui o primeiro documento vinculante supranacional dedicado ao enfrentamento da corrupção, e também o primeiro em que se insta os Estados parte a sancionar o suborno de funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais. Nela, foram definidas medidas preventivas e repressivas, elaborando mecanismos de cooperação supraestatal, bem como instando os Estados parte a tipificar como delitos determinadas condutas. A importância deste documento não se restringe apenas a ter sido o primeiro de caráter supranacional e vinculante, mas também por ter sido confeccionado no seio da Organização dos Estados Americanos, onde estão reunidos uma série de países que tradicionalmente foram destinatários de práticas corruptas levadas a efeito por empresas ocidentais. (BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Madri: lustel, 2012, p. 64-67).

²¹⁰ A OCDE é uma organização pública internacional, formada pela associação de países membros, cuja missão é a promoção de políticas que proporcionem a melhoria das condições econômicas das nações e o bem-estar econômico e social das pessoas. Suas origens remontam à aplicação do Plano Marshall, após a 2ª Guerra Mundial, quando surgiu a Organização para Cooperação Econômica Europeia, que gerava os recursos trazidos por tal plano e coordenava os esforços de reestruturação do Velho Continente. Referida Convenção representa verdadeiro marco no combater à corrupção transnacional, notadamente por seu caráter vinculante acerca da tipificação de delitos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, e ainda, pela criação de um mecanismo de verificação, na qual o Grupo de Trabalho da OCDE em matéria de corrupção acompanha periodicamente como os Estados parte estão implementando as obrigações assumidas. (PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.)

partir do Decreto 5.015, de 12.03.2004); e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, já estudada em capítulo anterior.

Dentre as inovações decorrentes dos compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil, vale destacar, foi instituída no âmbito da Controladoria-Geral da União – CGU, que atua no Poder Executivo federal, a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, cuja atribuição primordial é acompanhar a implementação das convenções e responsabilidades internacionais firmadas pelo país que tenham como objetivo a prevenção e o combate à corrupção²¹¹.

Assim, em face da necessidade de adequar nossa legislação penal às modernas concepções acerca da matéria - ao que tudo indica, ao menos parece ser essa a justificativa - formulou-se, de maneira apressada, no anteprojeto do novo Código Penal, proposta de tipificação penal da conduta de corrupção entre particulares, inserida no artigo 167 do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, Título II, que trata dos Delitos contra o Patrimônio, nos termos seguintes:

"Art. 167. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiro, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições.

Pena - prisão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida."

Ao examinar referido artigo, Prado e Rosseto²¹² salientam que tal iniciativa penal não vem precedida por um amplo debate legislativo, doutrinário e jurisprudencial dedicado a verificar, de um lado, a existência de uma firme convicção social a respeito da legitimidade da intervenção penal nessa seara privada; e, de outro, se tal intervenção está justificada com base em critérios de merecimento e da

²¹¹ PEREIRA NETO, Miguel. A Lei Anticorrupção e a Administração Pública Estrangeira. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 331-357. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, P. 335.

²¹² PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 74.

necessidade de pena. Destacando a precocidade do texto legal, advertem os autores, *verbis*:

“(...) não foram realizados estudos político-criminais de maior envergadura que pudessem orientar o legislador na escolha do modelo mais correto e oportuno de criminalização da corrupção privada, consideradas as características sociais e jurídicas brasileiras; ou ainda, que indicassem a técnica legislativa de construção do tipo penal mais adequada no sentido de apreender as condutas que configurariam ataques intoleráveis, por sua nocividade social, ao pressuposto essencial da convivência social que se busque tutelar mediante a previsão penal”.

Com efeito, da leitura do escasso material publicado a respeito na doutrina pátria, facilmente se vislumbra que a iniciativa legislativa aflorou diversas críticas e colheu raros elogios. Como bem acentuado por Gomes Júnior²¹³, a primeira tentativa de tipificação da corrupção privada em nosso país foi elaborada de maneira açodada e não dispõe da melhor técnica legislativa, razão pela qual pode trazer *“uma infinidade de problemas, capazes de suplantar, com folga, eventuais vantagens da criminalização em apreço”*.

De fato, o tipo penal até agora formulado carece de um aprofundamento doutrinário e legislativo, de modo que o presente estudo se justifica exatamente pela oportunidade verificada de contribuir no debate que há de ser travado até o aprimoramento final da redação do dispositivo²¹⁴.

Independentemente das críticas ou questionamentos de qual a melhor forma de tutelar a corrupção entre particulares, temos diversos modelos internacionais aptos a nos alimentar com exemplos, sendo impreterível estudar e debater a matéria com afinco até se chegar em consenso para a criação da figura na legislação penal brasileira. Afinal, como vimos nos capítulos anteriores, mesmo as nações cuja discussão foi maciça tanto pela doutrina quanto pelo parlamento, tiveram dificuldades no momento de editar o tipo penal.

²¹³ GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. O crime de corrupção privada e o PLS 236/2012. *Boletim IBCCRIM*. n. 260. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014, p. 17.

²¹⁴ Importante destacar que enquanto escrevemos as presentes linhas o Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal ainda tramita naquela Casa Legislativa, sem previsão de pauta para votação no Congresso Nacional, passível, pois, de alterações nas redações dos dispositivos nele inseridos.

3.2. A ESTRUTURA DO TIPO OBJETIVO

3.2.1. BEM JURÍDICO TUTELADO

O fim da norma penal sempre é a proteção de bens jurídicos²¹⁵. Desde um ponto de vista material, necessário delimitar qual o objeto digno de tutela, isto é, dentre os interesses afetados, verificar quais se relevam a ponto de merecer proteção e permitir a aplicação de penalidades²¹⁶. Extraídos da experiência concreta, esses entes constituem uma realidade válida em si mesmo, escapando o seu valor axiológico ao juízo do legislador.

A temática do bem jurídico é extremamente complexa e discutida por diversos doutrinadores. Na concepção de Roxin²¹⁷, poder-se-ia definir bens jurídicos como “*as circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseie nesses objetivos*”. Para Muñoz Conde²¹⁸, bens jurídicos são “*os pressupostos que a pessoa necessita para sua auto realização na vida social*”. A seu turno, Zaffaroni²¹⁹ compreende que o bem jurídico penalmente tutelado “*é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressadas com a tipificação dessas condutas*”. Na doutrina pátria, Assis Toledo²²⁰ aduz que bens jurídicos “*são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas*”, ao passo que Tavares²²¹ assevera se tratar de um “*valor que se incorpora à norma como objeto de referência real e elemento primário da estrutura típica a qual a ação incriminada se refere*”.

²¹⁵ NAVARRO MASSIP, Jorge. El delito de corrupción entre particulares. *La Corrupción a Examen*. Pamplona: Aranzadi, 2012, p. 109.

²¹⁶ BOLEA BARDON, Carolina. El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis. In GRAFFE GONZÁLEZ, Luisiana Valentina (Coord.). *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madri: Dykinson, 2016, p. 102.

²¹⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18.

²¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 48.

²¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 238.

²²⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 16.

²²¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 198.

A despeito das diversas conceituações encontradas na doutrina acerca do que vem a ser o bem jurídico penalmente protegido, entendemos pertinente destacar a lição de Prado²²², em obra profundamente arrazoada sobre o tema, *verbis*:

“O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui o paradigma do legislador penal infraconstitucional. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada. Nessa linha de pensamento, convém evidenciar-se que o bem jurídico não se identifica exatamente com seu substrato: revela algo mais que sua base, visto ser resultado de um juízo positivo de valor sobre algo, que se lhe encarna, e acaba por dar-lhe um conteúdo ímpar de cunho empírico-valorativo. É sempre portador de um sentido, de algo valioso para o ordenamento jurídico, sendo expressão de uma relação empírico-axiológica.”

Como se percebe, a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano. Em se tratando do delito de corrupção entre particulares, temos aqui o ponto nevrálgico a ser debatido - e de maior problemática, como vimos no estudo de Direito Comparado - eis que o bem jurídico tutelado irá atuar como um critério de delimitação do tipo penal e igualmente terá uma função teleológica²²³, constituindo um elemento-chave para determinar se uma conduta pode ou não enquadrar-se na modalidade do artigo 167²²⁴.

²²² PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

²²³ Consoante ensinam Pacelli e Callegari, as principais funções do bem jurídico são: i) a de limitar a intervenção penal, reduzindo o espaço de liberdade da legislação penal na formulação de tipos penais desconectados com a exigência de efetiva ofensividade; ii) de balizar (medir) a aplicação da pena, segundo o grau de lesão (a pena do crime tentado, por exemplo, deve ser sempre diminuída, em relação ao consumado); iii) servir como referencial interpretativo, no sentido de situar o intérprete no exame de cada tipo penal, de maneira a determinar o respectivo alcance. (PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 30.)

²²⁴ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, Candela. *Delito de Corrupción entre Particulares*. Madri: Fe D'erratas, 2013, p. 21.

Muito embora tenhamos delineado, nos capítulos pregressos, o conteúdo daquilo que se pretende ter por defensável na maioria dos instrumentos internacionais que referem a necessidade de criminalização dos delitos de corrupção privada - a lealdade na concorrência - da simples leitura do tipo penal previsto no artigo 167 do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, se observa não ter sido este o objeto de guarida formulado pelo dispositivo. Inclusive, conforme consta do referido Projeto, a corrupção entre particulares foi inserida dentro do Título II, que trata dos Delitos contra o Patrimônio, o que, *de per se*, já caracterizaria o intento legislativo de tutela patrimonial, ainda mais se considerarmos que há previsão de outro Título, no mesmo (Novo) Código Penal, para os “crimes de concorrência desleal”.

A opção do legislador pátrio pelo modelo patrimonial de certa forma contradiz o argumento trazido na própria proposta, que justificava a introdução da corrupção privada no ordenamento jurídico-penal brasileiro para atender a obrigação de "*dar cumprimento à tratados e convenções internacionais*". Como vimos nos capítulos antecedentes, o movimento que impulsionou a criação de documentos jurídicos por entidades supranacionais e internacionais, com o escopo de harmonizar as normas de Direito Penal acerca da matéria, tem privilegiado a óptica que consagra a concorrência leal como bem jurídico a ser resguardado. Assim, nos parece que a melhor opção legislativa na seara nacional seria eleger o bem jurídico tutelado de acordo com os comandos emanados pela política criminal internacional de combate à corrupção, qual seja, a proteção de uma concorrência livre e leal²²⁵. Em que pese os argumentos em sentido contrário - os quais merecem todo nosso respeito - entendemos que a corrupção privada deve ser encarada como uma grave patologia capaz de abalar o regular desenvolvimento dos mercados. Diversamente dos delitos de corrupção tradicional (pública), onde o bem jurídico protegido é mais amplo, a tipificação penal da corrupção entre particulares visa salvaguardar uma competitividade justa e honesta, de forma a valorizar as empresas que não participam de práticas desleais e corruptas²²⁶.

²²⁵ À guisa de exemplo, Bacigalupo, ao interpretar o artigo 286 *bis* do Código Penal espanhol, menciona que as condutas de suborno para obtenção de benefícios no tráfico mercantil é uma prática desleal e que afeta a concorrência em qualquer parte do mundo, sendo esta a principal razão da inclusão da corrupção entre particulares nos textos internacionais. (BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 155.)

²²⁶ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, Candela. *Delito de Corrupción entre Particulares*. Madri: Fe D'erratas, 2013, p. 22.

Mas o que é a livre concorrência? Embora não haja um consenso doutrinal a respeito desse princípio basilar da ordem econômica consagrado na democrática Constituição Federal de 1988, iniciamos pela lição de Prado e Rosseto²²⁷, quando assinalam que se entende por livre concorrência a “*situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos*”.

Cumprido referir, a doutrina especializada já não mais questiona que a livre e regular concorrência é um manifesto valor pressuposto do bom funcionamento do mercado. Tal importância fica ainda mais evidente quando se aprofunda o exame das principais lições dos estudiosos da temática da corrupção privada, uma vez que é crescente o número de defensores do modelo que privilegia o bem jurídico da lealdade concorrencial, como se observa das obras de Gili Pascual²²⁸, Estevez Sánchez de Rojas²²⁹, Bacigalupo²³⁰, Encinar Del Pozo²³¹, Tiedemann²³², dentre tantos outros não menos gabaritados que poderiam ser aqui citados.

Fundamental destacar, a corroborar o entendimento majoritário da política internacional de combate à corrupção privada, que países como Alemanha, Suíça, República Tcheca, Áustria e Espanha igualmente se importaram em tipificar o delito segundo o modelo político-criminal direcionado à salvaguarda da higidez dos mercados competitivos. Cediço que cada país enfrenta uma realidade distinta, todavia este demonstrativo assinala um rumo já perseguido na esfera internacional, logo, apto a servir com exemplos para municiar o tipo penal a ser editado em nosso país.

²²⁷ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 69.

²²⁸ GILI PASCUAL, Antoni. *El delito de corrupción en el sector privado*. Madri: Marcial Pons, 2017.

²²⁹ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, Candela. *Delito de Corrupción entre Particulares*. Madri: Fe D'erratas, 2013.

²³⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

²³¹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

²³² TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010.

Na realidade brasileira a necessidade de valorização da livre e leal concorrência tem sido objeto de estudo e reconhecimento. Tanto é assim que nominado fator é um dos princípios norteadores da ordem econômica nacional, conforme preconizado no inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal, como já referimos. Nesse aspecto, vale recordar que o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal²³³.

A menção expressa significa adesão dos preceitos constitucionais à importância da economia, da qual é típica a competição, importando, ainda, a igualdade dos processos concorrenciais, com a exclusão das práticas que privilegiem uns em detrimento de outros, salvo nas hipóteses de interesse público²³⁴. Disso decorre que nossa sistemática constitucional almeja a vedação de condutas atentatórias à livre e leal concorrência, corroborando no sentido de que sejam tomadas medidas em defesa do bem jurídico em questão, na esteira dos comandos internacionais.²³⁵

Ademais, prosseguindo no texto constitucional, no artigo 173, § 4º, da Carta Magna, se observa a imposição de que sejam criados diplomas legais com o escopo de *“reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”*, circunstâncias que, via de regra, permeiam a corrupção privada. Legitima-se, portanto, a livre concorrência como bem jurídico penal, de forma a assegurar os pressupostos de funcionamento da ordem econômica previstos na Lei Maior²³⁶.

²³³ PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e constituição. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 92.

²³⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias de. *Ordem Econômica e Direito Penal Antitruste*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 103.

²³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 773.

²³⁶ Nessa linha já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o AC 1.675/MC, Relator Ministro Cezar Peluso, ao afirmar: *“(...) é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas as regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos. Dois são os objetivos destas regras mínimas, (...) que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficiência e não de sua ‘esperteza negocial’ – isto é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrentes sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados do mercado.”*

Nessa lição, vale dizer, a Carta Fundamental de 1988, ao tempo em que engendrou opção pelo sistema capitalista, também o elegeu como um meio de construção do Estado Social de Direito, a partir de um modelo de busca do bem-estar, devendo a atividade econômica estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Parece-nos evidente, os comportamentos corruptos privados, na medida em que condicionam a aquisição de bens e a prestação de serviços à percepção de benefícios indevidos, mais do que eventualmente ocasionar dano patrimonial ao empresário ou à instituição privada, distorcem as condições competitivas do mercado, impactando a livre concorrência. Os reflexos negativos são perceptíveis tanto na qualidade de mercadorias e serviços disponibilizados no mercado, quanto na livre formação de preços, interferindo indevidamente no regime de relativa igualdade que deve nortear as disputas empresariais²³⁷.

Fator presente na estrutura econômica hoje adotada pela maioria dos países capitalistas, na linha do preconizado pelo pensamento clássico do liberalismo²³⁸, a livre concorrência é um dos pilares fundamentais para a manutenção do mercado, do crescimento e, conseqüentemente, do desenvolvimento econômico²³⁹. E mais, essa livre concorrência só pode ser percebida em toda sua profundidade e dimensão se partirmos do pressuposto de que a liberdade do agir em concorrência se faz segundo as regras do jogo. Do contrário, poder-se-ia concluir que as relações comerciais deixariam de se basear em qualidade e preço dos produtos e serviços, passando a valorar a quantia do benefício injustificado ou da comissão indevida, o que, em última análise, prejudicaria os consumidores, posto que teriam acesso a um produto de pior

²³⁷ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 76.

²³⁸ No modelo clássico, a concorrência empresarial era uma característica natural do mercado, ocorrendo sem qualquer intervenção do Estado, seguindo a máxima do *laissez-faire*. (RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 99.)

²³⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 99.

qualidade e mais caro que outros²⁴⁰. Já se fala, inclusive, de um específico Direito da Concorrência, como um braço do Direito Penal Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade²⁴¹.

Elucidativa, nesse norte, a lição de Encinar Del Pozo²⁴², quando assevera que a concorrência em sentido econômico pode ser compreendida como “o esforço humano para melhorar as condições de oferta e/ou demanda de bens e serviços, disputando-se uma mesma clientela e/ou provedores com outros competidores”. Tal esforço, ressalta, merece guarida jurídica, na medida que essa proteção cumpre uma dupla função: a primeira, político-econômica, incentivando a qualidade da produção e o preço; a segunda, político-social, protegendo os consumidores e terceiros competidores e assim impedindo uma excessiva concentração do poder econômico. Justifica-se, pois, proteger penalmente a livre concorrência - ainda que possa soar paradoxo que a liberdade concorrencial seja tutelada precisamente através de restrições a ela mesma - como forma de garantir as suas funções econômica (qualidade e preço), e político social (possibilidade de acesso de outros competidores, possibilidade de eleição do melhor produto/serviço pelos consumidores).

Pertinente, também, o apontamento de Gontijo²⁴³, de que a adoção de um modelo de punição da corrupção entre particulares direcionado à tutela da concorrência permitiria, em tese, proteger tal bem jurídico em suas perspectivas microeconômica e macroeconômica²⁴⁴, *verbo ad verbum*:

²⁴⁰ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, Candela. *Delito de Corrupción entre Particulares*. Madri: Fe D'erratas, 2013, p. 22.

²⁴¹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao direito de concorrência. In PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1018.

²⁴² ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 274.

²⁴³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 150.

²⁴⁴ Andrei Zenkner Schmidt: explica que “a microeconomia examina principalmente a forma como indivíduos e empresas tomam suas decisões, assim como as consequências dessas decisões”, enquanto “a macroeconomia tem um objeto mais amplo: a forma como o comportamento conjunto das ações de todos os indivíduos e empresas interagem para produzir um nível específico de comportamento da economia como um todo”. Ambas estão intimamente ligadas, “como as mudanças

“Em perspectiva microeconômica, a incriminação da corrupção no setor privado asseguraria os interesses dos concorrentes e também dos consumidores. Por outro lado, sob o viés macroeconômico, comumente aventado por aqueles que defendem seja a corrupção privada direcionada à tutela da concorrência, esta deveria ser considerada um bem final: relevante não seria a proteção de interesses de sujeitos determinados - via de regra, concorrentes e consumidores -, mas o interesse geral na manutenção das condições normais de funcionamento dos mercados competitivos, fundamental para sua eficiência e, por ricochete, para o desenvolvimento socioeconômico. (...) Qualquer que seja a perspectiva contemplada, fato é que a necessidade de salvaguarda da higidez do funcionamento dos mercados competitivos já não é discutida em qualquer parte do mundo.”

Entretanto, ao contrário do propagado pelo liberalismo econômico tradicional, a concorrência atual não pode acontecer sem qualquer tipo de regulação, pois resultaria em um desequilíbrio do próprio sistema econômico²⁴⁵. É impositiva seja balizada por parâmetros normativos mínimos²⁴⁶. Daí que o Estado precisa agir para coibir práticas ilícitas, preservando a ordem econômica e o mercado, mantendo o equilíbrio da concorrência na medida do possível, sem intervir diretamente nas atividades econômicas privadas. Como se vê, não estamos falando de uma concorrência perfeita, pura, utópica, que jamais existiria de forma generalizada no mundo real, mas sim de um conceito relativizado, imperfeito, praticável, porém não menos respeitável. Desde esta perspectiva, a concorrência pode ser definida como aquela estrutura econômica que, embora não cumpra as condições do mercado de forma perfeita, alcança resultados comparáveis a tanto desde o ponto de vista da eficiência²⁴⁷.

na economia resultam das decisões de milhões de pessoas, é impossível entender os desdobramentos macroeconômicos sem considerar as decisões microeconômicas a eles associadas.” Embora ligados, os dois campos são distintos, tratam de questões diferentes e contam, cada qual, com instrumental teórico próprio. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 46)

²⁴⁵ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 99.

²⁴⁶ Sobre o ponto, Spina leciona que, inobstante o Estado não deva substituir a iniciativa privada, é sua tarefa atuar na economia, controlando-a e corrigindo seus excessos. (SPINA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Um inventario di perplessità politico-criminali. *Rivista Trimestrale di Diritto Penal dell'Economia*. Milano: Argumenti, 2007, p. 823.)

²⁴⁷ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 275.

Nesse sentido, Gili Pascual²⁴⁸, em profunda análise da concorrência como valor jurídico relevante, destaca que não se deve almejar uma regulação que torne a concorrência perfeita, pois se trata de um ideal inalcançável - ao qual o Direito não se presta, e nem deveria assim pretender. No entanto, esta observação não significa que se deva questionar a solidez do valor concorrência como elemento a ser protegido juridicamente, posto que é um dos pressupostos elementares do progresso socioeconômico²⁴⁹.

Exsurge, nesse debate, questões pertinentes acerca do alcance do objeto material do tipo e seu âmbito de proteção. Alguns autores entendem que o bem jurídico concorrência deve ser compreendido desde uma perspectiva geral ou coletiva, de tutela do mercado em seu conjunto. Sob esse viés, se protegeria a concorrência justa e leal como elemento para que os ofertantes e demandantes possam se encontrar no mercado de modo livre, isso é, não condicionados por comportamentos corruptos. De outro lado, numa perspectiva mais restritiva, aparecem doutrinadores que centraram a proteção da concorrência como mecanismo de tutela de determinados interesses presentes no mercado, que podem ser diversos. Como exemplos, podemos citar a expectativa e a confiança dos concorrentes em competir sob bases e regras previamente conhecidas e respeitadas por todos, um pressuposto concorrencial teoricamente igualitário porém nem sempre observado²⁵⁰.

Nesse aspecto, de grande valia as contribuições extraídas da doutrina e jurisprudência alemãs, onde é majoritário o entendimento de que a intenção do legislador ao disciplinar a corrupção entre particulares no Código Penal (§ 299 StGB) foi proteger, antes de tudo, um *interesse geral na livre concorrência*, ou seja, a

²⁴⁸ GILI PASCUAL, Antoni. *El delito de corrupción en el sector privado*. Madri: Marcial Pons, 2017, p.71.

²⁴⁹ A política de defesa da concorrência apresenta interfaces com outras políticas governamentais, cujas consequências econômicas afetam os mercados nacionais. Assim, faz-se necessário que a formulação e a implementação das demais políticas públicas levem em conta os princípios competitivos, de modo a evitar distorções no mercado e preservar a consistência do conjunto de decisões governamentais. É nesse sentido que a política antitruste deve ser vista como o quarto pilar da política econômica governamental, juntamente com as políticas monetária, fiscal e comercial. (OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias de. Os fundamentos da tutela penal antitruste. In PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 860.)

²⁵⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 262.

legitimidade da tutela da concorrência é deduzida das funções econômicas e político-sociais a ela inerentes, concebida como um meio para garantir a liberdade, o bem-estar e a justiça em uma sociedade capitalista²⁵¹.

Acerca do aduzido *interesse geral*, identificado e debatido exaustivamente na doutrina tedesca, interessante nos parecem as reflexões de Reale Júnior²⁵², em artigo específico sobre a temática da concorrência desleal e o interesse difuso no ordenamento jurídico pátrio, *verbis*:

“O progresso tecnológico, por requerer investimento de vulto, propicia a concentração de capital, e o mundo econômico está sujeito às grandes empresas multinacionais, que visam a dominar o mercado. Cartéis, consórcios e coligações tornam o consumidor mero objeto dos interesses empresariais. A rivalidade comercial, mormente diante da publicidade avassaladora graças aos meios de comunicação, tem transformado o consumidor no ser que compra ao sabor das manipulações da ‘mídia’. É impossível não reconhecer que a defesa do interesse geral se põe como obrigatória em matéria de concorrência, em uma ordem econômica que se caracteriza por uma luta desigual, em que a grande empresa, a concentração e o oligopólio predominam.”

Efetivamente, não é tarefa árdua compreender que muitas vezes os melhores competidores são alijados do mercado justamente por não se curvarem aos métodos corruptos adotados por outros, o que, ao fim e ao cabo, ocasiona graves distorções econômicas, como a diminuição dos índices gerais de competitividade (e consequente redução de investimentos)²⁵³. Percebe-se, pois, que a livre concorrência exsurge como um valor a ser devidamente tutelado e respeitado, de modo que a atividade econômica baseada na livre iniciativa obedeça rigorosamente as leis do mercado, tendo por limites o estabelecido em nossa Carta Maior e nas demais normas jurídicas, impedindo-se, assim, que a liberdade concorrencial se transforme em deslealdade, falta de correção, em abuso do poder econômico²⁵⁴.

²⁵¹ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 154.

²⁵² REALE JÚNIOR, Miguel. Concorrência desleal e interesse difuso no direito brasileiro. In PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1075.

²⁵³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 153.

²⁵⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. Desvio de clientela e violação de segredo. In PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1083.

A somar, nesse contexto, a posição de Rios e Vieira²⁵⁵, a demonstrar que o resultado obtido com o enfrentamento da corrupção privada não fica restrito à manutenção da concorrência leal e livre, mas ao próprio benefício do desenvolvimento econômico de um país. Não se pode olvidar que o Brasil enfrenta severa crise econômica - para alguns, a pior de toda sua longa história - sendo a corrupção repetidamente apontada como uma das vertentes causadoras de diversos fatores prejudiciais ao crescimento da economia de nossa nação (como a perda de confiabilidade das instituições e dos investidores), logo, desassociar o enfrentamento dessa prática ilegal ao melhoramento do desenvolvimento econômico soa, no mínimo, ilógico. Nessa toada, urge observarmos com a devida atenção os modelos internacionais que nos alimentam com bons exemplos, conforme concluem os referidos autores:

“Ora, na linha proposta pelo ordenamento germânico e atualmente propagado pela União Europeia, incontestemente afirmar que os atos os quais visam corromper agentes econômicos no campo privado irão gerar, direta ou indiretamente, um desequilíbrio na hora de concorrer com demais empresas, ainda mais quando obtidas informações privilegiadas ou conturbando o funcionamento interno através da cooptação de algum funcionário.”

Salutar esclarecer, todavia, que mesmo dentre os doutrinadores que entendem pela legitimidade da livre concorrência como bem jurídico a ser protegido pelo delito de corrupção privada, existem correntes que se manifestam no sentido de que somente os comportamentos suficientemente graves - a ponto de se verificar efetiva lesão concorrencial - é que devem ser objeto de guarida do Direito Penal, deixando-se de lado as condutas menores ou inofensivas. Nesse aspecto, a principal dificuldade a ser destacada diz respeito à valoração do *conteúdo mínimo* de lesividade a ser perquirido, ou seja, como delimitar quais os comportamentos que são efetivamente relevantes. Desde esta perspectiva, ainda que consagrada a concorrência como valor material a ser tutelado, tal não se aceita em qualquer grau ou medida, devendo ser criminalizadas apenas as condutas em que se aprecie uma perturbação grave do funcionamento do livre mercado concorrencial. Assim se

²⁵⁵ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 101.

manifesta Encinar Del Pozo²⁵⁶, ao propor uma interpretação judicial sistemática, autêntica e restritiva do preceito incriminador, de sorte que sua aplicação se submeta a constatação de uma lesão séria às regras concorrenciais, sendo exigível se demonstrar a repercussão que se produz no funcionamento das mesmas.

Oportuno, nesse norte, os apontamentos de Gontijo²⁵⁷, quando elabora aprofundada crítica ao modelo de corrupção privada lastreado na tutela concorrencial, elencando diversos fundamentos pelos quais o Direito Penal não deveria incidir em situações fáticas com o escopo de assegurar a observância de preceitos de índole moral. Considerando impossível determinar com precisão qual é o limite entre comportamentos desleais e leais, entende que dificilmente os atos de corrupção privada têm potencialidade para afetar a concorrência em grau tal que justifique a incidência de preceitos incriminadores, podendo isso gerar diversos irrelevantes penais. Pertinente destacar suas conclusões, *verbis*:

“Destarte, ou são criados tipos penais voltados ao sancionamento do fenômeno da corrupção no setor privado, assentado sobre conflitos que surgem no cerne da relação principal-agente, ou se direciona a política-criminal à proteção da higidez dos mercados competitivos, mediante a proibição de condutas – corruptas ou não – aptas a colocar o mencionado bem jurídico em situação de perigo. Afinal, os pactos sceleris privados atentatórios à lealdade concorrencial não podem ser confundidos, conceitualmente, com fenômeno classificado como corrupção, em razão do que não é admissível que esse bem jurídico seja alçado ao foco de tutela das figuras típicas do delito estudado. Necessário destacar, outrossim, que, em razão da grande dimensão das negociações econômicas hodiernas, é pouco crível que a concorrência possa ser lesionada, ou mesmo colocada em situação de perigo concreto, em decorrência da celebração de pactos sceleris autônomos, a menos que surjam situações sui generis, nas quais os acordos delitivos assumam gigantescas proporções, com a geração de prejuízos difundidos no mercado e suportados por vários de seus agentes. E, nesse contexto, não seria razoável a criação de tipos penais destinados à punição de improváveis situações de violação concreta da concorrência, que teriam aplicabilidade quase inexistente, principalmente, porque a maioria dos acordos ilícitos celebrados por agentes do setor privado, longe de distorcer os seus normais padrões de funcionamento, acontece no âmbito de pequenas negociações, das quais não há chances de que deflua alteração, mínima que seja, na concorrência.”

²⁵⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 261.

²⁵⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 179.

Em similar rumo despontam os argumentos de Rizzo²⁵⁸, defensora do modelo patrimonial apresentado no artigo 167 do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, e crítica dos mandamentos internacionais que direcionam a salvaguarda da livre concorrência e da competitividade, quando aduz que *“quem ganha vantagem indevida ao negociar em nome da empresa, tira do patrimônio da empresa; se afeta a livre concorrência, não se”*. Em artigo onde comenta a evolução legislativa da corrupção no setor privado em diversos países europeus, a doutrinadora afirma, ainda, que a comunidade jurídica internacional, ao eleger a livre concorrência como objeto de tutela, objetiva uma maior facilidade punitiva, pois cria um delito de perigo abstrato para proteger um bem jurídico supraindividual.

A seu turno, Bacigalupo²⁵⁹, propõe diversa porém não menos interessante reflexão, ao observar o delicado equilíbrio que se busca tutelar com a norma penal da corrupção entre particulares no Código Penal espanhol, quando aduz *“a introdução de um tipo penal que protege claramente a livre e leal concorrência abre a questão se, por acaso, não haveriam outras ações contra a concorrência que mereceriam ser igualmente consideradas feitos puníveis pelo Direito Penal”*.

Por fim, outra questão que exsurge nesse debate, ainda que de forma incipiente, é se os consumidores - como partes que são no mercado e pela evidente importância que possuem no processo competitivo e na tomada de decisões das empresas -, também poderiam ser apontados como objeto de tutela da norma penal. Para Gili Pascual²⁶⁰, ainda que se possam auferir benefícios aos consumidores em razão da melhora na livre concorrência, isso não permite afirmar estejam eles no âmbito de proteção do tipo. No intuito de justificar tal posição, além de salientar uma questão formal, qual seja, a de que a norma espanhola não restou incluída dentre os delitos contra as relações de consumo, aduz que o interesse na existência de preços adequados é um objetivo que se deve conseguir através de auto regulação do mercado, e não por meio do Direito Penal.

²⁵⁸ RIZZO, Beatriz. Corrupção entre particulares: só agora? E por que agora? *Boletim IBCCRIM*. n. 238. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012, p. 12.

²⁵⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 157.

²⁶⁰ GILI PASCUAL, Antoni. *El delito de corrupción en el sector privado*. Madri: Marcial Pons, 2017, p. 88.

3.2.2. SUJEITOS DO DELITO

A corrupção entre particulares normalmente é uma infração bilateral que exige a cooperação entre duas pessoas: uma que realiza o oferecimento da vantagem indevida e outra que recebe a dádiva em troca de uma ação (ou omissão) dentro do quadro de uma estrutura empresarial²⁶¹. Trata-se, pois, de tipo plurissubjetivo, porquanto se exige a presença tanto do corrupto quanto do corruptor.

Na esteira dos tradicionais delitos de corrupção passiva (artigo 317, do Código Penal) e corrupção ativa (artigo 333, do Código Penal), que envolvem agentes estatais, habitualmente se distingue a conduta de quem pretende corromper o funcionário público (ou atender as suas solicitações) e a conduta do funcionário público que aceita ou solicita a propina. É uma classificação atendendo ao sujeito que realiza a ação: se é o particular quem tenta corromper (ou aceita as solicitações do funcionário) estamos diante de um caso típico de corrupção ativa; do contrário, se é o funcionário quem aceita (ou exige) o suborno, estamos diante da corrupção passiva. Entretanto, na realidade, em ambos os casos se preveem tanto condutas ativas, de corromper, quanto passivas, de se deixar corromper. Em que pese tal similitude, existe certo consenso em denominar corrupção ativa aquele delito em que o sujeito ativo é um particular (realiza condutas ativas ou passivas) e corrupção passiva quando o sujeito ativo do delito é uma autoridade ou agente público (realiza condutas ativas ou passivas)²⁶².

Evidentemente, a distinção particular/funcionário público não pode ser transposta ao delito de corrupção entre particulares, já que os sujeitos intervenientes são ambos particulares e nenhum deles é funcionário público. Mas, para efeitos sistemáticos, é preciso que o citado delito também permita distinguir duas modalidades de corrupção: ativa e passiva. Assim, o critério de distinção que nos parece mais acertado é o que propõe diferenciar entre a pessoa que é estranha ao ente empresarial e aquela outra que está integrada ao mesmo, prevalecendo, após, a mesma lógica dos delitos que envolvem agentes públicos.

²⁶¹ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, Candela. *Delito de Corrupción entre Particulares*. Madrid: Fe D'erratas, 2013, p. 27.

²⁶² ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 280.

A despeito do nosso entendimento acerca da irreflexiva opção legislativa pela tutela do bem jurídico patrimonial - desconsiderando aquele que ao nosso olhar seria o mais adequado, a livre concorrência - cumpre-nos, por pragmatismo, analisar a proposta do texto legal atualmente em trâmite no Congresso nacional.

Consoante se depreende da sua redação, o artigo 167 do Projeto de Reforma do Código Penal Brasileiro incrimina o acordo entre dois particulares, de um lado o representante da sociedade empresária ou instituição privada (corrupto) e de outro o particular alheio a elas (corruptor), cujo objeto consiste em prestações reciprocamente consideradas. De um lado, o corruptor *oferece, promete, entrega* ou *paga* uma vantagem indevida a fim de que o corrupto *realize* ou *se omita a realizar* ato inerente às suas atribuições, visando a percepção do benefício indevido. Entretanto, Prado e Rosseto²⁶³ ponderam que “*a despeito de participarem de um mesmo fato delitivo, cada um dos sujeitos responde por um crime distinto, tratando-se de uma exceção à teoria monística da ação prevista no artigo 29, do Código Penal*”. Desse modo, o corrupto responde pelo delito de corrupção privada passiva (art. 167, *caput*), enquanto o corruptor responde pelo delito de corrupção privada ativa (art. 167, parágrafo único).

Nesse diapasão, são sancionadas todas as possíveis formas e modalidades do mencionado ajuste e, para efeitos de pena, é irrelevante que a iniciativa para sua concretização tenha partido do corrupto ou do corruptor. Tampouco é necessário que o ato ou omissão objeto do *pactos sceleris* esteja perfeitamente individualizado no momento da realização do ajuste corrupto, bastando que seja possível inferir com clareza que a vantagem indevida consiste em uma forma de contraprestação pela realização ou omissão de uma determinada classe de ato inerente às atribuições do representante da sociedade empresária ou instituição privada²⁶⁴.

²⁶³ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 78.

²⁶⁴ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 78.

Ao discorrer sobre os sujeitos do delito, Gontijo²⁶⁵ ressalta que, na corrupção privada passiva, “os pactos sceleris entre particulares pressupõem a existência de agente que ocupe singular posição jurídica, havendo-se de admitir que o delito em questão é especial: o círculo de possíveis sujeitos ativos é restrito a determinado grupo de pessoas”. Conforme frisamos no capítulo inicial, enquanto na corrupção pública se fala em *abuso do cargo público*, na corrupção privada estamos tratando de *abuso de uma posição de confiança*.

Depreende-se, de acordo com a redação original do artigo proposto, o *sujeito ativo*²⁶⁶ do crime de corrupção privada passiva seria o *representante de empresa ou instituição privada*. Logo, indispensável que o agente possua poderes formais de representação da pessoa jurídica em benefício da qual deveria atuar, para que possa figurar como autor do delito²⁶⁷. Válido mencionar, contudo, em virtude das críticas que alvejaram o Projeto, já foi emitido parecer pela Comissão Temporária de Estudos da Reforma do Código Penal, para realizar alterações no texto inicial, passando a constar também a figura do *empregado* como sujeito ativo do delito²⁶⁸.

De qualquer sorte, consoante referido acima, cuida-se de delito especial próprio, na medida em que o tipo penal restringe a autoria delitiva àquelas pessoas que reúnem determinados requisitos ou qualidades pessoais, e cuja conduta consista em uma infração de dever jurídico específico, *in casu*, a lealdade para com o empresário ou instituição privada e a salvaguarda do patrimônio social respectivo²⁶⁹.

Vale anotar, uma vez mais, os apontamentos de Prado e Rosseto²⁷⁰:

²⁶⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 188.

²⁶⁶ Sujeito ativo de um crime, conforme explica Bitencourt, é a pessoa que pratica a conduta descrita pelo tipo penal. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 286.)

²⁶⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 189.

²⁶⁸ FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. *Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico*. *Revista Liberdades*. n. 15, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014, p. 170.

²⁶⁹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 289.

²⁷⁰ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 79.

“Para delimitar o círculo de sujeitos ativos faz-se necessário, em primeiro lugar, identificar na legislação laboral, mercantil ou empresarial os indivíduos obrigados à observância dos deveres de lealdade e de salvaguarda patrimonial e, em um segundo momento, determinar aqueles a quem lei atribui poderes decisórios capazes de vincular juridicamente a pessoa jurídica. Consideradas essas premissas, regra geral, são autores do delito: os sócios com poder de administração, diretores, gerentes, membros do conselho de administração ou qualquer outro indivíduo que, tendo poder de decisão, atue como representante da pessoa jurídica. De acordo com a redação contida no Projeto, a conduta pode ser praticada direta ou indiretamente pelo representante do empresário ou instituição privada. Com tal previsão, o legislador fez referência expressa à possibilidade de autoria imediata única, coautoria imediata e autoria/coautoria mediata no delito de corrupção privada passiva.”

A amplitude esboçada no preceito parece querer incluir qualquer agente com poderes de representação do ente moral, o que suscita o problema de equiparação dos efeitos punitivos de pessoas que ocupam postos distintos e em situações diferentes de poder dentro da empresa, de acordo com os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Se castigam a todos com as mesmas penas, muito embora a relevância de suas funções não seja exatamente idêntica: um empregado não tem as mesmas atribuições de um diretor, assim como este atua de forma diversa de um administrador, por exemplo²⁷¹.

A seu turno, o *sujeito passivo*²⁷² do delito de corrupção privada passiva, é a *empresa*, ou a *instituição privada* ao qual se vincula o sujeito ativo, e em cujo patrimônio se evidenciará o dano. Com efeito, resta cristalino do texto apresentado o viés eminentemente patrimonial, sendo assim quem suporta os prejuízos da prática delitativa é a pessoa jurídica. Segundo Prado e Rosseto²⁷³, a opção legislativa enviada para debate no Congresso não possui aprimoramento técnico, de modo que sua redação causa certa perplexidade:

²⁷¹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 290.

²⁷² Sujeito passivo de um delito, conforme leciona Nucci, é o titular do bem jurídico protegido pelo tipo penal incriminador, que foi violado. Divide-se em: a) sujeito passivo formal, que é o titular do interesse jurídico de punir (sempre o Estado) e b) sujeito passivo material, que é o titular do bem jurídico diretamente lesado pela conduta do agente. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 13ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 55.)

²⁷³ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitativa entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 80.

“Em termos técnicos, empresa é definida como a atividade econômica de produção e circulação de bens e serviços explorada pelo empresário, sendo este pessoa física (empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada), mediante a articulação dos fatores de produção (mão de obra, capital, insumo e tecnologia). Trata-se, portanto, de um conceito abstrato que se refere ao objeto de direito (atividade), e não ao sujeito de direito (empresário) e que, como tal, não pode ser titular de direitos ou interesses imprescindíveis à existência humana e coexistência social passíveis de ataque pelo sujeito ativo. Ao que tudo indica o legislador vale-se do sentido leigo atribuído ao vocábulo. Ocorre que a linguagem usual lhe confere dois significados bastante distintos, quais sejam: o de sociedade empresária ou estabelecimento empresarial. Dependendo de qual deles é privilegiado pelo legislador, o rol de sujeitos ativos e passivos da corrupção privada passiva resta mais ou menos abrangente. Isso porque, se o legislador pretende conferir à palavra empresa o sentido de sociedade empresária, o que parece ser o mais lógico (é o sentido aqui adotado), está excluído do âmbito da figura delitiva o empresário individual, justamente porque não constitui uma forma de sociedade. Por outro lado, se por empresa entende-se estabelecimento empresarial, o empresário individual integra o rol dos sujeitos passivos do delito, uma vez que tal forma empresarial de exploração de atividade econômica pode ser titular de, no mínimo, um estabelecimento comercial.”

Conforme se pode observar, a técnica empregada na redação do tipo penal não foi suficientemente clara e precisa, fazendo com que a conformação do rol de sujeitos ativos e passivos do delito dependa de uma interpretação casuística do intérprete, gerando, assim, insegurança jurídica²⁷⁴.

Já a expressão *instituição privada* se mostra extremamente ampla, englobando todas as demais pessoas jurídicas de direito privado previstas no ordenamento jurídico pátrio (art. 44, do Código Civil) ou seja: as associações, as fundações, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades simples, as organizações religiosas e os partidos políticos²⁷⁵. Para a exata compreensão, diante de um caso concreto, se faz necessário ao exegeta observar e interpretar as legislações extrapenais que disciplinam a matéria.

²⁷⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 190.

²⁷⁵ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 83.

De outra banda, ao analisar o delito de corrupção privada ativa percebe-se que o *sujeito ativo* pode ser *qualquer pessoa*, portanto, trata-se de delito comum, praticável por qualquer pessoa natural, independente de predicados subjetivos especiais. No ponto, percucientes as observações de Gontijo²⁷⁶:

“Com efeito, na descrição dos comportamentos criminosos é indiferente a condição pessoal do agente que oferece, promete ou entrega vantagem indevida a agente da esfera privada, com a finalidade de que este descumpra as suas obrigações funcionais. O autor do tipo delitivo pode atuar com o específico propósito de assegurar a obtenção de benefícios para outrem, que apenas poderá sofrer responsabilização criminal nas hipóteses em que for coautor ou partícipe das condutas proibidas praticadas pelo primeiro. Contrario sensu, não poderão ser sancionados terceiros estranhos e inscientes do crime, que dele não tenham tomado parte, ainda que, em resultado da celebração de pactos sceleris privado, auferam vantagem indevida. Apesar de suficiente para a consumação do crime em questão que apenas uma pessoa pratique os comportamentos proscritos no dispositivo acima apontado, é possível - e na vida empresarial recorrente - a atuação concertada de agentes. Verificada essa hipótese, devem ser aplicados os preceitos ordinários da parte geral do diploma repressivo nacional, com a imposição de sancionamento a cada envolvido na prática ilícita, observada a medida de sua culpabilidade”.

Já o *sujeito passivo* é a *empresa* ou a *instituição privada* em que se encontra vinculado o sujeito que se pretenda corromper por meio da vantagem indevida. Dessa forma, tal como se dá na corrupção privada passiva, são sujeitos passivos desta modalidade também as sociedades, comuns ou empresária, as associações, as fundações, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades simples, as organizações religiosas e os partidos políticos²⁷⁷. Vale referir, acaso a opção legislativa acerca do bem jurídico não fosse patrimonial, mas sim concorrencial, tanto na modalidade da corrupção privada ativa quanto na passiva, teríamos, como *sujeito passivo* do delito, toda a comunidade (ou os concorrentes daquele mercado, conforme entendem alguns), posto que a concorrência é um bem coletivo²⁷⁸.

²⁷⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 194.

²⁷⁷ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 86.

²⁷⁸ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 286.

3.2.3. A CONDUTA TÍPICA

No *caput* do artigo 167 do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 está previsto o delito de corrupção privada passiva, cujo núcleo do tipo se consubstancia pelos verbos *exigir*, *solicitar*, *aceitar* ou *receber*. Consoante explicam Prado e Rosseto²⁷⁹, o verbo *exigir*²⁸⁰ denota a ação de impor como obrigação, reclamar de forma imperiosa, intimar, etc, ao passo que *solicitar* implica a ação de pedir, de requerer, de rogar, podendo se dar de forma explícita ou mediante comportamento astucioso do agente que deixa transparecer sua proposta venal. Em ambos os casos, o agente pode utilizar qualquer meio para exigir ou solicitar a vantagem indevida, como palavras, atos, gestos, apontamentos, etc. A seu turno, o verbo *receber* denota a ideia de tomar o que é oferecido, dado ou mandado; obter a vantagem indevida, enquanto *aceitar* significa receber o que é oferecido. Válido destacar que o ato de aceitar expressa a anuência do representante da sociedade empresária ou instituição privada à proposta corruptora de um benefício atual ou futuro ofertado pelo corruptor.

Tendo em vista que, à exceção do verbo *exigir*, os demais (*receber*, *solicitar* e *aceitar*) também se fazem presentes no tipo penal espanhol (artigo 286, *bis*, do Código Penal) parece-nos interessante acrescentarmos a explanação de Encinar Del Pozo²⁸¹, para quem *receber* “*supõe, portanto, a efetiva admissão do benefício ou vantagem não justificados e considera o prévio ou simultâneo acordo entre ambos os sujeitos*”, *solicitar* “*supõe emitir uma declaração de vontade dirigida a um terceiro, pela qual se manifesta a disposição em receber um benefício ou vantagem indevida, não requerendo que entre ambos sujeitos se chegue a um acordo para afirmar a*

²⁷⁹ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 87.

²⁸⁰ Válido mencionar a crítica apontada por João Florêncio de Salles Gomes Júnior à utilização do verbo *exigir* como núcleo típico da conduta pois, segundo o autor, tal expressão tradicionalmente se refere, em nosso direito, a uma imposição do funcionário público, em todo derivada do poder inerente à sua função pública. Mesmo que não desconheça o emprego do verbo por outras legislações estrangeiras, aduz que a realidade brasileira é distinta, marcada fortemente pela frequente submissão do cidadão aos caprichos do Estado, ou de seus representantes, não parecendo correta, portanto, a transposição de tal conceito para o âmbito das relações entre particulares. (GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. O crime de corrupção privada e o PLS 236/2012. *Boletim IBCCRIM*. n. 260. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014, p. 18.)

²⁸¹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 318.

consumação do delito”, e aceitar “significa receber voluntariamente ou sem oposição o que se dá, oferece ou encarga”.

A seu turno, Gili Pascual²⁸² salienta que “aceitar supõe admitir a oferta ou promessa de um benefício ou vantagem futuros, enquanto receber implica obter ou perceber de forma efetiva tal benefício ou vantagem”, ao passo que solicitar é pedir, “se trata, pois, de uma declaração de vontade dirigida a outra ou outras pessoas, e encaminhada a completar um acordo ilícito que terá por objeto uma atuação do próprio solicitante”. Outrossim, referido autor destaca que as três ações típicas giram em torno de um “acordo injusto”, que é o ponto de referência do tipo penal, o qual “não se deverá perder de vista na interpretação de cada uma das formas típicas”.

Contata-se, pois, se tratar de delito de ação múltipla ou conteúdo variável, vez que o tipo se refere a várias modalidades de conduta, permanecendo inalterada a unidade delitiva ainda que perpetrada mais de uma das ações. Contudo, vale frisar, basta a realização de apenas uma das condutas típicas para sua consumação. É passível de ser cometido de forma livre, mediante a prática de comportamentos comissivos ou omissivos. Além disso, é crime instantâneo, material (se considerarmos o patrimônio empresarial como bem jurídico tutelado) e bilateral (ou plurissubjetivo), que se consuma apenas nas hipóteses em que o agente atue dolosamente, como veremos com maior atenção logo adiante.

Com propriedade, Gontijo²⁸³ sintetiza a conduta típica do delito de corrupção passiva, *verbis*:

“Em síntese, desde que o agente ativo do crime de corrupção passiva no setor privado oriente a sua conduta - comissiva ou omissiva - pela perspectiva de recebimento de vantagens indevidas, e descumpra deveres inerentes às obrigações funcionais que o vinculam à pessoa jurídica de direito privado, causando prejuízos a esta, será possível, prima facie, falar-se em conduta formalmente típica, sendo livre o modo de execução da prática criminosa (crime de ação livre e múltipla)”.

²⁸² GILI PASCUAL, Antoni. *El delito de corrupción en el sector privado*. Madri: Marcial Pons, 2017, p. 195.

²⁸³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 190.

Já por *vantagem indevida*, entende-se todo benefício ou proveito contrário ao direito, melhorando a situação pessoal ou jurídica do beneficiário, de forma injustificada; ou seja, para a configuração do tipo é essencial que o agente não tenha direito sobre tais benefícios²⁸⁴. O habitual é que essa contraprestação tenha um conteúdo econômico ou patrimonial, resultando menos imaginável que a transação corrupta se articule em torno de outros tipos de vantagens. Todavia, impeditivo, nesse plano, não há. Sobre o ponto, Prado e Rosseto²⁸⁵, lecionam que a expressão deve ser interpretada em sentido amplo, “*de forma a abarcar tanto os benefícios de natureza econômica ou patrimonial quanto aqueles de natureza não patrimonial, uma vez que o legislador brasileiro, quando quer restringir o sentido da expressão vantagem indevida aos benefícios de natureza econômica, o faz expressamente*”, conforme se observa no delito de extorsão, previsto no artigo 158 do Código Penal²⁸⁶.

Consectário lógico, estão abrangidos benefícios diversos, não apenas dinheiro, mas também bens imóveis, objetos de luxo, promoção funcional, e até mesmo a satisfação de desejos sexuais ou de vingança. Aliás, esse vem sendo o entendimento prevalente no âmbito dos diplomas jurídicos internacionais e supranacionais relativos ao tema, na ordem jurídica das nações que já tipificaram a corrupção no setor privado, e também, na seara pátria, para os atos corruptos praticados na esfera pública²⁸⁷. Nos dizeres de Gili Pascual²⁸⁸, “*o decisivo, há que se entender, é a efetiva capacidade de persuasão no caso concreto*”, exemplificando, a seguir, que a solicitação de uma carta com mero valor sentimental por parte do sujeito ativo poderia ser apta para gerar o injusto penal, desde que seja capaz de motivar a decisão desleal do agente envolvido no acordo ilegal.

²⁸⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 310.

²⁸⁵ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminas* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 87.

²⁸⁶ “Artigo 158 do Código Penal: *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa.*

Pena – *reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.*”

²⁸⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 191.

²⁸⁸ GILI PASCUAL, Antoni. *El delito de corrupción en el sector privado*. Madri: Marcial Pons, 2017, p. 238.

Contudo, para a configuração do delito não basta uma relação objetiva entre a vantagem oriunda da corrupção e o ato praticado pelo agente, sendo necessário também a verificação do vínculo subjetivo, ou seja, um interesse pessoal em alcançar uma retribuição indevida - já que os benefícios visados ou recebidos pelo agente nem sempre se inserem dentro de um pacto de corrupção. Em outras palavras, os pequenos presentes, agrados, homenagens, etc., ofertados desinteressadamente não alcançam a tipicidade da norma, pois ausente o *animus* de corromper.

Vale transcrever, por oportuna e elucidativa, a seguinte lição²⁸⁹:

“Para a configuração delitiva se faz necessário que a vantagem indevida exigida, solicitada, aceita ou recebida esteja relacionada à realização ou omissão de um ato inerente às atribuições do representante da empresa ou instituição. Na forma comissiva o representante pratica um ato atentando contra os deveres inerentes ao exercício do seu cargo, enquanto na modalidade omissiva, o agente deixa de praticar ato sobre o qual gravita o pacto criminoso. A exemplo do que ocorre na corrupção passiva praticada por funcionários públicos, na corrupção passiva entre particulares este ato pode ser lícito ou ilícito. Assim, quando o representante pratica um ato lícito visando à obtenção de vantagem indevida, dá-se a corrupção privada passiva imprópria, enquanto a prática de um ato ilícito, que expressa a violação dos deveres de seu ofício caracteriza a corrupção privada passiva própria.”

Oportuno referir, ainda, que o conceito de benefício ou vantagem se relaciona com a noção de adequação social, ou seja, as condutas socialmente adequadas são aquelas que se mantêm dentro dos marcos da ordem ético-social historicamente estabelecida, pelo que deveriam ficar fora do âmbito do Direito Penal. Nesse sentido, Encinar Del Pozo²⁹⁰ compreende que o delito de corrupção no setor privado deveria ser interpretado de tal maneira que o benefício ou vantagem indevida efetivamente promovessem uma melhora na situação do sujeito, a ponto de influenciar decisivamente na conduta praticada.

²⁸⁹ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 88.

²⁹⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 327.

Prosseguindo, consoante aduzem Prado e Rosseto²⁹¹, a corrupção privada passiva poderia ainda ser classificada em *antecedente* e *subsequente*, dependendo do momento em que se concretiza a vantagem. Antecedente, quando o pacto é selado previamente à prática, pelo agente, do ato ou omissão objeto do acordo, e subsequente, quando o agente recebe a vantagem ilícita, pelo ato ou omissão, sem que tenha havido um prévio ajuste com o *particular beneficiado*. Contudo, em relação a proposta contida no Projeto, advertem, apenas restaria prevista a modalidade *antecedente*, uma vez que a conduta deve ser realizada *a fim de realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições*, o que pressupõe um ajuste delituoso necessariamente anterior à prática ou omissão de ato próprio das atribuições do representante, ainda que a vantagem acordada seja entregue depois.

Importante mencionar, segundo a redação do artigo 167 do Projeto, nos termos em que proposta, é possível afirmar que a corrupção privada passiva consiste em *delito de perigo abstrato*. Contudo, a opção legislativa por esta técnica causa estranheza, principalmente se tivermos como premissa os modelos de Direito Comparado que também elegem o patrimônio como bem jurídico tutelado. Isso porque, de acordo com os postulados básicos desse modelo de incriminação, o desvalor da ação recai sobre a conduta do empregado que resulta na *infração do dever de fidelidade* ou *dos deveres próprios de seu ofício*, em razão da efetiva percepção ou da promessa de um *benefício indevido* (vantagem indevida), *para si ou para outrem*. O desvalor do resultado, a seu turno, corresponderia à lesão ou, no mínimo, à exposição a um perigo concreto de lesão do bem jurídico *patrimônio social*, sendo que, via de regra, esse resultado está previsto como *elemento normativo do tipo penal* (delito de resultado). Nesse sentido, aparentemente, o legislador pátrio sequer observou com atenção o exemplo do modelo patrimonialista adotado na Itália (estudado em capítulo anterior), em que a consumação do delito depende da causação de dano à sociedade empresarial, conforme se depreende da expressão *“cagionando nocumento alla societa”*.

²⁹¹ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 88.

Nesse diapasão, explica Gontijo²⁹², o prejuízo exigido para a configuração do delito pode afetar quaisquer dos direitos patrimoniais do ente moral afetado mensuráveis economicamente. Protege-se, assim, a propriedade empresarial como bem jurídico institucional, no qual está inserido todo o patrimônio da pessoa jurídica de direito privado, seja de natureza material ou imaterial.

Pressuposto inafastável do delito em exame, exige-se que o ato cuja realização ou omissão constitui objeto do pacto corrupto seja abarcado pelas atribuições inerentes à função exercida pelo representante da sociedade empresária ou instituição privada. Consectário lógico, caso o agente não seja competente para a prática de tal ato, poderá apenas responder a título de coautoria, autoria imediata ou participação, quando, de forma efetiva, influenciar no comportamento do sujeito competente, levando-o a omitir ou realizar ato inerente às suas atribuições²⁹³.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 167 do Projeto descreve o tipo penal de corrupção ativa, que se consubstancia no ato de *oferecer, prometer, entregar ou pagar* direta ou indiretamente vantagem indevida ao representante de sociedade empresária ou instituição privada, para determiná-lo a realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições. Busca-se, assim, punir o particular que corrompe ou tenta corromper o representante de empresa ou instituição privada mediante oferecimento, promessa, entrega ou pagamento de vantagem indevida.

O núcleo do tipo está expresso pelos verbos *oferecer, prometer, entregar ou pagar*. Tal como ocorre com o *caput* do art. 167, trata-se de delito de ação múltipla ou conteúdo variável, vez que o tipo se refere a várias modalidades de conduta, permanecendo inalterada a unidade delitiva ainda que perpetrada mais de uma dessas ações. Assim, basta o simples oferecimento para se entender suficiente a configuração da prática delitiva, da mesma forma, a mera promessa ou a efetiva entrega de proveitos indevidos pactuados de forma ilícita²⁹⁴.

²⁹² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 192.

²⁹³ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 92.

²⁹⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 195.

Oferecer denota a ação de propor, apresentar, de colocar à disposição. *Prometer*, a seu turno, expressa o ato de obrigar-se a dar, de empenhar o compromisso de que dará ou fará algo em favor de alguém. Importa notar aqui que o elemento central é a intenção, mesmo que unilateral, de corromper. Para Bacigalupo²⁹⁵, as promessas ou oferecimentos devem ser considerados típicos, ainda que não cheguem ao conhecimento do sujeito ao qual se dirigem; a seu turno, na corrupção passiva, igualmente, a solicitação de benefícios indevidos pode ser sancionada independentemente da atuação do eventual corruptor.

Tais condutas se distinguem tanto do ato de *entregar*, que tem o sentido de efetivamente dar posse de algo, ou transferir a propriedade, quanto do ato de *pagar*, que consiste em remunerar, recompensar o representante de sociedade empresária ou instituição privada com uma vantagem indevida²⁹⁶. Portanto, o delito se consuma com o mero oferecimento, promessa, entrega ou paga de vantagem indevida ao representante da sociedade empresária ou instituição privada, não sendo exigível que se alcance o resultado desejado²⁹⁷. Cumpre mencionar apenas que, assim como na corrupção privada passiva, o agente pode utilizar qualquer meio para corromper o representante de sociedade empresária ou instituição privada, como palavras, atos, gestos, escritos, etc.

Por fim, entendemos se tratar de delito formal, ou, nos dizeres de Prado e Rosseto²⁹⁸, de resultado cortado, pois “o sujeito ativo realiza a conduta (*oferecer, prometer, entregar ou pagar*) visando a produção de um resultado que fica fora do tipo e que não depende de sua posterior intervenção” (que o representante da sociedade empresária ou instituição privada realize ou omita ato inerente às suas atribuições).

²⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 161.

²⁹⁶ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 91.

²⁹⁷ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, Candela. *Delito de Corrupción entre Particulares*. Madri: Fe D'erratas, 2013, p. 25.

²⁹⁸ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 92.

3.2.4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Segundo o previsto no artigo 14, inciso I, do Código Penal, a consumação de qualquer prática delitiva está condicionada à constatação de que o comportamento do sujeito ativo ostente todos os elementos do tipo penal. Assim, no crime consumado, há plena correspondência entre a ação concreta praticada pelo agente e aquela abstrata proscrita no *Codex criminal*²⁹⁹. A noção de consumação, segundo Damásio de Jesus³⁰⁰, “*expressa a total conformidade do fato praticado pelo agente com a hipótese abstrata descrita pela norma penal incriminadora*”. Oportuno observar, ainda, que a determinação do momento consumativo de um crime é operação que tem extrema relevância, pois se reflete no termo inicial da prescrição e na competência territorial³⁰¹.

Isso ponderado, no que se refere à corrupção entre particulares, verificamos ao menos duas posições antagônicas acerca do momento da efetiva consumação delitiva que merecem destaque.

Para a primeira corrente, sustentada por doutrinadores como Prado e Rosseto³⁰², tratando-se de delito de perigo abstrato, o tipo penal se efetiva com a mera exigência, solicitação, recebimento ou aceitação da promessa ou paga da efetiva vantagem. Referidos autores assinalam, ainda, que se trata de delito mutilado de dois atos, “*pois o sujeito ativo realiza a primeira conduta (exigir, solicitar, aceitar ou receber) a fim de levar a termo a segunda (realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições), cuja efetiva realização configurará mero exaurimento do crime*”. Na mesma linha, Encinar Del Pozo³⁰³, ao analisar o preceito espanhol, aduz se tratar de delito de mera atividade e de perigo abstrato, que se consuma com a realização das condutas descritas nos verbos nucleares do tipo penal, sendo sancionado tanto o

²⁹⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 196.

³⁰⁰ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 281.

³⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 491.

³⁰² PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

³⁰³ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 385.

acordo fraudulento quanto a mera proposição do *pactos sceleris*, pois “*se trata de um delito em que a consumação se adianta ao momento em que se realiza a primeira sequência da conduta típica*”. Idêntica é a visão de Estévez Sanchez de Rojas³⁰⁴, quando aduz “*sendo confirmada a idoneidade da conduta delituosa praticada, de acordo com os verbos nucleares do tipo penal, desinteressa que seja alcançado o resultado desejado*”.

A seu turno, Gontijo³⁰⁵, em sentido diverso, entende que um tipo penal direcionado à tutela do patrimônio somente restaria consumado quando evidenciado efetivo acordo ilícito e o prejuízo ao ente moral, como se observa da seguinte argumentação, *verbis*:

“O crime de corrupção no setor privado é material, consumando-se apenas nas hipóteses em que o acordo ilícito der azo ao surgimento de resultado exterior, consubstanciado em danos patrimoniais ao principal; e bilateral, uma vez que sem a ocorrência de atos de corrupção ativa o corrupto não praticará, nem omitirá, atos relacionados às suas atribuições funcionais, movido pela perspectiva de obtenção de vantagens indevidas. Assim, a menos que se verifique efetiva celebração de acordo ilícito, não é possível cogitar-se da configuração do crime de corrupção no setor privado, pois que a atuação isolada do corrupto ou do corruptor não tem o condão de ensejar o advento do resultado material essencial à configuração delitiva.”

Nesta lógica, nos casos em que o resultado não é alcançado por circunstâncias alheias à vontade do agente, como por exemplo, a descoberta do pacto ilícito por terceiro, entende-se admissível a modalidade tentada³⁰⁶ do delito de corrupção entre particulares, nos moldes estabelecidos pelo artigo 14, inciso II, do Código Penal.

³⁰⁴ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, Candela. *Delito de Corrupción entre Particulares*. Madri: Fe D'erratas, 2013, p. 25.

³⁰⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 197.

³⁰⁶ Segundo explica Bitencourt “*A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. Na tentativa há prática de ato de execução, mas o sujeito não chega à consumação por circunstâncias independentes de sua vontade*”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 493.)

Entretanto, adverte Gontijo³⁰⁷, para que a tentativa de corrupção no setor privado seja punível, “*é fundamental a atuação dolosa concomitante do corrupto e do corruptor, os quais, no mínimo, devem celebrar o acordo delitivo*”. Isso, pois apenas quando os *pactos sceleris* são firmados é que surge a possibilidade de que, com a execução de seus termos, advenha concreta afetação do bem jurídico protegido pela norma penal - ora, inexistindo o acordo de vontades, inexistente o risco para o patrimônio: o *intraneus* não atuará de forma desviada caso não vislumbre a perspectiva de receber contrapartida do *extraneus*, e vice-versa. Por tal razão, conclui referido autor, “*o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, feitos para estimular a atuação desviada de agente do setor privado, se forem rejeitados por este, não serão passíveis de punição, porquanto desprovidos de potencialidade para gerar qualquer perigo para o bem jurídico patrimônio*”. Logicamente, a situação inversa, em que a solicitação de benefícios indevidos pelo representante da empresa não for acolhida pelo agente externo, também não haverá possibilidade de concretização de dano patrimonial, o que entende exigível para tal configuração delitiva.

Contudo, a despeito deste e de outros tantos posicionamentos respeitáveis, entendemos que, analisando a letra fria do artigo 167, nos moldes em que atualmente redigido, estamos diante de um delito de perigo abstrato, de modo que, para sua consumação, basta que se constate a realização de uma das figuras típicas, sem a necessidade de que se produza resultado algum.

3.2.5 APENAMENTO

No que diz respeito ao apenamento proposto para reprimir os *pactos sceleris* celebrados entre particulares, há de se ter presente que os crimes de corrupção normalmente são praticados de forma premeditada e planejada, sendo usual que os autores sopesem as vantagens obtidas com o ilícito em relação à probabilidade de serem descobertos e, nesse caso, com a carga de penalidade que lhes será aplicada.

³⁰⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 198.

Segundo leciona Moral Garcia³⁰⁸, tal “*cálculo*” serve como referência para balizar se o delito “*compensa*” ou não.

Dito isso, visualiza-se que o artigo 167 do Projeto de Reforma do Código Penal Brasileiro estabelece igual pena para os delitos de corrupção ativa e passiva: 01 (um) a 04 (quatro) anos de prisão. O tratamento punitivo homogêneo para ambas as modalidades delitivas nos parecem uma opção político-criminal válida, especialmente se considerarmos a semelhança com os modelos de tipificação adotados nos países estudados em capítulo anterior. Inobstante, se tivermos como parâmetros os modelos de punição adotados naqueles ordenamentos investigados, logo veremos que a proposta em trâmite no Congresso nacional guarda semelhança, com pouca margem de alterações.

Oportuno gizar, entendemos que tais penas asseguram a proporção necessária para a legitimação da punição dos atos corruptivos perpetrados na esfera privada, eis que observadas as finalidades de prevenção e repressão do delito, bem como parecem atendidos os critérios da necessidade e suficiência³⁰⁹.

Vale ressaltar, ao elaborar elogiável proposta autoral de tipificação do delito de corrupção no setor privado, Gontijo³¹⁰ se posicionou na mesma linha da proposta apresentada pelo Projeto de Lei do Senado Federal, fixando idêntico apenamento, e justificando pela proporcionalidade e coerência da sistemática jurídico-penal, haja vista que os delitos de furto simples (artigo 155, *caput*), apropriação indébita (artigo 168) e receptação (artigo 180), igualmente patrimoniais, costumam apresentar grau de lesividade próximo daquele verificado no ilícito em tela.

³⁰⁸ MORAL GARCIA, Antonio. Justicia Penal y Corrupción. Análisis singularizado de la ineficiencia procesal. In GRAFFE GONZÁLEZ, Luisiana Valentina (Coord.). *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madri: Dykinson, 2016, p. 55.

³⁰⁹ A criminologia da corrupção revela que seus protagonistas são delinquentes calculistas, que agem de maneira premeditada e planejada, sopesando os riscos e as vantagens dos benefícios envolvidos. Considerando tanto, parece-nos que o Direito Penal só exerce seu papel dissuasório se, na estimação do corrupto, a probabilidade de ser descoberto, unida à carga punitiva da sanção, restar realmente alta. Se são muitas as oportunidades de se furtar da ação da Justiça - ou, em caso de ser descoberto, se os benefícios obtidos compensam -, a capacidade de enfrentamento do Direito Penal resta reduzida.

³¹⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 201.

Com tal previsão, a pena mínima (01 ano) permite a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, inscrito no artigo 89³¹¹, da Lei Federal nº 9.099/95, o que merece ser destacado, porquanto com a aceitação do *sursis* processual, viabiliza-se célere e eficiente reparação dos prejuízos decorrentes dos *pactos sceleris*.

A seu turno, a pena máxima de 04 anos de prisão autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na esteira do previsto no artigo 44, I, do Código Penal³¹², tendo em vista não se tratar de delito cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Logicamente, o agente deve preencher também os requisitos subjetivos para aplicação do benefício.

3.3. A ESTRUTURA DO TIPO SUBJETIVO

3.3.1. O DOLO

Dado que se exige uma finalidade concreta na atuação do agente, qual seja, de favorecer a si ou a um terceiro frente aos demais, a doutrina, de forma remansosa, entende que o delito de corrupção entre particulares se comete unicamente mediante dolo, inexistindo *pactos sceleris* derivados de ações ou omissões culposas.

³¹¹ Artigo 89, da Lei 9.099/95: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 7 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – proibição de frequentar determinados lugares; III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; IV – comparecimento pessoal e obrigatório à juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”.

³¹² Artigo 44, I, do Código Penal: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo.”

Consoante ensina Callegari³¹³, o dolo, em sentido técnico penal, “é a vontade de uma ação orientada à realização de um delito, ou seja, é o elemento subjetivo que concretiza os elementos do tipo”. Assim, o crime é considerado doloso quando o agente prevê objetivamente o resultado e tem a intenção de produzir esse resultado ou assume o risco de produzi-lo, conforme preceitua o artigo 18, I, do Código Penal.

Segundo Welzel³¹⁴, toda ação consciente é conduzida pela decisão de ação - o momento intelectual - e pela decisão a respeito de querer realizar - o momento volitivo. Em conjunto, ambos os momentos, tanto o da consciência do que se quer, quanto o da tomada decisória, formam o dolo.

Em relação aos delitos aqui estudados, entende-se que o tipo subjetivo da *corrupção privada passiva* está representado pelo dolo, consubstanciado na consciência e vontade de exigir, solicitar, receber, aceitar vantagem indevida, atual ou futura para realizar ou omitir atos inerentes às suas atribuições. Exige-se, portanto, o dolo direto³¹⁵, já que o agente deve almejar o acordo corrupto, ou seja, deve reconhecer que a vantagem indevida consiste em contraprestação pela realização ou omissão de um ato inerente às suas atribuições. Atua, pois, de forma livre e deliberada.

Outrossim, para além do dolo, boa parte da doutrina entende que o tipo subjetivo traz um especial elemento do injusto que consiste no propósito ou finalidade de *favorecer*³¹⁶. Na proposta legislativa pátria, tal elemento estaria manifestado pelo especial fim de agir, conforme se depreende da expressão *para favorecer a si ou a terceiros*, constante do *caput* do artigo 167. Verifica-se, pois, um delito de intenção (tendência interna transcendente), eis que o objetivo do suborno é conseguir uma vantagem para si ou para um terceiro, o qual pode ser o beneficiário

³¹³ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 97.

³¹⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Bustos Raírez y Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 77.

³¹⁵ Partindo-se da premissa de que a teoria que define o dolo direto é a teoria da vontade, como de fato apregoado pelo art. 18, inciso I, primeira parte, do Código Penal, pode-se concluir que o dolo direto seja a vontade consciente de realização do fato típico. (CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 102).

³¹⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 370.

último³¹⁷. No entanto, neste ponto, segundo Prado e Rosseto, a terminologia empregada no artigo 167 não é tecnicamente adequada, gerando confusão quanto ao âmbito do favorecimento pretendido. Para tais autores “*teria sido mais técnico e correto que o legislador tivesse utilizado a expressão para si ou para outrem, já tradicional no ordenamento jurídico brasileiro*”³¹⁸.

Contudo, devemos alertar que alguns estudiosos do tema descartam a existência de um elemento subjetivo distinto do dolo, a exemplo do pensamento de Encinar Del Pozo³¹⁹, para quem “*não cabe falar de um dolo inicial e um elemento subjetivo ligado a uma intenção posterior, senão de um conhecimento de todos os elementos da ação desde o momento em que a dádiva se recebe, solicita ou aceita, ou se promete, oferece ou concede*”. Trata-se, todavia, de um posicionamento minoritário, haja vista que a imensa maioria dos doutrinadores se referem ao elemento subjetivo específico do tipo penal em questão.

Nessa esteira, em relação ao delito de *corrupção privada ativa*, o tipo subjetivo está representado pelo dolo, consubstanciado na consciência e vontade de *oferecer, prometer, entregar ou pagar* vantagem indevida a representante de sociedade empresária ou instituição, acrescido do elemento subjetivo do injusto, manifestado pelo especial fim de agir, que, *in casu*, é o escopo de levar o representante da empresa ou instituição a realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições³²⁰.

Parece-nos, assim, que acaso acolhida a proposta para tipificação do delito de corrupção no setor privado nos moldes em que atualmente prevista, para além do dolo genérico, fundamental que se verifique a presença de elemento subjetivo

³¹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español: parte especial*. 6. ed. Barcelona: Atelier, 2010, p. 627.

³¹⁸ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 88.

³¹⁹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 371.

³²⁰ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

especial do injusto, qual seja, de locupletar-se em consequência da celebração de acordos corruptivos³²¹.

Entretanto, vale destacar, no ponto, as ponderações de Bacigalupo³²², referindo-se ao tipo penal espanhol, que, segundo ele, tutela a livre concorrência de mercado e, justamente por esta razão, se exige, para além do dolo, também o propósito de incidir em um processo de decisão preferencial entre concorrentes. Ou seja, para verificação do elemento subjetivo na conduta típica, deve-se proceder o exame do propósito do agente de interferir na competitividade empresarial³²³.

Em sentido contrário, ou seja, de que não caberia exigir uma vontade específica nos crimes de corrupção privada com vistas à salvaguarda da concorrência, Gili Pascual³²⁴ aduz suficiente “*a consciência da amplitude da conduta para alterar o princípio da eficiência de mercado em relação a competidores concretos ou determináveis*”. Em suma, referido autor entende que basta uma consciência da probabilidade de frustrar interesses legítimos de outros concorrentes.

De qualquer sorte, deixando de lado eventuais divergências doutrinárias acerca da necessidade de um elemento subjetivo especial, diante da própria natureza do fenômeno estudado, é forçoso concluir que a corrupção no setor privado deve ser tipificada como crime doloso, sem a possibilidade de que seja sancionada nas situações em que a atuação dos agentes for culposa. Nessa linha, inclusive, são expressos alguns dos instrumentos jurídicos internacionais, como o Convênio de Direito Penal do Conselho da Europa nº 173, que assinala será tipificada a conduta apenas “*quando se comete intencionalmente*”³²⁵.

³²¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 196.

³²² BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 164.

³²³ Conforme salientamos no capítulo anterior (2.4), existe razoável divergência entre os doutrinadores acerca do bem jurídico objeto de proteção penal pelo legislador espanhol.

³²⁴ GILI PASCUAL, Antoni. *El delito de corrupción en el sector privado*. Madri: Marcial Pons, 2017, p. 232.

³²⁵ ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, Candela. *Delito de Corrupción entre Particulares*. Madri: Fe D'erratas, 2013, p. 37.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção é uma realidade social cuja definição é mais complexa do que sua identificação quando concretizada numa atitude determinada. Muitos questionam desde quando tais condutas se fazem presentes nas relações humanas, e embora não haja uma resposta consensual, se sabe que o fenômeno é tão antigo quanto as origens das primeiras sociedades identificadas pelos historiadores. Talvez por isso seja tão árduo delimitar o conteúdo do vocábulo corrupção, à margem das distintas perspectivas possíveis de se focar sua análise. De certo, podemos afirmar, o termo seguidamente é associado a condutas desprezíveis, com acentuada valoração negativa e de extrema reprovabilidade social.

Na seara jurídica, o termo corrupção repetidamente é associado ao exercício abusivo de poderes - transgressão do sistema normativo vinculante - com vistas à percepção de vantagem indevida, atual ou futura, para si ou para terceiros, de modo que não se pode falar em corrupção sem fazer referência simultânea ao marco normativo dentro do qual se produz o ato ou a atividade qualificada como corrupta.

Os delitos de corrupção tradicionalmente importaram ao Direito Penal apenas quando evidenciada a participação de agente público (ou equiparado), contudo, após os desdobramentos da globalização e dos seus efeitos na economia mundial, verificou-se a necessidade de uma ampliação dessa compreensão, de modo a abarcar também as condutas praticadas no âmbito privado. Especialmente após a década de 90, sucessivos documentos internacionais tratando da temática da corrupção entre particulares foram editados, alguns deles com carga vinculante, de modo que diversos países já tipificaram essa nova modalidade delitiva em seus ordenamentos. Dentre os principais instrumentos formalizados, a Convenção da ONU de Combate à Corrupção - que integra o ordenamento jurídico brasileiro - pode ser considerado o mais abrangente e completo no direcionamento de medidas efetivas para o controle da corrupção em todas suas esferas.

Dito isso, entendemos que a tipificação da corrupção entre particulares é uma realidade e, ao mesmo tempo, um desafio. Não nos parece haver espaço para os defensores da tese de que outras áreas do Direito se mostram capazes de

enfrentar o problema dos atos corruptos na esfera privada, tampouco soa lógico restringir a criminalização dos *pactos sceleris* apenas quando presentes agentes públicos. O mundo globalizado e tecnológico produziu uma nova modalidade do fenômeno que deve ser estudada, compreendida e combatida com mecanismos eficazes, sob pena de legitimar condutas altamente lesivas aos bens jurídicos da livre e leal concorrência, da proteção patrimonial das empresas e dos consumidores, e da boa-fé nas relações trabalhistas e comerciais. Erradicar tais comportamentos do universo das relações no setor privado é uma necessidade dos tempos modernos e uma esperança para o futuro, na qual o Direito Penal possui papel fundamental, desde que conhecedor de suas atribuições e seus limites.

Buscamos, pois, com o presente estudo de Direito Comparado, demonstrar o avanço dessa hodierna modalidade corruptiva e as respostas já formuladas por países que, atentos aos instrumentos internacionais de combate à corrupção, adiantaram-se promulgando normas específicas sobre o tema. Se verificou, contudo, que a implementação da corrupção no setor privado nos países estudados se deu de forma heterogênea, com modelos distintos de política criminal de controle do fenômeno (alguns sucessivamente aprimorados), eivados de discussões pertinentes e ainda latentes, especialmente no que tange ao bem jurídico objeto de tutela. Tais evidências nos permitem concluir que não há modelo de tipificação dos *pactos sceleris* entre particulares indene à críticas e objeções.

Entendemos, contudo, que a pluralidade de argumentos encontrados nos debates já travados nos países que tipificaram a corrupção privada são de extrema utilidade para o legislador pátrio na formulação do projeto legislativo em andamento, de modo que a presente pesquisa se direciona como um contributo nesse sentido. Por fim, necessário destacar nossa particular inclinação pela formulação de um tipo penal destinado à salvaguarda da livre e leal concorrência de mercado, pelos motivos já declinados ao longo do trabalho, todavia, importa frisar, o reconhecimento de que outros valores, como a confiança entre empregador e empregado, e o próprio patrimônio das pessoas jurídicas, igualmente podem ser afetados pelas inúmeras condutas passíveis de prática dentro do espectro da corrupção no setor privado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENA, Maurizio. *La corruzione tra privati: la responsabilità di persone fisiche e società*. Bologna: Filodiritto, 2012.

ARENDETT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Madri: lustel, 2012.

BETANCOR, Andrés. *Corrupción, Corrosion del Estado de Derecho*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOLEA BARDON, Carolina. El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis. In GRAFFE GONZÁLEZ, Luisiana Valentina (Coord.). *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madri: Dykinson, 2016.

BUSNELLO, Priscila de Castro; GONÇALVES, Alexandre Manoel. Corrupção: questões éticas e jurídicas. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 425-437. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e Harmonização do Direito Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89, p. 94-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. Corrupción pública, corrupción privada y Derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coord). *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

CARLETTI, Elio. La corruzione nel settore privato tra tutela penale e sanzioni civili. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos. Corrupción, globalización y delincuencia organizada. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coord.). *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato. In:

ACQUAROLI, Roberto; FOFANI, Luigi (Eds.) *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano, Giuffrè, 2003.

DE SOUZA, Ricardo Inglez; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Lei Anticorrupção e a Defesa da Concorrência. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 331-357. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, Candela. *Delito de Corrupción entre Particulares*. Madrid: Fe D'erratas, 2013.

FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico. *Revista Liberdades*. n. 15, p. 140-172. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014.

FLORE, Daniel. *L'incrimination de la corruption: les nouveaux instruments internationaux*. Bruxelles: La Charte, 1999.

FOFFANI, Luigi. La corrupción privada: iniciativas internacionales y perspectivas de armonización. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adam (Coord.). *Fraude y corrupción en el derecho penal economico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de La Universidad Castilla - La Mancha, 2006.

FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. In PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao direito de concorrência. In PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. O combate à corrupção no setor privado – O crime de corrupção entre particulares do artigo 286 bis do Código Penal Espanhol. *Boletim IBCCRIM*. n. 221, p. 4-5. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011.

GARZÓN VALDÉZ, Ernesto. El concepto de corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (Coord.). *La Corrupción*. Colonia Del Carmen: Ediciones Coyoacán, 2007.

GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupción*. Madri: Maia Ediciones, 2008.

GILI PASCUAL, Antoni. *El delito de corrupción en el sector privado*. Madri: Marcial Pons, 2017.

GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. O crime de corrupção privada e o PLS 236/2012. *Boletim IBCCRIM*. n. 260, p. 17-19. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014.

GÓMEZ, Carlos Mario. El análisis económico de la corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (Coord.). *La Corrupción*. Colonia Del Carmen: Ediciones Coyoacán, 2007.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016.

HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

HUNTINGTON, Samuel Phillips. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.

JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Madri: Dykinson, 2016.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan; SANTANA VEJA, Dulce (Eds). *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2017.

LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 358-383. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MALEM SEÑA, Jorge. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2000.

MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Discurso sobre a primeira década de Tito Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de empresa*. València: Tirant lo Blanch, 2011.

MORALES PRATS, Fermín; MORÓN LERMA, Esther. Corrupción entre particulares (comentario al artículo 286 bis del CP). In: *La Corrupción a Examen*. Pamplona: Aranzadi, 2012.

MORAL GARCIA, Antonio. Justicia Penal y Corrupción. Análisis singularizado de la ineficiencia procesal. In GRAFFE GONZÁLEZ, Luisiana Valentina (Coord.). *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson, 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

MUÑOZ CUESTA, Javier. La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación. In: *La Corrupción a Examen*. Pamplona: Aranzadi, 2012.

NAVARRO MASSIP, Jorge. El delito de corrupción entre particulares. In: *La Corrupción a Examen*. Pamplona: Aranzadi, 2012.

NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano, Giuffrè, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 13ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

NÚÑEZ GARCÍA-SAUCO, Antonio. La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coord.). *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias de. *Ordem Econômica e Direito Penal Antitruste*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias de. Os fundamentos da tutela penal antitruste. In PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. La lucha contra la corrupción política en la Unión Europea. In: LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio; GARCÍA NAVARRO, Juan José (Coord.). *La corrupción política en España: una visión ética y jurídica*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA NETO, Miguel. A Lei Anticorrupção e a Administração Pública Estrangeira. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 331-357. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 89, p. 13-61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIERANGELI, José Henrique. Crimes de concorrência desleal. *In* PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Notas sobre corrupção privada e corretagem de seguros. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 179-200. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 114, p. 51-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español: parte especial*. 6. ed. Barcelona: Atelier, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. Concorrência desleal e interesse difuso no direito brasileiro. *In* PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. Desvio de clientela e violação de segredo. *In* PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Rene Ariel. *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador de empresa no Direito Penal. *In*: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; REALE FERRARI, Eduardo (Orgs). *Experiências do Direito*. Campinas: Millenium, 2004.

RIBAS JÚNIOR, Salomão. *Corrupção pública e privada, quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1, p. 89-109. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIZZO, Beatriz. Corrupção entre particulares: só agora? E por que agora? *Boletim IBCCRIM*. n. 238, p. 12. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFANI, Luigi (Eds.) *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano, Giuffrè, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. 2. ed. Madri: Edisofer, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Um inventario di perplessità político-criminali. *Rivista Trimestrale di Diritto Penal dell'Economia*. Milano: Argumenti, 2007.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna. A Lei Anticorrupção Administrativa. *Revista dos Tribunais*. n. 947, p. 11-21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La corrupción política*. Madri: Síntesis, 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Bustos Raírez y Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1980.