

CONRADO ALMEIDA CORRÊA GONTIJO

**O CRIME DE CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO: ESTUDO DE
DIREITO COMPARADO E A NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO
DELITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Miguel Reale Júnior

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

CONRADO ALMEIDA CORRÊA GONTIJO

**O CRIME DE CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO: ESTUDO DE
DIREITO COMPARADO E A NECESSIDADE DE TIPIIFICAÇÃO DO
DELITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Titular Dr. Miguel Reale Júnior.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

**Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Gontijo, Conrado Almeida Corrêa
G 649c O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro / Conrado Almeida Corrêa Gontijo. -- São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2014.

250 f.

Orientador: Prof. Titular Dr. Miguel Reale Júnior
Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, 2014.

1. Corrupção. 2. Setor privado. 3. Direito comparado I. Reale Júnior, Miguel. II. Título.

CDU

A meus pais, Geraldo e Cláudia, e à minha irmã, Victória.

AGRADECIMENTOS

Antes de iniciar a redação desses agradecimentos, fui à minha caixa de *e-mails* e reli todas as mensagens trocadas entre mim e o Professor Miguel Reale Júnior, buscando rememorar momentos importantes dos nossos oito anos de convivência. Deparei-me, inicialmente, com a insistência de um ansioso aluno do segundo ano da São Francisco, ainda em 2007, que, interessado pelo Direito Penal, perseguia o seu mais admirado Mestre, com o propósito de desenvolver trabalho de iniciação científica.

Seguem-se, então, uma vez substituído o projeto de iniciação científica pela oportunidade contribuir em seu antigo escritório, *e-mails* de um estagiário, que, após quase dois anos de desafios e muito aprendizado, já não tinha dúvidas quanto à sua predileção pelo Direito Penal e paixão pela advocacia criminal.

Posteriormente, vieram discussões sobre a tese de láurea, para a elaboração da qual foi essencial o permanente apoio do Professor Miguel Reale Júnior, mensagens com comentários sobre artigos de opinião por ele publicados e críticas a projetos de leis. Mais recentemente, o conteúdo das mensagens volta-se para o crime de corrupção no setor privado, mestrado, indicações bibliográficas, bens jurídicos, modelos de tipo penal, permissão para imersão na biblioteca de Canela etc.

Trazer a lume essas breves informações serve para esclarecer que o primeiro nome mencionado nesses agradecimentos é de alguém que, na minha formação, exerceu papel que em muito transcende àquele do orientador acadêmico: o Professor Miguel Reale Júnior e os seus ensinamentos foram determinantes na definição dos caminhos que trilhei no passado e são fonte de inspiração e exemplo para os passos do futuro.

Agradeço-lhe, pois, pela confiança depositada, pelo privilégio de ter-me aceito e como orientando, por ter inculcido em mim ensinamentos e estimulado reflexões fundamentais na minha formação humanística: muitíssimo obrigado.

Às queridas professoras Helena Regina Lobo da Costa e Janaína Conceição Paschoal, agradeço pelas preciosas considerações feitas no exame de qualificação.

Aos meus pais, Geraldo e Cláudia, e à Victória, minha irmã, que, com infinito amor e absoluta dedicação, estiveram ao meu lado em cada momento da vida, dando-me força para buscar a concretização dos meus sonhos: o amor de vocês é combustível essencial para minha caminhada e para tolerar a dor da saudade.

À Maria Carolina, que dá leveza à minha vida e foi fundamental para atenuar as ansiedades e as dificuldades dos momentos decisivos da elaboração desta dissertação de mestrado.

A todos os amigos que tenho, principalmente àqueles que estiveram próximos de mim nessa caminhada, absorvendo as minhas angústias e perdoando minhas ausências, agradeço pelo apoio e pela amizade. Em especial, destaco Andrey Borges Mendonça, Antônio Carlos Tovo Loureiro, Daniel Zaclis, Nathália Rocha, Pedro Mahado de Almeida Castro e Ricardo Sidi, amigos verdadeiros, conquistados nesses três anos de estudo e que muito contribuíram para o desenvolvimento de minhas ideias. Há muitos outros e, por esse motivo, inviável declinar todos os seus nomes. De qualquer maneira, muito obrigado: vocês são fundamentais.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro*. 2015. 250 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado versa sobre o fenômeno da corrupção no setor privado e sobre a necessidade de sua tipificação no ordenamento jurídico do Brasil, país em que a celebração de *pactos sceleris* é recorrente, seja na esfera pública, seja no âmbito das relações entre particulares. Inicia-se o trabalho acadêmico com a análise das características elementares do fenômeno da corrupção, que em sua conformação tradicional apenas é sancionado pelo Direito Penal nas hipóteses em que agente vinculado ao setor público integre o acordo delitivo. Nos últimos anos, todavia, nota-se que também atos de corrupção perpetrados na esfera privada têm recebido disciplina jurídico-penal, circunstância justificada pela hodierna conjuntura socioeconômica. Em seguida, é abordado o tratamento dispensado à corrupção privada pelos organismos supranacionais e internacionais de criação de Direito, com enfoque para o Conselho da União Europeia, o Conselho da Europa, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Africanos, que já criaram diplomas normativos voltados ao tratamento do fenômeno. Analisam-se, posteriormente, sob um viés comparado, os ordenamentos jurídicos da Inglaterra, da Alemanha, da França, da Itália e da Espanha, que dispõem de preceitos legais incriminadores para coibir os acordos corruptivos firmados entre particulares. A seguir, considerada a heterogeneidade das soluções tocantes ao assunto oferecidas pelas entidades mencionadas e pelo Direito alienígena, desenvolve-se sugestão de modelo político-criminal a ser acolhido pelo legislador brasileiro, com a identificação de bem jurídico que deve ser contemplado no momento de definição dos comportamentos caracterizadores da corrupção no setor privado. Por fim, direcionando cuidados à observância dos princípios fundamentais da *ultima ratio*, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da legalidade estrita, faz-se proposta de tipificação penal do fenômeno, com a definição das condutas de corrupção privada que julgamos devam ser sancionadas na ordem jurídica brasileira.

Palavras-chave: corrupção, corrupção no setor privado

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *The corruption offense in the private sector: a comparative law study and the need for its classification in the Brazilian legal system*. 2015. 250 p. Degree (Master) - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

ABSTRACT

The present master's degree dissertation speaks of the phenomenon of corruption in the private sector and of the need for its classification within the Brazilian legal system, a country where *pactos sceleris* agreements happen quite often, whether in the public sector or in relations between individuals. The academic work begins with the analysis of the elemental features of the corruption phenomenon, which, in its traditional conformation, is only sanctioned by criminal law in cases where the agent linked to the public sector integrates the offense agreement. In recent years, however, it is noticed that acts of corruption committed in the private sphere have also received legal and penal discipline, a circumstance justified by contemporary socioeconomic factors. After that, it addresses the treatment meted out to private corruption by supranational and international bodies of Law creation, focusing on the European Union Council, the Europe Council, the United Nations (UN) and the Organization of African States, which have already created regulatory instruments aimed at addressing such phenomenon. It then analyses, under a compared bias, the legal systems of England, Germany, France, Italy and Spain, which have incriminating legal provisions to restrain corruptive agreements between private individuals. Then, considering the heterogeneity of solutions regarding the subject offered by the aforementioned entities and by the Alien law, a suggestion of political-criminal model to be accepted by the Brazilian legislature is developed, with the identification of legal content that must be considered when setting behaviours featured as corruption in the private sector. Finally, carefully complying with the fundamental principles of *ultima ratio*, as well as subsidiarity, fragmentary and strict legality, a penal classification of the phenomenon is proposed, with the definition of private corruption conducts we believe should be sanctioned in the Brazilian Law.

Keywords: sentence - judgment - interpretation - interpretation of judicial decisions.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. CORRUPÇÃO: CONCEITOS E EVOLUÇÃO | 17 |
| 1.1. A aceção do termo corrupção e questões introdutórias | 17 |
| 1.2. A clássica faceta da corrupção: fenómeno relacionado a atos de abuso de poder de funcionários públicos e agentes a eles equiparados | 25 |
| 1.3. A corrupção como fenómeno relacionado a atos de abuso de poder no setor privado | 30 |
| 1.4. As críticas à tipificação do crime de corrupção no setor privado | 46 |
| 2. A CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO E O SEU TRATAMENTO NOS ÂMBITOS INTERNACIONAL E SUPRANACIONAL | 51 |
| 2.1. As iniciativas internacionais e supranacionais de combate à corrupção no setor privado | 51 |
| 2.2. Documentos jurídicos europeus de combate à corrupção no setor privado | 54 |
| 2.2.1. A Ação Comum 98/742/JAI da União Europeia | 54 |
| 2.2.2. A Convenção Penal sobre a corrupção do Conselho da Europa | 60 |
| 2.2.3. A Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia | 65 |
| 2.3. A proposta doutrinária de criação dos <i>Eurodelitos</i> | 70 |
| 2.4. A iniciativa de combate à corrupção no setor privado surgida na África: a Convenção da União Africana sobre Corrupção | 74 |
| 2.5. A iniciativa de combate à corrupção no setor privado surgida no âmbito da Organização das Nações Unidas: a Convenção da ONU de combate à corrupção | 78 |
| 3. O TRATAMENTO DISPENSADO À CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS | 84 |
| 3.1. O crime de corrupção no setor privado no direito penal inglês | 84 |
| 3.1.1. O surgimento e a evolução da tipificação do crime de corrupção no setor privado no direito penal inglês | 84 |
| 3.1.2. O atual modelo de repressão à corrupção no setor privado no direito penal inglês: considerações críticas sobre a tipicidade delitiva | 90 |
| 3.2. O crime de corrupção no setor privado no direito penal alemão | 99 |
| 3.2.1. O surgimento e a evolução da tipificação do crime de corrupção no setor privado no direito penal alemão | 99 |

| | |
|---|-----|
| 3.2.2. O atual modelo de repressão à corrupção no setor privado no direito penal alemão: análise crítica da tipicidade delitiva..... | 103 |
| 3.3. O crime de corrupção no setor privado no direito penal francês..... | 110 |
| 3.3.1. O surgimento e a evolução da tipificação do crime de corrupção no setor privado no direito penal francês | 110 |
| 3.3.2. O atual modelo de repressão à corrupção no setor privado no direito penal francês: análise crítica da tipicidade delitiva..... | 116 |
| 3.4. O crime de corrupção no setor privado no direito penal italiano | 123 |
| 3.4.1. O surgimento e a evolução da tipificação do crime de corrupção no setor privado no direito penal italiano..... | 123 |
| 3.4.2. O atual modelo de repressão à corrupção no setor privado no direito penal italiano: análise crítica da tipicidade delitiva..... | 131 |
| 3.5. O crime de corrupção no setor privado no direito penal espanhol..... | 135 |
| 3.5.1. O surgimento e a evolução da tipificação do crime de corrupção no setor privado no direito penal espanhol | 135 |
| 3.5.2. O atual modelo de repressão à corrupção no setor privado no direito penal espanhol: análise crítica da tipicidade delitiva | 138 |

| | |
|---|------------|
| 4. OS MODELOS DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O BEM JURÍDICO TUTELADO E A NOSSA PROPOSIÇÃO SOBRE A MATÉRIA..... | 147 |
| 4.1. A lealdade e a confiança nas relações privadas como bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção no setor privado..... | 147 |
| 4.1.1. Considerações gerais sobre o modelo apontado e a proteção da lealdade e da confiança nas relações privadas na Ordem Jurídica brasileira | 147 |
| 4.1.2. Críticas ao modelo de repressão à corrupção no setor privado ancorado na proteção da lealdade e da confiança nas relações privadas | 155 |
| 4.2. A concorrência como bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção no setor privado | 163 |
| 4.2.1. Considerações gerais sobre o modelo apontado e a proteção da concorrência na Ordem Jurídica brasileira | 163 |
| 4.2.2. Críticas ao modelo de repressão à corrupção no setor privado ancorado na proteção da concorrência..... | 174 |
| 4.3. O patrimônio como bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção no setor privado | 182 |
| 4.3.1. Considerações gerais sobre o modelo apontado e a proteção do patrimônio na Ordem Jurídica brasileira | 182 |

| | |
|---|------------|
| 4.3.2. Críticas ao modelo de repressão à corrupção no setor privado ancorado na proteção do patrimônio..... | 191 |
| 4.4. Proposta de bem jurídico a ser protegido pelo crime de corrupção no setor privado..... | 194 |
| 4.4.1. A impossibilidade de criação de modelo de punição da corrupção no setor privado protetivo de todos os bens jurídicos sensíveis ao fenômeno: obrigatoriedade de escolha racional..... | 194 |
| 4.4.2. A violação da lealdade e da confiança nas relações privadas como denominador comum de toda hipótese de corrupção entre particulares | 196 |
| 4.4.3. A impossibilidade de que a concorrência seja o objeto material imediato de proteção por tipos penais de corrupção no setor privado..... | 198 |
| 4.4.4. A insuficiência dos valores lealdade e confiança para legitimar a corrupção no setor privado: o patrimônio como objeto material central a ser protegido..... | 201 |
| | |
| 5. PROPOSTA PARA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 206 |
| 5.1. Considerações gerais sobre as cautelas na elaboração de tipos penais..... | 206 |
| 5.2. Os elementos objetivos dos tipos penais de corrupção no setor privado | 208 |
| 5.2.1. Os elementos objetivos da corrupção passiva no setor privado | 208 |
| 5.2.2. Os elementos objetivos da corrupção ativa no setor privado..... | 215 |
| 5.3. O elemento subjetivo do tipo penal de corrupção no setor privado..... | 217 |
| 5.4. A consumação e a tentativa do crime de corrupção no setor privado..... | 219 |
| 5.5. As penas do crime de corrupção no setor privado..... | 223 |
| 5.6. A natureza da ação penal do crime de corrupção no setor privado em vista do bem jurídico tutelado | 226 |
| | |
| CONCLUSÃO..... | 229 |
| | |
| REFERÊNCIAS | 237 |

INTRODUÇÃO

O processo de formação da sociedade brasileira é marcado por inúmeros episódios, a partir dos quais é possível constatar serem os comportamentos corruptos recorrentes em nossa história. Começando no período colonial, os casos de corrupção perpassam todas as três fases da consolidação do Estado – colonial, imperial e republicana -, sendo considerados destacada razão para a existência de parte importante de nossas mazelas sociais¹.

O caráter patrimonialista que caracterizou - e ainda caracteriza – o exercício do poder no Brasil² é fator que torna pouco precisa a definição dos limites entre os interesses públicos e os interesses privados, estes últimos, na análise precisa de HOLANDA³, sempre colocados em patamar sobreposto àquele em que se situam os primeiros. Tal aspecto de nossa cultura conferiu ao Brasil, inclusive entre estudiosos estrangeiros, o indesejável posto de país do *jeitinho*⁴.

Necessário mencionar que o fenômeno da corrupção, na forma como classicamente é conhecido e estudado, em que pese apresente contornos de especial gravidade em nossa nação⁵, está presente em todas as sociedades⁶, desde tempos imemoriáveis⁷, e, em suas

¹Importante mencionar, nesse diapasão, a obra de SÉRGIO HABIB, segundo o qual “*a corrupção no Brasil vem de longas datas, ocorrendo em todas as três fases, a saber: colonial, imperial e republicana*”. A análise de fatos históricos relevantes, feita pelo autor, dá-nos a noção de que nenhum momento de nossa trajetória passou incólume ao fenômeno da corrupção. Afinal, considera o estudioso, já na colônia, ter-se-ia implantado a “*lei da vantagem, que passaria a fazer parte da cultura brasileira*” (HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 3 e ss.).

²FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2007. p. 819: “*A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus (...). Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo*”.

³Em *Raízes do Brasil*, HOLANDA traça, com clareza, as características da formação histórico-cultural brasileira, na qual a confusão entre o público e o privado é uma constante. Aponta, nesse passo, que, “*no Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares (...)*” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 145 e ss.). No mesmo sentido: WUNDERLICH, Alexandre. *Dos Crimes Contra a Administração Pública*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2013. v. 4, p. 2.

⁴ROSENN, Keith S. The Jeito: Brazil’s institutional bypass of the formal legal system and its developmental implications. *The American Journal of Comparative Law*, v. 19, p. 515, 1971.

⁵De acordo com o *Corruption Perception Index*, elaborado pela Transparência Internacional, no ano de 2013, o Brasil aparece apenas no 72º lugar, em classificação que adota como critério o nível de percepção social do fenômeno da corrupção. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2013*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2013/results>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

⁶BRIOSCHI, Carlos Alberto. *Breve historia de la corrupción: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Taurus, 2010. p. 31.

⁷HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 9, p. 365: “*Deve reconhecer-se, entretanto, que a corrupção não se apresenta como um traço peculiar da época contemporânea: ela é de todos os tempos. Cita-a Montesquieu como uma das causas da queda do Império*

raízes, está associado a comportamentos praticados por agentes do Poder Público, que, para a satisfação de interesses pessoais, recebem vantagens indevidas como contraprestação ao exercício desviado de suas funções⁸.

Ocorre que, nas últimas décadas, veem-se crescer, de maneira inédita, os níveis de preocupação com outra faceta do fenômeno mencionado: a corrupção no setor privado. Constatase que comportamentos análogos àqueles perpetrados por servidores públicos e pessoas a eles equiparadas, na celebração de *pactos sceleris*, de há tempos reprimidos por normas de índole criminal, são praticados, em caráter diuturno, também no âmbito de relações exclusivamente privadas, por exemplo, por administradores e funcionários de empresas⁹.

Com a percepção de que atos corruptivos têm o condão de prejudicar a estabilidade das relações sociais, mesmo quando não afetados os interesses primários da Administração Pública, nasce uma agenda global de discussões sobre o assunto¹⁰. A atual conjuntura econômica, as exigências do comércio global, a prevenção da delinquência internacional, a necessidade de observância às normas de governança corporativa, a transparência e a responsabilidade nos setores públicos, aliadas aos efeitos provocados pela corrupção¹¹ – seja pública, ou privada -, no âmbito de países ricos ou pobres, governos autoritários ou democracias consolidadas¹², indicam imprescindível o direcionamento ostensivo de esforços para assegurar efetivo combate à sua prática.

Romano. Atestam a sua prática os preceitos repressivos das mais antigas legislações”. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p. 76.

⁸PRADO, Luiz Régis. A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 803, p. 441, set. 2002.

⁹KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán. *Política Criminal: revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, n. 3, p. 11, 2007. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf>: “*También en la economía puede abusarse del poder de decisión para la consecución de ventajas inexas. La economía privada no es menos proclive a la corrupción que la Administración estatal*”.

¹⁰GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 89, p. 159, mar. 2011.

¹¹CREMADES, Bernardo. Corrupción y arbitraje de inversión. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 126, jul./set. 2005.

¹²MURIAL PATINO, María Victoria. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado*. Salamanca: Ratio Legis, 2000. p. 27.

Destarte, amplia-se o espectro de comportamentos estudados e, ver-se-á, disciplinados pela ordem jurídica, que supõem a atuação desviada do poder, também praticados entre particulares desvinculados de cargos e funções estatais¹³.

No Direito europeu, mesmo antes da criação dos recentes instrumentos jurídicos internacionais e supranacionais de combate à corrupção no setor privado, a Inglaterra (1906) a Alemanha (1909) e a França (1919), já em princípios do século passado, dispunham de normas jurídicas sancionatórias que tratavam desses conflitos de interesses entre particulares. Coíbiam-se comportamentos de funcionários de empresas que, buscando atender a seus anseios individuais, agiam em desconformidade com o dever de ofício que lhes era atribuído.

A incipiente, porém, elevada preocupação com a corrupção no setor privado será o objeto de análise da primeira parte desta dissertação de mestrado. Partindo da clássica noção do crime de corrupção, consubstanciado na ocorrência de *pactos sceleris* celebrados com a participação de agentes da Administração Pública, buscaremos chegar à atual acepção de corrupção no setor privado.

Para tanto, estudaremos as principais razões que, no entender da doutrina, fizeram com que houvesse a expansão da repressão do fenômeno corruptivo, antes adstrita às hipóteses em que figurava indivíduo atuante na esfera pública, ao bojo das relações mantidas entre particulares. Perceberemos que o incremento da complexidade das relações econômicas, consequência primeira da globalização, somado ao massivo processo de privatização de empresas públicas, característico da última década do século XX¹⁴, transpôs os entes coletivos privados para o centro dos debates jurídicos, uma vez que eles deixaram de ser mero instrumento de geração de lucros, para assumir – e isso justificaria a tipificação das condutas que serão estudadas - “*graves deveres para com a coletividade em cujo meio*” atuam, “*respondendo às exigências do bem público e à sua função social*”¹⁵.

Avaliaremos, outrossim, a interface existente entre os crimes de corrupção pública e os comportamentos que caracterizam a corrupção privada, com o propósito de aferir se a

¹³GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 81, p. 72, nov. 2009.

¹⁴ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. La corruzione tra privati: note introduttive sull’esperienze italiana. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 7.

¹⁵REALE 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: Millennium, 2004. p. 237.

criação de modelo incriminador que proíba os *pactos sceleris* entre particulares poderia fomentar o desenvolvimento de mais elevado nível de consciência coletiva com relação à ilicitude do fenômeno corruptivo em todas as suas variantes.

Para encerrar o capítulo inaugural do trabalho acadêmico, exporemos os argumentos dos pensadores que entendem despicienda a tipificação penal do crime de corrupção no setor privado, porquanto não haveria razão consentânea com os princípios basilares do Direito Penal que a justificasse.

Assentadas as premissas iniciais sobre os conceitos e a evolução do fenômeno estudado, verificaremos que a partir de meados da década de noventa os debates sobre a necessidade de incriminação de atos de corrupção no setor privado ganharam maior destaque. Com o aumento da complexidade das relações empresariais existentes no âmbito internacional, as condutas de desvio de poder praticadas na esfera privada deixaram de ser problema adstrito aos indivíduos nelas envolvidos, convertendo-se em situações, das quais, não raro, defluem impactos de abrangência transnacional¹⁶.

Os atos de corrupção no setor privado, aponta JAPIASSÚ, passaram a produzir efeitos cada vez mais deletérios ao desenvolvimento econômico e social, distorcendo, inclusive, a manutenção dos regulares padrões de funcionamento do mercado e gerando prejuízos para os direitos humanos¹⁷.

Nesse contexto, evidenciadas a importância da repressão às condutas de desvio de poder perpetradas entre particulares e as dificuldades enfrentadas pelos ordenamentos jurídicos nacionais na definição de políticas criminais capazes de fazê-lo, entidades internacionais e supranacionais iniciaram um processo de criação de instrumentos de Direito destinados a orientar os Estados no combate ao fenômeno da corrupção privada, os quais serão objeto do segundo capítulo da monografia¹⁸.

¹⁶GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 164: “*Estos comportamientos llegan a alcanzar una dimensión internacional, por que sus efectos afectan a varios Estados, por la naturaleza internacional del sujeto o sujetos implicados o por la naturaleza misma de la relación económica. La gran cuestión es establecer una política criminal adecuada para evitar estas actuaciones (...)*”.

¹⁷JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 322, jan./fev. 2007, p. 32.

¹⁸FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 81, p. 81, nov. 2009: “*(...) el tema de la corrupción en el sector privado ya ha sido objeto en los últimos años de una rica serie de iniciativas supranacionales, que han sido todas en la dirección de impulsar los legisladores nacionales a criminalizar este fenómeno*”.

Proceder-se-á, então, ao aprofundado estudo dos principais instrumentos jurídicos internacionais e supranacionais que contemplam diretrizes no sentido da necessidade de repressão criminal de comportamentos de corrupção entre particulares. Tal como se demonstrará, com exceção de poucas nações europeias, a difusão da tipificação do delito em análise decorre da implementação, no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos, dos compromissos assumidos no plano internacional.

Partindo da análise crítica da conjuntura histórica que fomentou a elaboração desses diplomas jurídicos, trataremos dos elementos neles previstos, considerados essenciais à configuração do crime de corrupção privada, aferindo os bens jurídicos tutelados, as condutas incriminadas, as sanções previstas etc..

Serão estudadas, então: a Ação Comum da União Europeia, de 22 de dezembro de 1998; a Convenção Penal Contra a Corrupção do Conselho da Europa, de 27 de janeiro de 1999; a Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da Europa, de 22 de julho de 2003; a Convenção da União Africana Sobre Corrupção, de 11 de julho de 2003; e a Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção, de 31 de outubro de 2003.

Por derradeiro, no capítulo segundo da dissertação, trataremos de analisar a proposta - mal sucedida -, organizada por Klaus Tiedemann, de criação dos “*Eurodelitos*”, dentre os quais figura o crime de corrupção no setor privado.

Em sequência, no capítulo terceiro deste trabalho acadêmico, debruçar-nos-emos sobre a análise do crime de corrupção no setor privado, sob a óptica do direito comparado. Assim, com verticalidade e olhar crítico, abordaremos os mais importantes aspectos da tipicidade delitiva (histórico, bem jurídico tutelado, sujeitos do delito, comportamentos proscritos, sanções cominadas etc.) e a forma como eles recebem tratamento normativo mundo afora.

Iniciaremos o estudo com países nos quais o crime de corrupção privada é figura conhecida há anos e integra, portanto, a própria cultura jurídico-penal. Nesse grupo incluem-se a Inglaterra, a Alemanha e a França, nações europeias que, ainda em princípios do século XX, criaram figuras de repressão aos comportamentos corruptivos perpetrados no setor privado.

Outrossim, serão objeto de análise os ordenamentos jurídicos de nações que, apenas recentemente – em razão dos movimentos internacionais aludidos -, incorporaram o crime

de corrupção privada a seus plexos normativos. Dentre elas destacaremos a Itália e a Espanha, onde há rica fonte de estudo sobre a matéria.

Como decorrência do estudo comparado empreendido, constatamos serem grandes as perplexidades existentes na definição das características basilares do crime de corrupção privada. Afinal, os modelos de repressão ao delito são extremamente variados e heterogêneos em cada nação. Nota-se existir um modelo que não diferencia corrupção no setor público e no setor privado, assentado na ideia de que o desvalor da conduta incriminada está relacionado à violação da lealdade e da confiança nas relações privadas; um modelo orientado à proteção da concorrência econômica; e, por fim, modelo patrimonialista, que castiga a corrupção privada e tem como pressuposto a ideia de violação da lealdade patrimonial entre o mandatário e o mandante¹⁹.

Feitas essas abordagens e conhecidas as características da corrupção no setor privado, bem como as dificuldades enfrentadas para a sua efetiva disciplina jurídico-penal, passaremos a avaliar, no capítulo quarto da dissertação, se é possível e necessária a introdução de tipo penal que proscruva tal modalidade delitiva no ordenamento jurídico do Brasil, país do *jeitinho*, e, com supedâneo nos princípios basilares do Direito Penal, tentaremos definir o(s) bem(ns) jurídico(s) que deverá(ão) ser abarcado(s) por eventual norma incriminadora.

Para alcançar esse propósito, analisaremos o tratamento constitucional conferido à lealdade nas relações privadas, à concorrência, e aos interesses patrimoniais dos empresários – que, em tese, são os bens jurídicos passíveis de serem afetados por comportamentos de corrupção entre particulares. Com mira na legislação infraconstitucional, verificaremos se essas condutas já são objeto de tratamento pelos dispositivos normativos de caráter extrapenal, bem como por preceitos legais jurídico-penais.

Do cotejo das informações coligidas faremos proposição de modelo de repressão ao fenômeno em testilha, porquanto, na esteira do pensamento de REALE JÚNIOR, entendemos necessária a criminalização da corrupção privada, cada vez mais presente na dinâmica empresarial²⁰. Buscaremos eleger modelo político-criminal que contemple valores dotados de dignidade constitucional, e que, em nosso sistema jurídico, confira legitimidade e eficiência à repressão do crime de corrupção no setor privado, de maneira consentânea com

¹⁹FOFFANI, Luigi. op. cit., p. 83-84.

²⁰REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 237 ss.

um Direito Penal mínimo, democrático e garantidor, que não se afaste do respeito aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade²¹.

Posteriormente, com alicerce no arcabouço doutrinário analisado e nos conhecimentos angariados sobre as diversas facetas do crime de corrupção no setor privado, buscaremos, no capítulo quinto da monografia, de *lege ferenda*, definir os contornos típicos do delito, propondo sua incorporação ao nosso ordenamento jurídico.

Considerando a escolha prévia do(s) bem(ns) jurídico(s) digno(s) de tutela penal, e mantendo coerência com a mesma, trataremos de todas as características que julgarmos necessárias para a descrição típica da figura delitiva de corrupção entre particulares. Assim, serão abordados os seguintes aspectos do delito: a sua natureza, os elementos objetivo-descritivos do tipo penal, os elementos objetivo-normativos do tipo penal, o elemento subjetivo do tipo penal e o seu momento consumativo.

E, para encerrar os estudos, como tentativa de emprestar contribuição efetiva ao aprimoramento de nosso sistema jurídico, elaboraremos proposta de texto legal, com a tipificação do crime de corrupção no setor privado, para encaminhamento ao Poder Legislativo nacional. Afastando os graves equívocos verificados na redação do artigo 167, do Projeto de Lei nº 236/2012, do Senado Federal, buscaremos delinear modelo de repressão de condutas que respeite os princípios básicos do Direito Penal, ao mesmo tempo em que viabilize a justa e a eficiente reprovação do delito.

No capítulo conclusivo, avocaremos os mais importantes aspectos do estudo realizado, com síntese das principais informações obtidas e conclusões alcançadas. Deixaremos evidenciada a necessidade de que contemplemos, em nosso plexo normativo punitivo, o crime de corrupção no setor privado e exporemos a conformação típica que, em nosso entender, a novel figura delitiva deverá ostentar.

²¹PORTO, Luiz Guilherme Moreira. *Tipicidade nos crimes de falsidade documental em face do bem jurídico protegido*. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 2.

1. CORRUPÇÃO: CONCEITOS E EVOLUÇÃO

1.1. A acepção do termo corrupção e questões introdutórias

O vocábulo corrupção tem origem na expressão latina *corruptio* e apresenta significado que remete às noções de deterioração, devassidão, podridão e perversão. Dentre os estudiosos brasileiros, RÉGIS PRADO²² afirma que a palavra denota o ato de corromper, gerar adulteração, perversão, prevaricação; JAPIASSÚ²³ aduz que traria a noção de esfacelado, podendo exprimir, também, a ideia de apodrecido; e CAMARGO²⁴ pontifica que trata-se de termo que está relacionado “às ideias de deterioração, devassidão, sedução, agir de modo vicioso”.

Não é outra a lição que se extrai dos ensinamentos de juristas estrangeiros, relativos à significação literal da palavra corrupção, empregada, em sentido amplo, para fazer referência à decadência ou a perversões morais²⁵. Nítida, por conseguinte, a carga negativa do termo analisado, que ostenta significado alusivo a circunstâncias, *prima facie*, socialmente reprováveis.

Antes de ser incorporado ao universo jurídico, o vocábulo corrupção já fazia parte do léxico de outros ramos das ciências sociais, que o empregavam para tratar de situações recorrentes no seio social, caracterizadas pelo exercício desviado do poder, por seus detentores, para a obtenção de benefícios indevidos em detrimento daqueles em nome de quem ele deveria ser exercido²⁶. Ao contrário do que muitas vezes se supõe, o termo corrupção é originário da Sociologia e da Ciência Política, tendo sido incorporado paulatinamente ao universo jurídico-penal²⁷.

²²PRADO, Luiz Régis. op. cit., p. 471.

²³JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. op. cit.

²⁴CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção: transformações e harmonização do direito penal brasileiro – considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr. 2011, p. 286.

²⁵KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 5; UDOMBANA, Nsongurua J. Fighting corruption seriously? Africa's Anti-corruption Convention. *Singapore Journal of International & Comparative Law*, Singapura, v. 7, p. 461, 2003.

²⁶GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, cit., p. 7.

²⁷DE LA CUESTA, José Luís. Iniciativas internacionales contra la corrupción. *Caderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n. 17, p. 7, 2003.

Todavia, seja na acepção que lhe atribuem notadamente a Sociologia e a Ciência Política, ou naquela usualmente²⁸ empregada pelo Direito Penal, o vocábulo corrupção é utilizado para fazer alusão ao mesmo fenômeno, qual seja, o desempenho abusivo de poderes, que têm suas finalidades deturpadas para assegurar a obtenção de proveito indevido a quem os exerce²⁹.

Partindo-se dessa premissa, é preciso considerar que do ponto de vista estrutural, não obstante receba mundo afora nomenclaturas variadas³⁰, a corrupção está atrelada à existência de relações jurídicas legítimas, que vinculam um sujeito investido de poderes especiais (*intraneus*) a outro sujeito (*principal*), que lhe outorga tais poderes, em benefício do qual eles devem ser exercidos³¹.

No bojo de tais relações, é natural o surgimento de conflitos de interesse, de modo a que o exercício escorregado dos poderes, em benefício daquele que os outorga (*principal*), com frequência apresenta-se como obstáculo para a satisfação dos anseios do sujeito outorgado. Surgem, nesses casos, os chamados problemas de agência³², conflitos relacionais, os quais podem ser encerrados com a preponderância dos interesses do *principal*, ou com a suplantação destes pelos anseios egoísticos do detentor imediato dos

²⁸No Direito Penal brasileiro, a palavra corrupção, além de utilizada em tipo de delito que envolve o exercício abusivo do poder, é também empregada no crime de corrupção de menores, que não será objeto de análise no presente estudo monográfico. Veja-se, acerca do tema: OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 38.

²⁹TAK, Peter. Il reati di corruzione privata in Olanda. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 143; SULLIVAN, Robert. La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 159; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. El delito de cohecho de funcionarios nacionales: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación en el Código Penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 359, mar./abr. 2011.

³⁰OLIVEIRA, Edmundo. op. cit., p. 1.

³¹São precisas, atinentes à matéria, as palavras de GÓMEZ DE LA TORRE. Considera o professor espanhol que há modelo que busca explicar o fenômeno da corrupção, assentando-o sobre as bases da “*relación principal-agente*”. Em síntese, seria inerente à corrupção a existência de uma relação jurídica prévia, no âmbito do qual certo agente ocupa uma posição qualificada, assegurada por um principal, o qual lhe confere poderes especiais: “*la existencia de esta relación, más exactamente de esta posición del agente, es presupuesto necesario de toda corrupción*” (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 162). No mesmo sentido: ALLDRIGE, Peter. Reforming the criminal law of corruption. *Criminal Law Forum*, v. 11, n. 3, p. 290, 2000.

³²ROSS, Sthepen; WESTERFIELD, Randolph; JORDAN, Bradford. *Administração financeira*. 8. ed. São Paulo: McGraw Hill, 2008. p. 11; LOZANO GARCÍA, María Belén. Las debilidades del gobierno corporativo en los casos de corrupción: el papel del Consejo de Administración. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.). *La Corrupción en un mundo globalizado*. Salamanca: Ratio Legis, 2000. p. 44.

poderes especiais e/ou de terceiros, consoante bem elucidam REALE JÚNIOR³³ e KINDHÄUSER³⁴.

Com efeito, nas situações em que há prática de comportamentos corruptos, o indivíduo que ostenta posição jurídica qualificada, nascida da especial outorga de poderes, diante de conflito de interesses com o *principal*, é movido a desempenhar as suas funções de forma desviada. Impelido a optar entre agir em conformidade com as obrigações que lhe são atribuídas e tentar obter benefício indevido mediante o descumprimento de seus deveres, o agente opta pela segunda opção³⁵, violando a relação jurídica legítima preexistente, em contrariedade aos anseios de sua contraparte: denomina-se corrupção passiva a solicitação ou o recebimento de vantagem indevida, pelo *intraneus*, em detrimento do *principal*.

Essa sorte de comportamentos acontece, em regra, porque sujeito estranho à relação *principal-agente* nela busca se imiscuir, perseguindo objetivos próprios, também conflitantes com os interesses do *principal*, e passíveis de serem alcançados com o exercício abusivo dos poderes outorgados ao *intraneus*. Emerge, então, a figura do corruptor, que atua mediante promessas, oferecimentos ou doações de vantagem indevida ao corrupto – corrupção ativa -, buscando influenciá-lo a agir em desconformidade com as obrigações inerentes aos poderes dos quais é mandatário.

Em contexto marcado por natural tensão entre interesses divergentes, surge a possibilidade de celebração de acordos ilícitos³⁶ para unir o corrupto e o corruptor, com o fim de que o descumprimento das obrigações do *intraneus* possa assegurar a obtenção de benefícios indevidos para ambos: a relação bilateral inicial, legítima, que tem como efeito

³³REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 235: “A existência de um conflito de interesses constitui, desta forma, um pressuposto do crime, conflito esse atual e não futuro ou eventual (...)”.

³⁴KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 6: “Un elemento esencial de la corrupción es, por tanto, que la recompensa esté referida a una especial posición de deber en favor de otro. El receptor de la ventaja debe estar obligado a cautelar con su comportamiento los intereses de un mandante (...). Esencial para la corrupción es, entonces, una incompatibilidad entre el interés que el encargado tiene que cautelar en virtud de su especial posición de deber, y el interés al que se vincula por la aceptación de la ventaja”.

³⁵PRADO, Luiz Régis. op. cit., p. 443: “A pessoa corrompida deve, necessariamente, trabalhar para outro indivíduo ou instituição, visto que o propósito do suborno é induzi-la a situar seus interesses pessoais em detrimento dos interesses objetivos da instituição para a qual trabalha. Além disso, para que possa ser corrompido, o funcionário deve ocupar, forçosamente, uma posição de poder dentro da instituição, de forma que lhe reste assegurado o exercício discricionário de sua autoridade (...). Nesse sentido, o ato de corrupção pode ser visualizado como uma confusão de interesses (...)”.

³⁶TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 308; GILI PASCUAL, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 19, p. 279, 2007.

alçar uma de suas partes à posição jurídica qualificada, vê-se afetada pela perspectiva de surgimento de acordo de vontades paralelo, cuja única finalidade é assegurar o descumprimento das obrigações inerentes ao vínculo obrigacional original.

Delinea-se, então, o esboço de uma relação trilateral, na qual o corrupto, para obter vantagem indevida do corruptor, deixa de atuar em benefício do indivíduo que lhe outorga poderes especiais, exercendo-os de forma a contemplar tão somente os seus próprios interesses e os interesses escusos do *extraneus*.

Esclarecedores sobre essa temática são os dizeres de GÓMEZ DE LA TORRE³⁷, segundo o qual a corrupção pode ser analisada como uma relação a três, na qual o corrupto mantém vínculo legítimo com o *principal*, em benefício do qual deveria atuar, porém, em situações nas quais surgem conflitos de interesses, deixa de fazê-lo, celebrando *pacto sceleris* com o corruptor, semelhante à uma compra e venda³⁸, com o objetivo de auferir benefícios indevidos.

Adverte o professor espanhol, esse emaranhado de relações e interesses encontra-se no cerne de qualquer hipótese de corrupção, que se concretiza no momento em que a relação *principal-agente* é perturbada pela intervenção do *extraneus*, o qual busca fazer com que os destinatários dos benefícios indevidos por ele oferecidos, conduzam as suas ações em descompasso com os anseios do *principal*. Conclui, então, que, tanto no âmbito público, quanto na esfera privada, a corrupção, grosso modo, consiste em espécie de compra e venda, na qual os benefícios oferecidos pelo corruptor são destinados ao pagamento da violação dos deveres do corrupto.

Desse modo, verifica-se que a corrupção tem como base a possibilidade de celebração de acordo ilegal, no âmbito do qual o corrompido atua com o propósito de satisfazer às suas pretensões individuais, mediante o recebimento de vantagem indevida,

³⁷GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 162; SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità político-criminali. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, Milano, ano 20, n. 4, p. 809, ott./dic. 2007; KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 5; FARALDO CABANA, Patricia. Hacia un delito de corrupción en el sector privado. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago, n. 23, P. 97, 2001; NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes. Corrupción entre particulares y tutela del mercado. *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, Barcelona, n. 4, out. 2011.

³⁸MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. op. cit., p. 359: “Entendido el cohecho como una conducta semejante a una compraventa en la que se ofrece una contraprestación por hacer o no hacer un acto, sea o no un acto contrario a la función, resulta nuclear la celebración del acuerdo entre sobornado y sobornador (...). Lo relevante, insistimos, es que el acuerdo se perfeccione, con independencia de la posterior percepción o no de la ganancia (...)”.

ainda que para isso ele descumpra obrigações jurídicas pretéritas, decorrentes da assunção anterior dos poderes que lhe são outorgados pelo *principal*.

Por outro lado, parte do corruptor o benefício indevido, na medida em que, para ele, é importante que o exercício dos poderes específicos entregues ao *intraeus* seja desempenhado de maneira contrária aos interesses do *principal*.

Fundamental destacar, nesse ponto, que, em regra, o perfazimento da corrupção não está condicionado à efetiva confluência entre os interesses do corrupto (*intraeus*) e do corruptor (*extraneus*). Embora a doutrina clássica entendesse imprescindível o concerto entre as condutas dos agentes mencionados (delito bilateral), hoje é bastante difundida a ideia de que a corrupção está relacionada à prática de atos unilaterais perpetrados com o simples desiderato de corromper³⁹.

Destaquem-se, pois claras sobre a temática, as lições do professor francês FLORE⁴⁰, segundo o qual, em suas clássicas concepções, a corrupção era entendida como um efetivo acordo de vontades entre corrupto e corruptor, bilateral e sinalagmático. Entretanto, de maneira diversa, em acepção mais moderna, entende-se que o elemento central do fenômeno estudado é a intenção, mesmo que unilateral, de corromper. Por conseguinte, mesmo inexistente a conjunção das vontades do *intraeus* e do *extraneus*, é possível que se fale na prática de corrupção, se verificado oferecimento (corrupção ativa) ou solicitação (corrupção passiva) de vantagens indevidas, aceitos ou não.

Ainda no tocante à desnecessidade de que surja efetivo acordo de vontades ilegal entre os agentes da corrupção, sendo suficiente que cada um deles, de forma individual, pratique atos que denotem a intenção de obter proveitos indevidos, como decorrência da deturpação do exercício dos poderes outorgados pelo *principal*, vale mencionar as considerações de BACIGALUPO⁴¹. Ao tratar das hipóteses de corrupção ativa, o professor espanhol assevera que as promessas ou os oferecimentos devem ser considerados típicos, ainda que não cheguem ao conhecimento do sujeito ao qual se dirigem; na corrupção

³⁹Necessário mencionar que, assim como se entende despidiendia a efetiva celebração de acordos de vontade, para que se fale na prática de corrupção, porquanto possível a separação dos comportamentos do corrupto e do corruptor, não é necessário, uma vez celebrado eventual *pacto sceleris*, que as suas disposições sejam cumpridas pelos agentes nele envolvidos. Afinal, “*il fatto che il corrotto compia, o non compia, o abbia già compiuto, l’atto per cui è stato retribuito*” não deveria ter qualquer importância na aferição da configuração da corrupção (SPENA, Alessandro. op. cit., p. 812).

⁴⁰FLORE, Daniel. *L’incrimination de la corruption: les nouveaux instruments internationaux. la nouvelle loi belge du 10 février 1999*. Bruxelas: La Charte, 1999. p. 11.

⁴¹BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011. p. 161.

passiva, de igual sorte, a solicitação de benefícios indevidos pode ser sancionada, independentemente da atuação do eventual corruptor.

De se destacar que, para além da distinção feita entre as modalidades ativa e passiva da corrupção, de acordo com o sujeito que pratica as condutas – *extraneus* e *intraneus*, respectivamente – a doutrina elenca outras formas de classificá-la. Assim, fala-se na dicotomia corrupção imprópria e própria, conforme o objeto do *pacto sceleris* seja legal ou ilegal; e em corrupção antecedente, quando o recebimento das vantagens indevidas precede a atuação do corrupto, ou subsequente, quando ocorre *a posteriori*⁴².

Em todos os casos, contudo, a prática de atos corruptos pode ter como consequência – e é isso que perseguem os agentes neles envolvidos - a completa deterioração do liame jurídico que vincula o *principal* ao *intraneus*, porquanto a atuação deste último, que deveria ser direcionada de forma objetiva à promoção dos melhores interesses da primeira parte, passa a ser guiada por critérios outros, no mais das vezes, diametralmente opostos à confiança que embasa a legítima outorga de poderes.

O exercício do poder passa a ser vinculado à vantagem, com prejuízo para a independência das decisões do *intraneus*⁴³. Por isso, GÓMEZ DE LA TORRE⁴⁴ assevera que a eficiência baseada em critério de racionalidade cede espaço para que prevaleçam os interesses de quem paga mais elevadas vantagens indevidas; GILI PASCUAL⁴⁵, em igual sentido, pontifica que a corrupção faz com que critérios decisórios objetivos sejam substituídos por aquele do melhor suborno; e DE LA CUESTA⁴⁶ arremata o assunto, enfatizando que a intervenção corrupta deteriora os ordinários mecanismos de tomada de decisões pelos agentes nela envolvidos.

Deturpam-se, portanto, os critérios elementares que devem nortear os processos decisórios⁴⁷, seja no âmbito de entidades atreladas ao setor público, seja no daquelas

⁴²GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 161: “Así, según el acto objeto del negocio jurídico sea, de por sí, legal o ilegal, se hablará, respectivamente, de corrupción impropia y propia, mientras que si tiene por objeto un acto ya realizado, aceptando una recompensa, o un acto futuro, comprometiéndose a realizarlo, se hablará, respectivamente, de corrupción subsiguiente o antecedente, y, finalmente, según que se analice la relación desde la óptica del comprador o del vendedor, se dirá que respectivamente estamos ante una corrupción activa o pasiva”.

⁴³CAMARGO, Beatriz Corrêa. op. cit., p. 288.

⁴⁴GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, cit., p. 11.

⁴⁵GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 267.

⁴⁶DE LA CUESTA, José Luis. Iniciativas internacionales contra la corrupción, cit., p. 10.

⁴⁷QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Reflexiones marginales sobre la corrupción. *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, n. 2, p. 21, mar. 2012.

pertencentes ao setor privado, com a possibilidade de ruptura de relações jurídicas que, amparadas pelos valores de confiança e de lealdade, unem o *principal* e o *intraneus*.

Como já dissemos, em tempos atuais, a prática de atos corruptos já não está restrita aos limites dos poderes públicos estatais. Pelo contrário, é notório ter-se experimentado, nos últimos decênios, uma autêntica explosão do conceito de corrupção, fenômeno que, difundido em todo o tecido social, tem se manifestado em novas formas, com a participação de novos sujeitos⁴⁸. JAPIASSÚ⁴⁹, a respeito dessa circunstância, considera que, “há muito, criminalizada e reprimida”, a corrupção “ganhou novos contornos nas últimas décadas”, elevando-se à condição de conduta digna de tratamento penal, ao lado da corrupção de funcionários públicos nacionais⁵⁰, a celebração de *pactos sceleris* com membros de governos estrangeiros e aqueles que ocorrem com a exclusiva participação de indivíduos atuantes no setor privado⁵¹. Afinal, com razão, destacam KINDHÄUSER⁵² e PAGLIARO⁵³, não há nenhum ambiente alijado da corrupção, flagelo arraigado em todo sistema organizado.

O incremento dos níveis de preocupação com o fenômeno da corrupção, em todas as suas facetas, decorre da verificação de que a sua ocorrência é cada vez mais frequente, mas também – e principalmente – das características do mundo globalizado, que tem suas

⁴⁸GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, cit., p. 9 e ss.: “Como ya adelantábamos, una primera aproximación a las conductas de corrupción pone de relieve la presencia en ella de nuevos perfiles relacionados con nuevas áreas de lesividad. Más allá de la persistente – lesión a la Administración Pública que aún justifica la ubicación de este género de delitos en los Códigos penales, en nuestros días (...) podemos constatar la existencia de una clara expansión del concepto de corrupción. Esta expansión se produce en primer lugar respecto a sus agentes (...). Por otro – e, en particular, si se toman en consideración los efectos económicos de estas conductas –, comienza a tratarse la corrupción cometida en el ámbito privado de la gestión empresarial”.

⁴⁹JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. op. cit., p. 322. No mesmo sentido: MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. op. cit., p. 359; SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 271; ÁLVARES GARCÍA, Javier. *Derecho penal español*: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. v. 2, p. 672; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares. *Eunomia: revista en cultura de la legalidad*, n. 3, p. 176, sep. 2012/feb. 2013; DE LA CUESTA, José Luis. Iniciativas internacionales contra la corrupción, cit., p. 7.

⁵⁰SÁNCHEZ MELGAR, Julián. La corrupción en el sector privado. *Revista Xurídica Galega*, Pontevedra, n. 63, p. 18, 2009: “(...) la lucha contra la corrupción debe darse en todos los frentes, no solamente nel público – que ha sido su espacio tradicional (...)”.

⁵¹SPENA, Alessandro. op. cit., p. 827: “(...) specie negli ultimi anni e specie a livello sovranazionale, la questione della corruzione privata è stata percepita come questione político-criminale di primara importanza”.

⁵²KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán, cit., p. 2. No mesmo sentido: MURIAL PATINO, María Victoria. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción, cit., p. 27.

⁵³PAGLIARO, Antonio. La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana mani pulite. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, Padova, v. 10, n. 4, p. 1109, ott./dic. 1997.

bases econômicas assentadas sobre mercados internacionais interdependentes, o que potencializa as consequências nocivas da celebração de acordos ilegais que alteram os padrões normais de funcionamento da Administração Pública e, de igual sorte, das atividades privadas.

Conforme destaca TIEDEMANN⁵⁴, com respaldo em dados estatísticos produzidos pelo Banco Mundial, estima-se que os valores despendidos com a celebração de *pactos sceleris* representem parcela que varia de três a cinco por cento do produto interno bruto espanhol. Por sua vez, no continente europeu, apontam os resultados de pesquisa feita pela União Europeia, em 2012, aproximadamente cento e vinte bilhões de euros são perdidos anualmente em razão de atos corruptos⁵⁵.

Clara, portanto, a necessidade de direcionar esforços ao combate à corrupção, fenômeno que em qualquer de suas manifestações é deletério para direitos econômicos e sociais⁵⁶, sendo relevantes as considerações de ARGANDOÑA⁵⁷ sobre a temática:

La corrupción es un grave problema económico, social, político y moral, especialmente en muchos países emergentes, que afecta de manera especial a las empresas, sobre todo en las transacciones internacionales, tanto comerciales como financieras o tecnológicas. Sus efectos económicos son bien conocidos: reduce la eficiencia en el uso de los recursos; desalienta la inversión productiva, sobre todo la extranjera; afecta negativamente al crecimiento económico y al nivel de vida; redistribuye injustamente la riqueza y la renta (...); desestabiliza las finanzas del país, provoca la evasión de capitales (...).

Los efectos sociales y políticos de la corrupción no son menos perniciosos: deslegitima el imperio de la ley y de la democracia; atenta contra el buen gobierno de los países, de sus administraciones públicas y de las empresas; distorsiona el correcto funcionamiento de los mercados; atenta contra derechos humanos fundamentales y sovaca las instituciones.

⁵⁴TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 308-309.

⁵⁵WOUTERS, Jan; RYNGAERT, Cedric; CLOOTS, Ann Sofie. The fight against corruption in international law. *Working Paper* n. 94, Leuven Centre for Global Governance Studies, Bélgica, July 2012. p. 19.

⁵⁶PRADO, Luiz Régis. op. cit., p. 447.

⁵⁷ARGANDOÑA, Antonio. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. *IESE Business School – Universidad de Navarra*, Documento de Investigación DI n. 656, Navarra, oct. 2006. p. 2. No mesmo sentido: CALDERONE, Carmelo Renato. Lotta alla corruzione in campo comunitario ed Internazionale. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, Padova, v. 14, n. 3, p. 607, lugl./sett. 2001; QUERALT JIMÉNEZ, Joan. op. cit., p. 21; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa; CERINA, Giorgio Diogo. Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma. In: DÍAZ SANTOS, María del Rosario; MATELLANES RODRÍGUES, Nuria; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.). *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal*. Salamanca: Ratio Legis, 2009. p. 61; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 89, p. 15, mar. 2011; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, cit., p. 18; HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. *Revista Penal*, Madrid, n. 11, p. 41, 2003.

Destarte, com o escopo de tentar promover melhor tratamento jurídico-penal da corrupção, que possui capacidade de produzir efeitos difusos em um ambiente econômico mundial interconectado⁵⁸, os assuntos referentes ao fenômeno passaram ao cerne das preocupações internacionais⁵⁹, tendo sido criado o *international anti-corruption day*⁶⁰, celebrado no dia 09 de dezembro. Chega-se a falar em verdadeira cruzada para combater o fenômeno⁶¹, objeto de atenção de diversas instituições globais, que o encaram como tema central da política criminal internacional⁶².

Nesse panorama, tem-se dado grande enfoque à corrupção entre particulares, que, embora desconhecida no Direito Penal brasileiro, está presente no ordenamento jurídico de diversas nações alienígenas, notadamente em razão da gravidade das suas consequências, circunstância que justifica o aprofundamento de sua análise, com a reflexão sobre a necessidade de sua tipificação em nosso plexo normativo incriminador.

1.2. A clássica faceta da corrupção: fenômeno relacionado a atos de abuso de poder de funcionários públicos e agentes a eles equiparados

O fenômeno da corrupção, conforme anteriormente apontado, presente nas sociedades desde tempos imemoriáveis, em razão da gravidade de seus efeitos, é importante objeto de tratamento por normas de Direito Penal. É fácil perceber, a partir da análise de dispositivos existentes em ordenamentos jurídicos alienígenas, que há séculos os atos de desvio de poder são tipificados por normas incriminadoras.

Tradicionalmente, a celebração de *pactos sceleris* dispunha de relevância penal apenas nas hipóteses em que o corrupto fosse funcionário da Administração Pública

⁵⁸MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. op. cit., p. 359.

⁵⁹No Capítulo III da dissertação, abordaremos de forma minudente o tratamento dispensado à corrupção no setor privado, nos plano internacional e supranacional. Para tanto, serão analisados todos os textos jurídicos produzidos nessas searas que dispõem sobre a necessidade de tipificação do delito.

⁶⁰UNITED NATIONS. *International Anti-Corruption Day*. 9 Dec. Disponível em: <<http://www.un.org/en/events/anticorruptionday/>>.

⁶¹GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 246; ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 99, p. 96, 2009.

⁶²PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 16. No mesmo sentido, veja-se: TIEDEMANN, Klaus. Frode, corruzione e armonizzazione giuridica in Europa. In: *Rivista di Diritto Penale dell'Economia*, Padova, v. 20, n. 1/2, p. 94, gen./giug. 2007; DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español? In: Díez Ripollés, J. L.; Romeo Casabona, C. M.; Gracia Martín, L.; Higuera Guimerá, J. F. (Eds.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Dr. Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.p. 257; CREMADES, Bernardo. Corrupción y arbitraje de inversión, cit., p. 127; ARGANDOÑA, Antonio. op. cit., p. 2; DE LA CUESTA, José Luis. Iniciativas internacionales contra la corrupción, cit., p. 10.

nacional, ou apresentasse condição jurídica a essa equiparada. Preceitua GÓMEZ DE LA TORRE, de há muito constata-se a imprescindibilidade da punição do exercício do poder público em benefício próprio, prática tão antiga quanto a própria vida social⁶³.

Tratando desse tópico, HUBER⁶⁴ esclarece que até tempos recentes a luta contra a corrupção era limitada às hipóteses nas quais estava em questão a atuação de funcionários públicos nacionais, situação colocada em trabalhos de outros estudiosos do assunto. Assim, para BLANCO CORDERO⁶⁵, FOFFANI⁶⁶, SEMINARA⁶⁷, OTERO GONZÁLEZ⁶⁸, ZANNOTTI⁶⁹ e CARBAJO CASCÓN⁷⁰, a clássica aceção do fenómeno da corrupção está associada ao exercício desviado, desleal ou pervertido de poderes públicos por aqueles que os detêm, com a finalidade de satisfação de interesses privados.

Em aprofundada abordagem da evolução histórica da corrupção, OLIVEIRA⁷¹, após analisar o tratamento jurídico dispensado ao fenómeno em diversas civilizações conhecidas, desde aquela que instituiu o Código de Hamurabi até as hodiernas, enfatiza que o “*micróbio da corrupção*” seria imanente à natureza humana, que o traria dentro de si. Fazendo alusão à gravidade do fenómeno no âmbito do exercício de funções públicas, adverte o estudioso que, “*desde que o mundo é mundo*”, travam-se intensos duelos para combatê-lo. Contudo, por ser “*própria do homem*”, a corrupção:

(...) resiste às leis, às formas de Estado e de governo, aos regimes políticos, aos sistemas sociais. Está presente nas repúblicas, nas monarquias, nas aristocracias e até nas teocracias; apodrece os regimes anárquicos, os liberais, os socialistas e todos os outros imagináveis. Nem

⁶³GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, cit., p. 9.

⁶⁴HUBER, 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.

⁶⁵DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 43.

⁶⁶FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 81.

⁶⁷SEMINARA, Sergio. op. cit., p. 271.

⁶⁸OTERO GONZÁLEZ, Pilar. op. cit., p. 175.

⁶⁹ZANNOTTI, Roberto. La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento: riflessioni su un dibattito in corso. *L'Indice Penale*, Padova, v. 8, n. 2, p. 533, mag./ago. 2005.

⁷⁰CARBAJO 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 (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004. p. 127.

⁷¹OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*, cit., p. 3. No mesmo sentido, veja-se: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, p. 76; PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. v. 3, p. 469.

o Império Romano lhe escapou (...). Fênix, ela renasce das próprias cinzas e faz crer que existirá enquanto o homem existir (...).

Necessário sublinhar que, nos tempos atuais, a corrupção de funcionários públicos tem sido objeto de disciplina por diversos tratados internacionais e documentos supranacionais de criação de Direito, tendo ficado relegadas, por longo período, outras modalidades de comportamento também representativas do fenômeno corruptivo. A bem da verdade, não existia interesse político na intervenção em *pactos sceleris* surgidos em outras dimensões da vida social, principalmente, porque na era da globalização alcançou-se o apogeu da corrupção clássica⁷².

Desse modo, é possível concluir que as sociedades organizadas têm externado grande preocupação⁷³ com o fenômeno da corrupção pública, mediante a criação de preceitos punitivos, desde épocas distantes no passado, e, atualmente, também com a celebração de tratados internacionais, cujo escopo é garantir que os poderes estatais sejam exercidos de forma escorreita por aqueles a quem são outorgados.

Outra não é a situação verificada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro⁷⁴, o qual contempla preceitos incriminadores que abarcam os clássicos atos de corrupção perpetrados por agentes da Administração Pública. Destaque-se que em nosso sistema jurídico-penal a punição da corrupção apenas é admitida nas hipóteses em que vinculada a

⁷²PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 13.

⁷³É interessante mencionar que se hoje não há mais questionamentos relativos aos efeitos deletérios provocados pelo fenômeno abordado, em alguns momentos históricos, estudiosos de economia defenderam a ideia de que a corrupção no setor público poderia ser importante instrumento de aumento da eficiência alocativa de recursos financeiros. Assim, no passado, apontam alguns autores, considerou-se que “*el pago de sobornos constituye un instrumento útil para agilizar los mecanismos de actuación del Estado*” (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas*, cit., p. 10). Ademais, “*some economists in the 1970s claimed that certain types of corruption could actually be beneficial to society*” (WOUTERS, Jan; RYNGAERT, Cedric; CLOOTS, Ann Sofie. op. cit., p. 6) e que ela teria a capacidade de diminuir a “*burocracia administrativa e facilitaría o bom funcionamento dos mercados*” (PAGOTTO, Leopoldo. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil*. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 25). Também sobre o assunto, veja-se: MURIAL PATINO, María Victoria. op. cit., p. 32.

⁷⁴Importante frisar, nesse aspecto, que o Brasil ostenta alto nível de corrupção de agentes públicos. Segundo dados da Organização Não-Governamental Transparência Internacional, o Brasil ocupou o 72º lugar no Índice de Percepção da Corrupção 2013, situação que evidencia as grandes repercussões negativas geradas pelo fenômeno em nosso ambiente social. (THE 2013 CORRUPTION perceptions index measures the perceived levels of public sector corruption in 177 countries and territories. Disponível em: <<http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>>).

agentes do setor público⁷⁵, erigindo-se a higidez da Administração Pública e todos os princípios que a regem ao posto de objetos centrais de proteção⁷⁶.

E assim é desde o princípio do período colonial⁷⁷, no qual vigiam, em nosso território, as Ordenações Filipinas, no bojo das quais eram reprimidas, no Livro V, a corrupção passiva e a corrupção ativa dos agentes da Coroa que recebessem serviços ou peitas para atuar em desconformidade com os poderes que lhes eram atribuídos⁷⁸.

Com o advento do Código Criminal do Império, em 1830⁷⁹, e, posteriormente, do Código de 1890⁸⁰, manteve-se a incriminação da corrupção tão somente nas hipóteses em que havia a participação de agentes públicos. Em *Manual do Código Penal Brasileiro – Estudos Syntheticos e Praticos*, PERDIGÃO⁸¹ esclarece que no Brasil os atos de corrupção apenas assumiam relevância penal quando praticados por empregado público. *Contrario sensu*, se perpetrados por quem não ostentasse essa condição especial, inexistiria a configuração da tipicidade delitiva.

A tradição de reprimir a corrupção de agentes públicos nacionais⁸² foi acolhida por nosso vigente Código Penal, promulgado no ano de 1940, no qual estão delineados, em capítulo próprio, os “*crimes contra a Administração Pública*”. Preveem-se, de forma expressa, nos artigos 317⁸³ e 333⁸⁴, respectivamente, os *nomen iuris* de corrupção passiva e

⁷⁵REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 241.

⁷⁶SEMINARA, Sergio. Gli interessi tutelati nei reati di corruzione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 36, n. 3, p. 959, Lug./sett. 1993: “(...) *l’interesse tutelato dai reati di corruzione viene alternativamente o congiuntamente riferito alla violazione di un dovere di non venilità da parte dei pubblici funzionari ovvero ai principi di buon andamento e imparzialità della pubblica Amministrazione*”.

⁷⁷Os atos de corrupção de agentes públicos estão disseminados no território brasileiro, desde os primeiros anos do período colonial. Estimulada pelo sistema de capitánias hereditárias, que fomentava a confusão entre o público e o privado, a corrupção teve presença importante em diversos episódios de nossa formação histórico-cultural. Acerca do assunto, é fundamental o estudo de artigo elaborado por LOBO DA COSTA, que detalha casos emblemáticos de corrupção pública havidos nos tempos da colônia brasileira: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial*. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. Também sobre o assunto: LEVIANU, Roberto. *Controle penal da corrupção*. 2004. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 12.

⁷⁸PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., v. 3, p. 470; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed., v. 5, p. 76.

⁷⁹As hipóteses de corrupção estavam previstas no Título V, segunda parte, do Código Criminal do Império, que sancionava, em seus artigos 130 e 131, respectivamente, os crimes de peita e suborno.

⁸⁰No Código Penal da República, as condutas corruptivas eram tipificadas no Livro Segundo, Título V, Seção III, na qual estavam inseridos os artigos 214 a 219, que tratavam da peita e do suborno.

⁸¹PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques. *Manual do Código Penal brasileiro: estudos syntheticos e praticos*. Rio de Janeiro: D.L. Garnier, 1882. t. 1, p. 365.

⁸²OLIVEIRA, Edmundo. op. cit., p. 35.

⁸³Artigo 317: “*Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa*”.

⁸⁴Artigo 333: “*Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa*”.

de corrupção ativa, que se perfazem somente nas situações em que haja o envolvimento de funcionários públicos ou de agentes a eles equiparados⁸⁵.

Punem-se, por conseguinte, agentes do Poder Público que recebem, solicitam ou aceitam vantagens indevidas, para atuar, no exercício de suas atribuições, de forma a contemplar os interesses do corruptor, também passível de sofrer reprimenda criminal. Afinal, a atuação desviada do *intraneus*, em descompasso com os poderes nela envolvidos e conferidos ao agente estatal, tem o condão de gerar severos prejuízos ao regular funcionamento da Administração Pública.

De se destacar que acompanhando a tendência de criação de tipos penais orientados ao combate a novas modalidades de corrupção, e em observância à Convenção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais⁸⁶, o Brasil promulgou a Lei Federal nº 10.467/2002, que introduziu em nosso diploma repressivo os artigos 337-B e 337-C, nos quais foram contempladas as figuras delitivas da corrupção ativa e do tráfico de influência em transação comercial internacional⁸⁷.

Em que pese, atualmente, também *pactos sceleris* celebrados no exterior possam ser sancionados com base nos dispositivos incriminadores incorporados ao nosso sistema jurídico-penal, não houve alterações no que diz respeito à circunstância de que a prática de ato de corrupção deva estar atrelada à atuação desviada de funcionários públicos, os quais, no caso dos noveis tipos penais, devem ser estrangeiros, consoante delinea o artigo 337-D⁸⁸ do Código Penal.

Feitas essas considerações, percebe-se que ainda hoje é mantida no Brasil a tradição de que atos de corrupção somente sejam sancionados nas hipóteses em que eles tiverem

⁸⁵A definição legal de funcionário público está prevista no artigo 327 do Código Penal, *in verbis*: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. §1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

⁸⁶O tratado internacional apontado foi firmado pelo Brasil, em 17 de dezembro de 1997, e ratificado pelo Congresso Nacional, por intermédio do Decreto Legislativo 125, de 14 de junho de 2000.

⁸⁷PAGOTTO, Leopoldo. op. cit., p. 31: “Como parte dos compromissos assumidos na Convenção, em 11 de junho de 2002, foi editada a Lei nº 10.467, incluindo-se o Capítulo II-A ao Código Penal, que tipifica os Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira”.

⁸⁸Artigo 337-D: “Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais”.

relação com a ação de sujeitos atuantes em cargos e funções públicas. Antes sancionadas apenas as hipóteses de *pactos sceleris* que envolvessem funcionários públicos nacionais, a partir do advento da Lei Federal nº 10.467/2002, passaram a ser tipificados os atos de corrupção ativa praticados com a finalidade de influenciar a atuação de agentes públicos de outros países.

Destarte, nota comum aos tipos penais que tratam da corrupção em nosso sistema normativo, como sói acontecer na maior parte das demais nações civilizadas, é a relação entre a prática de atos de corrupção e a atuação de sujeito vinculado ao Poder Público, nacional ou estrangeiro, inexistindo, por ora, a possibilidade de punição da corrupção entre particulares, tema central de análise no presente estudo monográfico.

1.3. A corrupção como fenômeno relacionado a atos de abuso de poder no setor privado

Malgrado o fenômeno da corrupção, historicamente, esteja associado à prática de comportamentos desviados por parte de agentes do poder público⁸⁹, de há muito se constata que, no âmbito restrito de relações entre particulares, também é recorrente a celebração de *pactos sceleris*⁹⁰. Valendo-nos dos ensinamentos de ARROYO ZAPATERO, temos que a corrupção no setor privado, apenas nos últimos decênios observada com a proximidade merecida por doutrinadores e legisladores de toda parte⁹¹, é caracterizada por comportamentos que sempre foram praticados na sociedade. Afinal, parafraseando o

⁸⁹FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 81: “*Hablar de corrupción en el sector privado tiene (...) un sonido raro para (...) juristas crecidos en ordenamientos jurídicos que (...) conocen en sus sistema penal solo un esquema tradicional de corrupción (...)*”.

⁹⁰Em estudo sobre o fenômeno da corrupção, HUBER esclarece que a sua prática não é adstrita ao ambiente da administração pública. Pelo contrário, hipóteses de *pactos sceleris* ocorrem em inúmeras situações nas quais atuam apenas agentes do setor privado. Aponta-se que nas atividades empresariais, esportivas, acadêmicas e médicas, por exemplo, é comum a prática de atos de corrupção (HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale, cit., p. 32). Também nesse sentido, KINDHÄUSER observa que não há “*ningún espacio libre de corrupción*”, e que “*la economía privada no es menos proclive a la corrupción que la Administración estatal (...)*” (KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán, cit., p. 2).

⁹¹ARGANDOÑA, Antonio. op. cit., p. 1: “*In contrast, private to private corruption has been much less studied and only recently has started to receive special attention*”.

professor espanhol, os eventos modernos representam, no mais das vezes, meras variações de fenômenos do passado⁹².

Frise-se que algumas nações europeias, muitos anos antes do florescimento da preocupação internacional⁹³ com as hipóteses de corrupção entre particulares, 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. Diz-se, por conseguinte, existir forte tradição⁹⁴ de repressão à corrupção privada em países como a Inglaterra, Alemanha e França, que, ainda em princípios do século XX, tipificaram o delito, respectivamente, nos anos de 1906, 1909 e 1919; também assim na Holanda, Suécia e Áustria, que o incorporaram à ordem jurídica em 1967, 1978 e 1984⁹⁵.

Descontroi-se, destarte, a equivocada percepção de que a corrupção no setor privado é fenômeno que aparece apenas em tempos hodiernos. Com efeito, voltando-se aos anos inaugurais do século XX, percebe-se que a celebração de *pactos sceleris* entre particulares não só era recorrente, como já recebia disciplina jurídico-penal na Inglaterra, a partir de onde foi disseminada para diversos países europeus⁹⁶.

Apesar de raros os sistemas jurídicos que antes do início dos anos 90 tipificavam o delito de corrupção no setor privado de forma específica, é preciso mencionar que diversas normas incriminadoras foram incorporadas paulatinamente aos sistemas penais nacionais, com o escopo de coibir modalidades de condutas, ainda que de forma tangencial, representativas do fenômeno estudado.

Embora inexistente, em regra, expressa previsão legal que coibisse os atos de corrupção na esfera privada, passou-se a sancionar o fenômeno, por intermédio da

⁹²ARROYO ZAPATERO, Luis. La armonización internacional del derecho penal. In: CONGRESSO INTERNACIONAL: POLÍTICA CRIMINAL EN LA ERA DE LA DECLARACIÓN DEL MILENIO DE LAS NACIONES UNIDAS, 16. 2012, México. *Cahiers de Defense Sociale*. Cuenca: UCLM, 2012. p. 45.

⁹³ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 100.

⁹⁴DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 44.

⁹⁵SULLIVAN, Robert. La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra, cit., p. 143-144; REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 241; FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 82; HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, cit., p. 49; FLORE, Daniel. *L'incrimination de la corruption: les nouveaux instruments internationaux*. la nouvelle loi belge du 10 février 1999, cit., p. 86.

⁹⁶DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 258.

aplicação de outros tipos penais, com os quais ele guardava alguma relação⁹⁷. Extrai-se disso que a corrupção privada, em nações que não lhe atribuíam tipo penal específico, era sancionada por normas penais esparsas, que a abarcavam de maneira parcial.

Nesse diapasão, são dignos de nota, a título exemplificativo, porquanto caracterizados pela existência da celebração de *pactos sceleris* entre particulares, 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 farmacêuticas em processos de aquisição de mercadorias⁹⁸.

Ressalte-se, outrossim, que a carência de dispositivos legais que coibissem especificamente o fenômeno da corrupção na esfera privada, fez com que, no julgamento de alguns casos concretos, o conceito de corrupção pública fosse alargado para abarcá-lo, com violação do postulado da legalidade. Na Itália, por exemplo, no julgamento dos célebres escândalos *tangentopoli* e *Mani Pulite*⁹⁹, revelou-se no início dos anos 90, aplicou-se o dispositivo legal que previa a corrupção de funcionários públicos a situações fáticas de pactos ilegais celebrados apenas entre particulares¹⁰⁰.

Dessas considerações iniciais, conclui-se que era – e, veremos, ainda é – assistemática a disciplina jurídica dos atos de corrupção privada mundo afora. Enquanto certas nações sequer os tipificavam de forma específica, nos países onde isso acontecia, variavam de maneira significativa os elementos caracterizadores da tipicidade delitiva. Por isso, fala-se na existência de variados modelos de repressão ao fenômeno, destacando-se, no que diz respeito ao objeto jurídico tutelado, três deles.

No primeiro, presente no Código Penal alemão (StGB), a construção dos elementos típicos orienta-se à proteção da concorrência (publicístico); no segundo modelo, cujas origens estão assentadas no direito francês, são a lealdade e a fidelidade nas relações

⁹⁷JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. op. cit., p. 334.

⁹⁸Analisando o direito positivo italiano, SPENA assevera que, não obstante, no passado, inexistente o tipo penal específico de corrupção privada, havia hipóteses legais “*incriminatrici di specifiche ipotesi di corruzione in ambito privatistico*” (SPENA, Alessandro. op. cit., p. 806). Também nesse sentido, ACQUAROLI e FOFFANI fazem expressa menção a delitos, previstos na ordem jurídica italiana, que se consubstanciariam em “*forme di manifestazione della corruzione nel settore privato*”, dentre os quais estariam: “*trufa*”, “*appropriazione indebita*”, “*turbata libertà degli incati e della astensione dagli incati*”, “*corruzione (...) farmaceutici*”, “*corruzione (...) nel concordato fallimentare*”, “*compensi illegali corrisposti dalle società assoggettate a revisione*” e, por derradeiro, “*corruzione (...) di competizioni sportive*” (ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. La corruzione tra privati: note introduttive sull’esperienza italiana, cit., p. 9 e ss.).

⁹⁹PAGLIARO, Antonio. op. cit., p. 1109.

¹⁰⁰ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. op. cit., p. 4.

particulares os objetos centrais de salvaguarda pela norma jurídica incriminadora (privatístico); e, no último, erigido, por exemplo, no Direito Penal italiano, centra-se o desvalor dos comportamentos proscritos na lesão concreta ao patrimônio empresarial (privatístico)¹⁰¹.

É clara, portanto, a heterogeneidade no tratamento da corrupção no setor privado no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais, circunstância que não passou despercebida nas reflexões doutrinárias relativas à questão¹⁰², pois as diferenças na disciplina jurídica do fenômeno trazem relevantes impactos na estruturação dos tipos penais correspondentes¹⁰³. Ao tratar das repercussões concretas da variedade de soluções de posituação dos *pactos sceleris* privados¹⁰⁴, FOFFANI¹⁰⁵ pontifica que:

(...) a la hora de concretar este concepto político-criminal de intervención en la actividad económica privada, los modelos seguidos en cada país son extremadamente varios y heterogéneos: van desde un modelo radical y omnicomprendivo de corrupción como delito común, que hace desaparecer cualquier diferencia de regulación entre sujetos públicos y privados (Suecia), a un modelo de cuño ius-liberal en el que el desvalor de la corrupción privada reside en la violación de las reglas de la relación de trabajo subordinado (Francia); a un modelo orientado a la protección de la competencia, que ve en la corrupción un factor de alteración en la lealtad de la competencia económica (Alemania); a un modelo finalmente de tipo patrimonialista, que castiga la corrupción privada como lesión de la relación de lealtad patrimonial entre mandatario y mandante (Austria).

Nesse contexto, com o escopo de promover a harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais, e, por ricochete, aumentar a eficiência na repressão ao fenômeno da

¹⁰¹No Capítulo IV da presente dissertação, trataremos de cada um desses modelos, expondo suas características, vantagens e desvantagens, sob a óptica político-criminal.

¹⁰²HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale, cit., p. 39; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción, cit., p. 25; NAPOLEONI, Valerio. Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 281; DE LA CUESTA, José Luis. Iniciativas internacionales contra la corrupción, cit., p. 17; FORTI, Gabrio. La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 228; ARGANDOÑA, Antonio. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales, cit., p. 52.

¹⁰³DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 266.

¹⁰⁴MILITELLO, Vincenzo. Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 363.

¹⁰⁵FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 82.

corrupção entre particulares, surgiu, a partir da segunda metade da década de 90, um conjunto de tratados jurídicos especialmente dedicados ao fenômeno¹⁰⁶.

Transpôs-se ao cerne do debate político-criminal¹⁰⁷ a corrupção entre particulares, que foi objeto, na perspectiva comunitária, da Ação Comum de 22 de dezembro de 1998, do Conselho da União Europeia; da Convenção Penal Contra a Corrupção de 27 de janeiro de 1999, oriunda do Conselho da Europa; e da Decisão Marco de 22 de julho de 2003, que substituiu o primeiro texto mencionado. Ademais, organismos de cunho internacional têm engendrado esforços no combate ao fenômeno, destacando-se, dentre eles, a União Africana e a Organização das Nações Unidas (ONU), que, no ano de 2003, criaram Convenções de Combate à Corrupção¹⁰⁸.

Da análise dessa rica plêiade de textos de direito, nota-se o advento de verdadeira internacionalização da preocupação com a prevenção e a repressão da corrupção no setor privado. Em verdade, a confluência de interesses no combate ao fenômeno fez com que a tipificação dos *pactos sceleris* entre particulares passasse a ser obrigatória, eis que imposta à quase totalidade das nações do globo signatárias dos tratados jurídicos acima referidos¹⁰⁹.

Há, por conseguinte, nítida tendência dirigida à tipificação penal da corrupção privada, decorrente de pressão internacional¹¹⁰ e justificada por múltiplos fatores conjunturais, que a colocam em posição de destacada importância político-criminal¹¹¹. Na sociedade atual, impregnada de elementos economicistas e de mercado em todos os setores

¹⁰⁶HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale, cit., p. 33; FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 81; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 24-25; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, cit., p. 18; BLANCO CORDERO, Isidoro. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas. *Diario la Ley*, Madrid, Sección Tribuna, ano 31, n. 7534, p. 9, 23 dez. 2010; DE LA CUESTA, José Luis. Armonización penal en la Unión Europea. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. 1, p. 666.

¹⁰⁷ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. op. cit., p. 1. No mesmo sentido, SPENA afirma que a corrupção no setor privado hoje é “*stata percepita come questione politico-criminale di primara importanza* (SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità político-criminali, cit., p. 827).

¹⁰⁸No Capítulo III da dissertação, faremos minudente análise de cada um dos textos jurídicos –supranacionais e internacionais – que tratam da corrupção no setor privado.

¹⁰⁹GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 164; ARGANDOÑA, Antonio. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales, cit., p. 2.

¹¹⁰DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 277.

¹¹¹TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*: parte general y especial, cit., p. 308.

e âmbitos do corpo social, o fenômeno da corrupção já não pode ser ignorado nas hipóteses em que perpetrado fora do âmbito público.

Surge indisfarçável necessidade de intensificação dos estudos sobre os *pactos sceleris* privados e sobre os caminhos que levem à sistematização de sua punição¹¹². Isso porque a gravidade do fenômeno corruptivo e o aumento das situações em que é verificado¹¹³; a verticalização da globalização, com o aumento da complexidade da dinâmica econômica empresarial; os processos de privatização; a interface entre os *pactos sceleris* relacionados à Administração Pública e aqueles celebrados por particulares; e a ineficiência dos sistemas normativos extrapenais são algumas das razões a recomendar a implementação de política criminal relativa ao assunto.

Nesse diapasão, em primeiro lugar, é preciso mencionar que o incremento nos níveis de preocupação com os *pactos sceleris* no setor privado surge em momento histórico, no qual GILI PASCUAL¹¹⁴ e ROSAS OLIVA¹¹⁵ dizem existir uma verdadeira cruzada internacional para fazer frente à corrupção, tanto nas situações em que há envolvimento de agentes do Poder Público, quanto naquelas hipóteses em que há atuação exclusiva de particulares.

Por conta disso, *explode* o conceito de corrupção, o qual passa a incorporar novas formas e novos sujeitos, em movimento de “*dilatazione al settore privato*”¹¹⁶. Emerge a ideia de que a corrupção deve ser combatida a “*360 grados*”, em todas as suas facetas¹¹⁷,

¹¹²CARBAJO CASCÓN, Fernando. Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión, cit., p. 129.

¹¹³Ao tratar da diversidade de comportamentos em tese consistentes em corrupção privada, ARGADOÑA faz menção, por exemplo, a pagamentos feitos para funcionários de instituições financeiras, para facilitar a disponibilização de créditos; a pagamentos para obter informações secretas sobre operações ou transações comerciais; a pagamentos para obter informações comerciais técnicas; a pagamentos oferecidos para alcançar posição de vantagem competitiva, frente a outros competidores; a pagamentos feitos a superiores hierárquicos, para assegurar ascensão profissional etc.. (ARGANDOÑA, Antonio. Private to private corruption. *IESE Business School* – Universidad de Navarra, Working Paper WP n. 531, p. 6, Navarra, dic. 2003).

¹¹⁴GILI PASCUAL, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007, cit., p. 246.

¹¹⁵ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 96.

¹¹⁶SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano?, cit., p. 272. No mesmo sentido: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, cit., p. 9; PRADO, Luiz Régis. A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional, cit., p. 674; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares, cit., p. 175.

¹¹⁷DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 43-44; CREMADES, Bernardo. Corrupción y arbitraje de inversión, cit., p. 127; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. El delito de cohecho de funcionarios nacionales: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación en el Código Penal español, cit., p. 359; KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán, cit., p. 2.

em suas “*múltiples caras*”¹¹⁸. Os *pactos sceleris* entre privados, em franca expansão¹¹⁹, não obstante atentatórios a outros bens jurídicos, apresentam gravidade, em muitos casos semelhante àquela que marca os tradicionais atos de corrupção perpetrados por agentes públicos.

A corrupção entre particulares é, portanto, considerada fenômeno gerador de muito negativo impacto social¹²⁰, sendo opinião de parte dos estudiosos, inclusive, que ela não está menos disseminada, tampouco é menos danosa do que a corrupção operada na Administração Pública¹²¹. Ao discorrer sobre o assunto, ÁLVARES GARCÍA¹²² enfatiza ser de fundamental importância a questão, na medida em que as decisões empresariais podem ter repercussões que extrapolem o campo de interesses dos indivíduos a ela diretamente vinculados, causando negativos impactos de caráter social.

No mesmo sentido, merecem destaque as lições de ABANTO VÁSQUEZ¹²³, segundo o qual já não se coloca em xeque a gravidade das consequências que podem advir da prática de comportamentos de corrupção no setor privado, fenômeno que produz efeitos difusos¹²⁴, capazes de afetar, dentre outros, os interesses na manutenção de ambiente concorrencial livre e leal, na salvaguarda patrimonial das empresas e no cumprimento de sua função social, bem como na tutela difusa dos consumidores.

Desse modo, em contexto no qual a corrupção, em todas as suas modalidades, é alçada ao posto de mal maior dos tempos hodiernos, gerador de ameaças 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*

¹¹⁸DE LA CUESTA, José Luis. Iniciativas internacionales contra la corrupción, cit., p. 7.

¹¹⁹REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 241.

¹²⁰VENTURA PÜSCHEL, Arturo. Corrupción entre particulares. In: CABEZA OLMEDA, Araceli Manjón; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Orgs.). *Derecho penal español: parte especial (II)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 670; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, cit., p. 21; LOZANO GARCÍA, María Belén. Las debilidades del gobierno corporativo en los casos de corrupción: el papel del Consejo de Administración, cit., p. 42.

¹²¹ARGANDOÑA, Antonio. Private to private corruption cit., p. 2.

¹²²ÁLVARES GARCÍA, Javier. *Derecho penal español: parte especial*, cit., p. 674. No mesmo sentido: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 97, p. 238, jul./ago. 2012.

¹²³ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial*. Madrid: Colex, 2010. p. 169.

¹²⁴Sobre o assunto, GILI PASCUAL afirma que a corrupção entre particulares produz reações em cadeia, responsáveis pelo surgimento de “*efectos perversos que van desde la desincentivación de la innovación tecnológica por parte de las empresas hasta el mencionado encarecimiento de los productos y su pérdida de calidad*” (GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 262).

Estado de Direito”¹²⁵, a constatação de que a celebração de *pactos sceleris* entre particulares tem sido prática diuturna e de cada vez mais perceptível gravidade é uma das razões que os fazem tão caros aos legisladores e aos estudiosos do Direito Penal.

É preciso mencionar também, nesse diapasão, que o fenômeno da globalização, caracterizado, dentre outros fatores, pelo estreitamento das relações econômicas dos agentes atuantes em variadas nações, viabilizado pelo surgimento de novos meios de comunicação, novas tecnologias no transporte de longa distância, e fomentado pela necessidade de suprimento de demandas de mercados cada vez mais complexos, faz com que sejam potencializadas¹²⁶ as consequências da corrupção privada.

Com efeito, a quantidade de negócios celebrados entre conglomerados econômicos com atuação disseminada em mais de um país¹²⁷ tem o condão de fazer com que os efeitos da corrupção privada não sejam percebidos apenas na nação em que ela é praticada, circunstância que faz aumentar o interesse comum na repressão do fenômeno. Na atual conjuntura econômico-social, a possibilidade de transposição de fronteiras existe para pessoas, mas, também, para mercadorias e serviços¹²⁸, do que é possível concluir que a prática de atos de corrupção no setor privado, em operações relacionadas a mais de um país, pode ter repercussões transfronteiriças graves.

Por conseguinte, tal qual verificado com os *pactos sceleris* celebrados por agentes estatais, objeto de repressão mesmo quando o agente público exerce seu *munus* no estrangeiro, em razão da difusão de seus efeitos, a corrupção no setor privado também é problema que pode ser sentido para além dos limites territoriais nacionais¹²⁹. Com a

¹²⁵Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas (ONU) Contra a Corrupção.

¹²⁶FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 82: “(...) considera la corrupción desde un punto de vista económico-criminológico, como un fenómeno patológico agigantado por la globalización (...)”. Também assim, PÉREZ CEPEDA afirma que “en un era de tendencia globalizadora imparable, la preocupación internacional por la corrupción es clara (...), constituyendo uno de los temas estrella dentro de la política criminal internacional” (PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 14). No mesmo sentido: HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale, cit., p. 41.

¹²⁷O grande volume de negócios fomentado pelo fenômeno da globalização tornou possível o surgimento de gigantescos conglomerados empresariais que, em certos casos, dispõem de mais elevado poder econômico do que algumas nações. Essa situação faz ARROYO ZAPATERO afirmar que as empresas constituem “un nuevo soberano con un poder mayor en muchas ocasiones al de los Estados” e nos dá alguma noção da dimensão da gravidade que pode circundar as situações de corrupção no setor privado (ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. Fraude y corrupción en el derecho económico europeo. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-la Mancha, 2006. p. 21).

¹²⁸BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. 1. ed. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 16.

¹²⁹MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. op. cit., p. 359: “Lo que la globalización ha revelado es que lo que siempre se concibió como una práctica interna, y por lo tanto un problema a resolver por cada Estado, ha

internacionalização das relações econômicas, passa-se à consideração de que os acordos ilegais entre particulares são daqueles comportamentos que devem ser regulados de forma concertada pelas nações, notadamente porque a celebração de *pactos sceleris* privados pode gerar graves impactos globais.

Assim adverte GÓMEZ DE LA TORRE¹³⁰:

La internacionalización es uno de los signos de identidad del mundo actual (...). En este nuevo marco, política y económicamente condicionado, hay que aceptar la presencia de conductas que deben ser reguladas para garantizar el mantenimiento de los distintos modelos constitucionalmente contemplados (...). Estos comportamientos llegan a alcanzar una dimensión internacional, por que sus efectos afectan a varios Estados, por la naturaleza internacional del sujeto o sujetos implicados o por la naturaleza misma de la relación económica (...). Muchas de las conductas de corrupción privada son paradigmáticas de esta nueva realidad económica internacionalmente condicionada (...).

Ademais, é interessante mencionar a opinião de REALE JÚNIOR¹³¹, no sentido de que a verticalização do fenômeno da globalização tem como marca secundária o desenvolvimento de postura de individualismo exacerbado, que favorece a prática de atos de desvio no setor privado, aos quais, também por isso, deve ser dispensado tratamento jurídico-penal.

De relevo pontuar que escândalos empresariais de grande dimensão, amplamente divulgados pelos meios de comunicação, com repercussão internacional, nos últimos anos, tiveram como pano de fundo a realização de comportamentos de corrupção entre particulares, mais uma circunstância que demonstra a sua gravidade e a consequente necessidade de que a eles seja dedicada escorreita disciplina normativo-criminal¹³². Afinal, as situações concretas de celebração de *pactos sceleris* privados passam a ser comprovação

desbordado las fronteras de éstos para pasar a ser una actividad transnacional (...)". No mesmo sentido: MURIAL PATINO, María Victoria. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción, cit., p. 29; DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 258; GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 252; HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, cit., p. 41.

¹³⁰GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 163-164.

¹³¹REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 237.

¹³²LOZANO GARCÍA, María Belén. op. cit., p. 41: "*En la actualidad estamos asistiendo a una gran cantidad de escándalos de corrupción relacionados con diferentes tipos de organizaciones: empresas auditoras, consultoras, analistas de valores, empresas industriales y comerciales, etc. (...). El colapso de Enron, la consiguiente caída de Andersen, la actuación de empresas como Merrill Lynch, WorldCom, Gescartera, etc., son claros ejemplos que reflejan importantes escándalos de corrupción empresarial (...)*". No mesmo sentido: BLANCO CORDERO, Isidoro. op. cit., p. 1.

inequívoca de que o fenômeno estudado, se não for devidamente disciplinado, pode gerar severos impactos econômicos¹³³.

Destaquem-se, nesse diapasão, os casos de *pactos sceleris* privados firmados por altos executivos das empresas Lockheed¹³⁴, Enron, Citigroup, Siemens, BMW, Opel, Ikea, Arthur Andersen e Allianz Arena¹³⁵, que assumiram “*dimensioni devastanti*”¹³⁶ e são, de forma reiterada, invocados pela doutrina que propugna necessária a tipificação criminal dos comportamentos que caracterizam a corrupção entre particulares.

A partir da análise dos casos concretos mencionados, ainda, nota-se que em razão da elevada complexidade das atividades empresariais desenvolvidas pelos grupos econômicos neles envolvidos, a distribuição de funções e a delegação de competências são *conditio sine qua non* para a própria existência do negócio. Não existe, na modernidade, a possibilidade de desempenho de atividade empresarial, sem que haja concreta divisão de trabalho, sendo imprescindível a delegação de funções a terceiros¹³⁷.

Destarte, diante da recorrência de hipóteses fáticas, nas quais a confiança que embasa a delegação de atribuições é rompida por comportamentos desviados dos indivíduos detentores de poder, emerge mais uma justificativa para o direcionamento de atenção político-criminal à corrupção no setor privado. 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.

¹³³OTERO GONZÁLEZ, Pilar. op. cit., p. 176; CARBAJO CASCÓN, Fernando. op., cit., p. 130.

¹³⁴O escândalo relativo à empresa de aviação Lockheed é mencionado, de forma expressa, por REQUIÃO, em obra dedicada ao Direito Comercial, na qual se destaca que: “*Um dos problemas mais agudos na administração é a peita ou suborno. Os interesses que as empresas controlam, sobretudo as de grande dimensão, são de tal vulto que é comum o amaciamento de diretores através de presentes ou mesmo de propinas secretas. Escândalos dessa natureza abalaram os Estados Unidos, sobretudo no caso famoso da Lockheed, empresa de aviação, que distribuiu subornos a outras empresas e a membros do corpo político de vários países. Em relação aos administradores a lei vedou-lhes receber de terceiros, sem autorização estatutária, ou da assembleia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal direta ou indireta, em razão do exercício do seu cargo*” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 215).

¹³⁵KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 1; TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 313; ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. *La corruzione tra privati: note introduttive sull’esperienze italiana*, cit., p. 8; ARGANDOÑA, Antonio. *Private to private corruption* cit., p. 3; WOUTERS, Jan; RYNGAERT, Cedric; CLOOTS, Ann Sofie. *The fight against corruption in international law*, cit., p. 74; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. op. cit., p. 169-170.

¹³⁶VOGEL, Joachim. *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l’esperienza Tedesca*. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 77.

¹³⁷Em que pese tenhamos feito referência, ao longo do texto, a escândalos corporativos de grande proporção, relacionados a grandes conglomerados, também em pequenas empresas a delegação de atribuições e competências é fundamental para a consecução de suas finalidades econômicas.

Para sintetizar essa ponderação, valemo-nos dos ensinamentos de BLANCO CORDERO¹³⁸, para o qual a delegação de funções a empregados e dirigentes de instituições que atuam no setor privado é de importância fundamental para a organização e regular desenvolvimento da ordem econômica, decorrendo disso a possibilidade de que se fale na existência de um interesse geral em sua proteção.

A consolidação de processos de privatização de serviços públicos em diversas nações, nos anos finais da década de 90¹³⁹, também é circunstância que teria¹⁴⁰ estimulado o direcionamento de maior atenção ao combate ao fenômeno da corrupção no setor privado¹⁴¹. Isso porque, importantes parcelas da vida, como a garantia de educação, de prestação de serviços de saúde, de transportes e de telecomunicações¹⁴², antes controladas exclusivamente pelo poder público e por seus agentes, passaram a ser administradas, total ou parcialmente, por entes do setor privado.

Fala-se em uma passagem histórica “*dallo Stato-imprenditore allo Stato-regolatore*”, que resultou no afastamento¹⁴³ do Estado da consecução direta de inúmeras atividades de interesse público, a partir de então, jungidas ao controle de entidades do setor privado. Importante mencionar, nesse quadro, que é a denominada privatização material que faz surgir os maiores problemas relativos à disciplina jurídica dos atos de corrupção,

¹³⁸DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 61. No mesmo sentido: BENITO SÁNCHEZ, Demelsa; CERINA, Giorgio Diogo. Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma, cit., p. 83.

¹³⁹Sobre o processo de privatização, MEDAUAR assevera que “*as estatais tiveram grande expansão nas décadas de 60 e 70. Sua atuação, no geral, suscitou vários problemas. Os objetivos de eficiência e agilidade não foram atingidos*”. Assim, com vistas a superar essa incapacidade de gerenciamento estatal de alguns nichos de atividade, surgiu, “*a partir da década de 80, um movimento inverso (...), no sentido de transferir para o setor privado entes estatais ou áreas absorvidas pelo Estado*”. Dentre as ferramentas de que se fez uso, nesse movimento, estava a privatização, consubstanciada na “*transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado*” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 93).

¹⁴⁰Não obstante parte majoritária da doutrina atribua à privatização papel importante no surgimento das preocupações com o fenômeno da corrupção no setor privado, há estudiosos que entendem que tal fator, em certas nações, não tem o relevo propalado. Assim, ao tratar do ordenamento jurídico espanhol, GÓMEZ DE LA TORRE adverte que “*la incorporación al Código penal del delito descrito en el art. 286bis no parece guardar relación con las problemáticas conexas con la privatización o con la huida del Derecho Administrativo*” (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 269).

¹⁴¹HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, cit., p. 42; ARGANDOÑA, Antonio. Private to private corruption cit., p. 3.

¹⁴²PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHEZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 14.

¹⁴³Ao tratar do assunto, de forma mais enfática, NIETO MARTÍN faz menção a verdadeiro esfacelamento do setor público, substituído, em diversos nichos de sua atuação, por entidades do setor privado (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. 126).

uma vez que por meio dela as atividades até então desenvolvidas pelo Estado são, integralmente, entregues nas mãos da iniciativa privada (por exemplo, transporte e telecomunicações), diferentemente do que ocorre na privatização formal ou organizativa, em que a titularidade da função não deixa de ser pública¹⁴⁴.

Sobre o assunto, CARBAJO CASCÓN¹⁴⁵ faz interessante constatação: se mais intensa intervenção pública nos setores econômicos, assumindo a iniciativa da condução de setores estratégicos e, por consequência, criando barreiras e controles para a atuação da iniciativa privada, foi fator que elevou os níveis de corrupção nas economias planificadas, o processo inverso de liberalização, consubstanciado nos recentes processos de privatização verificados nas nações capitalistas, tem feito com que sejam reduzidos os *pactos sceleris* públicos, com vertiginoso aumento dos privados.

Afinal, com a transferência do controle de importantes setores da economia para entidades da esfera privada, passa a ser dela o poder de tomada das mais impactantes decisões econômicas, o que faz com que aumentem as hipóteses nas quais a celebração de acordo de corrupção entre particulares possa produzir grandes riquezas.

Nesse processo, ocorre uma integral realocação da disciplina jurídica de atividades submetidas à privatização material, com o surgimento efetivo de dificuldades na definição de limites entre a esfera pública e a privada¹⁴⁶, falando-se, inclusive, em uma importante zona gris, que eleva a importância das discussões relacionadas à necessidade de tipificação da corrupção no setor privado¹⁴⁷.

Em síntese, com a concretização das privatizações, inúmeras hipóteses fáticas antes subsumíveis às normas incriminadoras que proibiam a celebração de *pactos sceleris* por agentes públicos passam à condição de irrelevantes penais. O recebimento de vantagens indevidas, para a prática de ato funcional desviado, por funcionários de empresas privadas que passaram a deter o controle de setores econômicos estratégicos, não se enquadra nos tradicionais modelos típicos da corrupção, pensados exclusivamente para punir

¹⁴⁴VOGEL, Joachim. op. cit., p. 79.

¹⁴⁵CARBAJO CASCÓN, Fernando. op. cit., p. 130.

¹⁴⁶ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. op. cit., p. 7.

¹⁴⁷NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo, cit., p. 126; FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 83; SULLIVAN, Robert. La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra, cit., p. 164.

comportamentos ilegais perpetrados por servidor do Estado ou por agente a ele equiparado¹⁴⁸.

Verificam-se situações de vácuo legislativo, porquanto não enquadrados juridicamente como agentes públicos ou indivíduos a eles equiparados, condição necessária para a tipificação do tradicional delito de corrupção, os funcionários das empresas privadas que passaram a atuar em certos setores econômicos privatizados gozavam de ampla liberdade para perpetrar comportamentos desviados, como contrapartida para o recebimento de vantagens indevidas¹⁴⁹.

Nesse contexto, a corrupção pública, passível de ser sancionada por normas de caráter punitivo, acabou substituída por *pactos sceleris* atípicos, celebrados apenas por indivíduos atuantes no setor privado¹⁵⁰, não obstante inalteradas a gravidade e as consequências do fenômeno, após a realização do processo privatizador¹⁵¹.

Por conseguinte, mostrar-se-ia necessário¹⁵² que o Estado estendesse o controle penal de atividades econômicas antes controladas pela esfera pública¹⁵³, inclusive mediante a criação de tipo penal que sancionasse a celebração de *pactos sceleris* entre particulares, nos mesmos moldes do que ocorre na administração estatal.

Outra circunstância com frequência aventada para justificar a tipificação da corrupção no setor privado está relacionada à ineficiência de outros ramos do Direito para tratar do fenômeno. Apesar de em certas nações existirem normas de índole extrapenal capazes de frear a celebração de *pactos sceleris* entre particulares, fato é que, na maior parte dos sistemas jurídicos, mostram-se elas insuficientes.

Diante da debilidade da normativa extrapenal para fazer frente à corrupção privada, a utilização do direito repressivo estatal estaria legitimada, na medida em que observados,

¹⁴⁸DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 45.

¹⁴⁹GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 252.

¹⁵⁰ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. op. cit., p. 8.

¹⁵¹ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España, cit., p. 97: “(...) *daño social que puede producirse en Estados donde se han traspasado a empresas privadas la gestión de servicios o labores públicas de primer orden (...) usuarios de tales servicios podrán verse directamente perjudicados si empleados con poder decisorio dentro de las empresas prestadoras de dichos servicios, a la hora de elegir sus empresas proveedoras o subcontratistas, se mueven privilegiando el beneficio propio en desmedro de criterios de calidad y eficiencia*”.

¹⁵²ÁLVARES GARCÍA, Javier. op. cit., p. 674.

¹⁵³GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 166. No mesmo sentido: SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità político-criminali, cit., p. 838; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. op. cit., p. 176.

ao menos *prima facie*, os princípios basilares da *ultima ratio* e da subsidiariedade. É nesse sentido o entendimento esposado por MUÑOZ CONDE¹⁵⁴ e GÓMEZ-JARA DÍEZ¹⁵⁵, afirmando este último, em análise do ordenamento jurídico espanhol, que haveria premente necessidade de que fosse criado preceito legal incriminador voltado à repressão dos atos corruptivos perpetrados por particulares, contra os quais se mostrariam inadequados os instrumentos extrapenais existentes.

Destarte, se por um lado é inconteste que a prática de atos de corrupção entre particulares tem-se apresentado como fenômeno recorrente nos tempos atuais, e, por outro, os esforços para coibi-los mediante normas jurídicas de natureza civil, administrativa ou trabalhista mostram-se insuficientes, há, de fato, justificativa legitimadora da construção de modelos político-criminais de combate a tais condutas.

Entretanto, sob esse aspecto, somente da análise individualizada de cada ordenamento jurídico é que se poderá dizer presente, ou não, a necessidade de utilização do Direito Penal para lidar com os casos de *pactos sceleris* privados. A corroborar o posicionamento que propugna mais eficiente o emprego de mecanismos extrapenais de combate à corrupção privada¹⁵⁶, constata-se que em algumas nações tais mecanismos têm deveras aplicação concreta, geradora de bons resultados¹⁵⁷. Onde isso não ocorre, contudo, a incriminação do fenômeno é medida salutar, devendo ser tipificadas as mais graves¹⁵⁸ situações de desvio de poder entre particulares¹⁵⁹.

¹⁵⁴Em estudo do assunto, no Direito positivo espanhol, MUÑOZ CONDE apresenta entendimento doutrinário baseado na ideia de que as normas administrativas e mercantis relativas à corrupção privada, vigentes naquela nação, são antigas e, por isso, não seriam suficientes para evitar ou reduzir este tipo de conduta (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal*: parte especial. 18. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 529).

¹⁵⁵GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y o administración desleal. *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, p. 233, maio/ago. 2008.

¹⁵⁶VOGEL, Joachim. op. cit., p. 94 e ss.; DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 72.

¹⁵⁷No tópico subsequente, analisaremos os posicionamentos contrários à criminalização da corrupção no setor privado, sendo alguns deles justificados pela possibilidade de que o fenômeno tenha mais eficiente disciplina, mediante a criação de normas jurídicas de índole extrapenal.

¹⁵⁸ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia, cit., p. 140; GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 258.

¹⁵⁹Ressalte-se que em certos mercados o pagamento de vantagens entre particulares, decorrente de pactos indevidos, é admitido e visto como inerente ao próprio negócio. Chega-se a mencionar que o estabelecimento dos valores salariais de funcionários de algumas empresas é feito levando-se em consideração os montantes que eventualmente serão recebidos a título de remuneração por terceiros. Assim, no momento de tipificar a corrupção no setor privado, especial atenção precisa ser dispensada a tais hipóteses, para que situações socialmente adequadas não sejam proscritas pelo Direito Penal. Veja-se, sobre o tema: DOLCINI, Emilio; FRANCESCO, Viganò. Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione. *Diritto Penale Contemporaneo*, Milano, n. 1, p. 17, apr. 2012; SPENA, Alessandro. op. cit., p. 832.

Por fim, a previsão de norma jurídico-penal destinada a coibir as hipóteses de corrupção no setor privado pode ser instrumento importante no incremento da consciência social relativa à gravidade das consequências advindas da celebração de *pactos sceleris*, em qualquer de suas modalidades – entre particulares ou com o envolvimento de funcionários públicos. Com efeito, estruturalmente, tanto em um caso, quanto no outro, a corrupção é caracterizada pelo exercício do poder de forma egoística, de modo a que o corrupto priorize os seus interesses próprios em detrimento do ente em benefício do qual deveria atuar. Diz-se, por isso, metaforicamente, que a corrupção pública e a corrupção privada nada mais são do que as duas faces de única moeda¹⁶⁰, compostas pela mesma substância e perpetradas com idêntica finalidade¹⁶¹.

Nesse cenário, com razão, aponta-se que, desde o momento em que passam a existir situações concretas de corrupção, qualquer que seja a atividade desempenhada pelos sujeitos nelas envolvidos, porquanto a metodologia dos *pactos sceleris* é idêntica, desenvolve-se verdadeiro processo de aprendizagem, com a reiteração das práticas delitivas e sua conseqüente difusão¹⁶²: a corrupção é um “*fenómeno que se autoalimenta desde la perspectiva empresarial*”¹⁶³.

Assim, um sistema jurídico que não contenha dispositivos normativos aptos a coibir os atos de desvio de poder na esfera privada, permitindo a sua disseminação, favorece, em razão dessa interface, de forma indireta, a ocorrência da corrupção de funcionários públicos, pois as práticas ilícitas transitam de um setor ao outro¹⁶⁴, dando ensejo ao surgimento de verdadeiro mercado da corrupção profissional, de economia impulsionada pela transgressão¹⁶⁵.

É inócua, portanto, a busca pela observância de elevados ditames morais e jurídicos na Administração Pública, mediante a criação de preceitos legais incriminadores dos *pactos sceleris* celebrados por seus funcionários, se nada é feito para que na esfera privada

¹⁶⁰GARCÍA MEXÍA, Pablo. *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 49.

¹⁶¹QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Reflexiones marginales sobre la corrupción, cit., p. 21.

¹⁶²PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción, cit., p. 15.

¹⁶³MURIAL PATINO, María Victoria. op. cit., p. 30. No mesmo sentido: QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Reflexiones marginales sobre la corrupción, cit., p. 31.

¹⁶⁴QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español*: parte especial. 6. ed. Barcelona: Atelier, 2010. p. 583.

¹⁶⁵CARBAJO CASCÓN, Fernando. Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión, cit., p. 135.

também seja sancionada essa modalidade de atuação¹⁶⁶. A tipificação da corrupção entre particulares, nessa medida, aprimoraria o senso coletivo quanto aos aspectos negativos do exercício irregular do poder, do que poderia resultar que os interesses individuais¹⁶⁷ fossem suplantados pelos interesses sociais, tanto nas relações privadas, quanto nas públicas.

Encerra-se, com essa consideração, a exposição das razões avocadas para justificar a criação de tipos penais orientados ao sancionamento da corrupção entre particulares, todas elas perceptíveis na atual conjuntura de nosso país.

Afinal, o Brasil é país que está imerso no irrefreável e profundo movimento de globalização; é sede de enormes conglomerados empresariais, cada vez mais atuantes nas disputas econômicas internacionais; tem convivido com graves escândalos corporativos; passou, em meados dos anos 90, por amplo processo privatizador; dispõe de normas extrapenais incapazes de arrefecer as consequências inerentes aos atos de corrupção, em todas as suas modalidades; e, por último, ratificou tratados internacionais que ressaltam a importância de se proibir, por intermédio da previsão de normas incriminadoras, a celebração de *pactos sceleris* entre agentes privados.

Desse modo, *prima facie*, sem desprezar a necessidade de que os atos de corrupção privada sejam objeto, também, de iniciativas de índole preventiva¹⁶⁸, entendemos imprescindível a criação de preceito legal incriminador que trate de maneira adequada, com observância aos princípios basilares do Direito Penal, das hipóteses de corrupção entre particulares. É o que pontifica REALE JÚNIOR¹⁶⁹, para o qual a infidelidade dos agentes do setor privado deve ser objeto de tipificação penal, nas hipóteses de conflito de interesses em que, menosprezando o interesse social e a importância do *principal* com o qual mantêm vinculação, eles optem pelo recebimento de vantagem indevida, para privilegiar anseios escusos próprios e do corruptor.

¹⁶⁶ARGANDOÑA, Antonio. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales, cit., p. 5.

¹⁶⁷MURIAL PATINO, María Victoria. op. cit., p. 30.

¹⁶⁸PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 26: “*La política criminal de la corrupción requiere partir, desde su inicio, de la adopción de medidas fuera del ámbito penal. Al lado de campañas tendentes a una sensibilización cultural y de educación ciudadana en las exigencias debe propiciarse también la censura y reproche en relación con la corrupción. Desde un prisma preventivo resulta igualmente esencial una mayor y más eficaz intervención jurídico-administrativa y civil (mercantil) dirigida al establecimiento de reglas que aseguren un funcionamiento claro y transparente del sector público y privado*”. No mesmo sentido: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, cit., p. 9; LOZANO GARCÍA, María Belén. Las debilidades del gobierno corporativo en los casos de corrupción: el papel del Consejo de Administración, cit., p. 43; QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Reflexiones marginales sobre la corrupción, cit., p. 31.

¹⁶⁹REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 238.

Merecem destaque, na mesma linha, as considerações de CARBAJO CASCÓN¹⁷⁰, que enfatiza a importância do aprimoramento jurídico da repressão aos comportamentos de corrupção entre particulares, que não deve ficar limitada às normas de índole extrapenal. Mostra-se imperiosa a construção de fortes mecanismos de responsabilização dos agentes do setor privado – corrupto e corruptor - que celebrem *pactos sceleris* com propósitos egoísticos, destoantes daqueles que serviram de esteio à formação do vínculo *principal-agente* e contrastantes com a transparência, fundamental para o regular desenvolvimento econômico e social.

Para corroborar esse nosso posicionamento, analisaremos, nos capítulos III e IV, as dificuldades que têm sido enfrentadas pelos organismos supranacionais e internacionais, no tratamento da corrupção privada, bem como pelos legisladores das nações que já dispõem de normas criminais específicas relacionadas à temática, com o escopo de erigir modelo incriminador consentâneo com nossa ordem jurídica e eficiente no combate ao fenômeno estudado.

1.4. As críticas à tipificação do crime de corrupção no setor privado

A preocupação internacional com a corrupção no setor privado¹⁷¹, acompanhada da disseminação de normas jurídico-penais, mundo afora¹⁷², que tipificam a ocorrência de *pactos sceleris* entre particulares, não obstante defendida por parcela importante dos penalistas que se dedicam ao assunto, é criticada por doutrinadores de relevo, para os quais o Direito Penal não tem sido empregado de forma adequada, para fazer frente à repressão do fenômeno.

Enquanto não se coloca em dúvida a importância da incidência de preceitos de índole criminal nas hipóteses de corrupção que envolvem agentes do setor público, inúmeros questionamentos são feitos acerca da necessidade de que o aparato punitivo

¹⁷⁰CARBAJO CASCÓN, Fernando. op. cit., p. 131.

¹⁷¹No Capítulo II da dissertação, abordaremos, de forma detalhada, cada um dos documentos jurídicos internacionais e supranacionais que tratam da corrupção no setor privado. Verificar-se-á que o Conselho da Europa, a União Europeia, a União dos Estados Africanos e a Organização das Nações Unidas (ONU), para exemplificar, previram necessária a criminalização do fenômeno estudado.

¹⁷²Importante destacar que em inúmeras nações têm sido realizadas reformas legislativas, com o escopo de aprimorar a repressão criminal à corrupção no setor privado. No continente europeu, à exceção de Grécia, Malta, Chipre, Romênia e Bulgária (ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 94), todas as demais nações criminalizam os *pactos sceleris* entre particulares e, mesmo naquelas em que o delito faz parte da cultura jurídico-penal, novas disposições estão sendo criadas para combater o fenômeno, conforme analisaremos do Capítulo IV.

estatal recaia sobre a corrupção no setor privado e da efetiva capacidade do *ius puniendi* de coibir tais comportamentos¹⁷³.

Destaca-se, nesse diapasão, a seguinte pergunta, extraída das lições de LUCAS DE LEYSSAC¹⁷⁴, em análise das disposições vigentes no sistema jurídico francês:

Quando delle condotte che presentano elementi propri della corruzione di funzionari pubblici e che il diritto penale punisce in modo legittimo per assicurare la moralizzazione della vita pubblica sono condotte puramente private (...) rientra la loro punizione nell'ultima ratio penale?

Em síntese, ancorados nos princípios basilares da *ultima ratio* e da subsidiariedade do Direito Penal¹⁷⁵, estudiosos resistentes à tendência de criminalização da corrupção entre particulares argumentam que os comportamentos característicos dessa modalidade delitiva, tal como tem sido delineada nas nações que a incorporaram, poderiam ser mais bem disciplinados por outras áreas do Direito – notadamente, pelas searas administrativa, civil e trabalhista.

Merecem destaque, sobre a temática da tipificação da corrupção no setor privado, os apontamentos de GÓMEZ DE LA TORRE, ao tratar dos modelos de política-criminal adotados na Holanda e na Itália. Considera o professor espanhol que por ter-se buscado tão somente a proteção da lealdade e da fidelidade do trabalhador (modelo privatístico), violar-se-ia o princípio basilar da *ultima ratio* do Direito Penal, que, nesse prisma, teria utilização meramente simbólica. Aduz-se que os legisladores de ambas as nações não teriam considerado que dispositivos normativos civis confeririam ao empresário prejudicado a possibilidade de utilização de instrumentos jurídicos menos agressivos, contudo, ainda mais eficazes para a salvaguarda dos seus interesses¹⁷⁶.

¹⁷³ENGLE, Eric. I get by with a little help from my friends? Understanding the U.K. Anti-Bribery Statute, by reference to the OECD Convention and the Foreign Corrupt Practices Act. *The International Lawyer*, American Bar Association, v. 44, p. 1185, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1702470>>: “*Criminalizing commercial bribery is controversial (...)*”.

¹⁷⁴LUCAS DE LEYSSAC, Marie Paule. Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 101.

¹⁷⁵DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 73: “(...) *el Derecho penal no le corresponde reaccionar frente a cualquier ilegalidad, incluso si ésta es muy grave. Al Derecho penal le compete algo diverso: hacer frente a los ataques más graves a aquellos bienes jurídicos dignos (...)*”. No mesmo sentido: REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1, p. 25-26.

¹⁷⁶GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 174.

Também na Alemanha, nação que prevê o delito com vistas à salvaguarda de bem jurídico supraindividual, qual seja, a concorrência (modelo publicístico), o preceito incriminador, no entender de GILI PASCUAL, não seria condizente com os postulados da *ultima ratio* e da subsidiariedade, que devem nortear o Direito Penal¹⁷⁷. Por esse motivo, seria escassa a aplicação concreta dos dispositivos incriminadores que tipificam os comportamentos delitivos.

Na mesma linha, VOGEL¹⁷⁸ considera que o crime de corrupção no tráfico econômico, da forma como está contemplado no §299, Código Penal (StGB), não tem mostrado qualquer relevância prática que justifique a sua existência, razão pela qual é colocado dentre os exemplares do Direito Penal simbólico. Tal circunstância demonstraria a necessidade de reformulação da figura delitiva, uma vez que, apesar de graves os comportamentos que caracterizam a denominada corrupção privada, a sua disciplina criminal não poderia servir de mero artefato simbólico, desconectado das razões político-criminais que justificam a sua previsão.

Os italianos SEMINARA¹⁷⁹, FOFFANI¹⁸⁰ e SPENA¹⁸¹, do mesmo modo, manifestam preocupação com os contornos típicos do crime de corrupção no setor privado, nos sistemas jurídicos das nações europeias, em especial, no artigo 2635 do Código Civil da Itália. Entretanto, dentre os doutrinadores daquele país, o mais enfático crítico ao tratamento criminal das condutas em estudo é CARLETTI¹⁸², professor da Universidade de Bologna. Para ele, criminalizar os *pactos sceleris* entre particulares teria caráter de mero espetáculo, puro simbolismo penal que não traria qualquer resultado prático, sendo, por

¹⁷⁷GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 257 e ss.: “(...) lo que debe considerarse de todo punto censurable, per contraproducente, es la incursión en el terreno del mero Derecho penal simbólico. La experiencia alemana que con prácticamente un siglo de presencia de este tipo penal en su ordenamiento dista de encontrarse entre los países carentes de tradición jurídica al respecto, puede servir de base para alguna reflexión en este terreno (...). Sin embargo, y aunque las conductas de corrupción se consideren, de hecho, especialmente corrosivas y devastadoras para el sistema económico, las sentencias recaídas por ese concepto son apenas testimoniales (...)”.

¹⁷⁸VOGEL, Joachim. op. cit., p. 98.

¹⁷⁹SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano?, cit., p. 279.

¹⁸⁰FOFFANI, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo a un'occasione mancata? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 398: “(...) a fattispecie dell'infedeltà a seguito di dazione o processa di utilità è destinata a priori a vivere un'esistenza puramente simbolica (...)”.

¹⁸¹SPENA, Alessandro. op. cit., p. 834 e ss.

¹⁸²CARLETTI, Elio. La corruzione nel settore privato tra tutela penale e sanzioni civili. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 235 e ss.

consequente, inútil e ineficaz a sua realização no ordenamento jurídico italiano, dotado de substancial plexo de normas civis aplicáveis à matéria.

Na Espanha, da forma idêntica, há estudiosos que entendem despidendo o tratamento jurídico-penal das hipóteses de corrupção no setor privado, seja sob um viés publicístico, com miras à proteção da concorrência, ou sob uma óptica privatística, com foco de proteção orientado aos interesses privados dos agentes econômicos. Argumenta-se que, naquela nação, mecanismos extrapenais previstos no ordenamento jurídico já tratariam, a contento, os *pactos sceleris* travados entre particulares¹⁸³. Ademais, os comportamentos tipificados no artigo 286bis, do Código Penal, não disporiam do grau de lesividade necessário para justificar a sua incriminação¹⁸⁴.

Em consequência dessa situação, o crime de corrupção no setor privado, nos moldes em que é tipificado nesses países, segundo entendimentos dos doutrinadores que o criticam, seria representante por excelência do criticado direito penal simbólico, afastado dos princípios da ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos, que devem nortear a criação e aplicação de preceitos legais incriminadores¹⁸⁵.

É fundamental notar, contudo, que os posicionamentos acima abordados levam em consideração modelos já previstos pelos ordenamentos jurídicos que contemplam a corrupção entre particulares: parte-se de referenciais normativos concretos¹⁸⁶, que precisam, de fato, de análise e perquirição críticas, porque deficientes sob o ponto de vista jurídico-penal¹⁸⁷.

¹⁸³DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 286: “(...) para evitarlo existe ya una normativa extrapenal (...) que hace frente a los ataques”. No mesmo sentido: SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho penal: parte especial*. 16. ed. Madrid: Dykinson, 2010.

¹⁸⁴VIVES ANTÓN, Tomás; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal: parte especial*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 505.

¹⁸⁵ÁLVARES GARCÍA, Javier. *Derecho penal español: parte especial*, cit., p. 674. No mesmo sentido: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 238.

¹⁸⁶Nas conclusões de seu estudo sobre o fenômeno da corrupção privada, SPENA aponta que nenhum dos modelos por ele analisados consegue justificar de maneira suficiente a criminalização dos *pactos sceleris* entre particulares. Tal afirmação, todavia, não impede que novos modelos sejam elaborados, consentâneos com os princípios basilares do Direito Penal (SPENA, Alessandro. op. cit., p. 839).

¹⁸⁷Conforme demonstraremos nos Capítulos seguintes, não identificamos, seja no plano de documentos internacionais, ou no âmbito de ordenamentos jurídicos nacionais estudados, modelo de tipificação do crime de corrupção no setor privado indene a críticas. As opções político-criminais relativas ao bem jurídico protegido e as deficiências verificadas na descrição legal dos comportamentos proibidos tornam justificáveis os questionamentos suscitados pela doutrina, porquanto, efetivamente, não se alcançaram parâmetros de tipificação do delito coerentes entre si e com os postulados fundamentais do Direito Penal.

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 privada¹⁸⁸.

Ademais, a existência, em certas nações, de normas de caráter extrapenal eficazes, aplicáveis às situações de corrupção no setor privado, é razão para que, nelas, seja injustificada a utilização de normas penais que mirem esse mesmo propósito.

É interessante destacar, ainda, que não encontramos posicionamentos doutrinários radicais, que rejeitem, de forma peremptória, em qualquer condição, por princípio, a possibilidade de criminalização da corrupção no setor privado, até porque incontestemente a gravidade do fenômeno e as consequências deletérias que pode produzir. A depender do ordenamento jurídico que está sendo analisado, das normas de caráter extrapenal nele vigentes, do bem jurídico que se busca proteger com a tipificação dos comportamentos e da roupagem típica conferida ao delito, é possível sejam esvaziadas as críticas feitas pelos estudiosos mencionados, repise-se, sempre, apoiadas em sistemas normativos falhos já existentes.

Destarte, malgrado plausível a afirmação de que os modelos típicos em vigor, *prima facie*, não atendam aos dogmas da *ultima ratio* e da subsidiariedade, além de servirem como medida de mero simbolismo penal, entendemos justificável, em nosso sistema jurídico, a partir da adoção de modelo de política-criminal que buscaremos desenvolver na dissertação, tipificar a corrupção no setor privado de maneira adequada aos preceitos fundamentais do Direito Penal¹⁸⁹.

¹⁸⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed., cit., p. 26: “A opção de se valer o legislador do Direito Penal, por seu aspecto simbólico, não se justifica nem mesmo na proteção de valores de patamar constitucional, legitimando-se, muito menos, como instrumento-preferencial para imposição de interesses de menor relevo, como sucede hodiernamente com a denominada administrativização do Direito Penal, ou com a expansão exagerada de figuras de perigo abstrato e de formas culposas, às vezes sem resultado material (...), própria de uma ilusão penal”.

¹⁸⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. op. cit., p. 140.

2. A CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO E O SEU TRATAMENTO NOS ÂMBITOS INTERNACIONAL E SUPRANACIONAL

2.1. As iniciativas internacionais e supranacionais de combate à corrupção no setor privado

A preocupação internacional com o combate ao fenômeno da corrupção teve início no ano de 1977, quando os Estados Unidos criaram o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)¹⁹⁰, instrumento repressivo cujo escopo era penalizar as empresas norte-americanas que praticassem atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros. Àquela altura, o sistema jurídico estadunidense considerava típicos tão somente comportamentos de oferecimento de vantagens indevidas a membros do Poder Público interno, o que conferia, notadamente às empresas multinacionais, ampla liberdade para exercer o seu poder econômico mediante o pagamento de subornos a funcionários públicos das nações onde desempenhavam as suas atividades¹⁹¹.

Com a entrada em vigor do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), contudo, as empresas norte-americanas ficaram em posição de desvantagem competitiva¹⁹² em relação às empresas sediadas em outras nações, nas quais era livre – e, em certos casos, até mesmo, estimulada, por intermédio da concessão de privilégios fiscais¹⁹³ - a corrupção de funcionários públicos estrangeiros.

Esse cenário justificou o surgimento de movimento de pressão internacional, empreendido por importantes conglomerados econômicos dos Estados Unidos, apoiados pelo governo, para que se elaborasse instrumento internacional que fomentasse a criação

¹⁹⁰CREMADES, Bernardo. *Corrupción y arbitraje de inversión*, cit., p. 126: “Una serie de escándalos corporativos implicando el soborno de funcionarios públicos extranjeros, a mediados de los años setenta, motivó la aparición de una nueva máxima en los Estados Unidos según la cual el soborno de funcionarios públicos extranjeros dejaba de ser aceptable. El acontecimiento más importante en la aparición de esta nueva máxima en los Estados Unidos fue la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act.*) de 1977”.

¹⁹¹PRADO, Luiz Régis. A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional, cit., p. 679.

¹⁹²PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 17; ENGLE, Eric. op. cit., p. 1176.

¹⁹³Necessário mencionar que a corrupção de funcionários públicos estrangeiros, enquanto criminalizada pelos Estados Unidos, era estimulada por outras nações, como a França, na qual havia a possibilidade jurídica de que as empresas efetuassem “*deducción fiscal de los sobornos extranjeros*” (CREMADES, Bernardo. op. cit., p. 126).

de preceitos análogos aos existentes no *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) na ordem jurídica dos demais países atuantes no mercado global¹⁹⁴.

A bem da verdade, a preocupação internacional com a repressão do fenômeno da corrupção nasceu 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 de suas concorrentes estrangeiras. A partir de meados dos anos 70, aliados de importante ferramenta comercial, qual seja, a possibilidade de pagamento de vantagens indevidas a funcionários públicos estrangeiros, os agentes econômicos dos Estados Unidos engendraram esforços para que as outras empresas participantes da economia global também suportassem essa limitação¹⁹⁵.

A atuação norte-americana para que a proibição de corrupção de funcionários públicos estrangeiros fosse incorporada ao plexo normativo de outras nações não surtiu resultados concretos imediatos. Entretanto, foi fator fundamental na elaboração, anos depois, da Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), assinada em Paris, aos 17 de dezembro de 1997, em nível global¹⁹⁶, primeiro documento vinculante de combate à corrupção¹⁹⁷.

O limitado escopo de abrangência da Convenção da OCDE, que tratava apenas das hipóteses de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, nos moldes propugnados na *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) americana, deu azo ao surgimento de diversos outros textos de Direito relacionados ao fenômeno, notadamente a partir de meados da

¹⁹⁴HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, cit., p. 41-42: “*Los Estados Unidos de Norteamérica urgieron entonces a una internacionalización de los postulados fundamentales de su propia legislación, sin cuyo reconocimiento mundial y mismo tipo de reglas en otras naciones industrializadas significaría un gran inconveniente de tipo económico para la economía norteamericana*”.

¹⁹⁵GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 164.

¹⁹⁶A Convenção da OCDE foi o primeiro texto internacional de alcance global a tratar do fenômeno da corrupção. Todavia, antes dela, com mais restrita abrangência e escopo limitado à clássica corrupção de funcionários públicos, a Organização dos Estados Americanos (OEA), no ano de 1996, criou a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, iniciativa que, nos dizeres de GÓMEZ DE LA TORRE, “*fue pionera en su género, regulando por primera vez en un único instrumento el tratamiento jurídico contra la corrupción*” (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, cit., p. 22). Também nesse sentido: CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção: transformações e harmonização do direito penal brasileiro – considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, cit., p. 290.

¹⁹⁷PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 17.

última década do século XX, momento de manifesta intensificação da preocupação internacional com a repressão à corrupção¹⁹⁸.

De se destacar que a profusão de textos internacionais e supranacionais dedicados ao fenômeno, em todas as suas modalidades, adquiriu àquela época tamanha proporção, que alguns estudiosos fazem menção à ocorrência de sucessão em cadeia de documentos jurídicos tocantes ao assunto¹⁹⁹; e outros falam na verificação de uma verdadeira cruzada internacional contra a corrupção²⁰⁰.

Tal circunstância é corroborada pelo fato de organismos como a Transparência Internacional, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Câmara Internacional de Comércio, a União Africana, o Conselho da Europa, a União Europeia (UE), a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização das Nações Unidas (ONU)²⁰¹ terem criado documentos que buscavam harmonizar a disciplina sancionatória do fenômeno estudado.

Esse o contexto, era de se esperar que também à corrupção no setor privado fossem dispensados cuidados no plano internacional²⁰², o que, efetivamente, aconteceu, notadamente a partir do segundo quinquênio da década de 1990, com o advento de rica série de documentos supranacionais e internacionais direcionados ao seu combate²⁰³.

Dentre eles, são de fundamental análise²⁰⁴ a Ação Comum da União Europeia, a Convenção Penal Contra a Corrupção do Conselho da Europa, a Decisão Marco

¹⁹⁸HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale, cit., p. 32; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. El delito de cohecho de funcionarios nacionales: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación en el Código Penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 89, p. 360, mar. 2011; ARGANDOÑA, Antonio. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales, cit., p. 17.

¹⁹⁹CREMADES, Bernardo. op. cit., p. 126.

²⁰⁰GILI PASCUAL, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007, cit., p. 246; ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España, cit., p. 96.

²⁰¹BENITO SÁNCHEZ, Demelsa; CERINA, Giorgio Diogo. Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma, cit., p. 62.

²⁰²DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 44.

²⁰³FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 81.

²⁰⁴A necessidade de aprofundamento no estudo do tratamento dispensado à corrupção no setor privado, em cada um dos textos internacionais e supranacionais que tratam do assunto, fica evidenciada ao se perceber a falta de uniformidade das soluções seguidas por uns e por outros, em resposta ao mesmo fenômeno. Assim, para bem decidir sobre modelo de política criminal que pretendemos seja incorporado à nossa sistemática jurídica, imprescindível ter-se conhecimento acurado daqueles já existentes.

2003/568/JAI do Conselho da Europa, a Convenção da União Africana Sobre Corrupção e a Convenção da ONU de Combate à Corrupção, instrumentos que, embora enfrentem dificuldades de implementação²⁰⁵, têm desempenhado papel chave na profusão de normas penais voltadas à disciplina da corrupção entre particulares²⁰⁶.

2.2. Documentos jurídicos europeus de combate à corrupção no setor privado

2.2.1. A Ação Comum 98/742/JAI da União Europeia

O primeiro instrumento jurídico supranacional dedicado ao combate à corrupção no setor privado foi a Ação Comum 98/742/JAI, de 22 de dezembro de 1998²⁰⁷, criada em Bruxelas e adotada pelo Conselho da União Europeia, com base no artigo K.3, parágrafo 2º, alínea b²⁰⁸ do Tratado de Maastricht, segundo o qual os Estados-membros do bloco devem empregar medidas de cooperação em matéria penal, para “*promover a paz, a segurança e o progresso na Europa e no mundo*”.

Antes do advento do referido texto de criação de direito comunitário, o fenômeno da corrupção, no plano europeu, era debatido exclusivamente nas clássicas situações que envolviam agentes do Poder Público²⁰⁹. As previsões existentes na Ação Comum 98/742/JAI, destarte, inauguraram agenda de abrangência internacional de discussões político-criminais sobre a corrupção no setor privado²¹⁰, na qual os Estados signatários tinham “*especial interés*” (Preâmbulo da Ação Comum).

²⁰⁵ Importante mencionar que a doutrina atribuiu as dificuldades na implementação dos diplomas internacionais de combate à corrupção à “*ausencia de estructuras internacionales de aplicación directa eficaces*” e à “*propria diversidad legislativa y de opciones político-criminales en la materia (...)*” (DE LA CUESTA, José Luis. Iniciativas internacionales contra la corrupción, cit., p. 12).

²⁰⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción, cit., p. 26; CREMADES, Bernardo. Corrupción y arbitraje de inversión, cit., p. 126.

²⁰⁷ A entrada em vigor da Ação Comum 98/742/JAI ocorreu em 31 de dezembro de 1998, data em que houve sua publicação no Diário Oficial da União Europeia, conforme disposto em seu artigo 10.

²⁰⁸ Tratado da União Europeia (artigo K.3, parágrafo 2º): “*O Conselho pode: (...)* b) *Adoptar acções comuns, na medida em que os objectivos da União possam ser melhor realizados por meio de uma acção comum que pelos Estados-membros actuando isoladamente, atendendo à dimensão ou aos efeitos da acção prevista (...)*”.

²⁰⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 18: “*Los textos comunitarios hasta ahora reseñados no tuvieron en cuenta la corrupción en el sector privado porque tradicionalmente la corrupción se ha vinculado el ámbito de lo público y no existía la intención de intervenir político-criminalmente en el ámbito económico*”.

²¹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 168: “*El primer instrumento jurídico relacionado con la sanción penal de la corrupción entre particulares elaborado en el marco de la Unión Europea fue la Acción Común de 22.12.1998 (...)*”. No mesmo sentido: HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, cit., p. 44.

Ao tratar do assunto, HUBER afirma que o documento criado no Velho Continente despertou a atenção dos governos dos Estados-membros da União Europeia e de outros países mundo afora para o fenómeno estudado²¹¹, o qual, previa o preâmbulo da Ação Comum, teria o condão de falsear a concorrência, comprometer os princípios de abertura e de liberdade dos mercados, prejudicar o funcionamento do mercado interior, a transparência e a abertura do comércio internacional.

Porquanto os atos de corrupção privada seriam aptos a gerar essas graves consequências, o artigo 8º²¹², da Ação Comum do Conselho da Europa, fixou²¹³ prazo máximo de dois anos, iniciado de sua entrada em vigor, para que os signatários apresentassem propostas de tipificação penal das condutas nela contempladas²¹⁴.

De se destacar, antes da análise dos contornos típicos considerados elementares às figuras delitivas de corrupção privada pelo documento comunitário, que o seu preâmbulo trazia a noção, por conter expressões como “*competencia leal*”, “*principios de apertura y libertad de los mercados*”, “*funcionamiento del mercado*”, “*transparencia y la apertura del comercio internacional*”, de que o bem jurídico objeto de proteção deveria ser a concorrência.

De fato, à primeira vista, é esse o objeto material que deveria orientar a construção das figuras típicas da corrupção no setor privado, que deveriam proibir a celebração de *pactos sceleris* dos quais decorressem ou pudessem decorrer distorções no âmbito concorrencial. Em suma, a finalidade político-criminal do diploma normativo comunitário seria a proteção da concorrência, elementar para a abertura e a liberdade dos mercados²¹⁵.

Estabelecia-se, então, no artigo 2º, parágrafo 1º da Ação Comum 98/742/JAI, que a corrupção passiva no setor privado deveria ser tipificada nos seguintes termos:

²¹¹HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale, cit., p. 35.

²¹²Artigo 8º: “*En un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente Acción común, cada Estado miembro presentará propuestas adecuadas para la aplicación de la presente Acción común (...)*”.

²¹³É necessário ter assentado que as ações comuns, segundo posicionamento doutrinário majoritário, tinham caráter vinculante. Assim, FARALDO CABANA aduz que “*estamos ante una Acción común que establece una obligación de resultado, pues impone a los Estados miembros la obligación de modificar sus legislaciones internas (...)*” (FARALDO CABANA, Patrícia. Hacia un delito de corrupción en el sector privado, cit., p. 67). No mesmo sentido: GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 247.

²¹⁴MILITELLO, Vincenzo. Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario, cit., p. 361.

²¹⁵REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 240. No mesmo sentido: SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali, cit., p. 828; SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?, cit., p. 272.

A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

A delimitação dos sujeitos ativos do crime de corrupção passiva entre particulares era feita no artigo 1º do texto supranacional, segundo o qual o vocábulo “*persona*”, que aparecia na descrição típica, deveria compreender “*cualquier asalariado o cualquier otra persona cuando desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una persona física o jurídica que opere en el sector privado*”. A especificação dos sujeitos do delito evidenciava a existência de crime próprio, passível de ser cometido apenas por quem ostentasse as condições pessoais exigidas²¹⁶.

Nesse aspecto, exurgiam as primeiras fragilidades da redação dada aos dispositivos da Ação Comum 98/742/JAI, porquanto excluídos do rol dos possíveis autores do delito de corrupção passiva os empresários, que também poderiam adotar comportamentos corruptos idôneos a violar a concorrência – bem jurídico que o preâmbulo considerava primacialmente tutelado. Assim, inviabilizada estaria a sua punição, na condição de autores, nos moldes delineados no documento supranacional.

No tocante às condutas proscritas, a corrupção passiva no setor privado era caracterizada pela solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou aceitação de promessa de tal vantagem pelos sujeitos especiais do delito, que, intencionalmente, no bojo de atividades empresariais, praticassem ou omitissem atos em inobservância de obrigações legais ou profissionais que lhes fossem atribuídas.

A nota essencial da corrupção privada passiva, portanto, seria a possibilidade de concretização de acordo ilícito entre o corruptor e o corrupto, este último, movido pela perspectiva de recebimento de vantagem indevida e atuando em “*incumplimiento de las obligaciones*”, situação que se verificaria sempre que adotado “*cualquier comportamiento*”

²¹⁶DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 263: “*Para designar al sujeto activo de la corrupción pasiva (al corrupto) se utiliza el término persona. Sin embargo, este delito no lo puede cometerle cualquiera. El artículo 1 de la Acción Común indentifica este término (...). Estamos, por tanto, ante un delito especial que sólo puede ser cometido por empleados o personas que desempeñen funciones directivas o laborales para una empresa que opere en el sector privado*”. No mesmo sentido: FLORE, Daniel. *L’incrimination de la corruption: les nouveaux instruments internationaux. la nouvelle loi belge du 10 février 1999*, cit., p. 37.

desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales”²¹⁷.

Importante mencionar que a doutrina tem entendido que as obrigações referidas na norma comunitária seriam aquelas que vinculariam o agente ativo do crime de corrupção passiva (corrupto) com o empresário ou órgão dirigente da empresa com a qual ele mantivesse vínculo (*principal*)²¹⁸. Surge, nesse diapasão, mais uma incoerência na redação do texto jurídico, que torna dificultosa a compreensão dos objetivos perseguidos pelo Conselho da União Europeia ao criar a Ação Comum.

Isso porque, se a violação da relação jurídica entre a “*persona*” e o ente ao qual ela é vinculada é elementar à configuração do delito, então, o consentimento do empresário, mesmo nas hipóteses em que os *pactos sceleris* dessem ensejo ao surgimento de violação à concorrência, inviabilizaria a reprimenda estatal. Tratando dessas hipóteses, BLANCO CORDERO²¹⁹ considera que mediante autorização do empregador ficaria o agente livre para adotar os comportamentos proscritos na Ação Comum 98/742/JAI, ainda que atentatórios ao bem jurídico foco de proteção.

Desse modo, a ideia de que a concorrência deveria ser o objeto central de tutela pela norma comunitária – extraída da análise do preâmbulo do documento – não pode ser admitida sem reservas, pois também são protegidos os interesses dos empresários (*principal*) contra eventuais *pactos sceleris* celebrados por seus funcionários (*intraeus*), o que faz indiferentes penais as condutas que não afetem tais interesses, ainda que delas defluam graves distorções nos padrões ordinários de funcionamento de mercados competitivos²²⁰.

Ademais, é preciso analisar a previsão do parágrafo 2º, do artigo 2º da Ação Comum 98/742/JAI, o qual estabelecia que deveriam ser tipificadas como mínimo condutas de corrupção passiva no setor privado que pudessem (perigo abstrato) gerar distorção da concorrência, ao menos no âmbito do mercado comum, e que causassem ou

²¹⁷ Segundo disposição do artigo 1º da Ação Comum 98/742/JAI, a expressão “*incumplimiento de las obligaciones*” deve ser interpretada “*conforme al Derecho nacional (...)*”. Sobre o assunto, veja-se: FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 85.

²¹⁸ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 112.

²¹⁹ DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 263: “*Ahora bien, la norma europea exige de forma expresa que el empleado acepte las ventajas a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones. La referencia al incumplimiento de obligaciones supone que no es punible la concesión de estos premios por ventas cuando el empresario los conoce o autoriza: en estos casos, el empleado no infringe sus deberes y, por tanto, no realiza el tipo penal así descrito*”.

²²⁰ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 112.

pudessem causar (perigo abstrato)²²¹ prejuízos econômicos a terceiros, em razão de adjudicação ou execução irregular de contrato, decorrente do pacto ilícito.

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*²²². Dever-se-ia coibir condutas que fizessem surgir perigo abstrato de violação do bem jurídico concorrência leal, em concomitância²²³, ao menos, com perigo abstrato de ocorrência de prejuízos econômicos a terceiros, mesmo que alheios ao acordo criminoso (empresário, 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.

Sobre o assunto, FARALDO CABANA adverte que, embora com diversos níveis de intensidade, eram salvaguardados pelo texto jurídico os interesses individuais legítimos dos competidores do mercado; a concorrência leal como bem jurídico supraindividual; as pretensões do empresário para o qual trabalhasse o indivíduo destinatário das vantagens indevidas (corrupto) e que dele esperasse atuação leal; além da ordem econômica *lato sensu*, entendida como todo o conjunto de relações jurídicas que englobam a produção, a distribuição e o consumo de bens e serviços²²⁴.

De seu turno, a corrupção ativa no setor privado estava prevista no artigo 3º da Ação Comum 98/742/JAI, e sua “*definición constituye el reverso de la corrupción pasiva*”²²⁵, consoante se extrai do dispositivo transcrito:

²²¹FARALDO CABANA, Patrícia. op. cit., p. 74: “*Es suficiente para ello que la conducta pueda causar perjuicios económicos a los empresarios competidores, esto es, que sus intereses económicos legítimos sean puestos en peligro abstracto*”.

²²²DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 69: “*La lealtà concorrenziale si configura così come un bene giuridico sovraindividuale, ma con un referente individuale: il patrimonio dei terzi. Fra i terzi si incontrano i concorrenti, i consumatori, l'imprenditore, il datore di lavoro, ecc*”.

²²³Segundo ensinamentos de FLORE, ao se elaborar a Ação Comum, buscou-se conciliar as ideias de que a corrupção no setor privado violaria a concorrência e, também, os interesses do empresário. Por conseguinte, criou-se figura típica que somente se perfaz caso verificada a afetação dos dois bens jurídicos, circunstância que em vez de alargar, restringiu as hipóteses de aplicação da norma incriminadora (FLORE, Daniel. op. cit., p. 39).

²²⁴FARALDO CABANA, Patrícia. op. cit., p. 72-73. No mesmo sentido: MILITELLO, Vincenzo. op. cit., p. 361.

²²⁵DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 263.

A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

Tratava-se de delito comum²²⁶, passível de ser praticado por qualquer indivíduo, independentemente de condições pessoais especiais, sendo imposta a criminalização, à luz do disposto no documento europeu, das condutas de prometer, dar ou oferecer, diretamente ou por meio de terceiros, vantagem indevida de qualquer natureza a uma pessoa no exercício de suas atividades empresariais, para que realizasse ou se abstivesse de realizar um ato, em descumprimento de suas obrigações²²⁷.

No que respeita ao termo vantagem indevida utilizado na definição do delito de corrupção em suas duas modalidades, entende-se que ele englobaria qualquer tipo de benefício ilegítimo que tivesse o condão de persuadir o corrupto a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, em descumprimento de suas obrigações. Assim, os acordos que tivessem como base favores sexuais ou a obtenção de vantagens profissionais, por exemplo, desde que aptos a interferir na tomada de decisão do sujeito, estariam compreendidos no âmbito das condutas proibidas²²⁸.

Por fim, é importante mencionar que a Ação Comum 98/742/JAI previa, em seu artigo 4º, fossem sancionadas penalmente apenas as mais graves hipóteses de corrupção no setor privado, reservando-se aos “*casos menos graves (...) sanciones de naturaleza distinta*”. Em todas as hipóteses, porém, as sanções deveriam ser eficazes, proporcionais e dissuasórias, com respeito aos princípios basilares do Direito Penal²²⁹.

Em que pese tenha fomentado as iniciais discussões político-criminais sobre o assunto, o reduzido grau de observância dos termos da Ação Comum 98/742/JAI do

²²⁶DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 55.

²²⁷REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 240.

²²⁸FARALDO CABANA, Patrícia. op. cit., p. 76: “(...) si tiene en cuenta que lo esencial es que lo solicitado o recibido por la persona, o lo que se ofrece, promete o da tenga capacidad persuasiva suficiente para que ésta incumpla sus obligaciones (...). Se incluyen, por tanto, los favores sexuales, los ascensos laborales, las distinciones honoríficas y en general cualquier ventaja o utilidad para la persona, tenga o no naturaleza patrimonial (...). Al utilizarse la expresión ventajas indebidas no quedarían comprendidas en el ámbito de los delitos de corrupción en el sector privado los regalos hechos a las personas de acuerdo con los usos del tráfico o de cortesía (...). En este ámbito ha de atenderse a los principios de insignificancia y de adecuación social (...)”.

²²⁹HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale, cit., p. 35.

Conselho da União Europeia, pelos Poderes Legislativos dos Estados-membros do bloco, que relutavam em criminalizar as condutas de corrupção no setor privado, contribuiu para que no ano de 2003 a aludida norma comunitária, dotada de graves incoerências e debilidades técnicas, fosse revogada e substituída pela Decisão Marco 2003/568/JAI, que tem o mesmo escopo, as mesmas falhas e será analisada adiante²³⁰.

2.2.2. A Convenção Penal sobre a corrupção do Conselho da Europa

O Conselho da Europa é a maior e mais antiga organização²³¹ política integrada por países do Velho Continente e tem como finalidade precípua promover a harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais, com vistas a assegurar mais efetiva proteção²³² dos direitos humanos fundamentais²³³.

No ano de 1994, em Conferência realizada na cidade de Valletta, em Malta, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa dedicou várias de suas reuniões à análise de propostas relativas ao combate à corrupção²³⁴. Chegou-se à conclusão de que a corrupção representaria uma séria ameaça à democracia, às normas jurídicas e à efetivação dos direitos humanos²³⁵, e, por isso, foi criado um Grupo Multidisciplinar em 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 fazê-lo.

A partir de então, o GMC desenvolveu um programa de ação; em novembro de 1997, definiu a necessidade de adoção pelos Estados-membros de vinte diretivas fundamentais para a luta contra a corrupção; e estruturou o *Group of States Against*

²³⁰PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 18: “*La falta de eficacia de este instrumento (varios Estados miembros no habían tipificado delito alguno de corrupción privada en sus Ordenamientos), unida a la evolución de la forma jurídica de las iniciativas comunitarias en el ámbito del tercer pilar, provocó que el Consejo adoptar, pocos años después, la Decisión Marco 2003/568/JAI (...)*”.

²³¹WEBB, Philippa. The United Nations Convention Against Corruption: global achievement or missed opportunity? *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 8, n. 1, p. 198, 2005.

²³²COUNCIL OF EUROPE. Disponível em: <<http://www.coe.int/aboutCoe/index.asp?page=nosObjectifs&l=en>>.

²³³HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, cit., p. 45: “*(...) el alcance del Consejo de Europa es mayor (...). Además, la función del Consejo de Europa se diferencia esencialmente de la de la Unión Europea: juega el rol de un ‘thinktank’ para armonizar el ordenamiento jurídico y para la protección de los Derechos humanos*”.

²³⁴FLORE, Daniel. op. cit., p. 61: “*Les Ministres participant à la 19ème Conférence des Ministres européens de la Justice à La Vallette, les 14 et 15 juin 1994, avaient fixé à leur ordre du jour comme point de discussion central l’action contre la corruption*”.

²³⁵COUNCIL OF EUROPE. *Criminal Law Convention on Corruption* (Explanatory Report). Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/173.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

*Corruption (GRECO)*²³⁶, encarregado de avaliar os ordenamentos jurídicos nacionais. Por fim, redigiu a Convenção Penal Sobre Corrupção²³⁷, subscrita em Estrasburgo, no dia 29 de janeiro de 1999²³⁸, pouco mais de um mês após a criação da Ação Comum 98/742/JAI da União Europeia, já analisada.

Sem estabelecer definição conceitual de corrupção, a Convenção de Estrasburgo parte da premissa, posta em seu preâmbulo, de que ela afeta a democracia, os direitos humanos, prejudica a eficiência governamental, a justiça social, distorce os mercados competitivos, atravanca o desenvolvimento econômico e abala as instituições democráticas em geral.

O texto internacional, nessa esteira, contempla previsões que têm como objetivo promover a harmonização²³⁹ da repressão a comportamentos corruptos²⁴⁰, dentre os quais, prevê de forma expressa, aqueles praticados no setor privado²⁴¹.

Analisando-se o *Explanatory Report* da Convenção Penal Sobre Corrupção, é possível verificar que três são as razões invocadas pelo do Conselho da Europa para justificar a proposta dispositiva de criminalização da corrupção entre particulares. Consta do documento jurídico que:

The reasons for introducing criminal law sanctions for corruption in the private sphere are manifold. First of all, because corruption in the private sphere undermines values like trust, confidence or loyalty, which are necessary for the maintenance and development of social and economic relations (...). Secondly, criminalisation of private sector corruption was necessary to ensure respect for fair competition. Thirdly, it also has to do with the privatisation process.

²³⁶COUNCIL OF EUROPE. *Group of States against corruption (GRECO)*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp>.

²³⁷A Convenção Penal Sobre Corrupção do Conselho da Europa entrou em vigor em 01º de julho de 2002.

²³⁸REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 240; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. El delito de cohecho de funcionarios nacionales: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación en el Código Penal español, cit., p. 362.

²³⁹Diferentemente do que ocorre com a corrupção pública, a tipificação de condutas de corrupção no setor privado não é obrigatória, segundo dispõe a Convenção de Estrasburgo. O seu artigo 37 admite a possibilidade de que os Estados, no momento de assinatura do documento, façam reservas no sentido de estabelecer que tais condutas não sejam objeto de repressão penal.

²⁴⁰A Convenção Penal Sobre Corrupção do Conselho da Europa trata, dentre outros, dos crimes de corrupção de funcionários públicos, corrupção de funcionários públicos estrangeiros, corrupção de funcionários de organizações internacionais, lavagem de dinheiro e corrupção privada.

²⁴¹SPENA, Alessandro. op. cit., p. 814; BLANCO CORDERO, Isidoro. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas, cit., p. 9; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y o administración desleal, cit., p. 227.

Destarte, considera-se que atos de corrupção no setor privado deveriam ser coibidos porque violariam as relações de lealdade e de confiança, essenciais ao desenvolvimento social e econômico; prejudicariam a regularidade de mercados baseados na livre concorrência; e poderiam ser praticados, encerrado o processo de privatizações, no âmbito de empresas prestadoras de serviços públicos elementares (transporte, saúde, saneamento, educação, telecomunicações etc.). Haveria, por conseguinte, interesses individuais e interesses supraindividuais abarcados por norma jurídica que criminalizasse comportamentos de corrupção entre particulares²⁴².

Ao delinear os contornos típicos do delito, o texto internacional buscou limitar o seu âmbito de incidência às hipóteses fáticas nas quais os atos de corrupção entre particulares ocorressem no cerne de atividades empresariais com finalidade lucrativa. De forma proposital, esclarece o *Explanatory Report*, foram postos à *latere* os atos de desvio de poder praticados por pessoas físicas ou jurídicas que não atuassem com finalidade de obtenção de lucros. Tal escolha, que não impede a ampliação da abrangência típica da figura delitiva, pelos países signatários, foi feita com base na ideia de que o domínio das atividades empresariais voltadas aos ganhos econômicos é o mais vulnerável à prática de crimes de corrupção no setor privado²⁴³.

Consideradas essas premissas, no artigo 7º da Convenção de Estrasburgo estatuiu-se deva ser considerada pelos Estados-partes a possibilidade de criminalização da corrupção ativa no setor privado, nos moldes abaixo colocados:

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.

No que toca aos comportamentos proscritos, a corrupção ativa deveria ser caracterizada pela promessa, oferta ou doação intencional²⁴⁴, direta ou indireta, de vantagem indevida, para qualquer indivíduo que trabalhasse para uma empresa do setor

²⁴²DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 62.

²⁴³FLORE, Daniel. op. cit., p. 67; MILITELLO, Vincenzo. op. cit., p. 366.

²⁴⁴DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 48.

privado, com a finalidade de que houvesse atuação profissional em desconformidade com as obrigações do sujeito corrompido.

Questão de destaque no tratamento dispensado ao crime de corrupção no setor privado pela Convenção do Conselho da Europa está relacionada aos possíveis destinatários da vantagem indevida, que, em geral, são os agentes ativos do delito em sua modalidade passiva. O texto jurídico, nesse ponto, traz previsão ampla, que abarca, além de indivíduos que mantêm vínculos empregatícios com entes do setor privado (empregador-empregado), também aqueles que não os mantêm, mas prestam serviços em regime não permanente, tais como advogados e auditores externos²⁴⁵.

O rol de pessoas que podem figurar como agentes ativos da modalidade passiva do delito estudado é extenso, estando nele inseridos não apenas trabalhadores regularmente atrelados a uma determinada pessoa jurídica, mas, de igual modo, os diretores, os membros do Conselho de Administração, os sócios, os advogados, os agentes externos que tratam de relações públicas, os assessores e quaisquer outros indivíduos com os quais exista uma relação pautada nos interesses do *principal*²⁴⁶.

Ficam alargadas, pois, as hipóteses fáticas subsumíveis ao delito de corrupção privada, passível de se configurar, nos termos delineados pelo Conselho da Europa, sempre que houver oferecimento de vantagem indevida a indivíduo – empregado ou não – que realize atividades de qualquer sorte, para entidades do setor privado dedicadas à auferição de lucros.

A vantagem indevida, elemento normativo do tipo de delito, poderia ser de qualquer natureza²⁴⁷ e deveria ser oferecida pelo agente do crime de corrupção ativa com a específica finalidade de fazer com que o corrupto adotasse comportamentos contrastantes

²⁴⁵COUNCIL OF EUROPE. *Criminal Law Convention on Corruption* (Explanatory Report). Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/173.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2013: “*This provisions prohibits bribing any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities. Against, this a sweeping notion to be interpreted broadly as it covers the employer-employee relationship but also other types of relationship such as partners, lawyer and client and others which there is no contract of employment*”.

²⁴⁶HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, cit., p. 50; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 249.

²⁴⁷A doutrina entende que a vantagem indevida não precisa ter natureza pecuniária. Segundo aponta BLANCO CORDERO, “*lo importante es que el corrupto (o un tercero, por ejemplo, su pariente) vea mejorar indebidamente su posición en relación a la que ostentaba con anterioridad a la infracción. Las ventajas indebidas pueden revestir diversas formas: dinero, vacaciones, préstamos de dinero, regalos de comida y bebidas, mejora de las perspectivas profesionales etc.*” (DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 260).

com as suas obrigações. Recorrendo ao *Explanatory Report*, é possível notar que as obrigações em referência seriam aquelas que o corrupto teria em relação ao agente do setor privado para o qual prestasse serviços. Afirma-se que “*the employee, the agent, the lawyer is expected to perform his functions in accordance with this contract, which will include, expressly or implicitly, a general obligation of loyalty towards his principal, a general obligation not to act to the detriment of his interests*”.

Identifica-se, a partir desse elemento típico, o efetivo bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção no setor privado, nos moldes propugnados pela Convenção de Estrasburgo. Ao condicionar a ocorrência do delito à violação das obrigações do corrupto frente ao seu principal, deixa-se transparecer que o real objeto de proteção da norma é a confiança e a lealdade necessárias à subsistência das relações privadas²⁴⁸, conforme nos ensinam de GÓMEZ DE LA TORRE²⁴⁹, TIEDEMANN²⁵⁰ e FLORE²⁵¹.

Em razão disso, considera-se que a Convenção adota um modelo privado de corrupção entre particulares e, por conseguinte, o recebimento de vantagens indevidas pelo corrupto, com o consentimento do empresário, não seria passível de punição, mesmo que outros bens jurídicos, tais como a concorrência, fossem afetados pelo comportamento mencionado. Inexistente a infração de deveres, essencial nos moldes estabelecidos pelo texto normativo para a configuração delitiva, dever-se-ia reputar irrelevante penal o *pacto sceleris* autorizado, feito às claras²⁵².

Pode-se concluir, portanto, que a confiança existente nas relações empresariais seria o foco de proteção do delito de corrupção no setor privado, o que é evidenciado pelo fato de que o recebimento de vantagem indevida, autorizada pelo principal, não deveria ensejar responsabilização criminal.

De seu turno, as condutas de corrupção passiva no setor privado estão contempladas no artigo 8º da Convenção de Estrasburgo, e têm definição que representa reflexo especular dos comportamentos da modalidade ativa do delito:

²⁴⁸ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana, cit., p. 28.

²⁴⁹GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 165.

²⁵⁰TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*: parte general y especial, cit., p. 316.

²⁵¹FLORE, Daniel. op. cit., p. 13.

²⁵²DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 281.

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.

Recomenda-se a punição de indivíduos que, no exercício de atividades no setor privado, de forma dolosa solícitem, recebam ou admitam promessa de vantagem indevida, para a adoção ou abstenção de condutas contrárias às suas obrigações e prejudiciais à confiança e à lealdade que os vinculam ao ente para o qual prestam serviços.

Por fim, é necessário destacar que a Convenção do Conselho da Europa deixa expressa a desnecessidade de criminalização de comportamentos socialmente aceitos ou insignificantes, ainda que subsumíveis aos artigos 7º e 8º²⁵³. Por outro lado, nas hipóteses graves de corrupção privada, sugere-se a aplicação de sanções penais efetivas, proporcionais e dissuasórias, privativas de liberdade e pecuniárias (artigo 19).

2.2.3. A Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia

A Ação Comum 98/742/JAI do Conselho da União Europeia, em que pese tenha fomentado as discussões inaugurais sobre a necessidade de tipificação do crime de corrupção no setor privado, em âmbito comunitário, surtiu poucos efeitos concretos, porquanto poucos Estados-membros atenderam ao seu comando criminalizador²⁵⁴.

Por conta disso, aos 2 de agosto de 2002, o Reino da Dinamarca elaborou proposta para a adoção de um novo instrumento normativo²⁵⁵, que, mediante a revogação do texto supranacional então vigente²⁵⁶, lançaria novos holofotes sobre a importância da incorporação aos ordenamentos jurídicos nacionais, do delito de corrupção entre particulares. Nessa esteira, em 22 de julho de 2003, aprovou-se, em Bruxelas, a Decisão

²⁵³DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 260.

²⁵⁴PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 18.

²⁵⁵JO C 184, de 02 de agosto de 2002.

²⁵⁶O artigo 8º, da Decisão Marco 2003/568/JAI, estabelece, de forma expressa, que “é revogada a Acção Comum 98/742/JAI”.

Marco²⁵⁷ 2003/568/JAI, relativa ao combate à corrupção no setor privado, último e mais relevante texto normativo sobre o assunto, criada pelo Conselho da União Europeia²⁵⁸.

Com dispositivos em essência similares àqueles existentes no instrumento revogado²⁵⁹, a Decisão Marco 2003/568/JAI, em seu preâmbulo, estabelece ser necessária a harmonização do tratamento penal dispensado ao fenômeno nela tratado, porquanto “*a corrupção constitui uma ameaça para a sociedade cumpridora da lei, podendo conduzir a distorções da concorrência em relação à aquisição de bens ou serviços comerciais e prejudicar um sã desenvolvimento econômico*”.

Destarte, o documento jurídico teve como propósito declarado fomentar a criação de modelos jurídico-penais voltados à salvaguarda da concorrência, bem jurídico supraindividual, passível de ser afetado por atos de desvio de poder praticados na esfera privada. Ao tratar do assunto, baseado no introito do texto comunitário, MUÑOZ CONDE²⁶⁰ assevera que o elemento central que justificaria as pretensões de criação de novo tipo penal estaria relacionado diretamente à liberdade concorrencial.

Reforça a ideia de que a higidez nos mercados competitivos seria o objeto central de tutela do crime de corrupção no setor privado o conteúdo do artigo 2º, §3º da Decisão Marco 2003/568/JAI, que confere aos Estados-membros da União Europeia a possibilidade de restringir a incidência dos tipos penais a serem criados às situações “*relacionadas com a aquisição de bens ou de serviços comerciais, que impliquem ou possam implicar distorção da concorrência*”. Inobstante os atos de desvio de poder na esfera privada possam afetar outros bens jurídicos²⁶¹, o relevante é, nos termos do texto normativo, que comportamentos que oferecem perigo ou afetam a regularidade concorrencial sejam penalmente sancionados.

²⁵⁷GONZÁLEZ VIADA, Natacha. El derecho penal en la UE: búsqueda de la integración. In: GONZÁLEZ VIADA, Natacha. *Derecho penal y globalización: cooperación penal internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 38: “*Como es bien sabido, las decisiones marco tienen como finalidad aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, siendo obligatorias cuanto al resultado a conseguir pero dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para conseguirlo (...)*”. No mesmo sentido: NIETO MARTÍN, Adán. Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal. *Direito e Cidadania*, Cabo Verde, v. 7, n. 22, 2005.

²⁵⁸GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. op. cit., p. 227; ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 101.

²⁵⁹GILI PASCUAL, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007, cit., p. 249.

²⁶⁰MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*, cit., p. 529. No mesmo sentido: CABEZA OLMEDA, Araceli Manjón; VENTURA PÜSCHEL, Arturo. Corrupción entre particulares, cit., p. 674.

²⁶¹ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 113.

Em demonstração de aparente coerência com a opção político-criminal contemplada no preâmbulo, os responsáveis pela redação do texto normativo comunitário, para os quais o objeto material de proteção de tipos penais de corrupção entre particulares é a concorrência, impuseram aos Estados-membros da União Europeia a adequação de seus ordenamentos jurídicos internos, que deveriam dispor de preceitos legais incriminadores que incidissem, pelo menos, nas hipóteses de celebração de *pactos sceleris* verificadas em contexto de competição econômica²⁶².

Entretanto, ao se ultrapassar a análise do preâmbulo da Decisão Marco 2003/568/JAI, colocando-se miras nos contornos típicos das condutas que caracterizariam a corrupção no setor privado, em suas modalidades ativa e passiva, é possível constatar que a tentativa de definir comportamentos atentatórios à regularidade da concorrência foi inócua, pois não foram abarcadas pelos dispositivos-modelo do texto diversas situações das quais deflui lesão concreta a tal interesse jurídico.

A modalidade ativa do delito em apreço está prevista no artigo 2º, alínea *a* do documento comunitário, que assim a define:

Art. 2º (...).

a) Prometer, oferecer ou dar, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza, a uma pessoa que, a qualquer título, dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, em benefício dessa pessoa ou de terceiros, a fim de essa pessoa, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos.

Trata-se de delito comum, cujas condutas proscritas deveriam consistir nos atos de prometer, dar ou oferecer vantagem indevida, intencionalmente, a qualquer indivíduo que dirija ou trabalhe para entes do setor privado, diretamente ou por pessoa interposta, com a finalidade de fazer²⁶³ com que haja atuação desleal, em desconformidade com “*uma obrigação legal, ou, consoante o caso, violação de instruções ou regras profissionais aplicáveis à actividade profissional (...)*” (artigo 1º)²⁶⁴.

²⁶²GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 169.

²⁶³Não há necessidade de que o pacto corrupto seja executado, bastando o surgimento de situação de perigo abstrato de descumprimento de obrigações. Sobre o assunto, veja-se: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 169.

²⁶⁴DOLCINI, Emilio; FRANCESCO, Viganò. Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione, cit., p. 17.

As celeumas na interpretação normativa defluem de disparidades entre os anseios de proteção da concorrência, declarados no preâmbulo da Decisão Marco 2003/568/JAI, e os elementos típicos que caracterizariam a corrupção no setor privado, delineados no artigo 2º. Com efeito, é imprescindível, nos moldes do que estabelece o texto comunitário, que as vantagens indevidas sejam prometidas, oferecidas ou dadas, com a especial finalidade de que os seus destinatários, no exercício de suas atribuições no setor privado, atuem em desconformidade com suas obrigações. Tais obrigações, no entender da corrente doutrinária majoritária²⁶⁵, com a qual nos perfilamos, somente podem ser aquelas que o dirigente ou o empregado que se busca corromper mantêm com o ente do setor privado, ao qual estão diretamente vinculados²⁶⁶.

Além de não ser possível cogitar-se da existência de um dever geral de respeito às regras concorrenciais, trabalhadores e dirigentes não têm obrigações outras, no exercício de suas atividades, senão aquelas que os vinculam ao seu principal, no interesse do qual devem atuar²⁶⁷. Destarte, com base no estabelecido na Decisão Marco 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 mantêm relação jurídica. É essa a situação dos recebimentos de vantagens autorizados pelos empregadores: inexistente a deslealdade profissional, não é possível falar-se em descumprimento de obrigações, tampouco em prática criminosa.

Em síntese, em que pese, à primeira vista, a indicação pela normativa comunitária da adoção de modelo puro da proteção da concorrência, a maneira como foram redigidas as suas disposições faz com que, diferentemente disso, seja contemplado modelo híbrido ou misto. Afinal, a perfeita subsunção de situações fáticas aos tipos de delito nela delineados depende tanto da ruptura do liame de lealdade e de confiança que vincula *principal* e

²⁶⁵Há corrente doutrinária minoritária, segundo a qual as obrigações referidas no dispositivo normativo seriam aquelas previstas em legislação concorrenciais específica, não aquelas que vinculariam os empregados e dirigentes ao seu principal. Sobre o assunto: OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Corrupción entre particulares*, cit., p. 179.

²⁶⁶ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 114.

²⁶⁷GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 275.

agente, quanto da afetação dos regulares padrões de funcionamento do mercado²⁶⁸. Sem que esteja presente essa violação dupla de bens jurídicos, não é possível cogitar-se da prática de corrupção privada, situação que dificulta sobremaneira a verificação empírica de situações que devam ser consideradas penalmente relevantes.

Outro aspecto da normativa comunitária que deixa evidenciado que, para além da concorrência, busca-se tutelar a lealdade no cumprimento das obrigações pelos trabalhadores e dirigentes de entidades do setor privado, é o fato de que o empresário não é mencionado como um possível destinatário de vantagens indevidas. Por conseguinte, comportamentos corruptos por ele perpetrados, mesmo que lesivos aos mercados competitivos, não são abarcados pelo dispositivo incriminador²⁶⁹.

Há, portanto, incongruências internas na Decisão Marco 2003/568/JAI, criada para a tutela da concorrência, mas que condiciona a configuração delitiva à potencial violação da lealdade na relação entre o destinatário das vantagens e o ente privado ao qual está vinculado (*principal-agente*), deixando fora do âmbito de proibição, ademais, os comportamentos lesivos à concorrência perpetrados pelos empresários.

Tais problemas também são verificados na modalidade passiva do crime de corrupção no setor privado, reflexo da modalidade ativa do fenómeno²⁷⁰. Com efeito, busca-se proibir que os sujeitos especiais do delito – trabalhador ou dirigente – atuem em desacordo com as obrigações que os vinculam ao empresário, que não figura no rol dos sujeitos ativos do delito.

Assim dispõe o artigo 2º, alínea *b* do texto normativo comunitário:

Art. 2º (...).

b) Solicitar ou receber, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza, ou aceitar a promessa de tais vantagens, em benefício próprio ou de terceiros, quando, a qualquer título, essa pessoa dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, a fim de, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos.

²⁶⁸ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 114.

²⁶⁹Id. Ibid., p. 118: “(...) *quedarán fuera del alcance del tipo tanto los sobornos que exige, acepta o recibe el administrador o el empresario como los que reciba, solicite o acepta un empleado o colaborador con conocimiento y consentimiento del empresario, pues no implicará obligaciones para con él, situación que no parece razonable considerando que estos supuestos sin duda afectan la competencia desleal (...)*”.

²⁷⁰FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 85.

Determina-se sejam sancionados os dirigentes ou trabalhadores de entidade do setor privado que solicitarem, receberem ou aceitarem promessa de vantagem indevida, diretamente ou por pessoa interposta, como contraprestação para que haja atuação profissional desviada, em desacordo com as obrigações que os vinculam ao *principal*.

De se destacar que o artigo 2º, §2º da Decisão Marco, estabelece que as suas disposições sejam aplicáveis a situações que envolvam entidades privadas, com ou sem fins lucrativos²⁷¹, devendo ser previstas sanções privativas de liberdade máximas de três anos. Outrossim, propugna-se fundamental a aplicação de penas restritivas de direitos, merecendo destaque dentre elas a que se consubstancia na proibição de o agente corrupto exercer “*actividade profissional específica ou de una actividade profissional comparável*” àquela no âmbito da qual praticou o ato criminoso.

Por fim, é salutar destacar que, com a entrada em vigor da Decisão Marco 2003/568/JAI, diversas reformas legislativas foram operadas no âmbito de Estados-membros da União Europeia. Todavia, malgrado a corrupção no setor privado seja criminalizada em quase todas as nações do Velho Continente, 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.

2.3. A proposta doutrinária de criação dos *Eurodelitos*

No continente europeu, o crime de corrupção no setor privado, além de ser objeto de atenção por parte da União Europeia e do Conselho da Europa, responsáveis pela criação dos documentos de Direito referidos nos tópicos anteriores, é estudado com profundidade pela comunidade acadêmica.

Com vistas a promover maior efetividade na repressão a modalidades delitivas que de forma mais agressiva atingem o interesse comunitário na criação de um espaço de

²⁷¹HUET, Jean-Marie. Circulaire de présentation des nouvelles infractions de corruption active et passive dans le secteur privé issues de la Loi n° 2005/750 du 4 juillet 2005. *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice*, Paris, v. 101, p. 4, jan./mar. 2006: “*Même si la décision-cadre se fondait sur une logique économique qui concerne principalement le secteur concurrentiel, elle n’interdisait pas d’appliquer l’incrimination au domaine non lucratif, afin, par exemple, d’appréhender les œuvres caritatives réalisées par les associations*”.

“liberdade, segurança e justiça” (artigo 3.2 do Tratado da União Europeia²⁷²), e buscando aprimorar o processo de harmonização do Direito Penal das nações do Velho Continente, no ano de 2002, um grupo de juristas, coordenado pelo Professor alemão Klaus Tiedemann, criou o projeto dos denominados *Eurodelitos*²⁷³.

A partir de trabalhos desenvolvidos por integrantes de importantes centros de estudos jurídicos da Europa²⁷⁴, foram delineados modelos de figuras típicas que deveriam orientar os legisladores nacionais. Nos dizeres do próprio TIEDEMANN, acreditava-se que fomentando a “*armonizzazione del diritto penale dell’economia nell’UE (...) tali proposte, accuratamente formulate, stimolino e arricchiscano presto la discussione politico-criminale a livello nazionale ed internazionale*”²⁷⁵.

Destarte, com foco tão somente em delitos econômicos, abordou-se, dentre outros, os crimes de fraude fiscal, fraude na contratação pública e na realização de licitações, abuso de funções públicas e malversação de recursos públicos, corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e, a demonstrar a importância do tema da dissertação, a corrupção passiva e ativa de empregados de empresas privadas²⁷⁶.

A justificativa dada pela comissão de estudiosos para a incorporação do crime de corrupção no tráfico econômico à proposta dos *Eurodelitos* estava relacionada ao fato de que, embora àquela altura o delito fosse objeto da Ação Comum da União Europeia e da Convenção Sobre a Corrupção do Conselho da Europa, era assistemático o tratamento dispensado em cada nação aos atos de desvio de poder na esfera privada²⁷⁷.

²⁷²Tratado da União Europeia, art. 3.2: “A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”.

²⁷³TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 76: “En el año 2002, un grupo de trabajo internacional dirigido por Tiedemann (*Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*) ha presentado un modelo europeo de posible sistemática (y armonización) de los tipos penales económicos. Este modelo de Eurodelitos recibe considerable atención en Alemania y en el extranjero”.

²⁷⁴Dentre os inúmeros professores que contribuíram para a criação da proposta dos *Eurodelitos*, podemos citar: Klaus Tiedemann, Luis Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, Norberto de la Mata, Nuria Pastor, Joachim Vogel, Diego Gómez Iniesta, Manuel Portero, Rosario Vicente, Mirian Cugat Mauri, Sergio Seminara, Roberto Acquaroli, F.S. Borrelli, Luigi Foffani, Carlos Jiménez Villarejo, Jorge Malem Seña, Stefano Manacorda, Cristina Rodríguez Yagüe, Enrique Viaña Remis e Eduardo Demétrio Crespo (ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *Fraude y corrupción en el derecho económico europeo*, cit., p. 11).

²⁷⁵TIEDEMANN, Klaus. *Frode, corruzione e armonizzazione giuridica in Europa*, cit., p. 97.

²⁷⁶Id. *Introducción*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, cit., p. 29.

²⁷⁷Id. *Protección penal de la competencia*. In: TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea*. Cuenca: UCLM, 2004. p. 87.

Em capítulo no qual foram previstos os mecanismos de tutela penal da concorrência, o projeto dos *Eurodelitos*, em seu artigo 36, contemplou a figura típica da corrupção no tráfico econômico, nos moldes abaixo transcritos:

2. Protección penal de la competencia (...).

Art. 36. Cohecho activo y pasivo en el tráfico económico

1. Quien por sí sólo o mediante persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a los empleados o encargados de una empresa comercial, en el tráfico económico, una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero como contraprestación para que le favorezca a él o un tercero, frente a otros en la adquisición de mercancías o servicios profesionales que se prestan en un régimen de competencia, será castigado con...

2. Con la misma pena será sancionado el empleado o encargado de una empresa comercial que, en el tráfico económico, por sí sólo o mediante persona interpuesta, reciba, solicite o acepte la promesa de obtener una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero con el fin de favorecerle frente a otros en la adquisición de mercancías o servicios profesionales.

Infere-se da análise do modelo de tipificação do crime de corrupção no setor privado criado pelo grupo comandado por Klaus Tiedemann que o bem jurídico objeto de proteção é exclusivamente a concorrência. Tal constatação decorre tanto da posição sistemática do delito, no projeto dos *Eurodelitos*, quanto das condutas que o caracterizam, somente passíveis de serem configuradas no cerne das relações econômicas e em regime concorrencial.

Ademais, é salutar mencionar que, ao contrário do que ocorre na maior parte das legislações nacionais, a configuração do crime em testilha não está condicionada à ocorrência de violação de deveres ou obrigações laborais.

Vê-se afastada a ideia de que o delito de corrupção entre particulares tenha por escopo a tutela da lealdade nas relações privadas, ou dos direitos patrimoniais do empresário. Acolhendo perspectiva de política criminal que, no entender de ARROYO ZAPATERO e NIETO MARTÍN, seria o fio condutor da hodierna luta contra a corrupção, a proposta dos *Eurodelitos* contempla modelo de repressão ao fenômeno estudado orientado apenas à salvaguarda dos mercados competitivos²⁷⁸.

De se destacar, nesse cenário, no que toca ao bem jurídico tutelado, ser elevado o grau de similitude existente entre o crime de corrupção no tráfico econômico, insculpido

²⁷⁸ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. op. cit., p. 22.

no projeto doutrinário dos *Eurodelitos*, e a norma do artigo §299 do Código Penal alemão (StGB), também orientada por perspectiva de proteção concorrencial²⁷⁹.

A corrupção ativa, consoante previsão do artigo 36 do projeto dos *Eurodelitos*, consiste no ato de prometer, oferecer ou conceder a empregados ou encarregados de empresa comercial, no âmbito do tráfico econômico, vantagem indevida de qualquer natureza, para que haja favorecimento de competidor frente a outros agentes do mercado, na aquisição de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais.

Interessante observar que ao estabelecer que a prática do comportamento vedado somente pode ocorrer no cerne de atividades econômicas, o dispositivo acaba delimitando o rol de sujeitos do crime de corrupção ativa no setor privado que deve ser considerado delito especial²⁸⁰. Somente poderão ser sancionados os indivíduos que, atuantes no âmbito concorrencial – não qualquer indivíduo –, buscarem, mediante o pagamento de subornos, alcançar posição vantajosa em relação a outros concorrentes, na aquisição de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais.

Por sua vez, no que respeita ao crime de corrupção econômica passiva, tem-se vedado o recebimento, a solicitação e a aceitação de promessa de vantagem indevida, por empregados ou encarregados de empresas comerciais, quando tal comportamento tem como contrapartida o favorecimento de certos agentes do mercado em detrimento dos demais concorrentes, na aquisição de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais²⁸¹.

Com relação aos sujeitos ativos do crime de corrupção passiva, em nosso entendimento, os redatores do artigo 36 dos *Eurodelitos* cometeram equívoco, constatado

²⁷⁹Coordenado por importante jurista alemão, o projeto dos *Eurodelitos*, em inúmeros aspectos, contém disposições que se aproximam daquelas existentes no Código Penal Tedesco (StGB).

²⁸⁰Nessa esteira, é importante mencionar que, em geral, nos crimes de corrupção, somente o sujeito ativo da modalidade passiva do fenômeno deve ostentar características pessoais especiais (crime próprio). Ao contrário, o crime de corrupção ativa pode ser praticado por qualquer indivíduo, independentemente de seus predicados individuais. Assim, verifica-se interessante peculiaridade no artigo 36 do projeto dos *Eurodelitos*, que contém limitações quanto aos sujeitos da modalidade ativa do delito nele descrito.

²⁸¹FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 85: “El art. 36 de este proyecto prevee la tipificación de un delito de cohecho activo e pasivo en el tráfico económico, con el cual se castigaria quien por sí sólo o mediante persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a los empleados o encargados de una empresa comercial, en el tráfico económico, una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero como contraprestación para que le favorezca a él o un tercero, frente a otros en la adquisición de mercancías o servicios profesionales que se prestan en un régimen de competencia; y igualmente el proyecto prevee que con la misma pena será sancionado el empleado o encargado de una empresa comercial que, en el tráfico económico, por sí solo o mediante persona interpuesta, reciba, solicite o acepte la promesa de obtener una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero con el fin de favorecerle frente a otros en la adquisición de mercancías o servicios profesionales”.

em diversas nações europeias, que faz surgir relevante paradoxo. Não obstante a concorrência tenha sido eleita como objeto de proteção, excluiu-se a possibilidade de incidência do dispositivo incriminador sobre os proprietários e os administradores das empresas, responsáveis, no mais das vezes, pelas decisões comerciais que de forma mais acentuada podem afetar o bem jurídico mencionado.

Por fim, é interessante notar que para evitar fosse criado preceito legal impreciso, redigido com vocábulos vagos, os responsáveis pelo projeto buscaram eliminar expressões que com muita frequência são empregadas nos diplomas repressivos mundo afora. Porquanto desprovidos de significado preciso, não foram utilizados termos como deslealdade, presente no artigo §299 do Código Penal alemão; e injustiça, que aparece na Ação Comum 98/742/JAI²⁸².

Desse modo, embora tenha sido elaborada por importantes estudiosos do Direito Penal, a proposta do *Eurodelito* de corrupção no tráfico econômico, acolhendo a concorrência como bem jurídico tutelado e eliminando expressões que tornam imprecisos os limites do proibido, contém, dentre outras, incongruência na definição dos sujeitos do delito, pois, ao não prever a possibilidade de que os empresários sejam sancionados, deixou aberto o caminho para que pratiquem comportamentos que lesionem o objeto material que se pretende salvaguardar.

A iniciativa dirigida por Klaus Tiedemann, feitas essas ponderações, deixa mostras da necessidade de que o tema da corrupção privada seja estudado com profundidade. Demonstra, outrossim, a complexidade do fenômeno e as dificuldades enfrentadas, até mesmo pelos juristas que integraram a comissão de elaboração do projeto dos *Eurodelitos*, na hora de proceder-se à tipificação do delito em estudo.

2.4. A iniciativa de combate à corrupção no setor privado surgida na África: a Convenção da União Africana sobre Corrupção

A União Africana foi criada no ano de 2002, segundo o preâmbulo de seu Ato Constitutivo²⁸³, para promover a unidade, a solidariedade e a coesão entre os seus membros. No artigo 3º do documento gênese do ente supraestatal, são mencionados como objetivos primordiais a serem seguidos “*a realização de maior unidade e solidariedade*

²⁸²TIEDEMANN, Klaus. Protección penal de la competencia, cit., p. 87.

²⁸³ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA (OUA). Conselho Económico, Social e Cultural da União. *Acto Constitutivo da União Africana*. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OUA/acto_constitutivo-uniao-africana.htm>.

entre os países”, a aceleração da “*integração política e sócio-econômica do Continente*”, a criação das “*necessárias condições que permitam ao Continente desempenhar o papel que lhe compete na economia mundial*”, a promoção do “*desenvolvimento duradouro nos planos econômico, social e cultural*”, dentre outros²⁸⁴.

A concretização desses ideais propostos, todavia, encontra diversos óbices no continente africano. A conjuntura da formação histórica das nações que o integram²⁸⁵ hoje, ocupantes das últimas posições nos *Relatórios de Desenvolvimento Humano*²⁸⁶ do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), e os elevados índices de corrupção lá constatados²⁸⁷ são fatores que travam de maneira decisiva a evolução socioeconômica regional²⁸⁸.

Nesse contexto, aos 11 de julho de 2003, na cidade de Maputo (Moçambique), foi criada a Convenção da União Africana Sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção²⁸⁹. A justificativa para a sua criação adveio, conforme estatui o seu preâmbulo, da grande preocupação “*com o impacto negativo da corrupção e da impunidade na estabilidade política, econômica, social e cultural dos Estados Africanos e os seus efeitos devastadores sobre o desenvolvimento econômico e social dos povos de África*”²⁹⁰.

Com o importante propósito de mitigar as deletérias consequências decorrentes da diuturna prática de atos de corrupção no âmbito das nações africanas, e, por ricochete,

²⁸⁴A União Africana sucedeu a Organização da Unidade Africana, entidade fundada em 25 de maio de 1963, que teve importância fundamental na promoção da dignidade humana no continente africano. Sobre o assunto: UDOMBANA, Nsongurua J. *Fighting corruption seriously? Africa’s Anti-corruption Convention*, cit., p. 447.

²⁸⁵UDOMBANA, Nsongurua J. op. cit., p. 453: “*By the time of independence, Africa was left with no valid structures for the future (...)*”.

²⁸⁶Nos *Relatórios Anuais de Desenvolvimento* são apresentados os Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) dos países avaliados. Para ver o mais recente: UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_PT_Complete.pdf>.

²⁸⁷Segundo consta do Índice de Percepção da Corrupção, elaborado anualmente pela Transparência Internacional, são os países da África os mais afetados pelo fenômeno da corrupção, TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2012*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2012/results>>. Acesso em: 07 jan. 2014. Sobre o assunto: BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Salamanca: Iustel, 2012. p. 110.

²⁸⁸WOUTERS, Jan; RYNGAERT, Cedric; CLOOTS, Ann Sofie. *The fight against corruption in international law*, cit., p. 27: “*The scourge of corruption has hit Africa especially hard. Certain authors traces endemic patterns of corruption in Africa back to colonialism (...)*”

²⁸⁹WEBB, Philippa. op. cit., p. 202.

²⁹⁰SCHROTH, Peter. *The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption*. *Journal of African Law*, London, v. 49, n. 1, p. 24, 2005; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 108; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIAN CAPARRÓS, Eduardo. *Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 81, novembro de 2009, p. 22; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *A corrupção em uma perspectiva internacional*, cit., p. 331.

viabilizar o desenvolvimento econômico do continente, criou-se a obrigação de “*harmonizar as políticas e legislações entre os Estados Parte*” (Artigo 2º, 3). Para tanto, o documento faz menção a condutas²⁹¹ que deveriam ser tipificadas²⁹² pelas nações da União Africana, dentre as quais estão aquelas que caracterizam a “*corrupção e as infracções relacionadas cometidas pelo sector privado e pelos funcionários deste sector*” (Artigo 11²⁹³).

Previstas em um único dispositivo do texto jurídico de cariz supranacional, as modalidades ativa e passiva²⁹⁴ da corrupção privada vêm descritas no artigo 4º, parágrafo 1º, alínea *e* da Convenção, que propugna sejam sancionadas:

(...) a oferta ou a concessão, a promessa, a solicitação ou a aceitação directa ou indirecta, de qualquer vantagem indevida para ou por uma pessoa que dirige ou trabalha, em qualquer capacidade, para uma entidade do sector privado ou por conta própria ou por conta de outrem, para ele (a) agir ou abster-se de agir em violação dos seus deveres (...).

A confusa e lacônica redação dada ao dispositivo dedicado à descrição da corrupção entre particulares não nos impede de notar que o bem jurídico que se consegue tutelar é a lealdade dos agentes do setor privado, que deverão agir sempre em observância aos seus deveres. Em que pese inexistente expressa conceituação jurídica dos deveres cujo desrespeito caracterizaria a figura típica, é possível, a partir da análise sistemática do tratado, supor serem eles aqueles que vinculam quem “*dirige ou trabalha*” no setor privado à instituição onde tais funções são desempenhadas.

Tal conclusão é extraída do artigo 11 da Convenção, no qual os comportamentos de corrupção no setor privado, consistentes na violação de deveres laborais, são tratados como gênero, do qual seriam espécies, condutas que, além das obrigações decorrentes da relação *principal-agente*, afetariam também as condições de regular funcionamento do mercado.

²⁹¹ Além da tradicional corrupção no setor público e da estudada corrupção no setor privado, a Convenção da União Africana Sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção impõe a obrigação da tipificação da malversação de recursos públicos, do tráfico de influências, do questionável delito de enriquecimento ilícito e da lavagem de dinheiro. Sobre o assunto: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. *La política criminal internacional contra la corrupción*, cit., p. 22.

²⁹² Artigo 5º: “*Para fins de aplicação do Artigo 2 da presente Convenção, os Estados Parte comprometem-se a: 1. Adotar as medidas legislativas e outras medidas necessárias para definir como crimes penais, os actos mencionados no Artigo 4, parágrafo 1, da presente Convenção*”.

²⁹³ BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 109.

²⁹⁴ Apesar de contemplados em um único dispositivo, os comportamentos que caracterizam cada uma das modalidades delitivas são diversos. Por conseguinte, com base no texto da Convenção, é possível admitir-se serem autônomas a corrupção ativa e a corrupção passiva. Sobre o tema, UDOMBANA aduz que “*corruption may be one-sided, thus, it will not be necessary establish an agreement, for example, between the bribe giver and receiver in order to secure a conviction*” (UDOMBANA, Nsongurua J. op. cit., p. 465).

Estatui-se, assim, com referência à específica modalidade de corrupção no setor privado, que deverão ser adotadas “*quaisquer outras medidas julgadas necessárias para impedir que as companhias paguem subornos com o objectivo de ganhar contratos ou adjudicações*” (Artigo 11, 3).

Destarte, comportamentos de desvio de poder entre particulares que tenham repercussões no âmbito concorrencial podem ser abarcados por disposições incriminadoras, em consonância com o que estabelece o texto da Convenção. Entretanto, para isso, é fundamental que exista violação dos deveres que os diretores ou funcionários têm em relação às empresas para as quais trabalham.

Essa situação, em verdade, demonstra incongruência na elaboração da Convenção da União Africana Sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção. Embora do preâmbulo extraia-se a ideia de que os comportamentos delitivos sobre os quais ela recai devam atingir, primacialmente, bens jurídicos de caráter supraindividual, pelo menos no que respeita à corrupção no setor privado, confere-se primazia à defesa de direitos individuais e, de maneira secundária, ao resguardo de interesses públicos.

Com efeito, declara-se a intenção de reprimir atos de corrupção privada que malfirmam a regularidade da concorrência como bem jurídico supraindividual, não obstante a incidência de tipos penais criados com inspiração na Convenção fique condicionada à violação dos deveres de lealdade nas relações entre *principal* e *agente*, situação que cria entraves na política criminal contemplada, porquanto raras as situações em que há violação concomitante dos interesses tutelados²⁹⁵.

Deixando de contemplar qualquer definição relativa ao *quantum* sancionatório, a Convenção estabelece que devem ser tipificadas como crime de corrupção ativa no setor privado a oferta, a concessão e a promessa, direta ou indireta, de qualquer vantagem indevida, para uma pessoa que dirija ou trabalhe em uma entidade do setor privado, com a finalidade de que haja violação de deveres, comissiva ou omissiva.

A corrupção passiva no setor privado, de seu turno, somente poderia ser perpetrada por diretor ou trabalhador de empresa do setor privado que solicitasse ou aceitasse, direta ou indiretamente, vantagem indevida como móvel para a atuação laboral desviada. Nesse passo, mais uma vez, nota-se que o bem jurídico protegido está vinculado aos interesses privados do empresário, que não foi incluído no rol de sujeitos ativos do crime de

²⁹⁵UDOMBANA, Nsongurua J. op. cit., p. 469.

corrupção passiva, e que, portanto, gozaria de liberdade para praticar as condutas descritas no texto do tratado comunitário, ainda que atentatórias à higidez dos mercados competitivos.

Por fim, destaque-se que foi conferida excessiva amplitude àquilo que se entende por corrupção no setor privado, porquanto qualquer violação de deveres de empregados, em razão do recebimento de indevida vantagem, deverá ser considerada ato criminoso, ainda que desprovida de potencialidade lesiva. É possível, pois, que a incorporação do conteúdo da Convenção aos ordenamentos jurídicos das nações africanas viole o princípio fundamental da *ultima ratio* do Direito Penal. Sem circunscrever com precisão o espectro de incidência do delito, tampouco ampará-lo sobre referenciais concretos, corre-se o risco de que seja conferido idêntico tratamento a condutas graves e a violações de deveres contratuais de somenos importância, indignas de receber atenção do direito punitivo.

2.5. A iniciativa de combate à corrupção no setor privado surgida no âmbito da Organização das Nações Unidas: a Convenção da ONU de combate à corrupção

A Organização das Nações Unidas (ONU) é associação de Estados criada em 26 de junho de 1945, com as finalidades, expressas no artigo 1º de seu ato constitutivo²⁹⁶, 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 objetivos²⁹⁷.

Integrado por quase a totalidade dos Estados²⁹⁸ do globo, o ente internacional, por intermédio de sua Assembleia Geral, editou a Resolução 55/61, de 04 de dezembro de 2000, com o escopo de criar um comitê especial, encarregado de negociar um instrumento jurídico eficaz, dedicado com exclusividade à luta contra a corrupção²⁹⁹. Seguiram-se ao

²⁹⁶Chama-se Carta das Nações Unidas o documento constitutivo da Organização das Nações Unidas. Assinada em 26 de junho de 1945, foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico por intermédio do Decreto-Lei nº 7.935, de 04 de setembro de 1945, tendo sua formal ratificação ocorrido em 12 de setembro do mesmo ano. Sobre o assunto, veja-se: RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 27.

²⁹⁷AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 182 ss.

²⁹⁸A Organização das Nações Unidas é integrada por 192 países. Nesse sentido: ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 396 ss.

²⁹⁹A Resolução 55/61, editada pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, apontava para a necessidade de que fosse elaborado um documento internacional que tratasse tão somente de atos de corrupção. Todavia, quando de sua criação, o ente já dispunha de normas jurídicas orientadas à repressão do fenômeno corruptivo. Em razão da forte vinculação existente entre a criminalidade organizada e os

encontro inicial, na cidade de Buenos Aires, entre os dias 04 e 07 de dezembro de 2001, mais de trinta reuniões preparatórias que culminaram com a aprovação da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, subscrita na cidade mexicana de Mérida, em dezembro de 2003³⁰⁰, posteriormente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, aos 31 de janeiro de 2006, mediante a promulgação do Decreto nº 5.687/2006³⁰¹.

Fundamental sublinhar que a Convenção em estudo foi o primeiro texto jurídico de cariz internacional e de alcance mundial a tratar do fenômeno corruptivo, circunstância que decorre da própria abrangência da Organização das Nações Unidas, a mais representativa organização supraestatal existente³⁰²: pode-se dizer que o documento internacional *sub examinen* é o mais relevante, de abrangência verdadeiramente global, dedicado a combater o fenômeno sobre o qual se debruça³⁰³.

De se destacar, outrossim, o fato de que, além de criada a partir da confluência dos anseios político-criminais de diversas nações, o texto de Mérida é considerado o mais completo de todos os instrumentos internacionais, quanto ao conteúdo e às obrigações impostas aos seus signatários³⁰⁴. Isso porque, somam-se aos tradicionais mandados de criminalização existentes nos textos analisados nos tópicos anteriores mecanismos de prevenção³⁰⁵ das mais diversas³⁰⁶ facetas do fenômeno da corrupção³⁰⁷.

delitos de corrupção, a anterior Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo), de 15 de novembro de 2000, já trazia previsões que indicavam necessária a repressão de comportamentos corruptos. Veja-se, sobre a gênese da Convenção de Mérida: ARGANDOÑA, Antonio. *La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales*, cit., p. 3; WOUTERS, Jan; RYNGAERT, Cedric; CLOOTS, Ann Sofie. op. cit., p. 15.

³⁰⁰Resolução 58/4 da Assembleia Geral da ONU, de 31 de outubro de 2003.

³⁰¹CAMARGO, Beatriz Corrêa. *Instrumentos internacionais no combate à corrupção: transformações e harmonização do direito penal brasileiro – considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira*, cit., p. 294.

³⁰²WEBB, Philippa. *The United Nations Convention Against Corruption: global achievement or missed opportunity?*, cit., p. 192.

³⁰³PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. *La política criminal internacional contra la corrupción*, cit., p. 26; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. *Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado*, cit., p. 164.

³⁰⁴CREMADES, Bernardo. *Corrupción y arbitraje de inversión*, cit., p. 127: “*El más completo de estos instrumentos internacionales en términos de contenido, número de signatarios y de obligaciones impuestas a los signatarios es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*”. No mesmo sentido: DE LA CUESTA, José Luis. *Iniciativas internacionales contra la corrupción*, cit., p. 22.

³⁰⁵Na “*Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*” (2007), é expresso que “*la convención exige a los Estados Parte que adopten políticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción. Dedicar todo un capítulo a este tema, con una serie de medidas que se refieren tanto al sector público como al sector privado*”.

³⁰⁶Dentre as modalidades de comportamentos corruptos disciplinados pela Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção destacam-se: corrupção de funcionários públicos, corrupção de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais públicas, peculato, tráfico de influência, abuso de funções públicas, enriquecimento ilícito, corrupção no setor privado e malversação de bens no setor privado.

³⁰⁷ARGANDOÑA, Antonio. *La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales*, cit., p. 05.

Preveem-se tais medidas, consoante estabelece o preâmbulo do documento internacional, em razão da “*gravidade dos problemas e (...) as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça*”³⁰⁸.

Ficou estatuído, destarte, no artigo 1º da Convenção de Mérida, que suas finalidades precípuas seriam promover e fortalecer as medidas necessárias à prevenção a ao eficaz combate à corrupção, bem como criar mecanismos de cooperação internacional que assegurassem o sucesso nesse árduo desiderato.

A inclusão de dispositivos normativos relativos à corrupção privada, contudo, foi precedida de longas discussões³⁰⁹, porquanto os Estados Unidos se contrapunham à ideia de que esses comportamentos fossem coibidos por meio do Direito Penal. Alegavam os oficiais norte-americanos, em síntese, que essa modalidade de conduta não poderia ser equiparada aos desvios de poder verificados na esfera pública, e que os interesses por ela atingidos seriam exclusivamente privados³¹⁰.

Prevaleceu, ao fim da celeuma verificada, a posição defendida pelo governo estadunidense. Embora prevista no texto definitivo, a criminalização da corrupção no setor privado não é reputada obrigatória³¹¹, nos termos propugnados na Convenção de Mérida, que tão somente recomenda sejam criados modelos jurídico-penais que façam frente à celebração de *pactos sceleris* privados³¹².

³⁰⁸Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

³⁰⁹Foi decisiva para a definição dos rumos a serem adotados a 30ª Sessão das reuniões realizadas pela comissão encarregada da elaboração do texto da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Veja-se, sobre o assunto: UNITED NATIONS. *Report of the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention Against Corruption on its third session, held in Vienna, from 30 September to 11 October 2002*. A/AC.261/9. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_4/9e.pdf>.

³¹⁰ARIEFF, Irwin. *UN anti-corruption pact raises last-minute alarms*. Reuters: 29 de junho de 2003: “*Private-sector bribery is not a crime in the United States. We get at it in other ways, said, an U.S. official. This is an area quite distant from determining what is proper conduct in the public sector. It would be intruding into purely private-sector conduct*”.

³¹¹A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção prevê diferentes graus de obrigatoriedade para as nações signatárias em seu Capítulo III, que trata da criminalização de condutas. Há, nesse diapasão, certas modalidades de comportamento que obrigatoriamente devem ser reprimidas por intermédio do Direito Penal (corrupção pública, corrupção de funcionários estrangeiros, peculato, lavagem de capitais, dentre outros). Entretanto, prevê-se facultativa a tipificação penal de outras condutas, tais como o enriquecimento ilícito, o tráfico de influências, o abuso de funções e a corrupção no setor privado. Veja-se, sobre o assunto: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. *Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado*, cit., p. 170.

³¹²WEBB, Philippa. op. cit., p. 214.

Não obstante essa circunstância, o artigo 12 do texto internacional³¹³ impõe aos Estados 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, criou-se rol de mecanismos de prevenção dos atos de corrupção privada, que contempla, por exemplo, a necessidade de definição de normas internas de *compliance*, a criação de normas contábeis rígidas e o aprimoramento do princípio da boa governança corporativa³¹⁴.

Com relação aos comportamentos de corrupção no setor privado, a Convenção das Nações Unidas determina que cada Estado-membro avalie a possibilidade³¹⁵ de que os mesmos sejam criminalizados. De seu artigo 21, no qual são delineadas as modalidades ativa e passiva da corrupção entre particulares, extrai-se:

Artigo 21: Suborno no setor privado

Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais:

- a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao 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 do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.

Recomenda-se seja sancionada a conduta de prometer, oferecer ou conceder – modalidade ativa -, direta ou indiretamente, vantagem indevida³¹⁶ a pessoa que dirija ou

³¹³Importante mencionar, sobre esse dispositivo normativo, o conteúdo da “*Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*” (2007), segundo a qual “*el artículo tiene tres objetivos concretos: hacer frente a la corrupción en el sector privado, mejorar las funciones de prevención y control en el sector privado mediante normas de contabilidad y auditoría y, cuando proceda, prever sanciones en caso de incumplimiento*”.

³¹⁴DE LA CUESTA, José Luis. Iniciativas internacionales contra la corrupción, cit., p. 22; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. op. cit., p. 25; ARGANDOÑA, Antonio. The United Nations Convention Against corruption and its impact on international companies. *IESE Business School – Universidad de Navarra*, Documento de Investigación DI n. 656, Navarra, oct. 2006. p. 4.

³¹⁵CAMARGO, Beatriz Corrêa. op. cit., p. 294.

³¹⁶Como ocorre nos demais instrumentos jurídicos estudados, a vantagem indevida pode ser de qualquer natureza, tal como reconhece, de forma expressa, a “*Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*” (2007): “*El delito debe abarcar los casos en que lo que se*

exerça qualquer outra forma de função em entidade do setor privado, com a finalidade de que o destinatário do benefício viole os deveres inerentes às suas funções.

De seu turno, a corrupção passiva no setor privado consistiria na solicitação ou na aceitação intencional, por sujeitos especiais apontados na norma internacional – delito próprio -, diretores ou indivíduos que exerçam qualquer função em entidades do setor privado, de forma direta ou indireta, de vantagem indevida que os motive a praticar ou abster-se de praticar ato inerente às suas atribuições.

Verifica-se, pois, que o bem jurídico 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 entidades do setor privado. Afinal, os deveres aos quais a norma faz referência são aqueles que vinculam o *intranseu* ao *principal*, no âmbito de relações privadas³¹⁷.

Diferentemente do que ocorre em textos internacionais antes estudados, a Convenção de Mérida não relaciona a adoção de comportamentos de corrupção entre particulares à violação da concorrência. Tanto é assim que a *Guía Legislativa* para sua aplicação justifica a necessidade de incorporação do aludido dispositivo normativo aos ordenamentos nacionais, sob o argumento de que ele favoreceria o aprimoramento da “*integridad y honestidad en las actividades económicas, financieras o comerciales*”.

Destarte, não são postas miras na proteção da concorrência, e a punição dos sujeitos dos crimes de corrupção ativa e passiva deveria ser feita com o propósito central de fomentar a atuação leal e honesta no âmbito das relações privadas.

Importante mencionar que a Convenção de Mérida contém vaga disposição sobre quais seriam os sujeitos especiais, aptos a praticar os comportamentos de corrupção passiva no setor privado. Assim, por estabelecer possível a punição de indivíduo que exerça “*qualquer função*”, entendemos que também os advogados, consultores e auditores independentes, por exemplo, podem estar sujeitos à incidência da norma incriminadora, consoante estabelece o texto internacional.

É de se destacar que o caráter facultativo da criminalização da corrupção privada, existente no diploma criado pela Organização das Nações Unidas (ONU), acaba por torná-

ofrece no es un regalo o algo tangible. Así pues, un beneficio indebido puede ser algo tangible o intangible, pecuniario o no pecuniario”. Sobre o assunto, veja-se, na doutrina: MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. El delito de cohecho de funcionarios nacionales: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación en el Código Penal español, cit., p. 361.

³¹⁷GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 171.

lo pouco efetivo, porquanto a maior parte dos seus signatários, dentre os quais está o Brasil, não adotou medidas efetivas de combate ao fenômeno estudado. Sem menosprezar o relevo da Convenção de Mérida no enfrentamento da corrupção, concordamos com WEBB, que, analisando o texto normativo, assevera ter-se perdido a chance de tratar os *pactos sceleris* privados com a seriedade merecida³¹⁸.

³¹⁸WEBB, Philippa. op. cit., p. 228.

3. O TRATAMENTO DISPENSADO À CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

3.1. O crime de corrupção no setor privado no direito penal inglês

3.1.1. O surgimento e a evolução da tipificação do crime de corrupção no setor privado no direito penal inglês

No dia 30 de agosto de 1889, a Inglaterra, nação filiada ao sistema da *common law*³¹⁹, criou o seu primeiro diploma jurídico escrito, destinado ao combate ao fenômeno da corrupção. Àquela altura, em decorrência de cada vez mais intensa preocupação com situações de *pactos sceleris* envolvendo funcionários do Estado, criou-se conjunto de normas para fazer frente à corrupção de funcionários públicos.

O *Public Bodies Corrupt Practices*, consoante explicita o seu preâmbulo³²⁰, tinha como escopo precípua assegurar mais efetividade na prevenção e na punição da corrupção de indivíduos atuantes em entidades do setor público (*public body*³²¹), aos quais poderiam ser impostas penas de prisão, de multas ou de restrição de direitos civis³²²; não havia, portanto, comandos que impusessem vedações a condutas que caracterizassem o que atualmente se usa denominar corrupção entre particulares³²³.

³¹⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 141.

³²⁰ Preâmbulo do *Public Bodies Corrupt Practices*, Chapter 69: “An Act for the more effectual Prevention and Punishment of Bribery and Corruption of and by Members, Officers, or Servants of Corporations, Councils, Boards, Commissions, or other Public Bodies”.

³²¹ A definição de *public body*, a partir da qual era feita a delimitação inicial das condutas de corrupção proscritas pelo *Public Bodies Corrupt Practices*, está contida no artigo 7º, do texto legal, segundo o qual: “The expression public body means any council of a county or county of a city or town, any council of a municipal borough, also any board, commissioners, select vestry, or other body which has power to act under and for the purposes of any Act relating to local government, or the public health, or to poor law or otherwise to administer money raised by rates in pursuance of any public general Act, but does not include any public body as above defined existing elsewhere that in the United Kingdom”.

³²² No artigo 2º do *Public Bodies Corrupt Practices*, previa-se, no caso de condenação, a possibilidade de imposição das seguintes sanções criminais: pena privativa de liberdade de até dois anos, realização de trabalhos forçados, pagamento de multas, suspensão de direitos políticos, suspensão da possibilidade de exercício de cargos públicos, suspensão da capacidade de concorrer a cargos públicos etc..

³²³ SULLIVAN, Robert. La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra, cit., p. 161: “La legge del 1889 fue emanata in risposta alle preoccupazioni nascenti nei governi locali del tempo (...). Essenzialmente, la legge del 1889 stabiliva che la dazione di un giffit o compenso ad un funzionario o impiegato di un ente pubblico, o la ricezioni di quelli da parte di quest’ultimo, costituiva illecito penale se tali compensi erano stati dati o ricevuti al fine di influenzare una condotta o al fine di indurre ad una astensione di un atto dell’ufficio”.

Entretanto, poucos anos passados desde o advento do texto mencionado, aos 04 de agosto de 1906, introduziu-se na ordem jurídica inglesa o *Prevention of Corruption Act*, no âmbito do qual foram tipificados, para que se procedesse a mais efetiva prevenção³²⁴, o tradicional crime de corrupção no setor público e, de forma inédita na História, o delito de corrupção na esfera privada³²⁵.

Pela primeira vez, comportamentos de desvio de poder perpetrados nas relações entre particulares foram considerados justificadores da atuação do aparato repressivo estatal, situação nova para o Direito Penal, porquanto, até aquele momento, apenas atos de corrupção de funcionários públicos eram-lhe de interesse, não só na Inglaterra, mas em todas as demais nações da Europa³²⁶.

A importância da legislação britânica sobre *pactos sceleris* envolvendo particulares foi tamanha que, a partir do seu advento, outras nações do Velho Continente passaram a direcionar esforços no sentido de disciplinar com normas de natureza sancionatória, tais comportamentos. Citem-se, como exemplo, alterações legislativas que foram realizadas no ordenamento jurídico alemão³²⁷, poucos anos mais tarde, por influência, em grande medida, do *Prevention of Corruption Act*³²⁸.

Nesse diapasão, imprescindível analisar o capítulo 34 do diploma jurídico britânico, no bojo do qual foi contemplada a figura típica da corrupção no setor privado:

³²⁴Consta do Preâmbulo do diploma que fora criado “*for the better Prevention of Corruption*”.

³²⁵SULLIVAN, Robert. La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra, cit., p. 161: “*Mentre la legge del 1889 si limita a disciplinare il settore pubblico, la legge del 1906 si occupa della corruzione commessa in ambito privato (...). Con la legge del 1906, per la prima volta in Inghilterra, la corruzione commessa nel settore privato è disciplinata penalmente*”. No mesmo sentido: FLORE, Daniel. *L’incrimination de la corruption: les nouveaux instruments internationaux. la nouvelle loi belge du 10 février 1999*, cit., p. 105; REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 241; SCALLY, Greg. *Defining corruption: a comparison on the substantive criminal law of public corruption in the United States and the United Kingdom*. p. 34. Disponível em: <<http://dl.tufts.edu/catalog/tufts:UA015.012.075.00012>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

³²⁶ALLDRIGE, Peter. Reforming the criminal law of corruption, cit., p. 294: “*There is an intuition that informs much of the older law in the area of corruption, that the law should be more demanding in respect of the public than the private sector. Historically, controls upon corruption arose much earlier in the public sector. Legislation against bribing judges and justices of the peace dates from the thirteenth and fourteenth century, and against the sale of offices from the sixteenth. The nineteenth century statutes attached first to public bodies (...)*”.

³²⁷No subcapítulo 3.2, analisaremos com minudência o tratamento jurídico da corrupção privada na Alemanha.

³²⁸DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 258: “*Ya a principios del siglo XX se observa una profunda preocupación por las dimensiones que adquieren los pagos y regalos hechos a los empleados de empresas privadas por parte de otras empresas que compiten entre si. Por eso, se procede en Gran Bretaña a la sanción penal de la corrupción en el sector privado, con la aprobación de la Ley sobre prevención de la corrupción de 1906. Esta Ley servió de modelo para la legislación alemana, que en la Ley contra la competencia desleal (UWG) de 1909 introdujo el §12 dirigido a sancionar esta clase de conductas*”.

Punishment of corruption with agents:

(1) If any agent corruptly accepts or obtains, or agrees to accept or attempts to obtain, from any person, for himself or for any other person, any gift or consideration as an inducement or reward for doing or forbearing to do, or for having after the passing of his Act done or forborne to do, any act in relation to his principal's affairs or business, or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person in relation to his principal's affairs or business; or

If any person corruptly gives or agrees to give or offers any gift or consideration to any agent as a inducement or reward for doing or forbearing to do, or for having after the passing of this Act done or forborne to do, any act in relation to his principal's affairs or business, or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person in relation to his principal's affairs or business; or

If any person knowingly gives to any agent, or if any agent knowingly uses with intent to deceive his principal, any receipt, account, or other document in respect of which the principal is interested, and which contains any statement which is false or erroneous or defective in any material particular, and which to his knowledge is intended to mislead the principal:

He shall be guilty of a misdemeanour (...).

De se destacar, por início, que as disposições existentes no *Prevention of Corruption Act* eram aplicáveis tanto às hipóteses que envolvessem *agents*³²⁹ atuantes no setor público – corrupção pública -, quanto àquelas nas quais as condutas proibidas fossem praticadas exclusivamente entre particulares. Estabeleceu-se, por conseguinte, regime jurídico-penal que não diferenciava, fosse do ponto de vista dos comportamentos puníveis ou das sanções aplicáveis, essas duas facetas do fenômeno corruptivo.

Com efeito, era idêntico o tratamento dispensado ao *agent*, funcionário público ou não, que praticasse as condutas vedadas no dispositivo incriminador. Não havia distinções no tratamento da corrupção, sancionada, de forma indistinta, tanto nas hipóteses em que o acordo ilícito envolvesse representantes da Coroa, quanto naquelas em que figurassem exclusivamente agentes da iniciativa privada³³⁰.

³²⁹SULLIVAN, Robert. La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra, cit., p. 166: “*Tale termine, secondo le nuove disposizioni normative, comprende una vasta gamma di soggetti: impiegati pubblici o privati ed incaricati di pubblico o privato servizio*”

³³⁰CAPPIELLO, Cristina. *La corruzione privata*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Luiss Guido Carli, Roma, 2009. p. 18: “*In Inghilterra già la Prevention of Corruption Act del 1906 aveva inserito per la prima volta la previsione della corruzione, senza comunque alcuna sostanziale differenza tra ambito pubblico e privato (...)*”. No mesmo sentido: MILITELLO, Vincenzo. Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario, cit., p. 364.

Nesse contexto, é relevante mencionar que a inexistência de distinções entre a corrupção no setor público e a corrupção no setor privado decorria, consoante apontamentos da doutrina, das bases acolhidas na tipificação do delito no sistema jurídico inglês. Considera-se que o modelo político-criminal adotado para fazer frente a essa modalidade de comportamento tinha por escopo tutelar a lealdade nas relações entre os empregados e os empregadores³³¹.

Destarte, fosse na esfera de atribuições de agente estatal, ou no cerne de negócios privados, os comportamentos vedados pela norma jurídica teriam o condão de afetar os valores de lealdade e de confiança, que deveriam nortear as relações *principal-agente*. Ao tratar dessa temática, NIETO MARTÍN é enfático ao aduzir que se justificaria o tratamento idêntico a todos os comportamentos de corrupção – pública ou privada -, uma vez que o texto normativo teria buscado incriminar a deslealdade do corrupto frente ao *principal*, sendo irrelevante que o *pacto sceleris* estivesse vinculado à Administração Pública ou ao setor particular³³².

Com base nessa premissa, punia-se, no primeiro tópico do ato normativo, o delito de corrupção passiva, para cuja configuração o indivíduo (*agent*) deveria, intencionalmente, aceitar, obter ou aceitar receber³³³, para si ou para outra pessoa, recompensa indevida, que o estimulasse a praticar ou deixar de praticar ato relacionado aos interesses gerais do seu empregador, em certos casos com o conseqüente advento de prejuízos a este último, para o surgimento de situação favorável ao corruptor³³⁴.

Tipificava-se, na sequência, o crime de corrupção ativa no setor privado, cuja configuração ocorreria em hipóteses nas quais o indivíduo, agindo com dolo, desse, concordasse em dar ou oferecesse vantagens ilegais à pessoa (*agent*) que mantivesse

³³¹Em estudo da corrupção no setor privado, TAK pontifica que o *Prevention Corruption Act 1906* veio a lume com o fim de proger “*l’integrità dei rapporti di lavoro*” (TAK, Peter. *Il reati di corruzione privata in Olanda*, cit., p. 147). No mesmo sentido: ARGANDOÑA, Antonio. *Private to private corruption*, cit., p. 9; BLANCO CORDERO, Isidoro. *La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas*, cit., p. 10; FLORE, Daniel. op. cit., p. 105.

³³²MARTÍN, Nieto. *La Corruzione Nel Settore Privato: Riflessioni Sull’Ordinamento Spagnolo*. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). *La Corruzione Tra Privati: Esperienze Comparatistiche e Prospettive di Riforma*. Milão: Giuffrè, 2003, p. 123. No mesmo sentido: FORTI, Gabrio. *La corruzione tra privati nell’orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, cit.; CAPPIELLO, Cristina. op. cit., p. 19.

³³³O dispositivo incriminador previa, ainda, a punição de atos tentados de corrupção entre particulares.

³³⁴DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. *La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?*, cit., p. 270: “*El delito de corrupción pasiva castiga al empleado que, corruptamente, acepta u obtiene, o acuerda aceptar o intenta obtener de otra persona, para sí o para tercero, alguna ventaja por realizar u omitir (o por haber hecho u omitido) un acto en relación con los negocios de su empresario principal, o por manifestarse o no hacerlo de forma favorable o desfavorable a una persona en relación con los negocios del empresario principal*”.

relação de emprego com um *principal*, para que atuasse ou se abstinhasse de atuar no âmbito de suas atribuições, e em situações que tivessem reflexos nos interesses – pessoais ou negociais – daquele que lhe depositasse a confiança necessária ao exercício das funções próprias do seu emprego. Tratava-se, então, de pagamento ou oferecimento de vantagem ilegal, com a finalidade de influenciar o *agent* a atuar em desconformidade com as obrigações que defluíam de sua posição profissional³³⁵.

Por derradeiro, era contemplada a possibilidade de aplicação de sanções penais a indivíduos que, de forma consciente, dessem recibos ou qualquer outro documento com informações falsas ou equivocadas que pudessem causar prejuízo ao empregador. Ademais, na mesma linha, coibia-se a conduta do *agent* que, de forma dolosa, com o propósito de prejudicar os interesses do *principal*, utilizasse documentação ou recibo contendo informações falsas ou equivocadas.

Confirma-se, a partir da análise dos comportamentos tipificados na norma penal, que o bem jurídico que se buscava tutelar era a lealdade e a confiança, que haveriam de servir de esteio às relações *principal-agente*³³⁶. Afinal, parece claro que a punição recaia sobre a postura infiel do *agent*³³⁷, consubstanciada na infração concreta de suas obrigações³³⁸, obrigações essas derivadas da relação de trabalho, na qual é imprescindível que os interesses do *principal* estejam acima dos interesses do empregado.

Também em razão dessa orientação político-criminal, de cunho privatístico, que centrava o desvalor dos comportamentos de corrupção no setor privado na ruptura do dever de lealdade, era despicienda, para a configuração do delito, a concretização de prejuízos para o empregador. A violação do bem jurídico tutelado, portanto, prescindia da ocorrência de qualquer resultado lesivo de cunho patrimonial³³⁹.

Ademais, a natureza privada do objeto de proteção da norma incriminadora conferia à vítima – o empregador – a faculdade de fazer atuar o poder repressivo estatal: a

³³⁵SULLIVAN, Robert. La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra, cit., p. 159: “*La fattispecie del reato di corruzione, così come prevista, comunque, si estrinseca nel pagamento di una tangente al fine de influenzare il compimento di azioni od omissioni (...). Commete il reato di corruzione chiunque offre o promette ad altri (agent) un vantaggio al fine che questi compia od ometta un atto del proprio ufficio (...)*”.

³³⁶CAPPIELLO, Cristina. op. cit., p. 17.

³³⁷SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?, cit., p. 273.

³³⁸DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 270.

³³⁹SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?, cit., p. 273: “*In questa prospettiva, emerge che il disvalore del fatto non consiste in un’effettiva lesione degli interessi economici del datore di lavoro, bensí nella retribuzione di un atto connesso alle funzione espletate all’insaputa e senza l’autorizzazione del proprio datore di lavoro; il quase ultimo, pertanto, si pone como unico titolare del bene tutelato (...)*”.

corrupção entre particulares era crime sujeito à representação do ofendido e, por isso, careciam de relevância penal os *pactos sceleris* perpetrados com o consentimento do empregador, ao qual incumbia definir efetivamente as obrigações do *agent*.

No tocante às sanções cominadas aos crimes previstos no texto normativo inglês de 1906, verifica-se que eram previstas pena privativa de liberdade, de duração máxima de sete anos, bem como sanções pecuniárias, podendo tais modalidades sancionatórias ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa³⁴⁰.

Interessante destacar, malgrado inexistente àquela época, na Inglaterra, diferenciação entre os comportamentos típicos e respectivas sanções dos crimes de corrupção pública e de corrupção privada, que no dia 22 de dezembro de 1916 foi promulgado ato em emenda³⁴¹ à *Prevention of Corruption Act*³⁴². Nele, estabeleceu-se distinção de natureza processual, que deveria ser observada nas ações que tivessem como escopo a persecução de *pactos sceleris* envolvendo agentes estatais e aquelas nas quais eram parte apenas *agents* particulares.

Nos processos-crime que versavam sobre a clássica modalidade do fenômeno corruptivo, instituiu-se que o ônus probatório recairia sobre a defesa, uma vez que qualquer recebimento de vantagens, por agentes vinculados ao Poder Público, presumir-se-ia ilegal, a menos que se conseguisse comprovar o contrário. Por outro lado, na esfera privada, prevalecia o princípio processual que impunha à acusação o dever de provar a ilicitude do recebimento das vantagens, bem como a sua vinculação às atribuições do *agent*, “*beyond any reasonable doubt*”³⁴³.

³⁴⁰ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España, cit.

³⁴¹É expresso no Preâmbulo do *Prevention of Corruption Act* 1916 que seu escopo é servir de emenda à legislação vigente, em matéria de corrupção.

³⁴²Interessante mencionar que o advento da *Prevention Corruption Act* 1916, que dispensava tratamento mais severo à corrupção pública, mediante a presunção de ilegalidade de recebimento de vantagens, decorreu de escândalos que ocorreram no gabinete de Guerra britânico. Acerca do assunto, destaque-se o teor de documento elaborado pela *Law Commission*, no qual consta que “*the 1916 Act was passed in the wake of scandals regarding the Clothing Department of the War Office, which involved the taking of bribes by viewers and inspectors of merchandise*” (LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Legislating the Criminal Code: Corruption* (1998) n. 248, p. 29 e ss. Disponível em: <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc248_Legislating_the_Criminal_Code_Corruption.pdf>).

³⁴³SULLIVAN, Robert. La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra, cit., p. 161: “*La legge del 1916, a su volta, ha stabilito (mediante presunzione) che qualsiasi compenso o promessa, offerti o accettati da una persona impiegata in un Ente Pubblico, volta ad esempio ad ottenere un contratto, si presume corrotta; con onere della difesa di provare il contrario. Diversamente, nell’ipotesi di corruzione privata (commessa in un settore privato), l’onere della prova grava sull’accusa, prova che deve sempre fondarsi sul principio beyond any reasonable doubt*”. No mesmo sentido: CAPPIELLO, Cristina. op. cit., p. 19; MILITELLO, Vincenzo. op. cit., p. 365.

As normas jurídicas analisadas vigoraram no direito inglês por quase um século, dividindo espaço com instrumentos de Direito típicos da *common law*, notadamente com precedentes fixados pelos tribunais³⁴⁴. Destarte, parte da doutrina, a partir de princípio do século XXI, com maior ênfase, passou a defender a realização de uma profunda reformulação do tratamento jurídico-penal dispensado à corrupção pública e privada. Reputava-se absolutamente assistemática³⁴⁵ a disciplina do fenômeno, situação que fazia transparecer sensível insegurança jurídica³⁴⁶.

Aos reclamos doutrinários, somaram-se pressões internacionais³⁴⁷ para mais efetiva disciplina jurídica da corrupção. Procedeu-se, então, à completa reformulação das normas jurídicas inglesas sobre o crime de corrupção no setor privado, com o advento do importante *Bribery Act* 2010. Tal instrumento normativo, conforme consta de documento elaborado pelo Ministério da Justiça britânico, revogou toda a legislação pretérita sobre o assunto, “*out of date (...)*”³⁴⁸, modernizando-a.

3.1.2. O atual modelo de repressão à corrupção no setor privado no direito penal inglês: considerações críticas sobre a tipicidade delitiva

As normas do Direito inglês atinentes à corrupção, conforme anteriormente analisado, eram anacrônicas, não atendiam às orientações internacionais relacionadas ao combate ao fenômeno delitivo, tampouco apresentavam coesão sistêmica. Era esse o panorama quando instituiu-se a comissão de juristas (*Law Commission*) que, após anos de debates³⁴⁹, criou o *Bribery Act* 2010, vigente desde 01º de julho de 2011³⁵⁰.

³⁴⁴SCALLY, Greg. op. cit., p. 32.

³⁴⁵SULLIVAN, Robert. La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra, cit., p. 158; SCALLY, Greg. op. cit., p. 31.

³⁴⁶ALLDRIGE, Peter. op. cit., p. 287: “*The English criminal law of corruption is to be found in a mixture of aging statutes and common law offences. The Law Commission has considered the area twice in an attempt to bring rationality and coherence to an area of law riddled by logical inconsistency and historical hangovers*”.

³⁴⁷Id. Ibid., p. 287.

³⁴⁸MINISTRY OF JUSTICE. *The Bribery Act 2010*: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing, 2010. p. 2. Disponível em: <www.justice.gov.uk/guidance/bribery.Hmt>. Acesso em: 20 nov. 2013.

³⁴⁹ALLDRIGE, Peter. op. cit., p. 287: “*The English criminal law of corruption is to be found in a mixture of aging statutes and common law offences. It is under reviel from several quarters*”.

³⁵⁰HALPERN, Jonathan; COSTA, Andrew. *The U.K. Bribery Act and the globalization of corporate compliance*. p. 1. Disponível em: <<http://www.mainjustice.com /justanticorruption/2011/06/03/the-u-k-bribery-act-and-the-globalization-of-coporate-compliance/>>. Acesso em: 20 nov. 2013: “*The most pressing motivator is the U.K.Bribery Act of April 2010 (the Bribery Act), which goes into effect July 1*”.

Com a introdução do corpo normativo, foram revogados todos os preceitos do Direito inglês que tratavam do fenômeno da corrupção³⁵¹, em tentativa de aprimoramento do tratamento normativo-penal a ele dispensado. As reformas consolidadas no ordenamento jurídico britânico, reconhece a doutrina, representaram importante avanço para o Reino Unido, no que diz respeito à disciplina da corrupção, porquanto aprimoraram a sistematização normativa do fenômeno³⁵².

Na nova legislação inglesa, que apenas em 2011 entrou em vigor, foram tipificados os delitos de corrupção de funcionários públicos (*general bribery offences*), de corrupção de funcionários públicos estrangeiros³⁵³ (*bribery of foreign public officials*), de falha na atuação preventiva de crimes de corrupção³⁵⁴ (*failure of commercial organisation to prevent bribery*) e de corrupção no setor privado, inserido no âmbito das *general bribery offences*, sobre o qual nos debruçaremos.

Debate central que permeou a elaboração do projeto do *Bribery Act 2010* girou em torno do tratamento que deveria ser dispensado aos crimes de corrupção de agentes públicos e aos crimes de corrupção no setor privado. Isso porque, o *Prevention Corruption Act 1916* estabelecia distinção de índole processual entre tais modalidades delitivas³⁵⁵, relacionada ao ônus probatório. Contudo, sob o ponto de vista do Direito Penal, idêntica disciplina jurídica era dispensada.

³⁵¹A seção 17 do *Bribery Act 2010* previa a revogação de todas as normas inglesas que tratassem de “*bribery and embracery*”, dentre as quais estavam, além de preceitos oriundos das fontes jurisprudenciais tradicionais do *common law*, também os textos jurídicos antes estudados, quais sejam: *Public Bodies Corrupt Practices 1889*, *Prevention Corruption Act 1906* e *Prevention Corruption Act 1916*.

³⁵²SULLIVAN, Bob. Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010. In: HORDER, Jeremy; ALLDRIDGE, Peter (Ed.). *Modern bribery law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 26.

³⁵³A introdução do crime de corrupção de funcionários públicos estrangeiros decorre da assunção internacional de obrigação de tipificação de tal conduta, a partir da assinatura da Convenção da OCDE de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos estrangeiros. Ensina-nos ENGLE que “*Britain recently enacted an extensive anti-bribery statute in order to meet and exceed the OECD Convention’s standards*” (ENGLE, Eric. *I get by with a little help from my friends? Understanding the U.K. Anti-Bribery Statute, by reference to the OECD Convention and the Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 1182).

³⁵⁴Interessante novidade da disciplina do fenômeno da corrupção, trazida pelo *Bribery Act 2010*, é o delito de falha na prevenção de atos de corrupção por organizações empresariais. Em síntese, haverá possibilidade de atribuição de responsabilidade a pessoas jurídicas que não implementarem, de forma eficiente, programas de *compliance* aptos a evitar que delitos de corrupção sejam perpetrados em seu benefício: “*A commercial organisation will be liable to prosecution if a person associated with it bribes another person intending to obtain or retain business or an advantage in the conduct of business for that organisation*” (MINISTRY OF JUSTICE. *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*, 2010, cit., p. 15).

³⁵⁵LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Legislating the Criminal Code: Corruption* (1998), cit., p. 29: “*(...) the 1916 Act created a presumption of corruption which can simplify the prosecution’s task. However, it applies only to cases involving public bodies*”.

Desde o início dos trabalhos desenvolvidos, a *Law Commission* firmou posição no sentido de que nada deveria diferenciar os delitos de corrupção, fossem aqueles perpetrados no âmbito estatal ou aqueles verificados na esfera particular. Assim, no primeiro *Consultation Paper* apresentado³⁵⁶, no ano de 1998, deixou-se assentado que a comissão recomendava a eliminação das distinções delineadas em 1916³⁵⁷.

Entretanto, a partir dessa tomada de posição, emergiram diversas críticas de estudiosos, que entendiam imprescindível a criação de contornos jurídicos bem definidos que distinguíssem os delitos³⁵⁸. Em síntese, os defensores da diferenciação aduziam ser ela necessária em razão de três elementares circunstâncias: considerava-se que a corrupção no setor público, porque mais grave, deveria ser tratada com maior rigor pela normativa criminal; aduzia-se que o setor público seria mais vulnerável aos desvios e, portanto, mais carente de proteção; por fim, na mesma esteira, defendia-se que as atividades do setor público deveriam ser impregnadas de mais elevados ditames éticos e jurídicos³⁵⁹.

Destarte, estes fatores justificariam a manutenção, com aprimoramentos, da distinção que existia entre a clássica modalidade de corrupção e aquela realizada entre particulares.

Tais argumentos, todavia, foram rejeitados pela comissão encarregada de criar o *Bribery Act* 2010, a qual manteve no texto final idêntico tratamento aos crimes de corrupção no setor público e de corrupção no setor privado, consoante é possível depreender do conteúdo do *Consultation Paper* nº 185, publicado no ano de 2008³⁶⁰:

³⁵⁶ Apontava-se, desde o início, para a problemática relativa à distinção entre a corrupção no setor público e a corrupção no setor privado. Sobre o assunto, colhe-se do primeiro documento emitido pela *Law Commission* que: “An important feature of the present law is the distinction between corruption involving public and non-public bodies (...), our provisional views were: (1) that the existence of the distinction between public bodies and others, and the various different effects of that distinction, render the law complex and confusing; (2) that there would therefore be substantial advantages in abandoning it; (3) that the arguments for retaining the distinction in principle are outweighed by the advantages of abandoning it; (4) that it should therefore be retained only if it is necessary to do so for any of the three purposes we have identified; and (5) that is not necessary to retain it (...)”. (LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Legislating the Criminal Code: Corruption* (1998) n. 248, p. 29 e ss.).

³⁵⁷ LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Legislating the Criminal Code: Corruption* (1998) n. 248, p. 29.

³⁵⁸ LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Reforming bribery: a Consultation Paper* n. 145, 2008, p. 5. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/bribery.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2013: “Consultees were asked whether offences applicable in the public sector should be separate from those in the private sector”.

³⁵⁹ ALLDRIGE, Peter. op. cit., n. cit., p. 295.

³⁶⁰ LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Reforming bribery: a Consultation Paper* n. 145, cit., p. 5.

As will become apparent, we are recommending that the threshold should be breach of a legal or equitable duty that involves a betrayal of a relation of trust or a breach of a duty to act impartially or in the best interests of another. Where a person breaches such a duty in return for the conferral or promise of an advantage from another, both should be guilty of bribery irrespective of whether the recipient is a public official (...).

We provisionally propose that in the domestic context the law of bribery should not draw a distinction between bribery in the public sector and bribery in the private sector.

Desse modo, inobstante, em geral, os ordenamentos jurídicos estabeleçam distinções entre a corrupção pública - considerada mais grave - e a corrupção no setor privado, o *Bribery Act* não faz qualquer diferenciação entre elas³⁶¹, situação que decorre da opção adotada pelo legislador inglês, no que toca ao bem jurídico³⁶² que se tutela com a tipificação de comportamentos corruptivos, quaisquer que sejam os ambientes nos quais sejam praticados³⁶³.

Destaque-se que os objetos de salvaguarda das normas jurídicas inglesas que incidem sobre o fenômeno da corrupção são, em primeiro plano, a lealdade e a confiança, que devem alicerçar a relação existente entre o empregado (*agent*) e o seu empregador (*principal*). Logo, verificada a existência de pacto ilegal, é indiferente que os seus participantes atuem no âmbito público ou privado, porquanto, em qualquer hipótese, são lesionados os bens jurídicos abarcados pelos tipos delitivos. Isso evidenciaria ser injustificada a diferenciação entre essas modalidades de corrupção.

Subsiste, por conseguinte, no Direito Penal inglês, após o advento do *Bribery Act* 2010, a mesma lógica que permeava o conteúdo das normas pretéritas sobre o combate à corrupção. Afinal, busca-se coibir violações dos valores de lealdade e de confiança, que ocorrem nas hipóteses de celebração de *pactos sceleris*, seja por parte de indivíduo

³⁶¹HORDER, Jeremy; ALLDRIDGE, Peter (Ed.). *Modern bribery law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 16.

³⁶²Necessário mencionar que a opção político-criminal pela proteção dos valores de lealdade e confiança, que amparam a relação *principal-agente*, também gerou tensão no debate jurídico da Inglaterra. Isso porque, pontifica SCALLY, o problema central das práticas corruptas extrapolaria o mero interesse dos agentes diretamente envolvidos, atingindo, de forma difusa, interesses de toda a coletividade, notadamente os interesses dos competidores e dos consumidores. Para este estudioso, “*identifying the harm of corruption as the harm suffered by an agent’s principal obscures what is really wrong with it. What’s really wrong with it is its negative effects on the market as a whole, with the losers – the victims – being competitors of the briber or the consumer, to whom is passed any extra costs*” (SCALLY, Greg. op. cit., p. 42).

³⁶³Sobre o assunto, ALLDRIDGE assevera que, ao identificar o desvalor dos comportamentos de corrupção na violação da relação bilateral, “*between principal and agent*”, acaba-se “*collapsing the public/private distinction*” (ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 298).

corrupto subordinado à Coroa britânica, ou por parte de funcionário de empresa privada que em Londres desempenhe suas atividades econômicas.

Contemplou-se, em detrimento do *market model*, defendido pelos críticos da *Law Commission*, modelo de política criminal baseado no que se convencionou chamar “*the principal and agent model*”, no qual os cerne de proteção nos delitos de corrupção são a confiança e a lealdade entre empregador e empregado³⁶⁴ – agente público, ou não -, tal como propugna o *Consultation Paper* nº 185, elaborado e publicado pela comissão³⁶⁵:

The principal and agent model regards the impropriety in bribery (...) as the breach of a duty of loyalty owed by an agent to his or her principal. Thus, under this model, it is by no means every breach of duty (...) that falls within the scope of bribery (...). According to the principal and agent model, the essential evil of bribery is betrayal of trust. That is, a person owes a duty of loyalty to another and should act in that other’s interests. By accepting the bribe, the recipient is acting in his or her own interests, or those of the payer, and betraying the trust of the person to whom loyalty is owed.

Partindo de tal consideração, o *Bribery Act 2010*³⁶⁶, na seção 1, delineou a figura ativa do delito de corrupção, com a definição dos contornos típicos das “*offences of bribing another person*”, em duas situações especificamente colocadas, *in verbis*:

- (2) Case 2 is where –
 - (a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and
 - (b) P intends the advantage
 - (i) to induce a person to perform improperly a relevant function or activity, or
 - (ii) to reward a person for the improper performance of such a function or activity
- (3) Case 2 is where –

³⁶⁴A existência de possível ruptura da relação de confiança prévia entre *principal* e *agente* é característica de qualquer hipótese de corrupção, e foi acolhida no sistema de política criminal britânico. Conforme pondera ALLDRIDGE, “*only people who are parties to such relationship should be subject to the law of bribery. On the duty account an existing principal-agent relationship is necessary because it is action in respect of an existing legal duty that supplies the basic harm*” (Id. Ibid., p. 290).

³⁶⁵LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Reforming bribery: a Consultation Paper* n. 145, cit., p. 27-28.

³⁶⁶SULLIVAN, Bob. Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010, cit., p. 29: “*Sections 1 and 2 of the Bribery Act 2010 create offences of bribing or being bribed. The sections set down six stated cases where one or other of these offences will be committed*”. No mesmo sentido: HALPERN, Jonathan; COSTA, Andrew. op. cit., p. 3.

- (a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and
- (b) P knows or believes that the acceptance of the advantage would itself constitute the improper performance of a relevant function or activity.

Da análise do dispositivo normativo, percebe-se que a corrupção ativa no setor privado, nos moldes do que estatui o §2º (*Case 1*), caracteriza-se pelo oferecimento, promessa ou concessão de vantagem, de natureza financeira ou não, a qualquer pessoa, com o objetivo específico de fazer com que o destinatário do benefício exerça, de forma inapropriada, atividade relevante (corrupção antecedente); ou com a finalidade de recompensá-lo por atuação desviada já concretizada, no âmbito de suas atribuições funcionais (corrupção subsequente)³⁶⁷.

Ademais, o §3º (*Case 2*), da seção 1 do texto legal em estudo proscribe o comportamento de oferecer, prometer ou conceder benefícios indevidos de qualquer espécie a indivíduo atuante no setor público ou privado, nas hipóteses em que, sob a óptica do corruptor, a aceitação da vantagem, *per se*, represente exercício impróprio de relevante função ou atividade, em casos nos quais o Direito vede, de forma peremptória, qualquer tipo de recebimento de benefícios.

De seu turno, as situações que configuram o delito de corrupção passiva (*offences relating to being bribed*) estão contempladas na seção 2 do *Bribery Act 2010*³⁶⁸, sendo quatro os casos descritos no diploma normativo, transcritos a seguir:

2. Offences relating to being bribed:

- (1) A person ('R') is guilty of an offence if any of the following cases applies.
- (2) Case 3 is where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage intending that, in consequence, a relevant function or activity should be performed improperly whether by R or another person.
- (3) Case 4 is where –
 - (a) R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage, and

³⁶⁷LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Reforming bribery: a Consultation Paper* n. 145, cit., p. 87: "(...) R does an improper act not as a result of the conferral of an advantage from P (...) but in the expectation of one (...) in cases where the improper act of the recipient precedes the conferral of the advantage by the payer, it should be a necessary and sufficient condition of liability that the primary reason for the recipient doing the improper act was that the payer should confer an advantage on the recipient or another person".

³⁶⁸HALPERN, Jonathan; COSTA, Andrew. op. cit., p. 3: "Section 2 criminalizes demand-side, or passive bribery, prohibiting the request, demand or receipt of a bribe".

(b) the request, agreement or acceptance itself constitutes the improper performance by R of a relevant function or activity.

(4) Case 5 is where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage as a reward for the improper performance (whether by R or another person) of a relevant function or activity.

(5) Case 6 is where, in anticipation of or in consequence of R requesting, agreeing to receive or accepting a financial or other advantage, a relevant function or activity is performed improperly –

(a) by R, or

(b) by another person at R's request or with R's assent or acquiescence.

Proíbe-se, no caso 3, que o indivíduo, intencionalmente, solicite, aceite receber ou, de forma efetiva, receba vantagem indevida, de cunho econômico ou não, que sirva de motivação para que ele próprio, ou terceira pessoa, desempenhe função ou atividade relevante de maneira imprópria (*performed improperly*). Tem-se, assim, figura delitiva que representa reflexo espectral da corrupção ativa, prevista na seção 1, §º2 do *Bribery Act* 2010, inexistindo a exigência, para a configuração delitiva, da efetiva prática de conduta imprópria, sendo suficiente a mera intenção de fazê-lo.

De seu turno, no caso 4, é tipificada a conduta de solicitar, concordar com o recebimento ou ser beneficiado com vantagem indevida, também de qualquer natureza, nas hipóteses em que tal situação, *per se*, independentemente da realização de outros atos ilícitos, constitua desvio no exercício de função ou atividade relevante, seja no âmbito público, ou no cerne de relações entre particulares.

Ademais, no §4º, da seção 2 do texto normativo, no qual é descrito o *case 5* de corrupção – pública ou privada -, proscribe-se a denominada corrupção subsequente, porquanto a conduta nele descrita consiste na solicitação ou aceitação de benefício ilegal, pelo agente corrupto, como recompensa pela pretérita realização, por ele ou por terceira pessoa, de ato impróprio relevante em suas funções ou atividades.

Por último, no caso 6, é tipificada a mais comum modalidade de comportamento de corrupção³⁶⁹, seja no âmbito de relações que envolvam agentes estatais, ou naquelas em que figurem tão somente sujeitos privados. Veda-se o efetivo exercício de função ou

³⁶⁹LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Reforming bribery: a Consultation Paper* n. 145, cit., p. 81: “This scenario represents the most common form of bribery: P confers an advantage on R and then R does an improper act. It is clear that R must be aware that P has conferred an advantage. Further, R must knowingly accept the advantage (...) for the recipient to be convicted of bribery as a principal offender, the advantage conferred must be the primary reason for the recipient doing the improper act”.

atividade relevante de modo impróprio, como consequência da perspectiva de recebimento de vantagem indevida, que o corrupto solicite, concorde em receber ou aceite justamente para que se comporte de maneira desviada.

Fundamental notar que, em todas as hipóteses de corrupção previstas na legislação inglesa (*Cases 1, 2, 3, 4, 5 e 6*), é elemento típico comum à configuração delitiva a possibilidade de atuação imprópria (*perform improperly, improper performance*) – desviada –, pelo agente ao qual se destinem as vantagens indevidas. Assim, o agente ativo do crime de corrupção ativa entre particulares deve buscar, de forma intencional, influenciar a maneira de agir do indivíduo a quem pretende corromper, com o oferecimento do benefício ilegal³⁷⁰.

A atuação imprópria que o corruptor persegue com a realização do *pacto sceleris* está definida na seção 4 do *Bribery Act 2010*, segundo a qual há atuação desviada a ensejar a aplicação da sanção penal prevista para o crime de corrupção ativa, nas hipóteses em que a vantagem ilícita é oferecida para que o seu destinatário atue de maneira a frustrar as expectativas legítimas do empregador; ou atue de forma equivocada, com falhas no exercício de suas funções, circunstância que também faz surgir uma quebra de expectativas em relação à realização do seu trabalho³⁷¹.

Ademais, é imprescindível mencionar que a configuração do crime de corrupção ativa no setor privado é limitada às hipóteses nas quais o agente da conduta delitiva atue com a finalidade de que o corrupto realize atividades impróprias, em situação de desempenho de “*relevant function or activity*”³⁷². Por conseguinte, nos termos do que estabelece a seção 3 do diploma normativo em estudo, somente serão punidos os *pactos sceleris* verificados em: “*any activity connected with a business, any activity performed in*

³⁷⁰LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Reforming bribery: a Consultation Paper* n. 145, cit., p. 66.

³⁷¹Importante mencionar que esse desvio de função não está relacionado com práticas que sejam, apenas sob o ponto de vista moral, reprováveis. Conforme aponta a *Law Commission*, “*improper conduct must be restricted to the breach of a duty recognised by the law. This should not be restricted to duties imposed by statute (...)*”. Destarte, apenas violações a obrigações oriundas de prescrições normativas podem ser classificadas como impróprias ou corruptas. Em síntese, vê-se no *Consultation Paper* nº 185 que “*an improper act, for the purposes of the definition of bribery offences: (1) must be a breach of a legal or equitable duty; and (2) must involve betrayal of a relation of trust, or breach of duty to act impartially or in the best interest of another*” (LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Reforming bribery: a Consultation Paper* n. 145, cit., p. 57).

³⁷²HALPERN, Jonathan; COSTA, Andrew. op. cit., p. 3: “*To be actionable, the active or passive bribery must relate to a relevant function, which is defined broadly to include not only new or existing business or a business advantage, but any function that is expected to be performed on behalf of the business entity, in good faith, impartially, or (...) in a position of trust*”.

the course of a person's employment, any activity performed by or on behalf of a body of persons (whether corporate or unincorporate)”.

Outrossim, reforça-se nos §3º e seguintes³⁷³ da mesma seção, ser requisito para a consumação do crime de corrupção no setor privado que o oferecimento, promessa ou concessão da vantagem tenha como finalidade a realização de comportamento desviado por parte daquele a quem ela é dirigida, nas hipóteses em que este deveria, pela vinculação que mantém com o seu *principal*, agir com observância ao princípio da boa-fé, de forma imparcial e de maneira condizente com a confiança que lhe é depositada.

Importante mencionar que pequenos agrados, comuns no tráfico comercial, quando não têm como finalidade favorecer o surgimento de comportamentos impróprios no exercício de funções relevantes, não devem ser considerados ilegais, porquanto não afetam, *prima facie*, o bem jurídico que se pretende tutelar³⁷⁴. É preciso, todavia, atenção com tais atitudes de investimento nas relações empresariais, que não podem extrapolar os estritos limites para as quais são concebidas³⁷⁵.

No que diz respeito às sanções aplicáveis aos agentes que cometem o crime de corrupção no setor privado, a seção 11³⁷⁶ do *Bribery Act 2010* prevê a possibilidade de imposição de penas privativas de liberdade e de multa. Assim, nas hipóteses em que há “*summary conviction*”, instituto similar à transação penal brasileira, admite-se a fixação, por juízo singular, de pena de prisão máxima de 12 (doze) meses, bem como o arbitramento de multa. Por outro lado, em caso de “*conviction on indictment*”, feito por órgão colegiado da *Crown Court*, é possível a aplicação de pena de prisão de até 10 (dez) anos e sanção monetária³⁷⁷.

³⁷³Bribery Act 2010: “3. *Function or Activity to which bribe relates (...). (3) Condition A is that a person performing the function or activity is expected to perform in good faith. (4) Condition B is that a person performing the function or activity is expected to perform it impartially. (5) Condition C is that a person performing the function or activity is in a position of trust by virtue of performing it*”.

³⁷⁴O Ministério da Justiça da Inglaterra, em Guia de interpretação do *Bribery Act 2010*, deixou explicitada a ideia de que “*the Government does not intend for the Act to prohibit reasonable and proportionate hospitality and promotional or other similar business expenditure intended for these purposes*” (MINISTRY OF JUSTICE. *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*, 2010, cit., p. 12). Na doutrina, veja-se: ENGLE, Eric. op. cit., p. 1185.

³⁷⁵HALPERN, Jonathan; COSTA, Andrew. op. cit., p. 7.

³⁷⁶*Bribery Act 2010: “Penalties: (1) An individual guilty of an offence under section 1, 2 or 6 is liable – (a) on summary conviction, to imprisonment of a term not exceeding 12 months, or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both, (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years, or to a fine, or to both”.*

³⁷⁷A disciplina dos julgamentos criminais é feita pelas *Criminal Procedure Rules*. JUSTICE. *Criminal Procedure Rules*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/criminal/rulesmenu>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

Necessário consignar que, embora o foco de proteção da norma que coíbe o crime de corrupção entre particulares seja o interesse do empregador na lealdade e na confiança que o vinculam aos seus empregados (interesses privatísticos), a seção 10 do ato normativo, que disciplina a questão processual, estabelece que a persecução criminal não tem início, via de regra, sem a atuação direta dos órgãos de acusação públicos.

Destarte, para concluir, apesar de orientado à proteção de bem jurídico de índole individual, o crime de corrupção no setor privado, até porque recebe idêntico tratamento àquele dispensado à corrupção na esfera pública, somente poder ser objeto de investigação a partir de iniciativa das autoridades estatais incumbidas da função acusatória³⁷⁸.

3.2. O crime de corrupção no setor privado no direito penal alemão

3.2.1. O surgimento e a evolução da tipificação do crime de corrupção no setor privado no direito penal alemão

No Direito Penal alemão, desde princípios do século passado, está previsto o crime de corrupção no setor privado, caracterizado por comportamentos de desvio de poder, pelos quais o empregado – corrupto – de uma empresa aceita ou recebe vantagem indevida, para favorecer um concorrente – corruptor – de seu empregador.

Ainda no século XIX, quando, no ano de 1896, surgiram embrionárias discussões sobre a ideia de criação de uma lei geral que coibisse atos de concorrência desleal, aventou-se a possibilidade de tipificação de condutas semelhantes àquelas que hoje configuram o crime de corrupção nas relações privadas³⁷⁹.

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

³⁷⁸ *Bribery Act 2010*: “Consent to prosecution: (1) No proceedings for an offence under this Act may be instituted in England and Wales except by or with the consent of – (a) the Director of Public Prosecutions, (b) the Director of the Serious Fraud Office, or (c) the Director of Revenue and Customs Prosecution (...). (4) The Director of Public Prosecutions, the Director of the Serious Fraud Office and the Director of Revenue and Customs Prosecutions must exercise personally any functions under subsections (1), (2) or (3) of giving consent”.

³⁷⁹ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 175; CABEZA OLMEDA, Araceli Manjón; VENTURA PÜSCHEL, Arturo. Corrupción entre particulares, cit., p. 674; RANDO CASEMEIRO, Pablo. Delitos contra el mercado y los consumidores. In: POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Madrid: Tecnos, 2011. t. 2, p. 106.

de empregados (*Algestelltenbestechung*) no âmbito do ordenamento jurídico alemão³⁸⁰. Passaram a ter tratamento diverso os casos de *pactos sceleris* que envolvessem funcionários públicos, e aqueles firmados no tráfico comercial³⁸¹.

Muito antes do advento da preocupação internacional com o combate ao fenômeno da corrupção – do qual faz parte a corrupção no setor privado –, portanto, comportamentos de desvio de poder perpetrados na esfera privada eram objetos de repressão, eis que tipificados em dispositivos de lei especial alemã, criada para assegurar a lealdade nas relações econômicas concorrenciais.

Desde o momento inicial em que foi previsto, nos primeiros anos do século XX, o crime de corrupção no setor privado tem como escopo a tutela de interesse jurídico que importa a toda coletividade, qual seja: a livre e leal concorrência³⁸².

Interessante destacar que, quando entrou em vigor, a lei de concorrência desleal da Alemanha (GWG) foi objeto de severas críticas dos próprios agentes econômicos, representados por associações de empresários, as quais entendiam exacerbado o grau de ingerência que o Estado exerceria nas atividades privadas. Assim, em seu nascedouro, em vez de trazer segurança para as relações comerciais, a dita lei de proteção da concorrência foi vista com reservas pela sociedade, porquanto se imaginava possível que as limitações por ela impostas atravancassem o desenvolvimento econômico³⁸³.

Tal carência inicial de legitimidade, aliada à precoce tipificação tedesca dos crimes de corrupção no setor privado e à quase inexistente instauração de procedimentos criminais destinados à persecução penal dessa modalidade delitiva, acabou por fazer com que, por várias décadas, poucos estudos científicos fossem realizados sobre a matéria.

Por conta disso, reformulações na modelagem típica do delito foram realizadas, no ano de 1974: o legislador ordinário buscou reforçar – sem alcançar resultados práticos

³⁸⁰FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 82.

³⁸¹KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán, cit., p. 3; DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 285.

³⁸²PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción, cit., p. 13: “*Frente a ello, otros Ordenamientos, como el alemán, consideran que la protección que hay que garantizar a través de la sanción de la corrupción en el sector privado es la libre competencia*”.

³⁸³GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 175.

efetivos³⁸⁴ – a consciência pública para o carácter ilícito das condutas de corrupção entre particulares.

Foi somente nas duas últimas décadas do século XX, notadamente em razão do advento de uma agenda internacional de debates sobre a necessidade de efetiva repressão ao fenômeno da corrupção, que a temática referente aos desvios de poder na esfera privada adquiriu relevo de proporções anteriormente não verificadas.

Ademais, a constante divulgação de escândalos corporativos de corrupção entre particulares, ocorridos no cerne das atividades de alguns dos mais importantes conglomerados econômicos atuantes na Alemanha, deixou comprovada a necessidade de que se dedicassem maiores cuidados aos atos de corrupção no setor privado. Exemplificativamente, destaquem-se os escândalos envolvendo dirigentes das empresas BMW e OPEL³⁸⁵, os quais, por vários anos, receberam vantagem indevida para beneficiar certos fornecedores de matérias-primas, em prejuízo da própria indústria automobilística e também dos demais *players* atuantes no mercado³⁸⁶.

Por conseguinte, passou-se a dispensar maior atenção à repressão das condutas de corrupção entre particulares no ordenamento jurídico tedesco. Afinal, além de a Alemanha ser signatária de todos os instrumentos jurídicos internacionais voltados ao combate à corrupção, constatou-se a partir das experiências concretas vivenciadas – e amplamente divulgadas – que referido fenômeno delitivo poderia gerar consequências socioeconômicas devastadoras³⁸⁷.

³⁸⁴ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 175: “*Pero este delito, modificado en el año 1974, seguía siendo escasamente aplicado*”.

³⁸⁵ Um dos maiores escândalos no setor privado, verificados na vida econômica da Alemanha, envolvia a companhia automobilística Opel. No ano de 1994, descobriu-se que um fornecedor da indústria, por período superior a dez anos, garantiu as renovações de seus contratos mediante o pagamento de vantagens indevidas a membros da alta administração da empresa, que sofreu elevados prejuízos. Sobre outro importante caso de corrupção no tráfico econômico: KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 1: “*Quien revise los periódicos alemanes, no necesita buscar mucho tiempo para toparse con titulares sobre casos de corrupción. En este momento ocupan a la opinión pública, entre otras cosas, noticias sobre pagos de coimas por parte de proveedores a los encargados de las compras de las empresas automotrices. Así, por ejemplo, el proveedor francés Faurencia había realizado pagos ascendentes a cerca de casi un millón de euros a distintos trabajadores de BMW, para que BMW compre de forma preferente autopartes de la firma francesa (...)*”.

³⁸⁶ Ademais, são importantes os casos das empresas Ikea, Siemens, Allianz Arena, Colonia e Thyssen-Krupp, de corrupção no tráfico comercial. Veja-se, sobre o assunto: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia, cit., p. 169; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y o administración desleal, cit., p. 236; BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*, cit., p. 163.

³⁸⁷ VOGEL, Joachim. La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l’esperienza Tedesca, cit., p. 77: “*Nondimeno, in Germania, la stampa e la politica ritengono che la corruzione nel settore privato costituisca una seria minaccia e, dunque, un tema reale di discussione; e che i danni provocati dalla corruzione assumano dimensioni devastanti*”.

Nesse contexto de incremento dos níveis de preocupação, tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito doméstico, com a corrupção no setor privado, aos 13 de agosto de 1997, o legislador ordinário alemão reformulou as disposições legais aplicáveis à modalidade delitiva³⁸⁸. A partir de iniciativa do Ministério da Justiça, foi ela retirada da lei de concorrência desleal (GWG) e incorporada ao artigo §299 do Código Penal (StGB), com o *numen iuris* de corrupção ativa e passiva no tráfico econômico, em capítulo que dispõe sobre os crimes contra a concorrência³⁸⁹.

Reforçou-se a proteção da concorrência leal, conferindo-se 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 interesses coletivos (§301 StGB). Sobre o assunto, vale transcrever as lições de GILI PASCUAL³⁹⁰:

(...) tras su prolongada presencia en la Ley contra la Competencia Desleal alemana (§12 UWG), fueron precisamente razones preventivo generales, tendentes a reforzar la conciencia de la población en cuanto a que la corrupción en el ámbito comercial afectava no sólo a las empresas, sino que constituía un comportamiento socialmente dañoso, las que animaron al legislador a su traslado al Código Penal, lo que tuvo lugar mediante la Ley de lucha contra la corrupción de 13 de agosto de 1997, que dio vida al actual §299 StGB. Con las miras puestas en ese objetivo preventivo, la nueva ubicación se aprovechó también para elevar de uno a tres años el máximo de pena privativa de libertad (hasta cinco en casos de especial gravedad - §300 StGB) y para relativizar el carácter privado del delito, permitiendo la persecución de oficio cuando concurriese un especial interés público (...).

A proteção da concorrência leal como bem jurídico, antes adstrita a dispositivos existentes na lei de concorrência desleal (GWG), passou a ser feita no próprio Código Penal, em seção própria intitulada “*Delitos Contra la Competencia*”, circunstância que

³⁸⁸VOGEL, Joachim. op. cit., p. 78: “*Nuovi impulsi allo sviluppo della politica criminale tedesca giungono soprattutto dall’Europa. Sia sulla base dell’Azione comune 98/742/JAI del Consiglio dell’Unione Europea del 22 dicembre 1998, concernente la corruzione nel settore privato, sia sulla scorta degli artt. 7 e 8 della Convenzione sulla corruzione del Consiglio d’Europa del 27 gennaio 1999 – sottoscritta, ma non ancora ratificata, dalla Germania – la corruzione attiva e la corruzione passiva nel settore privato vanno sottoposte alla tutela penale. Tali strumenti internazionali hanno favorito, presso il Ministero della Giustizia, la predisposizione di progetti per una riforma dei §§ 299 ss. StGB (...)*”. No mesmo sentido: DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 271; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia, cit., p. 170.

³⁸⁹TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 308: “*En este contexto, la Ley de Lucha Contra la Corrupción de 1997 introdujo en el Código Penal los §§299 e ss., que anteriormente se encontraban en la Ley de Competencia Desleal (§12)*”.

³⁹⁰GILI PASCUAL, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007, cit., p. 257.

evidencia a maior atenção a partir de então dispensada ao crime de corrupção no tráfico econômico³⁹¹.

No ano de 2002, nova reforma legislativa foi realizada no tocante à tipificação do crime de corrupção no setor privado. Ampliou-se o âmbito de incidência da norma jurídica incriminadora, para que também fossem alcançados atos de desvio de poder perpetrados em relações jurídicas verificadas no plano internacional.

Entretanto, em razão de problemas constatados na atual redação do tipo penal de corrupção no tráfico econômico, em 18 de agosto de 2007 o governo federal apresentou um projeto legislativo (BR-Drucks 548/07) com a finalidade de que, em observância aos convênios internacionais firmados pela Alemanha, fosse reformulado o artigo §299 do Código Penal (StGB). Tal projeto legislativo, ainda em trâmite, busca ampliar o âmbito de objetos materiais protegidos pelo preceito incriminador, na medida em que, uma vez aprovado, considerar-se-á que comportamentos de desvio de poder entre particulares sejam sancionados com vistas à proteção da concorrência leal, e também do interesse dos empresários no fiel cumprimento das obrigações atribuídas aos seus funcionários³⁹².

3.2.2. O atual modelo de repressão à corrupção no setor privado no direito penal alemão: análise crítica da tipicidade delitiva

O crime de corrupção entre particulares está delineado no atual artigo §299 do Código Penal alemão (StGB), que do seguinte modo estatui:

Capítulo 26: Delitos Contra la Competencia

§299. Cohecho pasivo y cohecho activo en el tráfico económico:

- (1) Quien como empleado o encargado de una empresa comercial exija, admita el ofrecimiento o acepte para sí mismo o para un tercero una ventaja en el tráfico económico como contraprestación para favorecer a otro de manera desleal en una situación de competencia económica en relación al suministro de mercancías o servicios comerciales será castigado con prisión de hasta tres años o con multa.
- (2) Con las mismas penas será castigado quien en el tráfico económico con fines competitivos prometa o conceda una ventaja a un empleado o encargado de una empresa comercial con el fin de que lo prefiera a otro en relación al suministro de mercancías o servicios comerciales.

³⁹¹TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 293: “La protección penal de la competencia se garantiza, en primer término, a través del Código Penal, el cual contiene desde 1997 una sección propia titulada ‘Delitos Contra la Competencia’, en la que se incriminarán (...) la corrupción privada (§299 ss.)”.

³⁹²Id. Ibid., p. 310.

Destaque-se que no Direito Penal alemão as condutas delitivas do receptor da vantagem e daquele que a oferece estão insculpidas em tipos penais distintos. Tal circunstância indica-nos que os delitos são autônomos, e que à prática do crime de corrupção passiva, por exemplo, não necessariamente corresponde a ocorrência de comportamentos ativos de desvio de poder³⁹³.

Para iniciar o estudo dos comportamentos proscritos pelo artigo §299, é preciso ter em conta que, por sua própria posição sistemática no Código Penal alemão (StGB), o bem jurídico que se busca tutelar é a livre e leal concorrência econômica. Com o mesmo propósito com que no ano de 1909 justificou-se a tipificação do crime de corrupção no setor privado, foram previstas condutas atentatórias às relações concorrenciais³⁹⁴.

Os doutrinadores estrangeiros, quase à unanimidade, entendem que o modelo de política criminal adotado na Alemanha para a repressão aos atos de desvio de poder entre particulares tem por escopo, para além da tutela de interesses privatísticos dos empresários, a proteção do interesse coletivo: busca-se evitar interferências indevidas no mercado e manipulações distorsivas livre e leal concorrência³⁹⁵.

O crime de corrupção ativa no tráfico econômico é delito comum, que pode ser praticado por qualquer indivíduo, independentemente de condições pessoais especiais. Entretanto, não se configura o delito, se o oferecimento da vantagem ilícita ocorrer em contexto alheio ao tráfico comercial. Afinal, com a criação dos dispositivos incriminadores, o legislador alemão buscou tutelar a higidez da concorrência privada, com especial enfoque no intercâmbio de bens e de serviços³⁹⁶.

³⁹³KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 8.

³⁹⁴REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 242: “Na Alemanha, pouco antes da adoção da diretiva da Ação Comum em 1998, introduziu-se, em 1997, o §299 StGB, que prevê a corrupção passiva e ativa como um delito contra a concorrência leal”. No mesmo sentido: BLANCO CORDERO, Isidoro. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas, cit., p. 10; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares, cit., p. 178.

³⁹⁵TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*: parte general y especial, cit., p. 293: “De acuerdo con la opinión mayoritaria el §299 protege en primer término la competencia leal como bien jurídico supraindividual y principio del orden económico”. No mesmo sentido: FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 82; DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 272; BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 154; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 175.

³⁹⁶KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 4: “Así, pues, resulta punible por cohecho pasivo en el tráfico comercial (parágrafo 299, inciso I, del Código penal alemán), quien como dependiente o encargado de una empresa comercial solicita, hace prometer o acepta una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para dar de manera desleal preferencia a otro en la adquisición de bienes o servicios comerciales en competencia”.

Ao delimitar os comportamentos característicos do crime de corrupção passiva no setor privado, o artigo §299 do atual Código Penal tedesco (StGB) estabelece que serão sancionados os empregados ou encarregados de estabelecimento comercial – crime próprio³⁹⁷ – que exigirem, solicitarem ou aceitarem vantagem indevida, para, no exercício de suas atividades profissionais, adotar comportamentos que causem prejuízo à livre e leal concorrência. Mediante o recebimento de vantagem indevida, o empregado ou encarregado – sujeito especial – é estimulado a atuar de maneira indevida, em prejuízo dos demais agentes econômicos, que, em condições ordinárias, deveriam concorrer em nível de igualdade com o corruptor.

Considerada essa premissa, surge a primeira celeuma relativa às condutas proscritas pelo §299 do Código Penal alemão (StGB). Isso porque, no dispositivo legal, existe previsão de crime próprio, no âmbito do qual somente os encarregados e os empregados de sociedades empresárias podem figurar como sujeitos ativos do delito de corrupção passiva no tráfico econômico. Excluíram-se do rol dos indivíduos passíveis de sofrer reprimenda criminal, em razão da prática de atos prejudiciais à lealdade concorrencial, os administradores e os proprietários das empresas nas quais os *pactos sceleris* são verificados, como se comportamentos de desvio de poder por eles perpetrados não pudessem violar o bem jurídico protegido.

Nesse contexto, à primeira vista, à luz do princípio da legalidade estrita, deverão ser consideradas atípicas as hipóteses de corrupção privada nas quais houver envolvimento, na posição de corrupto, do proprietário de uma empresa. Malgrado as regras que asseguram a higidez dos mercados competitivos possam ser violadas, de igual maneira, por empresários ou por funcionários subalternos, os primeiros não foram contemplados no rol dos possíveis autores da modalidade criminosa³⁹⁸.

³⁹⁷TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 293: “Autores idóneos del cohecho pasivo de acuerdo con el §299 son sólo los empleados (en sentido amplio, p. ej. también los miembros de la junta directiva de una sociedad anónima), y mandatarios (concepto que también debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo, p. ej., también a los miembros del consejo de vigilancia y los asesores de la empresa). Se trata, en consecuencia, de un delito especial”. No mesmo sentido: DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, cit., p. 272.

³⁹⁸KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 13: “No se incluye al propietario mismo de la empresa comercial. No habrá corrupción, por tanto, si el propietario de una empresa recibe de cualquier forma prestaciones adicionales para que prefiera a un ofertante frente a los competidores (...). Sin embargo, las reglas de una competencia leal pueden ser infringidas de igual forma por el titular del negocio como por su empleado, de manera tal que desde el punto de vista de la distorsión de la competencia no parece haber ninguna diferencia (...). No mesmo sentido: DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, cit., p. 273.

Verifica-se, assim, questão de difícil solução na sistemática trazida pelo Código Penal alemão, atinente ao crime de corrupção no setor privado. Ao mesmo tempo em que se busca reprimir atos de menoscabo à livre e leal concorrência, considera-se admissível, *prima facie*, que propinas sejam pagas aos proprietários de empresas, mesmo que essa circunstância seja fonte de grave violação ao bem jurídico protegido.

Tal situação gera importantes discussões doutrinárias³⁹⁹ e críticas ao trabalho do legislador ordinário alemão. Afinal, se é a concorrência leal o objeto de salvaguarda do artigo §299 do Código Penal (StGB), não é plausível que os comportamentos de corrupção passiva perpetrados pelos proprietários das empresas fiquem fora do âmbito de incidência do dispositivo legal incriminador, principalmente porque, via de regra, os atos de abuso cometidos pelos empresários são os que de forma mais significativa atingem a esfera concorrencial⁴⁰⁰.

Necessário mencionar que a inexistência de menção aos empresários, no rol dos sujeitos ativos do crime de corrupção passiva no tráfico comercial, leva a entendimentos de que, caso empregados ou encarregados recebam vantagens indevidas, com consentimento do empregador, não será possível falar-se na prática de conduta delitiva⁴⁰¹, ideia rechaçada por GILI PASCUAL⁴⁰² e REALE JR.⁴⁰³, para os quais seria irrelevante o conhecimento ou a autorização do empresário.

Sob essa premissa, é possível considerar que o legislador ordinário alemão cometeu equívoco na elaboração legislativa, ao contemplar figura típica dotada de natureza jurídica mal definida, porquanto, em certa perspectiva, vê-se a concorrência como bem jurídico protegido, em outra, os interesses individuais do empresário eventualmente lesado com a prática delitiva. Essa circunstância requer, consoante aponta a doutrina alemã, a realização

³⁹⁹Para parte da doutrina alemã, justificar-se-ia a exclusão do empresário do rol de sujeitos ativos do crime de corrupção no tráfico econômico, “*porque el mismo es esencialmente libre en sus decisiones sobre adquisiciones de mercaderías y las actividades relativas a la prestación de servicios empresariales*” (VENTURA PÜSCHEL, Arturo. op. cit., p. 675).

⁴⁰⁰SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?, cit., p. 276: “*(...) i primi dubbi insorgono sul piano della formulazione, essendo il soggetto attivo caratterizzato come impiegato o incaricato, con esclusione quindi del datore di lavoro che accetta la promessa o la dazione dell’utilità. Tale esclusione, invero, postula il riconoscimento della liceità di un fatto rientrando nella libertà di iniziativa economica privata (...): nondimeno deve ammettersi che anche in questa ipotesi si realizza una lesione della concorrenza*”. No mesmo sentido: VOGEL, Joachim. op. cit., p. 90.

⁴⁰¹KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán, cit., p. 14: “*Si el titular del negocio no puede ser reponsable por la aceptación de la ventaja, entonces debe ser también improcedente una sanción penal para el empleado si el titular del negocio consiente el acuerdo de ventaja o incluso de una orden en este sentido*”.

⁴⁰²GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 283-284.

⁴⁰³REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 242.

de novas reflexões de *lege ferenda*⁴⁰⁴, mesmo já tendo o Tribunal Constitucional (BGH B JW 1975, 269) fixado o entendimento de que o consentimento do empresário, que também pode ser sancionado pela celebração de *pactos sceleris* privados, é irrelevante para a configuração delitiva⁴⁰⁵.

No tocante à tipicidade objetiva do crime de corrupção no setor privado, é necessário mencionar que o legislador da Alemanha, ao definir as condutas passíveis de repressão, valeu-se exatamente da mesma modulagem típica existente na clássica corrupção de funcionários públicos. As condutas de corrupção ativa e passiva no âmbito comercial são muito semelhantes àsquelas previstas nas modalidades públicas do fenômeno, delineadas nos artigos §331 e §332 do Código Penal (StGB)⁴⁰⁶.

Destarte, são sancionados penalmente, em razão da prática de corrupção ativa no tráfico comercial, os indivíduos que, para distorcer as regras de concorrência, oferecem, prometem ou outorgam a empregado ou encarregado de empresa comercial, direta ou indiretamente⁴⁰⁷, vantagem indevida, com a finalidade de que haja atuação profissional desviada. O benefício ilegal é oferecido para fazer com que o empregado da empresa com a qual se transaciona, preterindo os demais agentes atuantes no mercado, dê preferência ao corruptor no momento da aquisição de bens ou contratação de serviços.

O núcleo dos comportamentos proscritos no artigo §299 do Código Penal alemão (StGB), 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 de 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*⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 316: “Desde el punto de vista de posibles reformas se debe criticar que, según opinión indiscutida y conforme al tenor literal de la ley, el titular de la empresa no sea autor idóneo. Su inclusión (...) parece indispensable (...)”.

⁴⁰⁵Id. *Ibid.*, p. 309.

⁴⁰⁶VOGEL, Joachim. *op. cit.*, p. 90-91: “La condotta di corruzione attiva o passiva nei rapporti commerciali riproduce quella della corruzione attiva e passiva classica”.

⁴⁰⁷KINDHÄUSER, Urs. *op. cit.*, p. 14: “Conforme el tipo penal alemán de corrupción económica pasiva, el encargado puede acordar la ventaja tanto para sí como también para un tercero”.

⁴⁰⁸TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 313: “El carácter desleal del favorecimiento en la competencia no se desprende de la infracción de deber del empleado o mandatario en relación con el principal, sino de la relación con los competidores del mismo. Se trata de la aptitud del favorecimiento para perjudicar a los competidores. El carácter desleal se desprende del peligro de que el empleado o mandatario adopte la decisión a favor o en contra de determinados oferentes o compradores por razones interesadas, especialmente egoístas (...)”.

Exclui-se do espectro de incidência da norma incriminadora as situações nas quais pequenas vantagens são oferecidas, sem a finalidade de que haja alteração na maneira ordinária de atuação dos agentes do mercado⁴⁰⁹. Outrossim, deve ser considerado atípico o recebimento de vantagem por sujeito atuante no tráfico comercial, quando a escolha de competidor para o fornecimento de produtos ou para a prestação de serviços for motivada exclusivamente por critérios objetivos, circunstância que o leve a obter a melhor oferta. Afinal, a obtenção de vantagem, *per se*, não indica ter ocorrido violação da concorrência⁴¹⁰.

Da análise dos vocábulos empregados no tipo penal, verifica-se serem pouco precisos os contornos da conduta típica da corrupção no setor 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 demasiado aberto e, por isso, em algumas situações, é incerta a sua interpretação. Ademais, nos setores econômicos, muitas vezes, é difícil traçar claras distinções entre atos de concorrência regulares, e atos de corrupção entre particulares.

Outra questão que merece destaque, no tocante ao âmbito de incidência do artigo §299 do Código Penal alemão (StGB), está relacionada à aceção da expressão vantagem indevida. Por muitos anos, parte da doutrina tedesca entendeu que somente ficaria caracterizado o crime de corrupção privada nas hipóteses em que fossem oferecidos benefícios de natureza financeira a funcionários de empresas, para a prática de atos de concorrência desleal. Entretanto, referido posicionamento foi superado, e hoje considera-se que a vantagem indevida oferecida pelo corruptor pode ser de qualquer natureza, desde que apta a motivar o empregado ou encarregado a atuar em desconformidade com as regras normais de funcionamento do mercado⁴¹¹.

⁴⁰⁹VOGEL, Joachim. op. cit., p. 91: “*Perciò, il nucleo della fattispecie del §299 consiste nel cd. accordo illecito: il vantaggio deve consistire in una controprestazione per un intenzionale privilegio nell’acquisto di merci o di prestazioni industriali o professionali. L’accordo illecito deve riferirsi ad un processo di acquisto sufficientemente determinato, così che i vantaggi, che vengono concessi in vista di una mera cura delle buone relazioni o di un mero foraggiamento, finalizzato a favorire la disponibilità all’affere, non ricadono nella norma*”.

⁴¹⁰TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 309: “*(...) la infracción de estas reglas no se ve afectada cuando se haya preferido la mejor prestación (...)*”.

⁴¹¹KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 6: “*En la definición propuesta, el concepto de ventaja no se refiere necesariamente a un beneficio financiero. Por contrario, todo lo que pueda motivar a un ser humano, puede también entrar en consideración como ventaja*”. No mesmo sentido: NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes. *Corrupción entre particulares y tutela del mercado*, cit., p. 19.

Com relação ao preceito secundário do crime de corrupção privada, a lei penal alemã estabelece serem puníveis, com iguais sanções penais, os indivíduos que adotam comportamentos passivos de desvio de poder e aqueles que os perpetram na modalidade ativa. Prevê-se pena de até três anos de prisão, além de multa, nas hipóteses em que fique comprovada a prática de atos de corrupção no tráfico comercial⁴¹².

Porém, em situações nas quais os *pactos sceleris* entre particulares revestem-se de contornos de especial gravidade – notadamente quando o montante da vantagem indevida é muito elevado, ou quando o sujeito do delito atua de maneira contumaz -, prevê o legislador alemão, no artigo §300⁴¹³ do Código Penal (StGB), hipótese de sancionamento diferenciado, com pena de reclusão de até cinco anos.

Interessante notar que, também nesse aspecto, há incongruência no texto legal incriminador do Código Penal alemão (StGB). Opta-se pela exacerbação da sanção penal, em certos casos, levando em consideração circunstâncias que nenhuma relação guardam com a gravidade da afetação do bem jurídico que se almeja proteger.

No tocante à procedibilidade do crime de corrupção no tráfico econômico, destaca-se que, após quase um século de tratamento meramente privado do delito, o legislador alemão estabeleceu, na reforma de 1997, que, em casos excepcionais, nos quais estivesse em perigo o interesse público, caberia ao Ministério Público a obrigação de promover ação penal destinada a coibir a prática ilegal. Embora, via de regra, caiba ao ofendido tomar providências necessárias à instauração de instância penal⁴¹⁴, nos casos mais graves, o interesse público em jogo justifica a transferência dessa tarefa – obrigatória – aos agentes estatais de persecução penal⁴¹⁵.

Por fim, vale notar que o crime de corrupção privada, no ordenamento jurídico alemão, em que pese previsto há mais de um século, somente ganhou destaque nos últimos anos, após a sua incorporação ao Código Penal (StGB), o que teria reforçado a ideia de que

⁴¹²FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 83.

⁴¹³“§300: Casos especialmente graves de corrupción en el tráfico comercial: En los casos especialmente graves el hecho del §299 será castigado con pena privativa de libertad de tres meses hasta 5 años (...)”.

⁴¹⁴Essa opção político-criminal é duramente criticada por maior parte da doutrina alemã, porquanto “si lo que se pretende tutelar es el interés de competidores y consumidores, se ha dicho, resulta contradictorio limitar a los casos más graves la procedibilidad ex officio” (BENITO SÁNCHEZ, Demelsa; CERINA, Giorgio Diogo. Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma, cit., p. 86).

⁴¹⁵TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 315: “El §299 es un delito de persecución a instancia del respectivo ofendido (...). Cuando existe un especial interés público debe perseguirse de oficio por la fiscalía”.

o delito em estudo, de forma efetiva, teria potencialidade para violar bem jurídico de interesse público fundamental.

Observa-se que são cada vez mais recorrentes as decisões judiciais a respeito da matéria. Segundo dados publicados pela polícia federal alemã⁴¹⁶, os procedimentos criminais conhecidos de corrupção no setor privado estão em crescimento, tendo passado de 340 casos investigados, 23 julgados, com 16 decisões condenatórias, no ano de 2004, para chegar a 488 casos investigados e 72 julgados, com 56 decisões condenatórias, no ano de 2008.

Nota-se, portanto, um incremento na importância do crime de corrupção no setor privado, no âmbito do ordenamento jurídico alemão e na prática forense daquele país. Por isso, o artigo §299 do StGB deverá ser objeto de profundo estudo pelo legislador brasileiro, ao qual incumbe o mister de, seguindo a tendência mundial no combate à corrupção, aprimorar o nosso sistema jurídico com a tipificação dos *pactos sceleris* entre particulares.

3.3. O crime de corrupção no setor privado no direito penal francês

3.3.1. O surgimento e a evolução da tipificação do crime de corrupção no setor privado no direito penal francês

A preocupação do legislador ordinário francês com o repúdio a condutas de corrupção no setor privado é muito anterior à recente mobilização internacional no combate ao fenômeno⁴¹⁷. Embora em sua redação original o Código Penal de 1810 não fizesse referência a essa modalidade delitiva, por intermédio de reforma legislativa

⁴¹⁶GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 176: “(...) según los datos publicados por la policía federal alemana, los casos conocidos están en constante crecimiento, de los 340 casos de 2004 se pasa a los 409 de 2006 para llegar a los 488 de 2008. Respecto de las personas juzgadas, frente a las 23 del año 2004, se ha pasado a 72 en el 2008. Los condenados han pasado de los 16 del año 2004 a los 56 del año 2008”.

⁴¹⁷GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 164: “(...) no puede desconocerse que con anterioridad a los movimientos de internacionalización ya las empresas alemanas, inglesas, danesas, francesas entre otras tenían prohibido por sus respectivos ordenamientos sobornar a personal de otras empresas (...)”. No mesmo sentido: DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 57.

ocorrida em 16 de dezembro de 1919 foram introduzidos novos dispositivos ao artigo 177 do diploma repressivo, que passou a tipificá-la⁴¹⁸.

É importante mencionar que a precocidade francesa na tipificação do crime de corrupção entre particulares está relacionada à conjuntura político-econômica vivida por essa nação europeia logo após a 1ª Guerra Mundial⁴¹⁹.

Àquela altura, diversos países que haviam participado dos confrontos bélicos, dentre os quais a França, sofriam com a escassez de produtos essenciais. Era bastante comum que funcionários de empresas responsáveis pela produção ou comercialização desses produtos, mediante o recebimento de vantagens indevidas, manipulassem o mercado, descumprindo suas obrigações. Essa circunstância dava origem a distorções na distribuição dos produtos.

Somente conseguiam transacionar no mercado de bens escassos os indivíduos que se dispusessem a efetuar pagamentos indevidos a funcionários de empresas comerciais e industriais, em prejuízo do sistema econômico e da coletividade. Por conseguinte, pode-se afirmar que o objetivo primeiro almejado no ano de 1919, com a criação da figura delitiva, era promover a regularidade dos processos econômicos, necessária para o desenvolvimento social.

Com vistas à proteção do interesse público na regular distribuição de produtos escassos, após o armistício, criaram-se obrigações para os funcionários de entes do setor privado, que, tal como ocorria com os funcionários públicos, passaram a ser passíveis de punição pela celebração de *pactos sceleris* no cerne de suas atividades laborais.

Destaque-se que o forte caráter público dos interesses objetos de salvaguarda pelo artigo 177 do Código Penal, foi fator determinante para que o crime de corrupção privada fosse topologicamente inserido logo após a clássica modalidade do fenômeno. Buscava-se, fosse no âmbito privado, ou na esfera pública, coibir o surgimento de *pactos sceleris* aptos a gerar desequilíbrios que afetassem a coletividade⁴²⁰.

Prevista no mesmo capítulo em que estava insculpido o tradicional crime de corrupção de funcionários públicos (*“De la corruption des fonctionnaires publics et des*

⁴¹⁸LUCAS DE LEYSSAC, Marie Paule. Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia, cit., p. 101: *“Il nostro Codice del 1810 era muto in proposito, ma una legge del 16 dicembre 1919 ha introdotto, in una norma collocata immediatamente dopo quella sulla corruzione del pubblico funzionario, una nuova fattispecie di corruzione del dipendente (art. 177 vecchio codice penale)”*.

⁴¹⁹Id. Ibid., p. 103.

⁴²⁰Id. Ibid., p. 103: *“Questo conferma tuttora il fatto che il delitto introdotto dalla legge del 1919 sia stato inserito nel nostro Codice penale originario dopo i delitti di corruzione dei funzionari sui quali esso è stato ricalcato”*.

employés des entreprises privées”), a norma incriminadora da modalidade privada de atos de desvio de poder⁴²¹ dispunha serem passíveis de punição, com pena de prisão de um a três anos e com o pagamento de multa, quaisquer empregados, prepostos, assalariados ou agentes, os quais solicitassem ou aceitassem doações, presentes, comissões, descontos ou prêmios para que praticassem ou se abstivessem de praticar atos próprios de suas funções laborais.

Da análise do artigo 177 do antigo Código Penal francês, verifica-se que o legislador ordinário contemplou apenas a modalidade passiva de corrupção no setor privado. Destarte, puniam-se na condição de autores, exclusivamente os empregados, prepostos, assalariados ou agentes, que aceitassem ou recebessem vantagem indevida – corruptos –, inexistindo a possibilidade de que fossem sancionados de maneira autônoma os corruptores, que lhes promettessem ou doassem presentes, comissões, descontos ou prêmios.

Em suas origens, portanto, o crime de corrupção no setor privado, no ordenamento jurídico francês, foi previsto para resguardar o interesse público na regular distribuição de mercadorias escassas. Naquele momento histórico, era grave a crise de abastecimento pela qual passavam alguns dos países europeus envolvidos no confronto. Superada essa conjuntura momentânea, advieram profundas alterações tocantes à repressão de condutas de desvio de poder nas relações entre particulares.

Com efeito, passado o tempo, esvaiu-se a situação de crise e a preocupação pública com a distribuição de mercadorias cedeu espaço à necessidade de que as relações de trabalho, cada vez mais importantes para o desenvolvimento de sociedade baseada em atividades econômicas complexas, fossem regidas pelos valores de lealdade e confiança.

Passou-se à consideração de que eram o comportamento desviado do empregado e a ruptura da relação de confiança com o seu empregador os pontos fulcrais do delito de corrupção entre particulares. Com supedâneo na premissa de que esses comportamentos de desvio de poder violariam primacialmente os direitos privatísticos do empregador, no ano

⁴²¹ Art. 177: “*Sera puni d'un emprisonnement d'une à trois années et d'une amende de 900 F à 20.000 F [*taux résultant de la loi 77-1468 du 30 décembre 1977*] ou de l'une de ces deux peines seulement tout commis, employé ou préposé, salarié ou rémunéré sous une forme quelconque, qui, soit directement, soit par personne interposée, aura à l'insu et sans le consentement de son patron soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte de son emploi.*

*Si les offres, promesses, dons ou sollicitations à l'accomplissement ou à l'abstention d'un acte qui, bien qu'en dehors des attributions personnelles de la personne corrompue, était ou aurait été facilité par sa fonction ou par le service qu'elle assurait, la peine sera, dans le cas du paragraphe 1er du premier alinéa, d'un emprisonnement d'un à trois ans et d'une amende de 600 F à 20.000 F [*taux résultant de la loi 77-1468 du 30 décembre 1977*] et, dans le cas du second alinéa, d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 300 F à 15.000 F [*taux résultant de la loi 85-835 du 7 août 1985*] ou de l'une de ces deux peines seulement”.*

de 1994, com a reforma do Código Penal, os atos então delineados no artigo 177 passaram a ter previsão no Código de Trabalho francês⁴²², que, no artigo 152-6, do seguinte modo estatua:

Article 152-6

Le fait, par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros (1) d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative.

Dans les cas prévus au présent article, le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal.

Para compreender a abrangência de referido tipo penal, é preciso ter assentado que, diferentemente do ocorrido em 1919, quando o objetivo da tipificação era tutelar interesses públicos, em 1994, a partir da transposição do crime de corrupção no setor privado para o Código do Trabalho, os bens jurídicos objetos de salvaguarda passaram a ser a lealdade e a confiança, alicerces fundamentais das relações laborais⁴²³.

Passou-se a punir o empregado que, agindo com má-fé, descumpria os seus deveres de ofício, com violação da fidúcia que lhe era depositada. Sobre o assunto, merecem referência os estudos de HUBER⁴²⁴, NIETO MARTÍN⁴²⁵ e PÉREZ CEPEDA⁴²⁶.

O legislador ordinário da França, sob o ponto de vista político-criminal, adotara modelo de repressão aos atos de corrupção no setor privado orientado à proteção dos interesses privatísticos que norteavam as relações de trabalho. A constatação de que em primeiro plano eram postos em consideração os direitos do empregador, pode ser feita a

⁴²²LUCAS DE LEYSSAC, Marie Paule. op. cit., p. 109: “(...) *le delocalizzazione nel Codice del lavoro del delitto in questione non va valutata negativamente, perché essa contribuisce a ridurre l'interesse giuridico alla relazione di fiducia nell'impresa*”.

⁴²³BLANCO CORDERO, Isidoro. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas, cit., p. 10; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares, cit., p. 178; NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes. op. cit., p. 15.

⁴²⁴HUBER, Barbara. La corruzione nel settore privato: diritto comparato ed internazionale, cit., p. 39: “*Altri Stati criminalizzano la corruzione fra privati perché mette in pericolo e viola i rapporti di impiego, in particolare i legami di obbligo e lealtà dovuti dall'impiegato nei confronti del suo datore di lavoro. Questa teoria, che caratterizza il rapporto di impiego come fiduciario, si ritrova nella legislazione di Francia (...)*”.

⁴²⁵NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo, cit., p. 123.

⁴²⁶PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción, cit., p. 25.

partir da análise do conteúdo do dispositivo legal, que restringia a relevância penal dos desvios às situações em que o empregado atuasse ”*sans l'autorisation de son employeur*”⁴²⁷.

Ficava, assim, ao alvedrio do empregador – delito de iniciativa privada -, decidir se faria atuar o poder repressivo estatal em face de funcionário que perpetrasse as condutas proscritas pelo artigo 152-6 do Código do Trabalho francês, circunstância que justificou o raro o surgimento de procedimentos criminais destinados à apuração da ocorrência de atos corruptivos entre particulares⁴²⁸.

Partindo à análise dos comportamentos proscritos pelo Código de Trabalho francês, podemos aduzir que eram castigados os empregados – *lato sensu* -, que celebrassem *pacto sceleris* com um corruptor, para, em detrimento do seu empregador, realizar comportamentos incompatíveis com os seus deveres laborais, em troca de doações, promessas de prêmio ou de quaisquer benefícios indevidos.

Em regra, a doutrina francesa apontava para a existência de três situações fáticas clássicas, caracterizadoras do crime de corrupção entre particulares, tendo como base as previsões do artigo 152-6 do Código de Trabalho.

A primeira delas – e a mais comum – estava relacionada à aquisição de mercadorias ou à contratação de serviços, por funcionários de entidades privadas encarregados desse *munus*, no âmbito de suas atribuições. Observava-se que os responsáveis por concretizar essas operações – corruptos - descumpriam as suas obrigações para com o *principal*, movidos pela perspectiva de recebimento de vantagens indevidas, pagas por fornecedores de produtos ou prestadores de serviços – corruptores– que, em razão do pacto ilegal, alcançavam condições negociais mais lucrativas.

Para definir a segunda situação típica de corrupção no setor privado, a doutrina francesa valia-se da expressão demissão selvagem. Punia-se o comportamento daqueles empregados que, mediante a aceitação ou o recebimento de vantagens indevidas oferecidas por concorrentes de seu empregador, pedissem demissão repentina, deixando de cumprir o período de aviso prévio, circunstância que, via de regra, dava ensejo ao surgimento de

⁴²⁷FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 83: “(...) *tratandose de un bien jurídico de naturaleza estrictamente privada y disponible, se entiende como el eventual consentimiento o la consapevole tolerancia por parte del empleador exclui la relevancia penal de la conducta del empleado (...)*”. No mesmo sentido: GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 263; VIVES ANTÓN, Tomás; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal*: parte especial, cit., p. 508.

⁴²⁸LUCAS DE LEYSSAC, Marie Paule. op. cit., p. 102.

dificuldades para o funcionamento da empresa. Em tais casos, equiparava-se o desrespeito aos prazos de aviso prévio à própria realização irregular de um ato de ofício, porquanto se considerava que a obrigação de observância aos mesmos era inerente ao cumprimento do contrato de trabalho⁴²⁹.

Por fim, considerava-se subsumível ao disposto no artigo 152-6 do Código do Trabalho francês, a conduta de empregado que, em prejuízo de seu empregador, realizasse atos de espionagem comercial, vendendo para concorrentes informações relevantes sobre a empresa com a qual mantivesse vínculo laboral.

Não obstante fosse cada vez mais frequente a prática de atos de desvio de poder nas relações entre particulares, escassas eram as situações concretas em que essas questões eram postas à apreciação do Poder Judiciário. Com efeito, o aumento da complexidade das relações laborais e das situações de conflito de interesses entre *principal* e *agente*, paradoxalmente, não deu ensejo ao ajuizamento de mais demandas criminais sobre a matéria.

A explicação para a escassez de procedimentos criminais que versavam sobre a corrupção no setor privado está relacionada ao fato de que a figura típica em estudo era pouco conhecida, tanto pelos empregadores, quanto pelos empregados. Ademais, a instauração de ações penais em face de funcionários corruptos poderia, em vez de viabilizar o resguardo dos interesses da empresa vítima, deixar expostas informações comerciais estratégicas. Essa circunstância tornava, sob um viés econômico, a depender do caso, desvantajosa a persecução estatal, que, como exposto anteriormente, dependia da iniciativa do ofendido.

Em razão dessa baixa efetividade, e também do advento de textos internacionais que dispunham necessário o tratamento dos atos de corrupção privada sob viés publicístico, e não privatístico, como ocorria no Código do Trabalho, surgiu um novo modelo de repressão aos *pactos sceleris* celebrados entre particulares, no ordenamento jurídico da França, por intermédio do qual se pretendeu, sem sucesso, criar tipos penais que observassem o conteúdo da Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da Europa.

⁴²⁹LUCAS DE LEYSSAC, Marie Paule. op. cit., p. 105.

3.3.2. O atual modelo de repressão à corrupção no setor privado no direito penal francês: análise crítica da tipicidade delitiva

A França, assim como boa parte dos demais países europeus, participou ativamente da criação de importantes instrumentos internacionais de combate à corrupção, que passaram a integrar o seu sistema jurídico. Dentre eles, merecem destaque a Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de Combate à Corrupção⁴³⁰, de 1997; a Convenção Penal Sobre Corrupção do Conselho da Europa⁴³¹, de 1999; a Decisão Marco 2003/568 do Conselho Europeu; e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção – Convenção de Mérida⁴³², de 2003.

Em referidos textos internacionais – consoante estudado em tópico anterior -, notadamente nos oriundos do Conselho da Europa, exige-se dos Estados signatários a tipificação de atos de corrupção no setor privado, porque eles são considerados nocivos ao desenvolvimento socioeconômico, uma vez que provocariam graves distorções na concorrência, que há de ser livre e protegida de indevidas manipulações⁴³³.

A título exemplificativo, são elucidativas as previsões do preâmbulo da já analisada Decisão Marco 2003/568/JAI, o qual, em seu parágrafo 9º, estabelece que os Estados-membros da União Europeia devem dispensar especial atenção à luta contra a corrupção, tanto no setor público, como no setor privado, pois, em ambos os casos, comportamentos de desvio de poder representam uma ameaça ao Estado de Direito, *“al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”*.

A partir de tais considerações, é fácil perceber que a previsão do delito de corrupção entre particulares, no artigo 152-6 do Código de Trabalho francês, não atendia aos reclamos internacionais tocantes à repressão dessa modalidade criminosa. Vigia na França um modelo de tipificação penal que albergava tão somente os interesses do empregador relacionados à lealdade de seus funcionários, inexistindo a preocupação com a proteção da concorrência. Prova incontestada dessa situação é o fato de que à vítima –

⁴³⁰Inserida no ordenamento jurídico francês, por intermédio da Lei 2000-595, de 30 de junho de 2000.

⁴³¹Inserida no ordenamento jurídico francês, por intermédio da Lei 2005-104, de 11 de fevereiro de 2005.

⁴³²Inserida no ordenamento jurídico francês, por intermédio da Lei 2000-743, de 30 de julho de 2005.

⁴³³HUET, Jean-Marie. Circulaire de présentation des nouvelles infractions de corruption active et passive dans le secteur privé issues de la Loi n° 2005/750 du 4 juillet 2005, cit., p. 2: *“(…) la corruption introduit une distorsion de la concurrence et représente un obstacle à un sain développement économique”*. No mesmo sentido: FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 84-85; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 165.

empregador – cabia a decisão pela instauração de procedimentos criminais destinados a viabilizar a reprimenda delitiva.

Nesse contexto, em movimento de reformulação legislativa feita com o propósito de promover a adequação do Direito francês ao estabelecido nos diplomas jurídicos comunitários⁴³⁴, promulgou-se a Lei nº 2005-750, aos 04 de julho de 2005⁴³⁵, que revogou o antigo artigo 152-6 do Código do Trabalho⁴³⁶.

Foi inserido um novo Capítulo no Código Penal⁴³⁷, intitulado “*de la corruption des personnes n’exerçant pas une fonction publique*”, no Título IV (“*Des atteintes à la confiance publique*”) do Livro IV, no qual estão previstos os delitos contra a nação, o Estado e a paz pública (“*Livre IV: Des crimes et délits contre la nation, l’Etat et la paix publique*”)⁴³⁸. Em seu artigo 445, foram delineadas as figuras típicas dos delitos de corrupção ativa e passiva no setor privado, inscritos de maneira autônoma no sistema jurídico francês, nos termos abaixo transcritos:

Article 445-1:

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

⁴³⁴A demonstração de que o objetivo almejado com a reforma introduzida pela Lei nº 2005-750 era a conformação do Direito Penal francês aos diplomas internacionais que disciplinam a corrupção no setor privado é expressa no próprio texto normativo, segundo o qual, busca-se a “*transposition de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil de l’Union européenne (...) relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé*”.

⁴³⁵VÉRON, Michel. *Droit pénal spécial*. 14. ed. Paris: Sirey, 2012. p. 407.

⁴³⁶HUET, Jean-Marie. op. cit., p. 2-3: “*Son article 4 abroge en conséquence le délit antérieurement réprimé pour les seuls salariés à l'article L 152-6 du code du travail, désormais englobé par les dispositions du code pénal (...). Le législateur a, de manière générale, entendu favoriser la répression de la corruption dans le secteur privé en prévoyant un champ d'application plus large que pour le délit antérieurement réprimé par l'article L. 152/6 du code du travail (...) en l'élargissant, l'incrimination désormais abrogée de la corruption de salarié figurant à l'article L 152-6 du code du travail*”.

⁴³⁷ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España, cit., p. 101.

⁴³⁸Importante frisar que, além das modalidades ativa e passiva de corrupção no setor privado, o legislador ordinário francês tipificou os desvios de poder no setor esportivo, nos artigos 445-1-1 e 445-2-1 do Código Penal, introduzidos por intermédio da recente Lei nº 2012-158, de 01º de fevereiro de 2012, que não serão objeto de análise na presente dissertação.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder à une personne visée au premier alinéa qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte visé audit alinéa, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

Article 445-2:

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

Analisando-se os dispositivos legais transcritos, vê-se, inicialmente, que o setor privado é definido por exclusão, em relação ao setor público. É bem de ver que estão sujeitos às sanções previstas nos artigos 445-1 e 445-2 do Código Penal, aqueles indivíduos que não ostentam posição de autoridade pública e desempenham funções profissionais para qualquer entidade do setor privado (*“sans être dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, exerce, dans la cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, ou un organisme quelconque”*).

Ademais, é interessante notar que, diferentemente do que ocorreu com o modelo de tipificação anteriormente adotado, a corrupção no setor privado foi tratada de forma distinta, em suas duas modalidades. Conferiu-se autonomia aos comportamentos de corrupção ativa e passiva, inexistindo dependência necessária entre eles. Tal circunstância tornou possível a prática isolada do crime na modalidade ativa, por exemplo, sem o correspondente ato de aceitação da vantagem; a corrupção passiva, por sua vez, estaria configurada, ainda que o *extraneus* não concordasse com o pagamento de vantagens indevidas ao *intraneus*⁴³⁹.

⁴³⁹HUET, Jean-Marie. op. cit., p. 2-3: *“Les deux nouvelles incrimination des articles 445-1 et 445-2 du code pénal reprennent la distinction traditionnelle entre corruption passive et corruption active: - corruption*

A aferição dos elementos constitutivos do tipo penal mostra que o corruptor, ao oferecer ou conceder vantagem ao indivíduo que pretende corromper, age com a finalidade de fomentar a atuação profissional desviada do corrompido, o qual é estimulado a praticar ou abster-se de praticar ato funcional, em violação de suas obrigações legais, contratuais ou profissionais *lato sensu* (“*un acte de son activité ou de sa fonctions ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles*”).

Por seu turno, o agente ativo do crime de corrupção passiva no setor privado aceita ou solicita vantagem indevida de qualquer natureza, dispondo-se a violar as obrigações - legais, contratuais ou profissionais⁴⁴⁰ - que justificam a existência de sua relação com o *principal*. Insta mencionar que a entrega da benesse indevida pode ser feita a qualquer momento (“*a tout moment*”), mesmo depois da concretização do comportamento desviado do agente corrupto, desde que a promessa tenha sido feita antes, com a finalidade de induzi-lo ao descumprimento de suas obrigações⁴⁴¹.

Parece que o legislador francês deixou de promover a efetiva proteção da lealdade concorrencial, tal como propugnam os textos internacionais relativos à matéria. Isso porque, além de sequer haver menção à concorrência na descrição da conduta proibida, o dispositivo legal centra o desvalor da eventual celebração de *pactos sceleris* na violação das obrigações decorrentes da relação *principal-agente*; não na vulneração da competição econômica, consoante propugna a antes mencionada Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da Europa.

Manteve-se incólume, é possível dizer, com amparo na opinião de importantes estudiosos do assunto, o anterior modelo francês de punição da corrupção no setor privado. Embora o legislador ordinário tenha manifestado a intenção de proteção da concorrência,

active consistant à proposer une contrepartie à l'acte ou l'abstention attendue du corrompu que se soit à l'initiative du corrupteur lui-même (article 445-1 alinéa 1) ou en cédant à la sollicitation du corrompu (alinéa 2). - corruption passive consistant pour le corrompu à accepter d'accomplir un acte ou au contraire de s'abstenir avec une contrepartie, que ce pacte lui soit proposé et qu'il l'agrée ou qu'il le sollicite lui-même (article 445-2) (...)”.

⁴⁴⁰HUET, Jean-Marie. op. cit., p. 5: “*Au titre des obligations légales, on trouvera par exemple les disposition applicables aux professions dites réglementées comme les avocats, les architectes ou les commerçants. Au titre des obligations contractuelles, on pourra se référer, pour les salariés, aux clauses spécifiques de loyauté, de non-concurrence ou de non divulgation d'information figurant dans lus contrat de travail. Enfin, pour ce qui concerne les obligations professionnelles, notion plus extensive, on évoquera notamment les règles déontologiques qui existent dans de nombreuses professions (...)*”.

⁴⁴¹VÉRON, Michel. op. cit., p. 407.

foi prevista, na descrição dos comportamentos típicos, a exigência de que eles fossem atentatórios aos valores de lealdade e de confiança nas relações laborais⁴⁴².

De se destacar, outrossim, que em razão dessa escolha político-criminal, fica justificada a exclusão dos empresários do rol dos possíveis sujeitos ativos do crime de corrupção passiva no setor privado. Afinal, em última análise, ele figura como vítima das condutas desleais perpetradas por aqueles que atuam em sua entidade.

Outro aspecto interessante trazido pela novel tipificação do delito de corrupção entre particulares está relacionado à abrangência do espectro de incidência dos artigos 445-1 e 445-2 do Código Penal. Na tentativa de assegurar maior eficiência no combate ao fenômeno da corrupção, o legislador ordinário promoveu um considerável alargamento das hipóteses fáticas subsumíveis ao modelo de conduta proscrita.

A instauração de procedimentos criminais destinados a averiguar a prática do delito, a partir da reforma legislativa, deixou de ser condicionada aos anseios do empregador, e a persecução penal foi colocada sob os auspícios do Ministério Público, ao qual incumbiria o dever de promover as ações penais. Buscou-se, com isso, conferir ao tipo penal característica que denotasse ser objeto de tutela, em primeiro plano, a concorrência, malgrado a construção das condutas típicas tenha privilegiado os interesses individuais do *principal*.

Além disso, passou a ser possível que os ocupantes dos mais altos cargos das companhias – não sujeitos, portanto, ao controle de superiores hierárquicos -, respondessem pela prática ilícita, nas ocasiões em que houvesse atuação laboral incompatível com suas obrigações e com os interesses do empregador⁴⁴³. Conforme estabelece o dispositivo legal, desde que vinculado à pessoa física ou à jurídica de direito privado, o indivíduo que pratica atos de corrupção passiva pode ser sancionado, sendo indiferente que os *pactos sceleris* sejam celebrados por funcionário de baixo grau hierárquico, ou por executivos graduados.

⁴⁴²GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 265: “*Aunque con la nueva ubicación se especifica que la actividad del empleado o directivo corrupto debe darse en el marco de una actividad profesional o social, eludiendo las referencias más directas a la infidelidad, el tipo francés se ha mantenido fiel a su tradición jurídica, que ha venido contruyendo el delito sobre la base de dicho elemento (...) lo que dispersa notablemente el ámbito real de protección (...)*”.

⁴⁴³HUET, Jean-Marie. op. cit., p. 4: “*Ainsi, le dirigeant d’entreprise ou l’associé, corrompu afin de s’abstenir ou d’accomplir un acte quelconque en méconnaissance des obligations de sa fonction, pourra désormais être poursuivi sous la qualification de corruption sans qu’il soit nécessaire de recourir à d’autres qualifications, telles que l’abus de biens sociaux comme auparavant*”.

Aspecto peculiar da opção político-criminal adotada pelo legislador ordinário francês é que também os profissionais liberais podem ser acusados pela prática delitiva, em sua modalidade ativa ou passiva. Advogados, contadores, notários, consultores e especialistas de diversos ramos podem ser submetidos a processos criminais que tratem de corrupção no setor privado, caso seja constatada a prática de atos de abuso de poder, ou atuação contrária aos interesses de seus clientes, em razão da perspectiva de recebimento de vantagem indevida⁴⁴⁴.

Tal possibilidade é de ímpar relevância, principalmente, porque a inexistência de relação jurídica permanente entre os contratantes e os profissionais liberais favorece a deslealdade e, por conseguinte, a prática de atos corruptivos.

Ainda sobre o espectro de incidência da norma penal, cumpre mencionar que não apenas diretores ou empregados de pessoas físicas ou entidades morais que exerçam atividades econômicas com fins lucrativos podem figurar como sujeitos do crime de corrupção no setor privado⁴⁴⁵. Extrapolando a ideia contida na Decisão-Marco 2003/568/JAI, o legislador deu grande amplitude ao preceito incriminador, subsumível a comportamentos de indivíduos que realizem atividade profissional para qualquer modalidade de entidade privada.

A expansão das situações às quais podem ser aplicados os artigos 445-1 e 445-2 do Código Penal, outrossim, foi acompanhada, com o advento da Lei nº 2005-750, de 4 de julho de 2005, por um sensível recrudescimento das sanções penais previstas para os crimes de corrupção no setor privado⁴⁴⁶. Agravaram-se as penas outrora previstas, que passaram dos antigos 02 (dois) anos de prisão e multa de 30.000 (trinta mil) euros, estabelecidos no artigo 152-6 do Código de Trabalho, para 05 (cinco) anos de prisão e multa de 75.000 (setenta e cinco mil) euros.

Ademais, o artigo 445-3 elenca extenso rol de penas complementares, diversas das tradicionais penas corporais e de multa. O condenado pode ser alijado do exercício de direitos cívicos, civis e familiares (§1º); ser impedido de exercer função pública, atividade

⁴⁴⁴HUET, Jean-Marie. op. cit., p. 4: “*Il en va de même pour les membres des professions libérales, à l’instar des avocats, notaires, experts comptables... Si l’un d’eux, par exemple, abusait de son mandat et desservait les intérêts de son client parce que corrompu par un concurrent, une partie adverse ou tout tiers, l’infraction de corruption serait constituée en dépit de l’absence de lien de subordination à tout employeur*”.

⁴⁴⁵Id. Ibid., p. 4: “*Autre conséquence de la suppression de la condition de subordination du corrompu, l’incrimination peut être appliquée aussi bien au secteur privé lucratif que non lucratif*”.

⁴⁴⁶VÉRON, Michel. op. cit., p. 407.

profissional, social, comercial, industrial etc., assemelhada àquela na qual foi praticada a conduta delitativa (§2º); ter confiscados os seus bens para reparar os prejuízos advindos de seu comportamento desviado (§3º); e ver publicada a decisão condenatória contra si proferida (§4º).

Dentre as modalidades de sanção complementar delineadas, chama a atenção a contida no §4º do artigo 445-3, segundo o qual as pessoas envolvidas na prática de atos de corrupção no setor privado ficam sujeitas à publicação e à difusão das decisões judiciais condenatórias eventualmente proferidas. Com a aplicação dessa modalidade de reprimenda penal, entende a doutrina francesa, é possível sejam alcançados satisfatórios resultados na persecução dos *pactos sceleris* entre particulares. Tornar-se-iam conhecidas as pessoas físicas e jurídicas que se valessem de métodos espúrios para empreender suas atividades em detrimento imediato de toda a coletividade e mediato dos demais agentes com os quais se relacionassem⁴⁴⁷.

Foi traçada, portanto, a evolução da tipificação do delito de corrupção no setor privado, no âmbito do ordenamento jurídico francês. Surgido em contexto de pós-guerra, aos 1919, para assegurar a regular distribuição de produtos escassos – interesse público -, o delito, em 1994, foi trasladado para o Código de Trabalho com a finalidade de tutelar exclusivamente os interesses do empregador – privatísticos -, frente aos seus empregados, que deveriam atuar de maneira sempre leal.

Finalmente, com o advento da Lei nº 2005-750, de 04 de julho de 2005, em consequência do movimento internacional de combate à corrupção, o crime analisado foi insculpido no artigo 445 Código Penal, seu espectro de incidência foi ampliado, e as sanções a ele correspondentes exacerbadas. Entretanto, foi frustrado o trabalho desempenhado pelo legislador, uma vez que, inobstante declarada a intenção de adequação do Direito Penal francês ao conteúdo da Decisão Marco 2003/568/JAI, o dispositivo normativo criado é demasiado amplo, e o seu foco de proteção continua sendo os valores de lealdade e de confiança que sustentam as relações *principal-agente*.

⁴⁴⁷HUET, Jean-Marie. op. cit., p. 7: “*Il doit être ici précisé que la diffusion de la condamnation (prévue aux articles 455-3 4º pour les personnes physiques et 445-4 4º pour les personnes morales) doit être requise systématiquement par le ministère public, une telle peine complémentaire s’avérant en la matière pertinente, en ce qu’elle permet d’assurer une forte publicité aux condamnations de corruption et par là-même contribue à l’amélioration de la lutte contre ces malversations (...) diffusion de la décision, peines qui permettent à la fois d’appréhender les contreparties du pacte de corruption et d’écarter de certaines secteurs économiques ceux qui pratiquent ces méthodes, et en particulier, les personnes morales qui ont pu mettre en oeuvre la corruption comme une stratégie d’entreprise*”.

3.4. O crime de corrupção no setor privado no direito penal italiano

3.4.1. O surgimento e a evolução da tipificação do crime de corrupção no setor privado no direito penal italiano

No ordenamento jurídico italiano, tal como ocorre na maior parte das nações europeias – com exceção de Inglaterra, Alemanha e França⁴⁴⁸ –, a introdução de tipos penais orientados à repressão de comportamentos de corrupção no setor privado é fenômeno bastante recente⁴⁴⁹. Pode-se dizer que somente após a criação da Convenção Penal Sobre a Corrupção do Conselho da Europa de 1998 foi impulsionada, nos debates legislativos da Itália, a preocupação com a incriminação dessa modalidade delitiva.

Em verdade, antes do advento do movimento internacional de combate à corrupção, previa-se, no sistema punitivo italiano, tão somente o clássico delito de corrupção de funcionários públicos, delineado nos artigos 318 e 319, do Título II (“*Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*”) do Código Penal. Comportamentos corruptivos tinham relevância penal apenas nas situações em que um dos indivíduos envolvidos no *pacto sceleris* ostentasse condição de “*pubblico ufficiale*”, consoante disposição do artigo 358 do diploma legal mencionado⁴⁵⁰.

A Convenção do Conselho da Europa de 1998, portanto, fomentou as discussões italianas sobre a necessidade de tipificação do crime de corrupção no setor privado. Referido texto jurídico comunitário tinha força vinculante⁴⁵¹, refletia uma postura político-

⁴⁴⁸ Analisados em tópico anterior, os sistemas jurídicos dessas três nações europeias contemplam a figura delitiva de corrupção no setor privado, desde o início do século XX, em que pesem as alterações pelas quais passaram os respectivos tipos penais, no correr desse período.

⁴⁴⁹ CAPIELLO, Cristina. *La corruzione privata*, cit., p. 14.

⁴⁵⁰ SEMINARA, Sergio. *Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano?*, cit., p. 271: “*Limitando l'attenzione all'ordinamento giuridico italiano, il concetto di corruzione ha sempre manifestato, nel corso della storia, un preciso contenuto riferito al mercimonio della pubblica funzione (...)*”. No mesmo sentido: DE NICOLA, Alessandro; CAPIELLO, Laura; ROTUNNO, Ivan. *La corruzione tra privati: approfondimenti. Corporate Law Alert*, p. 1, Ott. 2012. Disponível em: <http://www.orrick.com/_layouts/DownloadDocument.aspx?ID=S7EY4QEKY5FT-1781-3507>. Acesso em: 23 fev. 2013.

⁴⁵¹ O artigo 117, da Constituição da República Italiana, estabelece que o poder legislativo deva, sempre, atender aos preceitos jurídicos do direito comunitário e às obrigações internacionais. Por isso, tornar efetivas as disposições dos documentos internacionais dos quais o país é signatário não é mera faculdade, mas obrigação do Poder Legislativo. Sobre o assunto: DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, cit., p. 57.

criminal amplamente acolhida pelas nações europeias⁴⁵² e foi fonte inspiradora para a criação de diversos outros documentos de direito assinados pela Itália, nos quais ficava evidente a necessidade de direcionamento de especial atenção ao fenômeno da corrupção praticada entre particulares.

O processo de privatização de importantes companhias italianas prestadoras de serviços públicos, tais como a “*Ferrovie dello Stato*”, no ano de 1993, e o “*Poste Italiane*”, em 1998, também serviu de razão para que atos de corrupção, tradicionalmente reprimidos no setor público, passassem a ser coibidos quando praticados na esfera privada, para a qual referidas empresas haviam sido deslocadas⁴⁵³.

Destarte, ao mesmo tempo em que, no cenário internacional, vieram a lume, ainda, a Ação Comum do Conselho da Europa, de 22 de dezembro de 1998, a Decisão Marco 2003/568/JAI da União Europeia, a proposta de criação dos *Eurodelitos* e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção⁴⁵⁴ de 2003, a conjuntura interna da Itália deu ensejo ao surgimento de discussões legislativas, que tinham por escopo introduzir no plexo repressivo estatal o crime de corrupção privada.

O primeiro projeto legislativo italiano que contemplou a figura em estudo foi elaborado pela Comissão Mirone⁴⁵⁵, instituída em 24 de julho de 1998 com o objetivo de promover atualizações nas normas do direito societário⁴⁵⁶. Segundo disposição do artigo 10 do texto final, elaborado para acolher determinações oriundas de documentos jurídicos internacionais, seria necessária a criação de uma nova modalidade de corrupção “*che esporta in campo privatistico societario, con gli opportuni adattamenti, il tradizionale modello punitivo della corruzione (propria) di pubblico ufficiale*”.

Delinearam-se, então, os embrionários contornos típicos do delito de corrupção entre particulares, àquela altura caracterizado pelo recebimento ou aceitação de promessa de indevida utilidade, por administradores, diretores gerais, síndicos, liquidantes e

⁴⁵²SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali, cit., p. 827: “(...) *specie negli ultimi anni e specie a livello sovranazionale, la questione della corruzione privata è stata percepita come questione politico-criminale di primara importanza*”.

⁴⁵³ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. La corruzione tra privati: note introduttive sull’esperienza italiana, cit., p. 7-8.

⁴⁵⁴Ratificada no ordenamento jurídico italiano, por intermédio da Lei nº 116, de 03 de agosto de 2009.

⁴⁵⁵O nome *Commissione Mirone* decorre do nome do presidente dos trabalhos de criação legislativa, Professor Antonino Mirone.

⁴⁵⁶ITALIA. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA. Disponível em: <http://www.giustizia.it/giustizia=mg_2_7_6_1&contentId=SPS73330>. Acesso em: 10 mar. 2012.

responsáveis contábeis de sociedades empresariais⁴⁵⁷. Motivados pela perspectiva de recebimento de vantagem indevida, os sujeitos ativos do delito – crime próprio⁴⁵⁸ –, violando os seus deveres de fidelidade (“*dovere di fedeltà*”), cumpriram ou omitiram atos inerentes às suas obrigações (“*operi da fattore determinante del compimento o dell’omissione di atti in violazione degli obblighi inerenti al rispettivo ufficio*”), circunstância que geraria perigo de ocorrência de prejuízos para a sociedade (“*un pericolo di nocumento per la società*”).

A expressa necessidade de que os comportamentos de desvio de poder criassem perigo concreto de prejuízo à empresa deixava evidenciado que, em sentido diverso do que propugnavam os textos jurídicos comunitários, o modelo de política criminal acolhido no Projeto Mirone não tinha o objetivo de tutelar a livre concorrência: buscava-se, exclusivamente, a proteção do patrimônio social⁴⁵⁹. Desatendiam-se os reclamos internacionais pelo combate ao crime de corrupção privada, e descumpriam-se as obrigações contraídas pela República Italiana no plano comunitário, pois a figura delitiva era direcionada apenas à tutela de interesses patrimoniais⁴⁶⁰.

Apesar das contundentes críticas, a ideia de que a corrupção entre particulares deveria ser reprimida com vistas à proteção do patrimônio social das empresas foi sedimentada nas discussões legislativas italianas. Destarte, por intermédio da promulgação do Decreto Legislativo nº 61, de 11 de abril de 2002, foi introduzido no artigo 2635 do Código Civil o delito de “*infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*”⁴⁶¹, que, embora apresentasse elementos distintos daqueles contidos no original Projeto Mirone⁴⁶²,

⁴⁵⁷Inobstante fizesse referência, de forma detalhada, apenas à modalidade passiva do crime de corrupção privada, o texto final do Projeto Mirone estabelecia que a punibilidade da conduta também atingiria os indivíduos que oferecessem ou prometessem a vantagem indevida (corrupção ativa).

⁴⁵⁸SPENA, Alessandro. op. cit., p. 810: “*Necessario presupposto di una corruzione è, piuttosto, l’esistenza di un soggetto legittimato alla corruzione passiva (...) non come qualsiasi, bensì solo in quanto riverta una particolare posizione (...)*”.

⁴⁵⁹Possível explicação para o fato de a concorrência livre não ter sido elevada à condição de bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção privada está relacionada ao fato de que, somente no ano de 2001, com a edição da Lei 3, ela passou a gozar de dignidade constitucional.

⁴⁶⁰FOFFANI, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo a un’occasione mancata?, cit., p. 379-380.

⁴⁶¹MILITELLO, Vincenzo. Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario, cit., p. 370: “*Il testo finale ha abbandonato il riferimento nella rubrica della norma alla nozione di corruzione (...)*”.

⁴⁶²CAPPIELLO, Cristina. *La corruzione privata*, cit., p. 20; ANDREAZA, Gastone; PISTORELLI, Luca. *Novità legislative*: 1. 6 novembre 2012, n. 190 recante “Disposizione per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”, Roma, novembro de 2012. Disponível em: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione_III_11_12.pdf>. p. 16; MILITELLO, Vincenzo. op. cit., p. 369; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 172.

trazia pela primeira vez⁴⁶³ parâmetros legais sancionatórios para comportamentos de corrupção no setor privado.

Nos seguintes moldes, tipificou-se o delito⁴⁶⁴:

Articolo 2635 (*Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*). Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni.

La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità. Si procede a querela della persona offesa.

Analisando-se o referido preceito legal incriminador, é possível verificar que, por sua localização no Título XI (“*Disposizioni penali in materia di società e consorzi*”), do Livro Quinto (“*Del lavoro*”) do Código Civil italiano, e pelo *nomen iuris* adotado em substituição a *corruzione privata - infedeltà a seguito de dazione o promessa di utilità*⁴⁶⁵-, buscou o legislador ordinário estatuir norma jurídica destinada à proteção da lealdade e do patrimônio do setor societário. Adotou-se modelo privatístico de repressão à corrupção entre particulares, com perspectiva de tutela orientada exclusivamente à salvaguarda dos interesses privados de sociedades comerciais⁴⁶⁶.

A escolha do patrimônio social como bem jurídico protegido pelo delito previsto no artigo 2635 do Código Civil, entretanto, foi objeto de severas críticas, dos doutrinadores italianos, bem como da comunidade internacional. Ao considerar que o fenômeno da corrupção privada atinge apenas direitos de cariz individual, deixou o legislador de conferir efetividade à então vigente Ação Comum da União Europeia de 1998, segundo a qual a relevância penal dessa modalidade delitiva estaria relacionada às consequências sociais por ela geradas, na medida em que falsearia a concorrência leal, comprometeria os

⁴⁶³DE ANGELIS, Paolo; JANNONE, Angelo. D.L. Anticorruzione: la corruzione tra privati e la tentazione del panpenalismo. Cosa cambia nel modello. *Rivista de la Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, Roma, n. 4, p. 69, ott./dic. 2012: “È stata quindi questa la norma con la quale ha avuto ingresso, in modo inedito per il nostro ordinamento, la rilevanza penale della corruzione privata (...)”.

⁴⁶⁴Faremos detida análise da disposição legislativa introduzida no artigo 2635 do Código Civil italiano, com a promulgação do Decreto Legislativo nº 61, de 11 de abril de 2002, porquanto ela vigorou até 13 de novembro de 2012, e contemplava importantes elementos que serviram de base ao vigente tipo penal.

⁴⁶⁵GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 172.

⁴⁶⁶ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. op. cit., p. 26: “La prospettiva di tutela perseguita dal legislatore italiano è dunque esclusivamente quella della protezione dell’interesse patrimoniale della società.”. No mesmo sentido: SPENA, Alessandro. op. cit., p. 819; SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?, cit., p. 277.

princípios de abertura e liberdade dos mercados internos, além da transparência e do bom funcionamento do mercado internacional⁴⁶⁷.

No que respeita aos sujeitos do delito, o legislador ordinário, limitando o espectro de incidência da norma incriminadora, estatuiu ser possível a prática do crime de corrupção passiva no setor privado por administradores, diretores gerais, síndicos, liquidantes e responsáveis pela contabilidade.

Também esse aspecto da tipificação penal contrariava o conteúdo dos documentos internacionais e supranacionais de Direito firmados pelo país, nos quais indicavam-se os contornos que deveriam ostentar as condutas de desvio de poder entre particulares⁴⁶⁸. Enquanto no plano comunitário buscava-se viabilizar a punição de atos corruptos praticados por qualquer indivíduo vinculado a pessoas jurídicas de direito privado, independentemente de sua posição hierárquica, introduziu-se, na ordem jurídica italiana, a ideia de que apenas indivíduos ocupantes de altos cargos poderiam ser sujeitos ativos da norma incriminadora dos *pactos sceleris* privados⁴⁶⁹.

Tomando-se como parâmetro as determinações oriundas dos documentos internacionais e supranacionais de combate à corrupção, é possível notar que era inadequada a previsão normativa do ordenamento jurídico italiano.

Para a configuração típica do crime de corrupção passiva entre particulares, o preceito incriminador introduzido pelo Decreto Legislativo nº 61, de 11 de abril de 2002, exigia que os sujeitos específicos apontados no texto legal praticassem ou omitissem comportamentos contrários aos deveres inerentes aos seus respectivos ofícios, após a aceitação de promessa ou recebimento de vantagem indevida⁴⁷⁰, a partir dos quais surgisse

⁴⁶⁷FOFFANI, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo a un'occasione mancata?, cit., p. 400: “*La prospettiva politico-criminale perseguita in sede europea è dunque essenzialmente quella di una tutela della concorrenza e dei terzi estranei alla società (...). Di fronte ad una simile prospettiva ed a simili istanza di intervento penale, la fattispecie del nuovo art. 2635 c.c. si muove lungo una linea affatto differente: come già si è avuto modo ripetutamente di osservare, non è la tutela della concorrenza e dei terzi quella che ispira il ricorso allo strumento penale, in quanto la fattispecie è risultata fin dall'inizio univocamente e nitidamente orientata in chiave di protezione del patrimonio sociale*”.

⁴⁶⁸DOLCINI, Emilio; FRANCESCO, Viganò. Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione, cit., p. 17: “*Inutile sottolineare come la situazione attuale nell'ordinamento italiano sia del tutto inadeguata (...). L'art. 2635 c.c. (...) circoscrive la soggettività attiva a una cerchia ristretta di soggetti apicali – in contrasto con le clausole assai late utilizzate nelle fonti internazionali*”. No mesmo sentido: FOFFANI, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo a un'occasione mancata?, cit., p. 380.

⁴⁶⁹DE ANGELIS, Paolo; JANNONE, Angelo. D.L. op. cit., p. 72.

⁴⁷⁰A vantagem percebida pelo corrupto, conforme opinião doutrinária dominante, poderia ser de qualquer natureza. Sobre o assunto: CAPPIELLO, Cristina. op. cit., p. 20: “*Oggetto della dazione o della promessa è l'utilità, il cui termine, non fa riferimento saltanto a somme di denaro, ma a qualsiasi forma di vantaggio, cariche, onoti, favori, protezione, benefici anche non patrimoniali (...)*”.

comprovado dano à pessoa jurídica à qual eram vinculados⁴⁷¹. Foi delineada, por conseguinte, figura delitiva, cuja consumação seria verificada em situações nas quais, privilegiando interesses pessoais em detrimento dos interesses do principal, o agente praticasse ou deixasse de praticar atos relativos às suas funções, provocando prejuízo concreto à sociedade empresária.

Vale frisar que as mesmas penas previstas para a repressão da modalidade passiva de infidelidade patrimonial subsequente à aceitação de vantagem indevida, eram aplicáveis aos indivíduos que, nos termos do artigo 2635 do Código Civil, oferecessem ou dessem benefício ilegal a administradores, diretores gerais, síndicos, liquidantes e responsáveis pela contabilidade de entidades privadas. Parte da doutrina, por isso, falava na previsão de crime plurisubjetivo, de concurso necessário⁴⁷².

É fundamental destacar que o legislador italiano, ao condicionar a configuração do delito à violação das obrigações inerentes às atividades do corrupto (*intraneus*), mediante a efetiva prática ou omissão de ato de ofício, acabou por se distanciar da clássica estrutura dogmática da corrupção, que tem como nota caracterizadora tão somente a existência de um acordo ilícito, que pode, ou não, ser executado pelos sujeitos nele envolvidos: restringiu-se, assim, o leque de comportamentos típicos.

SPENA⁴⁷³ esclarece que a execução do ato objeto do *pacto sceleris* não deveria interferir na consumação do delito de corrupção, que se aperfeiçoaria com o simples acordo celebrado entre as partes. Com efeito, destaca o professor italiano, a corrupção e a execução dos termos firmados nos *pactos sceleris* devem ser consideradas coisas distintas, seja do ponto de vista estrutural ou axiológico. Logo, se o corrupto pratica ou deixa de praticar comportamentos que provoquem diminuição do patrimônio do *principal* é circunstância que deveria ser indiferente no momento da definição dos contornos elementares da figura delitiva.

Além da exigência típica de exaurimento dos termos constitutivos do pacto corrupto, com a efetiva realização ou omissão de condutas pelo agente, estatuiu o antigo

⁴⁷¹ ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. op. cit., p. 25: “*La nuova norma punisce con la reclusione sino a tre anni gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società*”. No mesmo sentido: DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 273; BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*, cit., p. 156.

⁴⁷² DE ANGELIS, Paolo; JANNONE, Angelo. D.L. op. cit., p. 70.

⁴⁷³ SPENA, Alessandro. op. cit., p. 813.

artigo 2635 do Código Civil italiano que a configuração do delito nele insculpido dependeria da ocorrência de concreto – e comprovado – dano ao patrimônio da sociedade empresarial vinculada ao corrupto. Assim, para a subsunção fática ao preceito incriminador não bastaria a celebração de acordo ilícito, tampouco a sua execução: exigia-se que as condutas praticadas gerassem prejuízo (“*nocumento alla società*”)⁴⁷⁴.

O crime de corrupção privada, destarte, nos termos anteriormente cunhados no Direito italiano, era crime de dano⁴⁷⁵. Essa é mais uma circunstância que denota a pouca preocupação do legislador italiano em observar as determinações emanadas dos documentos jurídicos internacionais de combate ao fenômeno estudado⁴⁷⁶, na medida em que deixa evidenciado que o bem jurídico objeto de proteção, sem margem a dúvidas, era o patrimônio social concretamente violado.

Malgrado a noção de dano insculpida no tipo penal fosse demasiado ampla⁴⁷⁷, a necessidade de sua comprovação acabava por dificultar a aplicação do preceito legal incriminador. Nas palavras de FOFFANI, a demonstração de um efetivo prejuízo econômico constituía-se em “*probatio diabolica*” de difícil produção⁴⁷⁸.

Por fim, é necessário sublinhar que o legislador ordinário italiano, por considerar que o bem jurídico tutelado tivesse caráter meramente individual, estabeleceu que a atuação do aparato repressivo estatal dependeria da apresentação de queixa (“*querella*”) pela pessoa ofendida⁴⁷⁹. Conferiu-se natureza privada ao crime de corrupção entre particulares, escolha político-criminal que, no entender de parte da doutrina italiana, contribuiu para o reduzido grau de aplicação efetiva do tipo incriminador, que seria representante típico do criticado Direito Penal simbólico⁴⁸⁰.

⁴⁷⁴ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. op. cit., p. 26: “*La punibilità, tuttavia, viene a dipendere dal verificarsi di due risultati materiali: l’illecita realizzazione od omissione dell’atto e la verificaione di un danno patrimoniale per la società*”.

⁴⁷⁵DE ANGELIS, Paolo; JANNONE, Angelo. D.L. op. cit., p. 70.

⁴⁷⁶SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?, cit., p. 277; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 172.

⁴⁷⁷ARENA, Maurizio. *La corruzione tra privati*: le responsabilità di persone fisiche e società. Bologna: Filodiritto Ed., 2012. p. 20.

⁴⁷⁸FOFFANI, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo a un’occasione mancata?, cit., p. 385.

⁴⁷⁹GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 172.

⁴⁸⁰MAZZACUVA, Nicola. Gli artt. 2634 e 2635 c.c.: Diritto penale simbolico e necessaria frammentarietà dell’intervento punitivo. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati*: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Milano: Giuffrè, 2003. p. 349.

Destarte, por mais esse motivo, que se soma às fragilidades da previsão legal já abordadas, aduzia-se que era insuficiente o modelo de repressão da corrupção no setor privado que vigorou na ordem jurídica da Itália após o advento do Decreto Legislativo nº 61, de 11 de abril de 2002⁴⁸¹.

O próprio Poder Legislativo, admitindo as dificuldades de aplicação do tipo penal, promulgou a Lei Delegada nº 34, de 25 de fevereiro de 2008, que dispunha sobre a necessidade de observância das obrigações comunitárias contraídas pela Itália⁴⁸². Em seu artigo 29, referido texto legal delegava ao Executivo poderes para que reformasse a modelagem típica do delito previsto no artigo 2635 do Código Civil, estatuinto uma nova figura típica, consentânea com as exigências capituladas na Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da Europa.

Previa-se a necessidade de que fosse introduzida no Livro II, Título VIII (“*Dei delitti contro l’economia pubblica, l’industria e il commercio*”), Capítulo II (“*Dei delitti contro l’industria e il commercio*”) do Código Penal, figura delitiva que sancionasse com reclusão de um a cinco anos a conduta de indivíduos que solicitassem ou recebessem vantagem indevida de qualquer natureza, ou aceitassem promessa de tal vantagem, no desenvolvimento de funções diretivas ou laborais em uma entidade do setor privado, para cumprir ou omitir atos, em violação de deveres de ofício, sempre que o comportamento tivesse o condão de gerar distorções concorrenciais à aquisição de bens ou à contratação de serviços comerciais (corrupção passiva).

Ademais, considerava-se primordial a punição de indivíduos que, intencionalmente, no âmbito de atividades profissionais, diretamente ou por meio de intermediários, dessem, oferecessem ou promettessem vantagens indevidas de qualquer natureza (corrupção ativa), com a finalidade de motivar o corrupto a agir em descompasso com os normais padrões de funcionamento dos mercados competitivos.

Com a adoção dos critérios para a tipificação do crime de corrupção privada definidos na Lei Delegada, seriam alteradas elementares importantes existentes no antigo artigo 2635 do Código Civil. Afinal, o dispositivo incriminador passaria a ser orientado à tutela da concorrência; no pólo ativo do crime de corrupção passiva seriam incluídos

⁴⁸¹FOFFANI, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo a un’occasione mancata?, cit., p. 397: “*A conclusione delle osservazioni sin qui svolte, non si può che esprimere un senso di profonda e radicale insoddisfazione nei confronti della scelta di incriminazione operata dal legislatore italiano (...)*”.

⁴⁸²GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 174.

indivíduos dos baixos escalões corporativos; e, no tocante aos comportamentos proscritos, ter-se-ia um crime de perigo concreto⁴⁸³, cuja consumação não ficaria adstrita às ocasiões nas quais o *pacto sceleris* fosse executado, com prejuízo para a sociedade empresária: incorporar-se-iam à ordem jurídica italiana as determinações da Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da Europa.

Entretanto, em razão da inércia governamental no cumprimento da Lei Delegada, de 25 de fevereiro de 2008, proliferaram-se projetos legislativos com a previsão do crime de corrupção entre particulares⁴⁸⁴, e, após tortuoso processo de debates na Câmara e no Senado, foi aprovada a Lei nº 190, de 06 de novembro de 2012, que reformulou a redação do artigo 2635 do Código Civil.

3.4.2. O atual modelo de repressão à corrupção no setor privado no direito penal italiano: análise crítica da tipicidade delitiva

Após longo processo de discussão legislativa no parlamento italiano, foi promulgada a Lei nº 190, de 06 de novembro de 2012, a qual trouxe novas disposições sobre a prevenção e a repressão da corrupção⁴⁸⁵. Alterando o *nomen iuris* do antigo artigo 2635 do Código Civil⁴⁸⁶, referida lei reformulou a modelagem típica do crime de corrupção no setor privado, que passou a receber a seguinte descrição legal:

Art. 2635. Corruzione tra privati.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della 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 alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

⁴⁸³ Alguns autores questionam a viabilidade de proteção da concorrência por intermédio de tipos penais de perigo concreto, porquanto não é fácil pensar que um fato isolado possa, efetivamente, gerar perigo ao regular funcionamento de um inteiro setor do mercado (SPENA, Alessandro. op. cit., p. 834).

⁴⁸⁴ DE ANGELIS, Paolo; JANNONE, Angelo. D.L. op. cit., p. 62.

⁴⁸⁵ A novel legislação traz disposições “*per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”.

⁴⁸⁶ DE ANGELIS, Paolo; JANNONE, Angelo. D.L. op. cit., p. 72: “*La prima modifica è lessicale avendo il legislatore esplicitamente denominato il reato non più come infedeltà, ma più correttamente, come corruzione tra privati (...)*”. No mesmo sentido: DE NICOLA, Alessandro; CAPPIELLO, Laura; ROTUNNO, Ivan. La corruzione tra privati: approfondimenti, cit., p. 3: “*Il DDL modifica la rubrica dell’art. 2635 codice civile, introducendo esplicitamente il richiamo alla corruzione tra privati (...)*”.

Chi dà o promette 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 tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

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

Antes da incursão na análise das características elementares da novel figura delitiva, é importante mencionar que a reforma legislativa teve o propósito – veremos, não alcançado⁴⁸⁷ - de adequar o ordenamento jurídico italiano ao conteúdo dos tratados sobre corrupção entre particulares. Nessa esteira, avulta em importância, além da Decisão Marco 2003/568/JAI, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, ratificada pela Itália no ano de 2009, em data posterior à entrada em vigor do Decreto Legislativo nº 61, de 11 de abril de 2002⁴⁸⁸.

O bem jurídico protegido pelo atual artigo 2635 do Código Civil não sofreu qualquer alteração em relação à legislação anterior. Pela própria disposição do tipo penal, em capítulo da lei civil que trata de direitos de cunho privatístico, é possível perceber a subsistência da ideia de que a repressão ao crime de corrupção privada tenha como precípua finalidade a salvaguarda do patrimônio de pessoas jurídicas de direito privado, e não a tutela da concorrência leal.

Destarte, o foco de proteção do tipo penal da corrupção privada é o mesmo que orientava o crime de *infedeltà a seguito de promessa o dazione*, inadequado, sob a óptica dos documentos comunitários europeus, para a efetiva prevenção e repressão dos *pactos sceleris* privados. Alterou-se o *nomem iuris* do delito, sem que a isso correspondesse alteração substancial no conteúdo do dispositivo normativo, que continua orientado à proteção dos interesses empresariais, condicionando-se a configuração da prática criminosa à constatação de diminuição patrimonial concreta dela resultante⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ A bem da verdade, poucas mudanças significativas no tratamento jurídico dispensado à corrupção entre particulares foram verificadas, com a entrada em vigor da Lei nº 190, de 06 de novembro de 2012.

⁴⁸⁸ DOLCINI, Emilio; FRANCESCO, Viganò. op. cit., p. 2: “(...) *obiettivo, altrettanto essenziale, è l'adeguamento della nostra normativa agli obblighi che il nostro paese ha assunto sul piano internazionale (...). In questa materia, gli obblighi fondamentali ancora inadempiti derivano dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 2003 (c.d. Convenzione di Merida)*”.

⁴⁸⁹ ANDREAZA, Gastone; PISTORELLI, Luca. op. cit., p. 19.

Com relação aos comportamentos proscritos pela lei penal, também é possível notar serem poucas as alterações introduzidas com a entrada em vigor da Lei nº 190, de 06 de novembro de 2012. Repetindo a lógica que permeava o revogado crime de infidelidade patrimonial subsequente à promessa de vantagem indevida, previu-se que o perfazimento da conduta vedada ficaria condicionado à execução dos termos ajustados em *pacto sceleris* que provocasse dano concreto à sociedade empresarial.

Não é, pois, a celebração do pacto ilícito o cerne de repressão pelo ordenamento jurídico italiano. Além da celebração de acordo indevido entre o corrupto e o corruptor, é essencial, nos moldes previstos no artigo 2635 do Código Civil, a atuação concreta dos agentes criminosos de modo a produzir efetivos prejuízos – crime de dano – ao ente moral vinculado ao sujeito ativo da corrupção passiva.

Desse modo, punem-se com sanção de reclusão de um a três anos os administradores, diretores gerais, responsáveis pela contabilidade, síndicos e liquidantes⁴⁹⁰, que, após promessa ou recebimento de dinheiro ou de qualquer outra utilidade, 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, tal como dispunha o revogado preceito legal incriminador⁴⁹¹.

Entretanto, apesar da subsistência do modelo político-criminal adotado no revogado Decreto Legislativo nº 61, de 11 de abril de 2002, é possível destacar dois aspectos da atual legislação que aproximam o tratamento da corrupção privada àquele idealizado nos âmbitos internacional e supranacional.

Destaca-se a ampliação do rol de sujeitos que ostentam condições para figurar no pólo ativo do crime de corrupção privada passiva⁴⁹². Superadas as limitações outrora vigentes, que restringiam a incidência do tipo penal às situações nas quais os atos de desvio de poder fossem perpetrados por quem atuasse na alta hierarquia corporativa, o novo tipo

⁴⁹⁰Note-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.

⁴⁹¹ARENA, Maurizio. op. cit., p. 15: “*Lo schema adottato è quello della corruzione propria antecedente: viene punita la condotta di dazione/promessa di utilità volta ad ottenere il compimento/omissione di atti in violazione dei doveri d’ufficio (...). La dazione o promessa devono determinare il compimento o l’omissione di un atto; da quest’ultimo deve derivare un nocumento alla società*”.

⁴⁹²ANDREAZA, Gastone; PISTORELLI, Luca. op. cit., p. 19: “*Il secondo comma dell’articolo prevede invece ora che il medesimo fatto venga punito – sebbene in maniera meno grave – anche qualora a commetterlo siano coloro che sono sottoposti alla direzione e alla vigilanza dei soggetti (...). Ed in proposito la formula utilizzata dal legislatore sembra suggerire altresì che i soggetti attivi di questa seconda fattispecie non siano solo i lavoratori subordinati in senso proprio intesi, ma chiunque svolga per conto della società un’attività*”.

penal passou a admitir a punição de qualquer indivíduo vinculado a pessoas jurídicas de direito privado. É possível a aplicação de pena de reclusão de até um ano e seis meses – menos grave do que aquela aplicável aos ocupantes de elevados cargos –, caso a conduta proscrita seja praticada por agentes subalternos.

Ademais, ao estabelecer a possibilidade de procedibilidade pública do crime de corrupção no setor privado, ainda que em situações excepcionais, nas quais fosse constatada uma efetiva distorção da concorrência (“*Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi*”), o legislador italiano aproximou-se de forma parcial das diretrizes internacionais e supranacionais relacionadas ao assunto⁴⁹³.

Embora o foco de proteção do tipo penal, mesmo nesses casos específicos, continue a ser o patrimônio social, verifica-se que o legislador acenou no sentido de reconhecer a ameaça que pode ser trazida pelo fenômeno da corrupção entre particulares ao regular desenvolvimento econômico. Por conseguinte, no tratamento dos casos mais graves, foi conferido ao Poder Público o dever de promover a persecução penal *ex officio* de comportamentos de desvio de poder do setor privado.

O ordenamento jurídico italiano, portanto, não obstante contemple a figura típica da corrupção entre particulares há poucos anos, é importante laboratório de estudo do fenômeno, sob diversos matizes. A sucessão de leis, acompanhada do surgimento de variados projetos legislativos sobre o tema, foi objeto de acaloradas discussões no parlamento e na comunidade acadêmica, que tem conseguido oferecer respostas satisfatórias para que se realize eficiente combate ao delito.

⁴⁹³ANDREAZA, Gastone; PISTORELLI, Luca. op. cit., p. 19: “*Ma la novità probabilmente più importante elaborata dal legislatore riguarda peraltro il regime di procedibilità del reato (...) querela della persona offesa (...), a meno che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi*”.

3.5. O crime de corrupção no setor privado no direito penal espanhol

3.5.1. O surgimento e a evolução da tipificação do crime de corrupção no setor privado no direito penal espanhol

A Espanha, apesar de signatária de todos os documentos jurídicos internacionais antes abordados – notadamente daqueles produzidos no âmbito da União Europeia⁴⁹⁴ –, sobre a corrupção no setor privado, foi uma das últimas nações do Velho Continente a introduzir em seu direito positivo tipo penal orientado à repressão das condutas objetos do presente estudo. Em verdade, até 22 de junho de 2010, acompanhado apenas por seus pares da Grécia, Malta, Chipre, Romênia e Bulgária⁴⁹⁵, o legislador espanhol deixou de adotar medidas legislativas para que fossem observadas as obrigações jurídicas contraídas pelo país no plano internacional.

É importante lembrar que a Ação Comum do Conselho Europeu estabelecia, em seu artigo 8.1, que os Estados Membros deveriam, antes de 31 de dezembro de 2000, promover a sua implementação. De seu turno, a Decisão Marco 2003/568/JAI foi incorporada ao ordenamento jurídico da Espanha e, até 22 de julho de 2005, estabelecia o seu artigo 9.1, deveriam ser empregados os meios necessários à eficaz repressão do delito de corrupção privada.

Nota-se, portanto, que a Espanha, depois de esgotados os prazos estipulados para a adequação de seu Direito Penal às diretrizes comuns da Comunidade Europeia, demorou ainda mais dez anos para promulgar a Lei Orgânica nº 5/2010, por intermédio da qual foi tipificado o delito de corrupção entre particulares⁴⁹⁶.

O atraso espanhol na adequação do seu sistema repressivo ao estabelecido nos documentos internacionais não passou despercebido pela doutrina jurídico-penal⁴⁹⁷, tampouco pelos órgãos incumbidos de fiscalizar a implementação das normativas

⁴⁹⁴GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. *Corrupción en el sector privado: competencia desleal y o administración desleal*, cit., p. 231; QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español: parte especial*, cit., p. 624.

⁴⁹⁵ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 94.

⁴⁹⁶BLANCO CORDERO, Isidoro. *La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas*, cit., p. 9.

⁴⁹⁷GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. *Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español*, cit., p. 219-220: “*Para que se pasase del primer proyecto a la entrada en vigor de la nueva norma, la espera duró hasta el 22.12.2010, en aquella fecha, con 10 años de retraso, España también ha finalmente cumplido con las obligaciones internacionales (...)*”. No mesmo sentido: DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, cit., p. 276.

comunitárias. Por conseguinte, em seus informes anuais, o Grupo de Estados Contra a Corrupção do Conselho da Europa (GRECO) não se mostrava satisfeito com as diretrizes anticorrupção adotadas pelo governo⁴⁹⁸.

Dentre os fatores que explicavam a relutância do Poder Legislativo espanhol em dar efetividade aos compromissos jurídicos celebrados estava a falta de compreensão acerca do fenômeno da corrupção entre particulares. Tal como ocorria com a maior parte das nações da Europa, a punição da corrupção, tradicionalmente, estava atrelada aos casos de *pactos sceleris* envolvendo funcionários públicos. Em razão disso, o crime de corrupção privada era visto como uma desconhecida e complexa novidade⁴⁹⁹.

Ademais, o ordenamento jurídico espanhol já dispunha de leis de proteção da concorrência⁵⁰⁰ – bem jurídico que os textos de Direito europeus visam tutelar –, de índole extrapenal, as quais, na opinião de alguns doutrinadores, seriam suficientes para disciplinar os *pactos sceleris* celebrados por agentes do setor privado.

A Lei de Concorrência Desleal, de 10 de janeiro de 1991⁵⁰¹, por exemplo, dispõe⁵⁰², em seu artigo 5º, que será considerado desleal todo comportamento que objetivamente for contrário às exigências de boa-fé nas relações comerciais. Como forma de sancionar esses comportamentos, previu-se a possibilidade de ajuizamento de ação civil, com o fim de que seja imposta a cessação da conduta ilícita e promovida a reparação de danos. Tal diploma legal, contudo, restringe o espectro de sujeitos protegidos, porquanto

⁴⁹⁸ JÍMENEZ QUERALT, Joan. Reflexiones marginales sobre la corrupción. *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, n. 2, p. 20, mar. 2012.

⁴⁹⁹ NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes. op. cit., p. 3: “Esta figura delictiva es totalmente ajena a nuestra tradición jurídico-penal, aunque ha estado y está presente en muchos de los países de nuestro entorno jurídico”.

⁵⁰⁰ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia, cit., p. 144; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y o administración desleal, cit., p. 232.

⁵⁰¹ Exposição de Motivos (LCD): “La emancipación de nuestra vida mercantil de vínculos corporativos y proteccionistas y una mayor sensibilidad de nuestros hombres de empresa hacia la innovación de las estrategias comerciales han abierto nuevas perspectivas a nuestra economía, pero al propio tiempo han puesto de manifiesto el peligro de que la libre iniciativa empresarial sea objeto de abusos, que con frecuencia se revelan gravemente nocivos para el conjunto de los intereses que confluyen en el sector. El interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado”.

⁵⁰² Artigo 5º (LCD): “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.

atribui tão somente aos competidores prejudicados a legitimidade para ajuizar demandas sobre a matéria (artigo 19)⁵⁰³.

Já a Lei de Defesa da Concorrência, de 03 de julho de 2007, no seu artigo 1º, alíneas “d” e “e”⁵⁰⁴, considera ilícita a realização de acordos ou práticas concertadas, que tenham por finalidade afetar a concorrência mediante o tratamento desigual de competidores, ou a subordinação da celebração de contratos à aceitação de prestações suplementares desvinculadas do objeto do negócio jurídico. Tais comportamentos, é fácil notar, apresentam inúmeros pontos de contato com a corrupção privada.

Por fim, é interessante destacar dispositivos do Real Decreto Legislativo 1/2010, de 02 de julho de 2010 (Lei de Sociedades de Capital), que contém extenso capítulo (Capítulo III) no qual são elencados diversos deveres dos administradores de pessoas jurídicas de direito privado. Exemplificativamente, no artigo 225, fala-se na existência de dever de diligente administração; no artigo 226, no dever de lealdade; no artigo 229, nas situações de conflito de interesses.

Percebe-se, destarte, que o ordenamento jurídico espanhol dispunha de normas de índole civil e administrativa aplicáveis às situações de corrupção no setor privado. Enquanto as obrigações jurídicas contraídas no plano internacional impunham a tipificação do delito, no âmbito doméstico havia resistência, pois, apontavam estudiosos do assunto, não haveria necessidade de que o Direito Penal interviesse em situações já disciplinadas por outras searas do direito positivo⁵⁰⁵.

Entretanto, somando-se às pressões advindas do estrangeiro, juristas espanhóis passaram a defender a criminalização dos atos de corrupção entre particulares⁵⁰⁶. Nos

⁵⁰³Artigo 19 (LCD): “*Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior*”.

⁵⁰⁴Artigo 1º (LDC): “*Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en (...) d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos*”.

⁵⁰⁵DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 287-288; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho penal*: parte especial, cit., p. 528; VENTURA PÜSCHEL, Arturo. Corrupción entre particulares, cit., p. 673.

⁵⁰⁶QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español*: parte especial, cit., p. 582; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares, cit., p. 180; ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España, cit., p. 99.

estudos desenvolvidos sobre o assunto, surgiram manifestações enfáticas no sentido de que era imprescindível a adequada repressão penal a comportamentos de desvio de poder no setor privado. Argumentava-se que as regulações extrapenais seriam inadequadas para coibir os *pactos sceleris* privados e que seriam ineficazes os dispositivos de índole criminal existentes na sistemática normativa da Espanha, dirigidos à tutela dos bens jurídicos afetados pela corrupção no setor privado⁵⁰⁷.

Esse o cenário, nos anteprojetos de reforma do Código Penal de 2006, 2007, 2008 e 2009⁵⁰⁸, passou a ser contemplado o crime de corrupção entre particulares (*“corrupción entre particulares”*), que, finalmente, aos 22 de junho de 2010, mediante a promulgação da Lei Orgânica nº 5/2010, foi tipificado na Espanha.

3.5.2. O atual modelo de repressão à corrupção no setor privado no direito penal espanhol: análise crítica da tipicidade delitiva

O crime de corrupção entre particulares foi introduzido no Código Penal espanhol por intermédio da recente Lei Orgânica nº 5/2010, de 22 de junho de 2010, que teve como objetivo promover alterações na também LO 10/1995 (Código Penal)⁵⁰⁹. Inserida no Título XIII (*“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”*), Capítulo XI (*“De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”*), a nova Seção 4 é integrada por um único dispositivo legal, o 286 bis⁵¹⁰, que delinea a figura típica da corrupção entre particulares, do seguinte modo descrita:

1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

⁵⁰⁷GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. op. cit., p. 233.

⁵⁰⁸VIVES ANTÓN, Tomás; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal: parte especial*, cit., p. 504; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. op. cit., p. 171.

⁵⁰⁹VENTURA PÜSCHEL, Arturo. op. cit., p. 669; BLANCO CORDERO, Isidoro. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas, cit., p. 9.

⁵¹⁰O parágrafo 4º, do artigo 286 bis, do Código Penal da Espanha, prevê o crime de corrupção no setor esportivo, que não será apreciado no presente estudo.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

Da análise do conteúdo do preâmbulo da Lei Orgânica nº 5/2010, é fácil notar que o objetivo central do legislador ordinário espanhol, ao criminalizar os comportamentos de corrupção entre particulares, foi atender às diretivas comunitárias tocantes ao assunto⁵¹¹. Afinal, é expressa a ideia de que um dos aspectos mais relevantes da reforma seria a transposição da Decisão Marco 2003/568/JAI, donde se conclui que mesmo com atraso buscou-se a implementação dos textos europeus relativos ao fenômeno estudado.

A excessiva demora do Poder Legislativo, porém, não contribuiu para que a produção legislativa se desse de forma adequada e coerente, como consequência de aprofundadas reflexões sobre o tema⁵¹². Desde o início das discussões sobre as características do dispositivo legal que acabou aprovado, emergiram críticas à sua conformação, que dispunha de vícios relacionados ao bem jurídico tutelado, aos sujeitos do delito, às condutas proscritas, às sanções previstas etc..

No que diz respeito ao bem jurídico protegido, a Exposição de Motivos da Lei Orgânica nº 5/2010 estatui que 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. Isso porque, “*con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado*”.

Por conseguinte, *prima facie*, dir-se-ia que o objeto de proteção do delito é a justa e honesta concorrência. É essa, inclusive, a opinião de importantes doutrinadores

⁵¹¹MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*, cit., p. 529: “*En la Exposición de Motivos se dice que ello es consecuencia de la Directiva Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*”. No mesmo sentido: OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Corrupción entre particulares*, cit., p. 175; BLANCO CORDERO, Isidoro. op. cit., p. 9; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. op. cit., p. 234.

⁵¹²VENTURA PÜSCHEL, Arturo. op. cit., p. 670: “*Debe destacarse, sin embargo, que la presente iniciativa legal se adopta por nuestro Legislador sin que exista una verdadera reflexión interna (...)*”.

espanhois⁵¹³. Para BACIGALUPO⁵¹⁴, a negociação de subornos para a obtenção de benefícios, no âmbito de atividades econômicas, seria prática prejudicial à regularidade concorrencial, digna de reprimenda criminal em qualquer parte do mundo.

Entretanto, apesar da intenção manifestada pelo legislador ordinário na Exposição de Motivos, fato é que a redação dada ao tipo penal gera dúvidas quanto ao bem jurídico efetivamente tutelado, porquanto várias incoerências defluem da construção normativa do artigo 286 bis⁵¹⁵ do Código Penal espanhol.

Chama atenção, por início, o fato de que, no texto legal, não haja qualquer menção ao fenômeno concorrencial, tampouco indicações de que seria ele o foco de salvaguarda da tipificação penal. Inexiste, na construção do fato típico, mínima referência que seja a aspectos que indiquem ser a concorrência o objeto material da norma penal⁵¹⁶.

A problemática atinente ao bem jurídico protegido fica evidente, outrossim, ao se analisar a característica elementar das condutas proscritas. Condiciona-se a incidência do tipo penal ao descumprimento de obrigações (“*incumplimiento de obligaciones*”⁵¹⁷) pelo corrupto, que aceita ou recebe vantagem indevida para favorecer o corruptor na aquisição de mercadorias ou contratação de serviços⁵¹⁸.

Desse modo, parece-nos que o cerne da tutela não é a proteção da concorrência, nos termos propugnados na Exposição de Motivos da Lei Orgânica nº 5/2010. Com efeito, são frequentes as situações nas quais os atos de corrupção no setor privado são perpetrados com o consentimento do empresário – sem o descumprimento de obrigações –, gerando

⁵¹³QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español: parte especial*, cit., p. 625; SÁNCHEZ MELGAR, Julián. *La corrupción en el sector privado*, cit., p. 15.

⁵¹⁴BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*, cit., p. 155.

⁵¹⁵BLANCO CORDERO, Isidoro. op. cit., p. 10: “(...) de acuerdo con el Preámbulo de la LO 5/2010, el bien jurídico protegido es la competencia justa y honesta. Con todo, analizando los tipos penales se observa que la nueva regulación parece seguir un modelo híbrido o mixto en el que se requiere, cumulativamente, un menoscabo de la competencia leal y una infracción de deberes por parte del corrupto”.

⁵¹⁶BUERBA PANDO, Adriana. *El delito de corrupción entre particulares*. p. 6. Disponível em: <http://www.perezllorca.com/es-es/SalaDePrensa/Articulos/15032011_ABP%20%20TAH.Pdf>. Acesso em: 22 jan. 2013.

⁵¹⁷BLANCO CORDERO, Isidoro. op. cit., p. 10: “En efecto, un requisito típico esencial es la infracción de las obligaciones que tienen los directivos, empleados y colaboradores. Parece ponerse en primer término, por lo tanto, la infracción de deberes en el marco de la compraventa de mercancías o contratación de servicios profesionales”.

⁵¹⁸Questão tormentosa na doutrina espanhola é a definição das obrigações que seriam violadas pelo corruptor. OTERO GONZÁLEZ, representando a doutrina minoritária, afirma que: “La lógica parecería indicar, a priori, que el tipo se refiere a las obligaciones que tales sujetos tienen con la entidad a la que son directivos, administradores, empleados o colaboradores (...). Pero, quien ofrece la ventaja para la consecución de un contrato, lo hace en beneficio de la propia empresa y en perjuicio de la competencia, de modo que ninguna obligación para con su propia empresa está incumpliendo. Sin embargo, a nuestro juicio, el incumplimiento de las obligaciones sólo puede referirse a las derivadas de las normas que regulan la competencia (...)”. (OTERO GONZÁLEZ, Pilar. op. cit., p. 177-178).

prejuízos para a concorrência. Nessas hipóteses, considerando o previsto no artigo 286 bis do Código Penal, ainda que existam danos à regularidade concorrencial, não é possível que se cogite da prática delitiva, eis que ausente elemento normativo essencial à sua configuração⁵¹⁹.

Tem-se, portanto, incoerente o tipo penal estudado, erigido para em tese manter hígido o mercado concorrencial, pois que não é aplicável aos *pactos sceleris* celebrados com autorização do empresário⁵²⁰.

Em razão dessa circunstância, em oposição àqueles que entendem ser a “*competencia justa y leal*” o objeto de proteção do delito – bem jurídico de índole supraindividual - arvoram-se outros na defesa de que o legislador ordinário, afastando-se das diretrizes da Decisão Marco 2003/568/JAI, criou figura típica na qual teria preponderância a defesa dos interesses individuais do empresário, notadamente aqueles vinculados ao dever de fidelidade de seus empregados.

De se destacar, ainda, a existência de corrente doutrinária majoritária que entende prever o artigo 286 bis do Código Penal espanhol, delito pluriofensivo⁵²¹. O espectro de proteção da norma penal incriminadora abarcaria tanto interesses supraindividuais, quanto interesses privados do empresário. Assim, tutelar-se-ia a concorrência leal, concomitantemente aos valores de confiança e de lealdade⁵²², fundamentais para o regular desenvolvimento socioeconômico⁵²³.

⁵¹⁹Contundentes, nesse sentido, são as críticas de VENTURA PÜSCHEL, que reconhece o equívoco legislativo, aduzindo que “*parece evidente que, tratándose de la protección de un bien jurídico de carácter colectivo – la competencia -, el hipotético consentimiento del responsable del negocio (...) no debería excluir la tipicidad (ni la antijuridicidad) de sus conductas venales*”. Entretanto, nesses casos, “*implicará la atipicidad de los comportamientos venales aceptados o consentidos por los operadores del mercado (...)*” (VENTURA PÜSCHEL, Arturo. op. cit., p. 676). No mesmo sentido: GILI PASCUAL, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007, cit., p. 282.

⁵²⁰DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 283: “*Si lo importante es la lealtad competitiva, el conocimiento por el empresario del comportamiento de su empleado corrupto no debería alcanzar relevancia (...)*”.

⁵²¹QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español*: parte especial, cit., p. 626; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia, cit., p. 169; GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 288.

⁵²²MUÑOZ CONDE, Francisco. op. cit., p. 530.

⁵²³Essa posição é duramente criticada por GÓMEZ DE LA TORRE, segundo o qual “*tipificando el delito de corrupción privada como ilícito pluriofensivo, por un lado, se reforzaría la protección penal otorgada a la competencia como bien supraindividual y, por otro, se condicionaría su tutela al interés particular del empresario del corrupto, interés éste último que, por lo menos en abstracto, es, o puede resultar, contrario al precedente*” (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 227-228). No mesmo sentido: VIVES ANTÓN, Tomás; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. op. cit., p. 506.

Em nosso entender, a impossibilidade de aplicação do tipo penal às situações nas quais atos de corrupção são perpetrados com o consentimento do empresário elimina dúvidas quanto ao fato de que se o legislador ordinário espanhol buscou tutelar a concorrência, o fez de forma inapropriada, pois ficaram alijadas do espectro de incidência normativa as situações concretas das quais defluem as mais graves afetações ao bem jurídico mencionado. Afinal, em geral, é na esfera de atribuições do empresário que ficam concentradas as mais importantes decisões comerciais relativas à aquisição de mercadorias, ou à contratação de serviços profissionais, nem sempre tomadas de maneira a reverenciar a regular competição econômica.

O artigo 286 bis do Código Penal contempla a corrupção entre particulares em suas modalidades ativa e passiva. A primeira delas, descrita no parágrafo 1º do dispositivo legal, é considerada, por maior parte da doutrina, crime comum, pois não existiria exigência específica quanto às características do sujeito ativo, que poderia ser qualquer indivíduo, independentemente de suas condições pessoais⁵²⁴.

Há, contudo, setores da doutrina que entendem ser especial o crime de corrupção ativa entre particulares. Para justificar tal posicionamento, afirma-se que o tipo penal, ao dispor que os atos nele proscritos devem ocorrer na aquisição de mercadorias ou na contratação de serviços, e que o corruptor deve atuar com o objetivo de favorecer-se “*frente a otros*”, delimitaria os sujeitos do delito. Submeter-se-iam à vedação legal apenas os concorrentes ou pessoas que para eles atuassem no âmbito concorrencial, excluída a possibilidade de incidência do preceito legal incriminador a terceiros que não desempenhassem funções em cenário de competição econômica⁵²⁵.

Não há, por outro lado, qualquer perquirição sobre a classificação do crime de corrupção passiva, clássico delito especial. O legislador ordinário, sem deixar margem a dúvidas, estatuiu que somente diretores, administradores, empregados ou colaboradores de pessoas jurídicas de direito privado podem ser autores do crime previsto no artigo 286 bis, parágrafo 2º do Código Penal⁵²⁶.

A imprecisão das expressões utilizadas para fazer referência aos sujeitos do delito, contudo, desprovidas de mínima conceituação legal no ordenamento jurídico espanhol, é

⁵²⁴BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 158; RANDO CASEMEIRO, Pablo. Delitos contra el mercado y los consumidores, cit., v. 2, p. 184.

⁵²⁵NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes. Corrupción entre particulares y tutela del mercado, cit., p. 96.

⁵²⁶QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español: parte especial*, cit., p. 585; RANDO CASEMEIRO, Pablo. op. cit., p. 186; BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 159.

objeto de duras críticas. Com efeito, afirma-se que a redação do tipo penal não atenderia aos predicados de precisão e de clareza exigidos pelo princípio da legalidade estrita. Tal posicionamento encontra eco no Conselho Geral de Poder Judiciário da Espanha (CGPJ), que publicou informe⁵²⁷ no dia 18 de fevereiro de 2009 questionando a vagueza das condutas inculpidas na norma incriminadora.

Ainda tratando do rol de sujeitos ativos do crime de corrupção passiva no setor privado, é imprescindível destacar que os empresários não figuram como possíveis autores do delito. Essa circunstância é fonte de celeuma doutrinária, pois, como anteriormente afirmado, se é a concorrência o bem jurídico tutelado, sendo os comportamentos desviados perpetrados pelo titular da sociedade mercantil aptos a vulnerá-la⁵²⁸, salutar que eles sejam abarcados pelos dispositivos incriminadores⁵²⁹.

Chama a atenção, ainda, a possibilidade de atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas de direito privado, nos moldes previstos no artigo 288 do Código Penal. Caso se verifique que os comportamentos de corrupção privada ativa tenham sido perpetrados “*en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho (...)*”⁵³⁰ (artigo 31 do Código Penal Espanhol), viabiliza-se a condenação do ente coletivo.

Partindo para a análise dos comportamentos vedados pela norma penal incriminadora, vê-se que a corrupção ativa, prevista no artigo 286 bis, parágrafo 1º, consiste no ato de prometer, oferecer ou conceder a diretores, administradores, empregados ou colaboradores de uma empresa mercantil, ou de sociedade, associação, fundação ou organização vantagens ou benefícios injustificados, de qualquer natureza, para que o corrupto, descumprindo suas obrigações na aquisição ou na venda de mercadorias, ou na

⁵²⁷ESPAÑA. PODER JUDICIAL. *Consejo General del Poder Judicial*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jp6Aq0xr-bcJ:www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%2520DE%2520ESTUDIOS%2520E%2520INFORMES/INFORMES%2520DE%2520LEY/DOCUMENTOSCGPJ/Informe%2520anteproyecto%2520modificacion%2520Codigo%2520Penal.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

⁵²⁸GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 271; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 243-246; VIVES ANTÓN, Tomás; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. op. cit., p. 505.

⁵²⁹ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 122.

⁵³⁰GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 229.

contratação de serviços profissionais, favoreça o corruptor ou terceiro frente a outros agentes do mercado⁵³¹.

No tocante à corrupção passiva, punem-se os sujeitos acima abordados, nas hipóteses em que eles, ainda que por intermédio de terceiros, recebam, solicitem ou aceitem benefício ou vantagem de qualquer natureza, não justificados, com o escopo de, descumprindo suas obrigações, favorecer o corruptor frente a terceiros⁵³², na aquisição ou venda de mercadorias, ou na contratação de serviços profissionais⁵³³.

A configuração do crime de corrupção privada, revelam os comportamentos que o caracterizam, em qualquer de suas modalidades, prescinde da ocorrência de resultado lesivo ou da criação de situação de perigo concreto para bem jurídico protegido. Trata-se de crime de perigo abstrato, uma vez que a conduta típica se perfaz, ainda que não sejam praticados os atos objetos do *pacto sceleris*⁵³⁴. Assim, exemplificativamente, a simples solicitação de vantagem indevida, por administrador de sociedade mercantil, é passível de punição; do mesmo modo, oferecimento de vantagem a empregado de associação, mesmo rechaçada por este último, dá ensejo à responsabilização pelo delito de corrupção ativa entre particulares.

Veja-se que nesses casos é possível que não haja mínima afetação dos bens jurídicos tutelados – concorrência e lealdade nas relações empresariais. Entretanto, tratando-se de crime de perigo abstrato, é certa a possibilidade de aplicação do disposto no artigo 286 bis, circunstância que, para alguns doutrinadores, contraria o princípio da *ultima ratio*, fundamental para o Direito Penal.

Sobre as vantagens indevidas que devem ser negociadas nos *pactos sceleris* privados, aponta a doutrina espanhola que elas não precisam ter caráter econômico, desde

⁵³¹OTERO GONZÁLEZ, Pilar. op. cit., p. 177; QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español*: parte especial, cit., p. 626; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos (Orgs.). *Curso de derecho penal*: parte especial. Madrid: Dykinson, 2012. p. 369; POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.). *Lecciones de derecho penal*: parte especial, cit., t. 2, p. 184.

⁵³²NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes. *Corrupción entre particulares y tutela del mercado*, cit., p. 21: “*Con este elemento el legislador nos pone ya en un contexto de competencia puesto que no basta tratar de favorecer al sobornador, sino que es preciso tratar de favorecerlo frente a otros*”.

⁵³³QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español*: parte especial, cit., p. 628; VENTURA PÜSCHEL, Arturo. op. cit., p. 675; POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.). *Lecciones de derecho penal*: parte especial, cit., t. 2, p. 186.

⁵³⁴BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 158: “*Es opinión dominante que el delito del art. 286 bis ha sido estructurado como un tipo de peligro abstracto. Esto significa que el delito se consumará aunque el autor no haya recibido ningún beneficio o no haya causado ningún perjuicio a la libre competencia o a un patrimonio ajeno (...)*”. No mesmo sentido: VENTURA PÜSCHEL, Arturo. op. cit., p. 675; BLANCO CORDERO, Isidoro. op. cit., p. 10; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. op. cit., p. 177.

que aptas a influenciar a tomada de decisão de seus destinatários⁵³⁵. É necessário, portanto, que os proveitos ilícitos recebidos pelo corruptor tenham força persuasiva para interferir em seu comportamento e, por conseguinte, no regular funcionamento da empresa em que atue, devendo ser consideradas atípicas as situações nas quais eles sejam insignificantes ou admitidos socialmente⁵³⁶.

Outro aspecto da conformação típica do crime de corrupção entre particulares bastante debatido pela doutrina está relacionado à gravidade das sanções abstratamente cominadas aos indivíduos que incorram nas condutas proscritas. A bem da verdade, extrapolando⁵³⁷ as diretrizes da Decisão Marco 2003/568/JAI⁵³⁸, que lhe serviu de esteio, a Lei Orgânica nº 5/2010 previu pena de seis meses a quatro anos de reclusão para o delito do artigo 286 bis do Código Penal.

À elevada sanção privativa de liberdade prevista no dispositivo legal, somam-se as possibilidades de que os condenados sofram inabilitação para o exercício de funções mercantis por período de um a seis anos, e de que tenham que pagar multas de valor até três vezes superior ao montante da vantagem recebida⁵³⁹.

A gravidade das sanções penais previstas no crime de corrupção entre particulares é objeto de crítica de estudiosos do assunto, principalmente ao se constatar as raras situações em que o tipo penal vem sendo aplicado. Fala-se, por isso, que o delito de corrupção entre particulares pode ser visto como representante clássico do direito penal simbólico, porquanto poucos os efeitos concretos da sua aplicação⁵⁴⁰.

Importante notar, ainda, com relação às sanções previstas, que o legislador ordinário condicionou a variação do montante da pena de multa ao valor da vantagem negociada entre os sujeitos ativos dos crimes de corrupção ativa e passiva. Deixa-se de mensurar a gravidade dos comportamentos com base no nível de afetação dos bens

⁵³⁵RANDO CASEMEIRO, Pablo. op. cit., p. 185.

⁵³⁶VENTURA PÜSCHEL, Arturo. op. cit., p. 677: “(...) *quedando por tanto excluidos los pequeños detalles, regalos promocionales o invitaciones a almuerzos o comidas que no implican favorecimientos espurios en tanto en cuanto carecen de virtualidad para inducir a decisiones comerciales relevantes*”. No mesmo sentido: VIVES ANTÓN, Tomás; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. op. cit., p. 508; NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes. op. cit., p. 19.

⁵³⁷VENTURA PÜSCHEL, Arturo. op. cit., p. 678; SÁNCHEZ MELGAR, Julián. op. cit., p. 36.

⁵³⁸Artigo 4.2 da Decisão Marco 2003/568/JAI: “*Los Estados Miembros tamarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados (...) serán punibles con sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años*”.

⁵³⁹SÁNCHEZ MELGAR, Julián. op. cit., p. 22.

⁵⁴⁰VENTURA PÜSCHEL, Arturo. op. cit., p. 674: “*Si evidencia así, y en realidad, un nuevo hito en la cada vez más profusa tendencia hacia un Derecho penal simbólico, apartado de los principios de la lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos (...)*”.

jurídicos protegidos, e define-se a pena de acordo com o valor envolvido no negócio ilícito, o que denota mais um equívoco na produção legislativa⁵⁴¹.

Nota-se que a mesma impropriedade legislativa verificada no tocante à pena de multa prevista é repetida no parágrafo 3º do artigo 286 bis. Em contrariedade ao contido na Exposição de Motivos, contemplou-se causa especial de diminuição da pena, que nenhuma relação guarda com o objeto jurídico que deveria ser tutelado. Assim, independentemente de quão agressivo seja o comportamento corrupto para a competência, conferem-se amplos poderes aos juízes, que poderão, em atenção ao valor da vantagem indevida e à importância das funções do acusado, impor pena corporal inferior, ou reduzir o montante das multas. Tal situação, por óbvio, não se coaduna com a proteção da justa e leal concorrência, cujo nível de afetação não ostenta qualquer vínculo com as variantes previstas no privilégio legal⁵⁴².

Por fim, cumpre destacar que o crime de corrupção no setor privado, conforme disposição do Código Penal, é de natureza pública incondicionada. Para a instauração de processo penal, é despidianda a manifestação do ofendido, pois cabe ao Ministério Público, independentemente de manifestação de vítimas, promover o ajuizamento de ação penal para a reprimenda dessa sorte de comportamento delitivo⁵⁴³.

Analisadas as características do artigo 286 bis do Código Penal, é possível perceber que também o legislador espanhol encontrou dificuldade na definição dos contornos elementares do crime de corrupção no setor privado. Assim como ocorreu nos demais países estudados, a adequada criminalização do fenômeno em observação não foi alcançada no âmbito do ordenamento jurídico da Espanha, que, por isso, não deverá servir de exemplo para o Poder Legislativo brasileiro.

⁵⁴¹BENITO SÁNCHEZ, Demelsa; CERINA, Giorgio Diogo. Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma, cit., p. 88: “*El legislador, por otro lado, a la hora de graduar la sanción, parece haber seguido un criterio distinto al de la entidad del daño ocasionado al bien jurídico protegido y ha decidido anclar la cuantía de la pena a la entidad del precio acordado o pagado a cambio de la actuación futura. Esta elección nos parece incorrecta (...)*”.

⁵⁴²GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 254: “*(...) ni la cuantía de la dádiva ni la trascendencia de las funciones del sujeto activo de corrupción pasiva guardan aquella necesaria relación con el menoscabo del bien jurídico protegido que debería considerarse como parámetro principal a la hora de proceder a la aplicación de la pena*”. No mesmo sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. op. cit., p. 530; GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 272.

⁵⁴³BLANCO CORDERO, Isidoro. op. cit., p. 10: “*No se requiere, por lo tanto, ningún requisito de procedibilidad, configurándose así como un delito perseguible de oficio (...)*”. No mesmo sentido: VIVES ANTÓN, Tomás; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. op. cit., p. 510.

4. OS MODELOS DE TIPIIFICAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O BEM JURÍDICO TUTELADO E A NOSSA PROPOSIÇÃO SOBRE A MATÉRIA

4.1. A lealdade e a confiança nas relações privadas como bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção no setor privado

4.1.1. Considerações gerais sobre o modelo apontado e a proteção da lealdade e da confiança nas relações privadas na Ordem Jurídica brasileira

O estudo do ordenamento jurídico inglês revela que o primeiro modelo de repressão à prática de comportamentos de corrupção no setor privado (1906) tinha como objetivo precípua tutelar a lealdade e a confiança existentes nas relações que vinculam empregados e empregadores. Tanto no âmbito estatal, quanto no cerne de negócios privados, a celebração de *pactos sceleris* teria como efeito solapar esse liame jurídico essencial para a manutenção da harmonia do tecido social⁵⁴⁴.

Inspirados nessa perspectiva, legisladores de outras nações também fizeram incorporar aos seus sistemas normativos a proibição da prática de comportamentos corruptos, que invariavelmente culminam com a ruptura dos valores de lealdade e de confiança que dão sustentação aos vínculos relacionais privados. Operou-se a difusão⁵⁴⁵ de tal modelo de repressão à corrupção entre particulares, contemplado em países como França, Holanda, Bélgica, Suécia, Japão e Coréia do Sul.

Nos ordenamentos jurídicos dessas nações, concebe-se a punição dos *pactos sceleris* privados como mecanismo para salvaguardar a integridade das relações de trabalho⁵⁴⁶. Sobre essa orientação, GÓMEZ DE LA TORRE⁵⁴⁷ aduz que o fenômeno delitivo

⁵⁴⁴Veja-se, sobre a matéria, o Capítulo 3.1 da dissertação, no qual foi realizada aprofundada análise do crime de corrupção no setor privado na ordem jurídica inglesa.

⁵⁴⁵KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán, cit., p. 12.

⁵⁴⁶TAK, Peter. Il reati di corruzione privata in Olanda, cit., p. 145 e ss.: “*Il bene giuridico tutelato dalle disposizioni in tema di corruzione privata è l'integrità dei rapporti di lavoro tra dipendenti e datori di lavoro, in particolare la fedeltà tra le parti lavorative*”.

⁵⁴⁷GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 172.

em estudo consistiria em uma infração de obrigações subjacentes às relações privadas, podendo-se concluir que o objetivo de sua incriminação, grosso modo, seria preservar o *principal* de traições de seus empregados.

Ao discorrer sobre ordenamentos jurídicos que adotam modelo de repressão à corrupção no setor privado voltado à proteção da lealdade, NIETO MARTÍN⁵⁴⁸ afirma, fazendo expressa menção à França e à Holanda, que nesses países os *pactos sceleris* entre particulares são analisados na perspectiva do Direito do Trabalho, tal como ocorria com a antiga *Prevention of Corruption Act* inglesa, do ano de 1906. A prática de comportamentos desviados acarretaria o rompimento da lealdade e da confiança, fundamentais nas relações de emprego e, por isso, carecedoras de tutela penal.

Em documentos jurídicos de índole internacional, do mesmo modo, o delito de corrupção privada é pensado como instrumento de proteção das relações jurídicas que vinculam o *principal* e o *agente*. Nessa esteira, a Convenção Penal Sobre a Corrupção do Conselho da Europa traz preceitos unívocos no sentido de que os atos corruptivos privados deveriam receber tratamento penal, pois enfraqueceriam “*values like trust, confidence or loyalty, which are necessary for the maintenance and development of social and economic relations*”⁵⁴⁹.

No meio acadêmico, renomados estudiosos da corrupção entre particulares entendem que os *pactos sceleris* celebrados por agentes atuantes na esfera privada deveriam ser sancionados pelo Direito Penal, com mira na proteção da lealdade e da confiança, imprescindíveis para o hígido exercício de atividades econômicas. Merecem destaque, nesse passo, as ponderações do professor espanhol BLANCO CORDERO⁵⁵⁰, que traz considerações importantes sobre a difusão do modelo estudado, concluindo que o pagamento de vantagens indevidas entre particulares faz surgir um desleal conflito de interesses, na medida em que o corrupto deixa de atuar em benefício do seu empregador para privilegiar a si próprio e aos interesses escusos do corruptor.

⁵⁴⁸NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull’ordinamento spagnolo, cit., p. 113. No mesmo sentido: SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?, cit., p. 273; FOFFANI, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo a un’occasione mancata?, cit., p. 382.

⁵⁴⁹Extraí-se essa passagem do *Explanatory Report* da Convenção Penal Sobre Corrupção do Conselho da Europa, analisada com profundidade no tópico 2.2.2 desta dissertação.

⁵⁵⁰DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 277. No mesmo sentido: ARGANDOÑA, Antonio. Private to private corruption, cit., p. 6; MILITELLO, Vincenzo. Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario, cit., p. 362.

A compreensão da corrupção entre particulares como fenômeno que afeta primacialmente a lealdade e a confiança nas relações privadas, portanto, é compartilhada por legisladores estrangeiros, por entidades supranacionais de abrangente atuação e por respeitados doutrinadores. Defende-se, em síntese, que a tipificação do fenômeno deveria ser feita com o fim de promover os interesses individuais dos agentes do setor privado, os quais passariam a dispor de mecanismo sancionatório apto a coibir comportamentos de funcionários desleais, que, com o escopo de auferir benefícios egoísticos, atuassem em desconformidade com as suas obrigações e com menoscabo à lealdade e à confiança que os vinculam ao empregador.

Trata-se de dimensão privada da corrupção, assentada na ideia de que “*el derecho penal ha de asumir la protección del interés del principal a que el agente no le traicione*”, conforme, em igual sentido, elucidam GÓMEZ DE LA TORRE⁵⁵¹ e SPENA⁵⁵²: a atuação desviada do corrupto (*intraneus*), em descompasso com os interesses do *principal*, em benefício de quem deveria atuar, careceria de tratamento jurídico-penal.

A disseminação dessa orientação está relacionada à enorme importância assumida pelo bem jurídico que com ela se busca tutelar. Com efeito, é fácil constatar ser impossível, na dinâmica econômica hodierna, o desenvolvimento de atividades empresariais sem a proteção efetiva da lealdade nas relações privadas. O gigantismo das empresas e o grande volume de operações por elas realizadas fazem obrigatória a descentralização dos mecanismos de tomada de decisão mediante a delegação de poderes e funções, sempre amparada por liame de confiabilidade⁵⁵³.

Imprescindível, portanto, a criação de ferramentas jurídicas de proteção desses importantes valores, as quais imponham aos agentes privados, de forma cogente, a obrigação de atuação proba com a contemplação dos interesses daqueles que, com boa-fé, lhes outorgam poderes (*principal*). Sobre a necessidade de que sejam resguardadas pela

⁵⁵¹GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 162.

⁵⁵²SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali, cit., p. 815: “*Negli approcci di tipo privatistico, l’attenzione è incentrata sulla relazione di agenzia staticamente intesa, ossia: sul rapporto privatistico tra agente corrotto e principale (...) e il disvalore della corruzione privata è fatto interamente discendere de una lesione, attuale o potenziale, di interessi privatistici del secondo. In quest’ottica, insomma, un’incriminazione della corruzione tra privati avrebbe come scopo essenziale la tutela degli interessi della persona (individuo o grupo di soggetti) del principal (...)*”.

⁵⁵³DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 61: “*(...) nelle moderne imprese, nelle quali esiste una divisione del lavoro, sia impossibile che l’imprenditore adotti tutte le decisioni in maniera individuale soprattutto quando si tratta di grandi affari. Data la globalizzazione delle relazioni economiche, è necessario che l’imprenditore possa delegare funzioni ad altre persone*”.

ordem jurídica a lealdade e a confiança das relações privadas, são precisas as lições de REALE JÚNIOR⁵⁵⁴, para o qual é fundamental criar mecanismos eficientes que assegurem que os interesses da companhia sejam sobrepostos aos interesses egoísticos de seus funcionários, *in verbis*:

Dessa forma, os interesses da companhia devem se sobrepor aos interesses pessoais, e a lealdade está em respeitar essa ordem de valores, pois há lealdade à empresa que se dirige quando em hipótese de conflito de interesses decide-se em favor da sociedade, dando-se prevalência ao atendimento do interesse desta em face de eventuais interesses próprios (...) a infidelidade do administrador da empresa, a meu ver, mesmo diante do princípio da intervenção mínima, deve ser objeto de incriminação, pois, como assinala Requião, a empresa deixou de ser apenas uma máquina de fazer lucros, sujeita a valores de ordem ética, pelo que possui graves deveres para com a coletividade em cujo meio atua, respondendo às exigências do bem público e à sua função social. Mas, no mundo globalizado de hoje, em que o sucesso é simplesmente traduzido pelo poder financeiro, no qual se esgarçam as relações sociais em um individualismo acendrado, que compromete a consideração do outro, a honradez e a honestidade deixam de ser valores básicos indiscutíveis, em vista do que a lealdade e a confiança nas relações de trabalho e econômicas apresentam-se como fundamentais para salvaguarda da sociabilidade e da justiça (...). Minimizado o valor da lealdade frente à empresa que se dirige, aberta está a porta para a prevalência do aproveitamento, da banalização da honestidade, em face da obtenção de sucesso financeiro a qualquer custo. Jamais a lealdade e a confiança foram tão essenciais, tendo em vista o esvaecimento do reconhecimento de tantas virtudes morais frente à importância da posse de bens materiais. Ser fiel à empresa e não prejudicá-la em favor de benefício próprio constitui, portanto, um valor primordial (...).

Na ordem jurídica brasileira, a proteção da lealdade e da confiança nas relações privadas está contemplada em diversos dispositivos normativos de caráter extrapenal. Vale mencionar, nesse passo, o artigo 1010, §3º do Código Civil⁵⁵⁵, segundo o qual o sócio de sociedade simples deve responder por perdas e danos sempre que, para satisfazer anseios próprios, atuar em desconformidade com os interesses da instituição.

⁵⁵⁴REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 230 e ss. No mesmo sentido: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción, cit., p. 25; DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 261.

⁵⁵⁵Código Civil, artigo 1010, §3º: “Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a prove graças a seu voto”.

De se destacar, ademais, a norma contida no artigo 1011 do mesmo diploma legal, na qual é imposto ao administrador de sociedade simples, sócio ou não, o dever de observar, “*no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios*”. Sob pena de responsabilização jurídica, cria-se a obrigação de que os administradores subordinem os seus interesses pessoais àqueles das sociedades jurídicas em nome das quais exercem as suas atividades, podendo ainda ser citados, exemplificativamente, por traduzirem a mesma lógica, os artigos 1013, §2º⁵⁵⁶ e 1017⁵⁵⁷ do Código Civil.

Também a Lei Federal nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, é rica em preceitos normativos que conferem especial enfoque aos deveres de lealdade e de confiança, os quais devem nortear o comportamento dos gestores dessa modalidade de pessoa jurídica. Além de estabelecer, no artigo 153, que os administradores são obrigados a empregar, “*no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios*”, o diploma legal em comento, de forma expressa, estipula que eles devem garantir que os interesses da companhia se sobreponham aos seus próprios.

Destaque-se, nesse sentido, o conteúdo dos artigos 154, 155 e 156, erigidos pelo legislador ordinário para assegurar a atuação leal dos administradores das sociedades anônimas, aos quais é vedada a prática de condutas contrapostas àquelas que melhor atendam aos interesses econômicos da companhia:

Artigo 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Artigo 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

I – usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;

II – omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;

⁵⁵⁶Código Civil, artigo 1013, §2º: “*Responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria*”.

⁵⁵⁷Código Civil, artigo 1017: “*O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá. Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação*”.

III – adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

§1º. Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários (...).

Artigo 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

Fundamental registrar que os comportamentos proscritos aos administradores, conforme balizas da Lei Federal nº 6.404/76, podem ser estimulados pela perspectiva de recebimento de proveito indevido, situação que em muito se assemelha à corrupção privada e agudiza a gravidade de eventuais desvios de obrigações. Por essa razão, o legislador ordinário tipificou, de maneira específica, como ilícito civil, a percepção de vantagens pessoais por administradores de sociedades anônimas, consoante se extrai do artigo 154, §2º, alínea *c* do plexo normativo em análise:

Artigo 154 (...)

§2º. É vedado ao administrador:

- a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;
- b) sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;
- c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

Nota-se, por conseguinte, que hipóteses *lato sensu* de corrupção entre particulares encontram previsão na legislação societária brasileira, notadamente em dispositivos nos quais se busca resguardar os valores de lealdade e de confiança, imprescindíveis para o hígido exercício das atividades do setor privado. Para elucidar essa questão, merecem

destaque os ensinamentos de VERÇOSA⁵⁵⁸, COELHO⁵⁵⁹ e REQUIÃO⁵⁶⁰, afirmando este último que as empresas, de forma geral, e as sociedades anônimas, em especial, são repositórios de múltiplos interesses, tanto privatísticos, de seus acionistas, quanto sociais.

Por isso, as empresas não podem ser consideradas simples instrumentos aptos a gerar lucros, na medida em que são relevantes os impactos de sua atuação no seio social. A bem da verdade, “*a companhia tem severos e graves deveres para com a coletividade em cujo meio atua*” e, para cumpri-los, é imprescindível que os seus funcionários exerçam as suas funções com o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios, atendendo “*aos legítimos e superiores interesses da companhia*”.

Malgrado essa inequívoca observação, adverte REQUIÃO:

Um dos problemas mais agudos na administração é a peita ou suborno. Os interesses que as empresas controlam, sobretudo as de grande dimensão, são de tal vulto que é comum o amaciamento de diretores através de presentes ou mesmo de propinas secretas (...). Em relação aos administradores a lei vedou-lhes qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício do seu cargo (...).

Ora, se o acionista se prende, por um dever ético, à sociedade, com muito mais fortes razões deve o administrador pautar sua atuação dentro de princípios de lealdade para com a empresa. Embora isso esteja implícito na conduta de qualquer pessoa dentro do grupo social em que vive e atua, a lei resolveu reiterar, como regra expressa, o dever de lealdade do administrador. O art. 155, por isso, enuncia que o administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios.

Não deve nem pode o administrador, seja conselheiro ou diretor, valer-se de seu cargo, desfrutando segredos do negócio, a que tem acesso em função de seu ofício, obter para si ou para outrem vantagens indevidas (...).

⁵⁵⁸VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. v. 2, p. 185 e ss.: “*Devem os administradores atuar com o melhor de seus esforços para a realização do objeto social. Não há uma norma genérica a este respeito, mas entende-se que o art. 1.011, caput, do NCC, colocado dentro do capítulo referente à sociedade simples, nada mais expressa senão regra aplicável a todos os administradores de toda e qualquer sociedade (...). Ao lado do que deve o administrador fazer coloca-se tudo aquilo que para ele está proibido. O raciocínio do administrador, neste caso, deve ser feito de forma inversa – ou seja, não pode atuar em tudo aquilo que contrarie o objeto social (...). Lembre-se, ainda, a proibição de agir, por parte do administrador, no momento em que ele se encontra em situação de conflito de interesses com a sociedade. O fato de ele eventualmente achar-se nesta hipótese caracteriza o descumprimento de um dever inerente à sua função, expressamente previsto no art. 156 da Lei das S/A. Mesmo inexistindo regra semelhante expressa para as demais sociedades, ela está implícita dentro do quadro normativo amplo do direito societário, pois faz parte das condições essenciais para que a sociedade possa alcançar o pretendido objetivo de lucro, por meio da atuação dos seus administradores*”.

⁵⁵⁹COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 227-229.

⁵⁶⁰REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, cit., p. 214 e ss.

Ainda, como um desdobramento dos deveres éticos dos administradores, a lei, em verbete especial, estabelece normas que impedem os conflitos de interesses que possam surgir entre os interesses privados do administrador e os da companhia, que devem sobrelevar-se àqueles.

No cerne do Direito Laboral, da mesma sorte é fácil notar a enorme importância dispensada aos valores de lealdade e de confiança, que devem reger as relações de trabalho e emprego privadas. Com efeito, o objetivo desejado pelo empregador ao celebrar um contrato de trabalho é fazer com que o empregado atue em seu benefício, produzindo os resultados que justificam o surgimento da relação jurídica.

É comum, contudo, a ocorrência de desvios nessas obrigações, alguns deles motivados pela perspectiva de recebimento de vantagens indevidas em proveito próprio e em prejuízo do empregador, situação que se amolda à noção geral de corrupção no setor privado. Para coibi-los, na sistemática jurídica brasileira, a Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 482, alíneas “a”, “b” e “c”, cria a possibilidade de que contratos de trabalho sejam rescindidos por justa causa do empregado⁵⁶¹, uma vez constatadas, respectivamente, práticas de “*ato de improbidade*”, de “*mau comportamento*” ou de “*negociação habitual (...) sem a permissão do empregador*”.

Importante mencionar, por fim, que na legislação penal brasileira, não obstante inexistentes tipos penais que tenham como propósito específico promover a salvaguarda da lealdade e da confiança nas relações privadas, vários são os dispositivos normativos que deixam evidenciada a sua importância. Apenas para exemplificar, prevê-se, no artigo 61, inciso II, alínea g do Código Penal, ser circunstância agravante a prática de crime com “*abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão*”, tal como, via de regra, ocorre na corrupção privada⁵⁶².

⁵⁶¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 852: “A rescisão do contrato de trabalho pode ser determinada por um motivo provocado pela outra parte, revestido de certas características que impedem o prosseguimento da relação de emprego. Torna-se, em consequência, impossível ou muito difícil a continuidade do vínculo contratual (...). A começar pela improbidade, que é a ação ou omissão desonesta do empregado, para lesar o patrimônio do empregador ou de terceiro (...). O mau procedimento é o comportamento irregular do empregado, incompatível com as normas exigidas pelo senso comum do homem médio (...). A negociação habitual do empregado, por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência ou for prejudicial ao serviço, também é justa causa”.

⁵⁶²Em outros dispositivos legais faz-se previsão semelhante, no sentido de que a atuação desleal na esfera privada deve ser mais severamente sancionada. Assim ocorre com o furto perpetrado com abuso de confiança (artigo 155, §4º, inciso II do Código Penal), com a apropriação indébita praticada “*em razão de ofício, emprego ou profissão*” (artigo 168, §1º, inciso III do Código Penal), e com diversos outros tipos penais existentes em nossa normativa jurídico-penal.

Destarte, não há que se contestar a importância da proteção dos valores de lealdade e confiança no âmbito das relações privadas calcadas no princípio da boa-fé objetiva, o que se depreende a partir da análise da plêiade de dispositivos normativos acima destacados e vigentes no sistema jurídico brasileiro.

A utilização do Direito Penal para coibir as hipóteses de corrupção no setor privado, caso considerada tão somente a proteção desse específico bem jurídico, todavia, faz surgir celeumas de difícil superação, atreladas aos princípios basilares do *ius puniendi* – *ultima ratio*, subsidiariedade, fragmentariedade e legalidade –, circunstância que torna questionável a legitimidade da adoção dessa orientação político-criminal, consoante ficará demonstrado nas linhas subsequentes.

4.1.2. Críticas ao modelo de repressão à corrupção no setor privado ancorado na proteção da lealdade e da confiança nas relações privadas

Na obra *Instituições de Direito Penal*, em capítulo dedicado às características fundamentais do poder-dever de punir, REALE JÚNIOR enfatiza que tal poder somente deve ser exercido “na medida exclusiva da necessidade de salvação pública”⁵⁶³. Dentre outros limites, em um Estado de Direito Democrático, o Direito Penal somente pode ser aplicado para a proteção de valores elementares à convivência social, nas hipóteses em que for indispensável e com respeito ao postulado da legalidade estrita.

Parcela importante dos cientistas que se dedicam ao estudo do crime de corrupção no setor privado, partindo dessa premissa, considera que o modelo político-criminal de repressão ao fenômeno orientado exclusivamente à proteção dos valores de lealdade e confiança seria incompatível com os aludidos cânones de limitação do *ius puniendi* estatal, em razão do que seria ilegítima a sua contemplação.

Por início, é importante destacar que parte dos doutrinadores apresenta objeção ao modelo ora analisado, valendo-se da noção de que ele representaria mecanismo de indevida ingerência estatal na definição dos parâmetros morais de atuação dos agentes do setor privado. Em vez de recair sobre valores fundamentais da convivência social, eventual norma incriminadora teria como objetivo final a promoção de certas convicções de cunho

⁵⁶³REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 21 e ss.

moral⁵⁶⁴, à qual o Direito Penal não se deve prestar: fala-se que a lealdade e a probidade não seriam bens jurídicos merecedores de cuidado penal⁵⁶⁵.

Outrossim, ao impor, sob a ameaça de sanção, aos agentes do setor privado que pautem seu comportamento com atenção aos valores de lealdade, fidelidade e boa-fé⁵⁶⁶, o Direito Penal se afastaria de seus princípios fundamentais, porquanto funcionaria não para proteger bem jurídico digno de tutela, mas apenas com o escopo de reforçar a normativa extrapenal atinente à matéria, opção, nos dizeres de BLANCO CORDERO, muito discutível a partir da óptica de um Direito Penal mínimo⁵⁶⁷.

Destarte, o emprego do Direito Penal para a proteção da lealdade e da confiança mediante a tipificação da corrupção privada não seria indispensável, pois mais relevante do que criar modelos incriminadores voltados à punição de comportamentos já disciplinados por outras esferas do Direito seria proceder ao aprimoramento do tratamento extrapenal dos *pactos sceleris* entre particulares⁵⁶⁸. Coibir-se-ia, de maneira menos agressiva, porém, não menos eficiente, o fenômeno estudado, mantendo-se o necessário respeito à intervenção mínima, à subsidiariedade, à fragmentariedade e à *ultima ratio*, que devem nortear o Direito Penal⁵⁶⁹.

São recorrentes as críticas ao crime de corrupção no setor privado pautado na óptica de proteção exclusiva da lealdade e da confiança também em razão de dificuldades geradas por essa opção na definição dos contornos típicos das condutas delitivas, situação que afrontaria o postulado da legalidade. A fluidez dos conceitos de lealdade e de confiança, e a consequente dificuldade de diferenciação entre condutas lícitas e ilícitas, notadamente no

⁵⁶⁴Fundamental trazer à baila, sobre a matéria, as ponderações feitas por FERRAJOLI, que, fazendo referência a filósofos como HOBBS e BENTHAM, demonstra que o Direito Penal não deve ser utilizado para a promoção de valores morais. Considera que “*um fato não deve ser proibido se não é, em algum sentido, reprovável; mas não basta que seja considerado reprovável para que tenha de ser proibido*” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 422). No mesmo sentido: REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed., cit., v. 1, p. 25.

⁵⁶⁵SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?, cit., p. 274.

⁵⁶⁶LUCAS DE LEYSSAC, Marie Paule. Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia, cit., p. 102.

⁵⁶⁷DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 281. No mesmo sentido, GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 278: “(...) *el vínculo de fidelidad con el empresario (...) no es un bien digno de protección penal*”.

⁵⁶⁸Ao tratar do assunto, SEMINARA considera que, para que seja assegurado o respeito aos princípios da *ultima ratio*, da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal, seria salutar, em vez de se proceder à tipificação criminal de novas condutas, desenvolver mecanismos extrapenais mais eficientes, que garantissem ao empregador, nas hipóteses de celebração de *pactos sceleris* por seus empregados, o ressarcimento de danos eventualmente causados (SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?, cit., p. 275).

⁵⁶⁹DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 71.

âmbito empresarial, fariam surgir o risco de criação de tipos penais vagos e imprecisos, cuja análise não possibilitaria conhecer, de forma segura, os limites do permitido e do proibido pela ordem jurídica.

Acerca do assunto, VOGEL⁵⁷⁰ sustenta que a aferição da existência de deslealdade na atuação dos agentes privados não pode ser feita com base em referenciais concretos, que bem delimitem o âmbito de incidência de norma jurídica incriminadora. Adverte o professor alemão que no setor econômico é extremamente difícil, senão impossível, traçar claras fronteiras entre os comportamentos lícitos, praticados no tráfico comercial, e aqueles irregulares, que configurariam a corrupção privada.

De se destacar, também no que diz respeito ao princípio da legalidade e à obrigação de que a lei penal seja clara e precisa, que modelo de tipificação da corrupção entre particulares assentado na tutela exclusiva da lealdade e da confiança criminalizaria o mero descumprimento das obrigações decorrentes da relação jurídica existente entre o corrupto e o *principal*, nas hipóteses em que essa situação fosse resultado de opção deliberada do primeiro, movido pela perspectiva de obtenção de vantagens indevidas.

Nesse contexto, para dizer-se respeitado o cânone da legalidade estrita, seria imprescindível que houvesse precisa explicitação legal das obrigações contraídas pelo *agente* que, violadas em razão da celebração de *pactos sceleris*, teriam o condão de fazer incidir dispositivo incriminador eventualmente criado para a repressão à prática de corrupção no setor privado.

Todavia, em geral, a definição das obrigações que regem as relações privadas é consequência de livre negociação das próprias partes envolvidas, sendo escassas, até porque dizem respeito a direitos disponíveis e porque a liberdade negocial é fundamental para o desenvolvimento econômico, as disposições cogentes sobre a matéria. Surgem, então, os seguintes e complexos questionamentos: as obrigações do *agente*, albergadas por tipo penal que proscreeva a corrupção privada, devem estar previstas em leis *strictu sensu*? Normas jurídicas criadas pelo Poder Público, hierarquicamente inferiores às leis ordinárias, poderão ser aventadas para a aplicação da norma penal? Normas criadas por entidades de classe que regulamentam certos nichos de atividade profissional podem ser as fontes de tais obrigações? Meras disposições contratuais ou códigos de ética corporativos podem fixar tais obrigações?

⁵⁷⁰VOGEL, Joachim. La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza Tedesca, cit., p. 91. No mesmo sentido: TAK, Peter. op. cit., p. 149.

Não obstante a doutrina vacile ao tratar da questão, pois há quem entenda possível que meras cláusulas contratuais avençadas entre empregador e empregado, sejam fonte integrativa de dispositivo incriminador⁵⁷¹, é mister que apenas obrigações legalmente estabelecidas, protetivas da lealdade e da confiança, possam ser levadas em conta para a configuração do crime de corrupção entre particulares, se a tipicidade penal for direcionada à proteção exclusiva dos aludidos valores jurídicos.

Afinal, adverte KINDHÄUSER⁵⁷², meras infrações de contratos privados, isoladas, não podem ser sancionadas pelo Direito Penal, posicionamento bem sintetizado por GILI PASCUAL⁵⁷³, que, em trabalho monográfico dedicado à matéria, conclui que apenas obrigações legais violadas em razão do recebimento de vantagens indevidas deveriam ensejar a repressão aos atos de corrupção entre particulares:

Por lo tanto, las obligaciones que en este tipo penal vinculan a directivos, empleados o colaboradores (...) son las que les unen a su principal respectivo, y que, de nuevo resumidamente, se contienen en la referencia iusprivatista a la buena fe para con él. En relación con los directivos, si se trata de administradores sociales, la Ley de Sociedades Anónimas consagra su deber de administración diligente (...). Si se trata de directores o apoderados generales (...) Código Civil. En relación con los empleados, puede citarse con carácter general la buena fe contractual que proclama el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores (...). Es pues, de nuevo, la relación de fidelidad con el mandante la que genera las obligaciones relevantes para el tipo (...).

Aunque los sujetos puedan estar afectados por obligaciones emanadas de su propia deontología profesional, como acaba de indicarse en relación con los colaboradores externos, o, en el caso de los empleados internos – de mayor o menor nivel – por obligaciones derivadas de cláusulas contractuales específicas, a modo de compliance programs o códigos de conducta firmados con la empresa, no puede ser su infracción la que colme las exigencias del tipo. La interpretación restrictiva que los factores en su momento analizados imponen a la figura han de excluir esa

⁵⁷¹Sobre o assunto, GÓMEZ DE LA TORRE assevera que as obrigações, eventualmente descumpridas por indivíduo que pratica comportamento de corrupção no setor privado, “normalmente derivan del contrato de trabajo o de agencia” (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 167). Tratando do assunto, BLANCO CORDERO admite que “los derechos y obligaciones correspondientes a estas relaciones se encuentran regulados por el derecho privado y en gran medida encuentran una concreción contractual (...). Esta obligación general puede, por ejemplo, recogerse en los códigos de conducta que las empresas privadas desarrollan de forma cada vez más frecuente” (DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 261). Com idêntico posicionamento, NAVARRO FRÍAS afirma que, para a prática do crime de corrupção no setor privado, orientado à preservação da lealdade e da confiança, o empregado deve violar “obligaciones fijadas contractualmente o previstas en la ley (...)” (NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes. op. cit., p. 24).

⁵⁷²KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán, cit., p. 12.

⁵⁷³GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 276. No mesmo sentido: QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español*: parte especial, cit., p. 626.

expansión de lo penalmente relevante (...). Habrá que establecer, en suma, estándares del nivel de infracción requerido, sin que en ningún caso pueda el escalón contractual privado determinar el carácter delictivo.

Ultrapassada a análise das questões principiológicas que obstaculizam a adoção de modelo de repressão à corrupção no setor privado que proteja tão somente a lealdade e a confiança entre *principal* e *agente*, outras questões pontuais se apresentam, dentre as quais, aquela relacionada às dificuldades de legitimação da punição do corruptor.

Destaque-se, mais uma vez, que sob a perspectiva privatística de interpretação dos *pactos sceleris* privados, o foco de proteção de norma jurídica incriminadora é a confiança que deve existir entre o empregador e o empregado.

O corruptor (*extraneus*), ao oferecer ou conceder vantagem indevida ao *intraneus*, com o propósito de influenciá-lo a agir de maneira desviada, não viola o aludido dever de lealdade e de confiança, que apenas alcança o agente que mantém especial relação com o *principal* e, como consequência disso, assume a obrigação de atuar em seu benefício. O corruptor, portanto, não precisa pautar sua conduta em consonância com os interesses de terceiros, senão, em contemplação aos seus próprios interesses, inexistindo qualquer fundamento jurídico que lhe imponha zelar pela integridade do vínculo preestabelecido entre o *principal* e o *agente*.

Desta feita, o dever de lealdade e a obrigação de atuar em observância aos anseios do *principal* competem ao *intraneus*, e, conforme adverte BACIGALUPO⁵⁷⁴, não há qualquer dispositivo normativo relacionado à compra e venda, ou à contratação de serviços profissionais, que imponha uma obrigação especial de não oferecimento de vantagens indevidas, circunstância que traz empecilhos para justificar a punição da corrupção ativa no setor privado.

Ao tratar da questão, BLANCO CORDERO⁵⁷⁵ aduz que, uma vez que quem realmente viola as suas obrigações é o corrupto, não o corruptor, haveria problemas de legitimação da persecução da corrupção ativa, que imporiam a necessidade de diferenciação dos fundamentos da sanção penal de uma e da outra. Afinal, desde a perspectiva de violação dos deveres de lealdade e de confiança nas relações privadas, inexistente legitimidade para a

⁵⁷⁴BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 158.

⁵⁷⁵DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 277. No mesmo sentido: OTERO GONZÁLEZ, Pilar. op. cit., p. 177; ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 107.

punição do *extraneus*, que não infringe, em princípio, qualquer obrigação específica do seu âmbito de atuação profissional.

Diante de tal problemática, a doutrina especializada acaba por concluir que, em modelo de repressão à corrupção privada orientado à proteção da lealdade e da confiança que vinculam o *principal* ao *agente*, o corruptor não deveria ser sancionado de forma autônoma, na medida em que, ao prometer, oferecer ou conceder vantagem indevida, ele nada mais faz do que atuar como indutor da conduta desviada do corrupto, influenciando-o psicologicamente para que pratique comportamento ilícito⁵⁷⁶.

Por conseguinte, dogmaticamente, ele deveria ostentar mera posição de partícipe do crime perpetrado pelo *intraneus*, como bem sustentam BLANCO CORDERO, na obra supracitada, VOGEL⁵⁷⁷, KINDHÄUSER⁵⁷⁸ e GILI PASCUAL⁵⁷⁹. Para tais autores, a razão da punição dos comportamentos do agente da corrupção ativa seria o fato de que ele participa do comportamento delitivo do corrupto, estimulando a prática de infração de deveres, característica da faceta passiva do fenômeno em análise.

Ademais, é importante mencionar que em modelo de repressão a comportamentos de corrupção no setor privado que privilegie apenas os interesses do *principal*, não poderão ser considerados penalmente relevantes os *pactos* nos quais ele próprio estiver envolvido. Na hipótese de um empresário, em razão do recebimento de vantagens oferecidas pelo fornecedor escolhido, optar pela compra de produto mais caro e de pior qualidade, gerando prejuízos para a pessoa jurídica de sua propriedade e para os concorrentes que oferecerem mercadorias melhores e em mais leais condições de negociação, não haverá possibilidade de censura criminal.

Ainda que tais comportamentos causem impactos negativos no desenvolvimento das atividades econômicas do ente coletivo de titularidade do empresário e, também, dos mais eficientes agentes que concorrem no mercado, não é possível que se fale na violação da lealdade e da confiança nas relações empresariais, restando indene, portanto, o bem jurídico que se almeja tutelar.

⁵⁷⁶FARALDO CABANA, Patrícia. Hacia un delito de corrupción en el sector privado, cit., p. 89.

⁵⁷⁷VOGEL, Joachim. op. cit., p. 83.

⁵⁷⁸KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 13.

⁵⁷⁹GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 279.

Acerca da temática, fazendo alusão à liberdade comercial, são esclarecedores os dizeres de BLANCO CORDERO⁵⁸⁰, para o qual não configura delito de corrupção a conduta do empresário que recebe pagamentos de subornos de seus concorrentes, porque ele gozaria de liberdade econômica para tanto: “*questi pagamenti presuppongono una libera contraprestazione*”.

Pelo mesmo motivo, o recebimento de vantagens indevidas por indivíduos que atuam no setor privado, para atuar em desconformidade com as suas obrigações e em prejuízo do *principal*, deve ser considerado atípico sempre que tal comportamento for consentido ou tolerado, prévia ou posteriormente, pelo empregador. Considera-se, nesses casos, inexistente qualquer desrespeito à lealdade do empregado para com o seu *principal*, e, diante da carência de afetação do bem jurídico protegido, impossível a pretensão de aplicação de sanção penal.

Sobre o assunto, GÓMEZ DE LA TORRE⁵⁸¹ enfatiza que a construção do tipo penal da corrupção entre particulares com miras postas na proteção da confiança e da lealdade nas relações privadas traz consigo importantes consequências dogmáticas, dentre as quais, aquela relacionada à relevância do consentimento do empregador como causa de atipicidade dos *pactos sceleris*. Em situações concretas, nas quais o recebimento de vantagens é autorizado, não é possível que se cogite na existência de lesão ou de perigo ao bem jurídico protegido, e, por conseguinte, a conduta deve ser irrelevante para o Direito Penal.

De igual sorte, conclui o professor de Salamanca, não poderiam figurar como sujeitos ativos do crime de corrupção passiva no setor privado, considerada a lealdade e a confiança como objeto material protegido, os proprietários, os diretores e os administradores de pessoas jurídicas de direito privado, na medida em que “*el sujeto pasivo del delito dificilmente puede ser, a la vez, sujeto activo*”.

Por conseguinte, é fácil perceber que, sob a óptica de um modelo de repressão à corrupção no setor privado estruturado para a salvaguarda das relações entre empregados e

⁵⁸⁰DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 60. No mesmo sentido: NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes. op. cit., p. 28.

⁵⁸¹GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 172. No mesmo sentido: FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 83; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción, cit., p. 25; NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo, cit., p. 114; ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 102; GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 285.

empregadores, o recebimento de vantagem pelo *agente* corrupto não é razão suficiente para a configuração da prática delitiva. Além de obrigatória a negociação entre *intraneus* e *extraneus*, deve-se constatar efetiva violação ou colocação em perigo da lealdade entre particulares, que se apresenta nas hipóteses em que o indivíduo, motivado pela perspectiva de recebimento de vantagem indevida, atue em contrariedade aos interesses do *principal* e sem autorização deste⁵⁸².

Considerada essa premissa, fica difícil admitir que a corrupção ativa no setor privado seja punida de maneira autônoma, sem que, obrigatoriamente, o corrupto consinta em descumprir as suas obrigações, com menoscabo aos valores de lealdade e de confiança. Em situações nas quais a proposta de celebração de *pacto sceleris* é rejeitada pelo *intraneus*, não é possível que se diga afetado, sequer minimamente, o bem jurídico protegido pela norma incriminadora⁵⁸³, e, por conseguinte, não deve ocorrer a incidência de preceitos de índole punitiva.

Admitir conclusão diversa, tal como tem ocorrido no âmbito das normas jurídicas criadas mundo afora, implica em aceitar a possibilidade de que o Direito Penal seja empregado na repressão de comportamentos que não tenham a capacidade de gerar qualquer risco ou prejuízo para a lealdade e para a confiança nas relações entre empregado e empregador. Abrem-se as portas para mais uma figura penal de perigo abstrato, situação que, nos dizeres de REALE JÚNIOR⁵⁸⁴, pode deslegitimar o Direito Penal e beirar à “*inconstitucionalidade por ausência de lesividade*”.

Feitas essas considerações, com base nos exemplos abordados, verifica-se que, malgrado inquestionável a importância dos valores jurídicos de lealdade e confiança no bojo das relações privadas, a tipificação dos *pactos sceleris* com vistas à sua exclusiva proteção pode esbarrar em postulados fundamentais do Direito Penal, aos quais não se pode atribuir importância secundária. Além disso, na definição dos comportamentos proibidos, são inúmeras as dificuldades decorrentes do modelo político-criminal puro de proteção dos vínculos entre *principal* e *agente*, o que, em nossa concepção, evidencia a inadequação de sua adoção para combater o fenômeno estudado.

⁵⁸²HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, cit., p. 50.

⁵⁸³KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 13.

⁵⁸⁴REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 2. ed., cit., v. 1, p. 279. No mesmo sentido: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32 e ss.

4.2. A concorrência como bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção no setor privado

4.2.1. Considerações gerais sobre o modelo apontado e a proteção da concorrência na Ordem Jurídica brasileira

Promover a proteção da lealdade concorrencial é, em tempos hodiernos, sem margens à perquirição, a razão mais comumente invocada para justificar a previsão de dispositivos incriminadores que tipifiquem situações de *pactos sceleris* que envolvam agentes do setor privado. Conhecido desde o ano de 1909, quando o crime de corrupção de empregados foi incorporado à legislação alemã⁵⁸⁵, o modelo político-criminal direcionado à salvaguarda da higidez dos mercados competitivos é contemplado, apenas para exemplificar, nos ordenamentos jurídicos da Alemanha, da Áustria, da Suíça, da República Tcheca e, mais recentemente, apesar dos problemas apontados, da Espanha⁵⁸⁶.

Fundamental destacar que o movimento de criação de documentos jurídicos por entidades supranacionais e internacionais, voltado à harmonização das normas de Direito Penal, tem privilegiado a óptica que consagra a concorrência leal como bem jurídico a ser resguardado mediante a proibição de atos de corrupção entre particulares. Tal situação fica evidenciada a partir da análise da Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia⁵⁸⁷, último e mais influente texto comunitário relacionado à matéria, segundo o qual os Estados-membros devem direcionar esforços no combate ao fenômeno, que pode “*conduzir a distorções da concorrência em relação à aquisição de bens ou serviços comerciais e prejudicar um são desenvolvimento econômico*”⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵No capítulo 3.2 da dissertação foram tecidas aprofundadas considerações sobre a evolução do crime de corrupção no setor privado no Direito Penal alemão.

⁵⁸⁶VOGEL, Joachim. op. cit., p. 86; NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull’ordinamento spagnolo, cit., p. 114; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 231; ARGANDOÑA, Antonio. Private to private corruption, cit., p. 10; TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 83; SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l’ordinamento italiano?, cit., p. 273; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho penal: parte especial*, cit., p. 369.

⁵⁸⁷Sobre o assunto, veja-se o capítulo 2.2.3 da presente dissertação.

⁵⁸⁸Preâmbulo da Decisão Marco 2003/568/JAI. UNIÃO EUROPÉIA. Conselho da União Européia. Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho de 22 de Julho de 2003 relativa ao combate à corrupção no sector privado. *Jornal Oficial da União Europeia*, p. 54-56, 31 jul. 2003. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2003-568-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2003.568.JAI_Corrupcao_no_sector_privado.pdf?nocache=1199980661.99>L>. Acesso em: 30 jun. 2014.

Acerca da matéria, FOFFANI⁵⁸⁹, fazendo remissão, inclusive, ao Projeto dos Eurodelitos⁵⁹⁰, que também considera devam os tipos penais de criminalização da corrupção entre privados ser construídos com miras à salvaguarda da lealdade concorrencial, afirma que a política criminal que tem sido desvelada na Europa nos últimos decênios aponta a favor da concretização de tipo penal de corrupção privada voltado à tutela da “*libertad y lealtad de la competencia*”.

Na academia, é crescente o número de estudiosos que defendem a ideia de que os atos de corrupção na esfera privada deveriam ser coibidos pelo Direito Penal com a finalidade de assegurar a proteção da lealdade concorrencial: respeitados doutrinadores advogam seja a corrupção privada considerada uma grave e perniciosa patologia para o desenvolvimento regular dos mercados, e sancionada com vistas a promover a existência de concorrência livre e leal.

Merecem ser citados, dentre os estudiosos do assunto, OTERO GONZÁLEZ⁵⁹¹ e ROSAS OLIVA⁵⁹², para os quais o modelo de punição da corrupção entre particulares orientado à salvaguarda da concorrência seria o mais adequado para a tipificação do fenômeno, na medida em que seria possível proteger o aludido bem jurídico em suas perspectivas microeconômica e macroeconômica.

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 a sua eficiência e, por ricochete, para o desenvolvimento socioeconômico⁵⁹³.

⁵⁸⁹FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, cit., p. 84-85. No mesmo sentido: DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 68; GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 251; CABEZA OLMEDA, Araceli Manjón; VENTURA PÜSCHEL, Arturo. op. cit., p. 669; ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. Fraude y corrupción en el derecho económico europeo, cit., p. 22.

⁵⁹⁰No capítulo 3.3 da dissertação há cuidadosa análise do crime de corrupção no setor privado nos moldes estabelecidos no Projeto dos Eurodelitos.

⁵⁹¹OTERO GONZÁLEZ, Pilar. op. cit., p. 179.

⁵⁹²ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. op. cit., p. 109.

⁵⁹³SPENA, Alessandro. op. cit., p. 829 e ss.

Na elaboração de tipos penais de corrupção privada direcionados à proteção da lealdade concorrencial, pois, três diferentes vertentes poderiam ser acolhidas, conforme prevalecentes os interesses de cada um dos afetados pela celebração de acordos ilícitos⁵⁹⁴. Na primeira delas, a proibição da celebração de *pactos sceleris* protegeria, de forma direta, os interesses dos consumidores e, de forma mediata, os competidores; na segunda, a situação seria invertida, colocados os interesses dos competidores em primeiro plano; e, por fim, haveria uma terceira via, que privilegiaria uma aproximação macroeconômica, com o sancionamento de condutas que, repetidas em cascata, disporiam de capacidade para afetar a concorrência, considerada bem jurídico institucional⁵⁹⁵.

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 país do mundo globalizado. KINDHÄUSER⁵⁹⁶ adverte, acerca da temática, que no bojo de uma sociedade livre e democrática apenas assegurar que a Administração Pública seja direcionada à promoção do bem comum deveria ser considerado mais importante do que garantir a manutenção do cumprimento das regras da concorrência livre e leal. Afinal, a promoção do regular funcionamento dos mercados competitivos faz com que haja o aprimoramento da qualidade dos bens e dos serviços disponíveis, o que viabiliza, inclusive, a redução de custos e gera benefícios coletivos.

Importante mencionar, também em destaque da importância da proteção da concorrência, as considerações de BACIGALUPO⁵⁹⁷, que afirma ser ela o meio para garantir a liberdade, o bem estar e a justiça nas economias de mercado; de BLANCO CORDERO⁵⁹⁸, para quem a concorrência é princípio reitor da economia, elemento constitutivo do modelo de organização econômica da maior parte das sociedades hodiernas; e de TIEDEMANN⁵⁹⁹, para o qual a manutenção dos regulares padrões de funcionamento do mercado é motor que

⁵⁹⁴DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 64: “(...) *gli effetti sulla lealtà concorrenziale dei comportamenti corrotti nel settore privato incidono direttamente sugli interessi che confluiscono nella concorrenza: l’interesse privato degli imprenditori, l’interesse collettivo dei consumatori e lo stesso interesse dello Stato al mantenimento di un ordine concorrenziale debitamente ristabilito*”.

⁵⁹⁵GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 234.

⁵⁹⁶KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 13.

⁵⁹⁷BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*, cit., p. 154.

⁵⁹⁸DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 282.

⁵⁹⁹TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 82.

propicia maior capacidade de desenvolvimento econômico, devendo ser coibidos os comportamentos que impliquem em sua violação.

É fundamental, portanto, que a concorrência seja exercida de forma livre, porém, balizada por parâmetros normativos mínimos⁶⁰⁰, sem os quais o exercício das atividades econômicas deixaria de privilegiar o competidor mais competente, que perderia espaço àquele que, com mais destreza, adotasse práticas desonestas e desleais. Fala-se, nesse contexto, que a liberdade de atuação em mercados competitivos, elementar para o desenvolvimento de economias capitalistas, deve encontrar barreiras delineadas pelo poder estatal, o qual não deve admitir certas formas de procedimento, tais como aqueles característicos dos *pactos sceleris* celebrados entre particulares.

Sobre o assunto, MUÑOZ CONDE é enfático ao afirmar que, inobstante o Estado não deva substituir a iniciativa privada, é sua tarefa atuar na economia, controlando-a e corrigindo os seus excessos, com a finalidade de impedir que ela se transforme em uma selva dominada pela lei do mais forte⁶⁰¹. Também nesse sentido, SPENA⁶⁰² considera que a liberdade concorrencial jamais poderá ser alcançada sem que exista a imposição de regras mínimas de conduta, semelhantes àquelas do contrato social. Assim, garante-se a liberdade de atuação competitiva nos mercados mediante, paradoxalmente, a criação de preceitos normativos essenciais, que imponham padrões de comportamento aos agentes econômicos.

E, assentada essa premissa, não é difícil perceber que a prática de atos de corrupção entre particulares dispõe de capacidade para afetar a concorrência leal, na medida em que a perspectiva de recebimento de vantagens indevidas passa a ser levada em consideração no processo de tomada de decisões empresariais. Substitui-se a racionalidade econômica do mercado⁶⁰³ por situações nas quais os empresários são obrigados a suportar “*los costes de una decisión económica irracional*”⁶⁰⁴, por exemplo, quando o melhor produtor deixa de

⁶⁰⁰Há, por isso, situação paradoxal, porquanto a liberdade concorrencial apenas existe no plano concreto caso a atuação dos agentes econômicos seja limitada. Sobre o assunto, MESTRE DELGADO assevera que, “*en la práctica, tal libertad de concurrencia puede estar condicionado*” (MESTRE DELGADO, Esteban. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. In: LAMARCA PÉREZ, Carmen; MESTRE DELGADO, Esteban; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia (Org.). *Delitos y faltas: la Parte Especial del Derecho Penal*. Madrid: Colex, 2012. p. 409).

⁶⁰¹MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*, cit., p. 486.

⁶⁰²SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali, cit., p. 830. No mesmo sentido: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia, cit., p. 144; MESTRE DELGADO, Esteban. op. cit., p. 409.

⁶⁰³SPENA, Alessandro. op. cit., p. 823.

⁶⁰⁴DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 282.

comercializar o seu produto, pois a maior propina é oferecida por competidor tecnologicamente defasado.

Prejudica-se a eficiência, que há de ser o objetivo perseguido pelos agentes econômicos, porquanto interesses egoísticos são colocados à sua frente. Nos dizeres de GÓMEZ DE LA TORRE⁶⁰⁵, a corrupção generalizada provoca verdadeira supressão da concorrência, na medida em que a racionalidade econômica cede espaço à lei de quem mais paga; para TIEDEMANN⁶⁰⁶, com a corrupção privada, surgem decisões no mercado por razões interessadas e egoístas, em menoscabo da lealdade concorrencial.

Ao discorrer sobre a questão, BLANCO CORDERO⁶⁰⁷ explica que a celebração de *pactos sceleris* privados causa prejuízos à lealdade concorrencial. Afinal, quando o corrupto toma decisões econômicas, ele não é guiado pela ponderação dos critérios de qualidade e de preço dos produtos negociados, mas, em primeiro plano, por seus próprios interesses: os lucros indevidos que pode obter, a partir do exercício desviado de suas funções, é que justificam a sua tomada de decisão.

Como consequência dessa indevida alteração nos regulares parâmetros de funcionamento dos mercados baseados na livre concorrência, os competidores leais, que buscam conduzir os seus negócios em observância aos preceitos legais e éticos, acabam superados pelos agentes corruptos, os quais, em razão do pagamento da vantagem indevida – não em razão da qualidade do que oferecem – conseguem celebrar contratos para a prestação de serviços e comercialização de bens⁶⁰⁸.

Destarte, são alijados do mercado, no mais das vezes, os melhores competidores, circunstância que dá origem ao advento de graves distorções econômicas. Para sobreviver no mercado, a maior parte das empresas passa a adotar comportamentos de corrupção, em

⁶⁰⁵GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas*, cit., p. 11. No mesmo sentido, GILI PASCUAL assevera que “*el elemento específico de esta figura, el que la diferenciará de otras, estriba en la sustitución (...) de dicho criterio de la eficiencia como guía para la selección en el mercado por otro distinto (el de la ventaja o soborno)*” (GILI PASCUAL, Antoni. *Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007*, cit., p. 266); FARALDO CABANA, Patricia. *Hacia un delito de corrupción en el sector privado*, cit., p. 72.

⁶⁰⁶TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, cit., p. 313.

⁶⁰⁷DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, cit., p. 64. No mesmo sentido: ARGANDOÑA, Antonio. *La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales*, cit., p. 1.

⁶⁰⁸DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. *La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?*, cit., p. 281.

movimento de verdadeira “*ripetizione seriale*” ou “*diffusione strutturale*”⁶⁰⁹, eis que isso passa a ser determinante para o sucesso econômico. Por outro lado, as que insistem em manter postura competitiva leal, não raro acabam eliminadas, com a diminuição dos níveis gerais de competitividade e conseqüente redução de investimentos, de possibilidades de aprimoramento tecnológico e de custos⁶¹⁰, consoante advertem BLANCO CORDERO⁶¹¹ e GILI PASCUAL⁶¹², valendo-se, como paradigma, do Direito Penal Alemão.

A ordem jurídica brasileira não ficou alheia à grande importância da concorrência para o desenvolvimento socioeconômico e, por isso, assegurou a proteção da liberdade e, por ricochete, da lealdade concorrencial, alçadas à condição de princípio geral da atividade econômica, nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal:

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

Em seguida, o artigo 173, §4º da Carta da República, traz 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.

Relevantes sobre o assunto são as considerações de SILVA⁶¹³, que esclarece ser condenada por nossa sistemática constitucional a tendência, verificada nos sistemas

⁶⁰⁹ SPENA, Alessandro. op. cit., p. 823. No mesmo sentido: QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Reflexiones marginales sobre la corrupción, cit., p. 26.

⁶¹⁰ Frise-se, por evidente, que o valor pago a título de vantagem indevida acaba sendo suportado pelos consumidores finais. Daí porque a assertiva de que, em última instância, os preços dos produtos e serviços relacionados às hipóteses de *pactos sceleris* sofrem aumento, sem o correspondente incremento na qualidade. Sobre o assunto, são precisas as considerações de BLANCO CORDERO, para quem “*los efectos nocivos de la corrupción también inciden frecuentemente de forma negativa en los consumidores, al encarecerse de manera innecesaria los precios finales*” (DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?, cit., p. 281 e ss.).

⁶¹¹ DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 64: “*Può accadere che il concorrente del corruttore offra una qualità migliore, cioè, nonostante, non risulti scelto, cosicché può giungere a rimanere fuori del mercato. Ciò, a largo termine, può dar luogo all’espulsione dal mercato delle migliori imprese, con la conseguenza di portare alla costituzione di monopoli. Inoltre, pure a lungo termine, la corruzione può comportare un ostacolo per l’innovazione e la perdita della qualità dei prodotti*”.

⁶¹² GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 262.

⁶¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 773-774: “*A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso (...). Essa prática abusiva, que decorre quase espontaneamente do capitalismo monopolista, é que a Constituição condena, não mais como um dos princípios da ordem econômica, mas como um fator de intervenção do Estado na economia (...)*”.

capitalistas, de obtenção de lucros e vantagens a qualquer custo, inclusive mediante a prática de comportamentos atentatórios à livre e leal concorrência. Com efeito, em razão da tendência açambarcadora da concentração capitalista, reconhecida pela Constituição, e, não raro, prejudicial ao regular desenvolvimento das atividades econômicas, aduz o professor, cabe ao Estado fixar parâmetros de comportamento que coíbam os abusos.

Verifica-se, por conseguinte, que a ordem normativa brasileira confere especial atenção à proteção da concorrência, bem jurídico sobre o qual recaem importantes preceitos constitucionais, que o revestem de dignidade para receber, também, tratamento por dispositivos de índole criminal. Afinal, “*é de permitir aos agentes econômicos que disputem as presas do mercado com todas as armas e forças a seu alcance, desde que, obviamente, essa competição não descambe para práticas que inviabilizem a livre concorrência*”⁶¹⁴.

Para assegurar que, no plano concreto, sejam protegidas a liberdade e a lealdade na concorrência, o legislador ordinário criou inúmeros preceitos normativos de índole civil, administrativa e criminal, por meio dos quais são previstas sanções jurídicas para comportamentos atentatórios ao referido bem jurídico, tanto sob a perspectiva macroeconômica, quanto sob a microeconômica.

No tocante à primeira delas, é relevante destacar que está estruturado em nosso país, na Lei Federal nº 12.529/2011, o *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, formado, nos termos do artigo 3º do aludido diploma legal, pelo “*Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda*”, órgãos administrativos aos quais compete apurar, processar e julgar as *infrações da ordem econômica*⁶¹⁵.

Com vistas à tutela da concorrência como bem jurídico supraindividual (macroeconômico), tipificam-se, no artigo 36 da Lei Federal nº 12.529/2011, inúmeras condutas capazes de afetar a higidez dos mercados baseados na liberdade concorrencial, destacando-se, apenas para exemplificar, as seguintes ilicitudes administrativas:

⁶¹⁴MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1360.

⁶¹⁵O título V, da Lei Federal nº 12.529/2011, traz a disciplina jurídica das infrações administrativas anticoncorrenciais que sujeitam pessoas físicas e jurídicas responsáveis a sanções de índole extrapenal (artigos 31 e seguintes).

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

(...).

§3º. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica (...).

III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V – impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (...);

X – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais (...).

Importante sublinhar que todas as práticas anticoncorrenciais vedadas no dispositivo legal e acima transcritas podem surgir como resultado de negociações ilícitas entre particulares e culminar com distorções indevidas da livre concorrência. Em que pese inexistente tipo de ilícito administrativo, que, de forma específica, proscrisse a celebração de acordos corruptivos entre particulares, a Lei Federal nº 12.529/2011 deixa expressamente consignado que deverão ser sancionados todos os atos empresariais perpetrados com o propósito de limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência, tal como, parece-nos, é possível ocorrer na corrupção privada.

Afinal, se determinado agente econômico oferece benefício indevido a representante de empresa com a qual divide espaço no mercado, para que o corrupto, por exemplo, aumente de forma injustificada os preços de seus produtos, diminuindo a sua capacidade competitiva, é evidente que, executado o *pacto*, surgem ilícitas distorções na concorrência. De igual sorte, é possível que a perspectiva de recebimento de vantagens indevidas faça com que indivíduos atuantes no setor privado, com menoscabo à

concorrência, pratiquem quaisquer das condutas acima mencionadas, em razão do que é possível afirmar sancionada, embora de forma tangencial, a corrupção privada que termine com a execução dos termos convencionados entre seus agentes.

No que toca a ilicitudes administrativas especificamente relacionadas à aquisição de bens ou produtos pela Administração Pública, ou à contratação de serviços por meio de processos licitatórios, a Lei Federal nº 12.856/2013 trouxe preceito que pode, eventualmente, ser aplicado para coibir comportamentos que interfiram na regularidade desses processos concorrenciais.

Veda-se, no diploma normativo, “*afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo*”, circunstâncias fáticas que podem se enquadrar na ideia de corrupção privada, na medida em que, por exemplo, mediante a transferência irregular de recursos, é possível estimular funcionário de empresa concorrente a não inscrevê-la para participar de certames públicos.

Há, ademais, diversos preceitos da legislação penal esparsa que buscam proteger, de forma imediata, a regularidade nos mercados competitivos. Vale mencionar, nesse passo, dispositivos incriminadores previstos na Lei Federal nº 8.137/90, que “*define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (...)*” e traz diversos comportamentos típicos, atentatórios à higidez concorrencial, que podem ser motivados pela celebração de *pactos sceleris* privados.

Na mesma esteira, a Lei Federal nº 8.666/93 contempla dispositivos legais que buscam assegurar, no âmbito de “*licitações e contratos da Administração Pública*”, a proteção imediata do erário e, em plano secundário, da regularidade da concorrência. De se destacar que, em vários deles, são proscritas condutas que podem ser decorrentes da prática de atos de corrupção entre particulares.

Assim, para exemplificar, o artigo 90 da Lei de Licitações criminaliza:

Artigo 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A prática do comportamento proibido no dispositivo transcrito pode decorrer de qualquer expediente utilizado por agentes que participem das licitações ou concorrências públicas. E, dentre eles, pode ser inserida a celebração de *pactos sceleris*, por exemplo,

para que o funcionário de uma empresa concorrente deixe de apresentar a documentação exigida para participar de procedimento licitatório, situação que culmina com a frustração do caráter competitivo do mesmo.

De igual sorte, está contemplada, na ordem jurídica brasileira, a proteção da concorrência na perspectiva microeconômica, assentada sobre os interesses individuais de agentes que competem no cenário econômico. Vale mencionar, sobre esse ponto, preceitos da Lei Federal nº 9.279/96, que, extrai-se do seu preâmbulo, “*regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*”.

Considera-se, no artigo 2º⁶¹⁶ do aludido corpo normativo, que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial é fundamental para o “*desenvolvimento tecnológico e econômico do País*” e, por isso, dentre as medidas jurídicas que devem ser adotadas para assegurar a sua higidez está a “*repressão à concorrência desleal*”.

Nessa esteira, o artigo 195 da Lei Federal nº 9.279/96 traz extenso rol de condutas típicas de “*concorrência desleal*”, sendo importante destacar algumas delas, no presente estudo, porquanto apresentam intersecções claras com o que se tem entendido por corrupção no setor privado. É o que ocorre nos incisos IX e X do dispositivo legal incriminador, *in verbis*:

Artigo 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

(...)

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

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

Com efeito, é fácil notar que a ordem jurídica brasileira proíbe, com vistas à proteção da lealdade concorrencial, determinadas modalidades de comportamento muito próximas daquelas consideradas representativas da corrupção no setor privado. Afinal, nas normas incriminadoras acima transcritas, preveem-se típicas as condutas ativas e passivas de particulares que celebram *pactos sceleris* na esfera concorrencial.

⁶¹⁶Lei Federal nº 9.296/96: “*Artigo 2. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I – concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III – concessão de registro de marca; IV – repressão às falsas indicações geográficas; e V – repressão à concorrência desleal*”.

Deve ser sancionado com pena de detenção de três meses a um ano, ou multa, o agente que oferecer vantagem indevida para empregado de concorrente, com a finalidade de que este último desempenhe, de forma indevida, as suas obrigações para com o principal (corrupção ativa); o corrupto, que aceita benefícios indevidos para descumprir as suas obrigações, de igual sorte, pode ser punido, caso o faça com o propósito de beneficiar o corruptor (corrupção passiva).

Todavia, apenas pequena parcela do leque de comportamentos abarcados pelo fenômeno da corrupção no setor privado está proscria pela Lei Federal nº 9.279/96, o que torna insuficientes as suas previsões sobre a matéria. Afinal, à luz dos tipos penais nela erigidos, são atípicos todos os *pactos sceleris* nos quais a atuação do corruptor não for direcionada à obtenção de vantagens, em detrimento de seu concorrente.

E, a demonstrar a insuficiência dos preceitos normativos apontados, para fazer frente ao fenômeno da corrupção entre particulares, basta dizer, a título de mera exemplificação, que, com base neles, são indiferentes penais os acordos corruptivos nos quais não esteja em cena um corruptor que ofereça vantagens indevidas a funcionários de seus concorrentes. Tirante essas hipóteses, não haverá a possibilidade de incidência dos dispositivos legais incriminadores, ainda que os *pactos sceleris* façam com que o responsável pela aquisição de matérias-primas de uma indústria, corrompido, opte pelo pior e mais caro fornecedor.

Por conseguinte, não obstante algumas hipóteses de *pactos sceleris* privados sejam disciplinadas na Lei Federal nº 9.279/96, fato é que, apenas de forma parcial – e, portanto, insuficiente – o fenômeno em estudo é por ela abarcado, circunstância que deixa mostrar a necessidade de que sejam direcionados esforços na elaboração de novo preceito jurídico-penal, que alargue as possibilidades de sua punição, para que, de forma eficiente, sejam mitigadas as consequências dele decorrentes.

Diante das considerações feitas, verifica-se que a ordem jurídica brasileira busca tutelar, sob as suas perspectivas macroeconômica e microeconômica, o bem jurídico concorrência, fundamental para o desenvolvimento socioeconômico e, por isso, digno de receber tratamento constitucional e legal. Proíbem-se, inclusive, algumas modalidades de acordo corruptivo no setor privado, com tipos penais insuficientes para a efetiva repressão do fenômeno estudado, na medida em que ficam fora do âmbito de comportamentos proibidos aqueles que, malgrado não afetem a regularidade dos mercados competitivos, são

danosos para outros bens jurídicos igualmente importantes, o que nos autoriza dizer não ser esse o modelo político-criminal ideal.

4.2.2. Críticas ao modelo de repressão à corrupção no setor privado ancorado na proteção da concorrência

Tal como acontece com o modelo de tipificação da corrupção no setor privado voltado à proteção da lealdade entre *principal* e *agente*, a repressão ao fenômeno estudado, quando encarada sob a óptica de salvaguarda da lealdade concorrencial, é objeto de questionamentos recorrentes dos estudiosos do assunto.

Às objeções relacionadas a possíveis violações de postulados elementares do Direito Penal, somam-se críticas ao fato de que a contemplação da concorrência como objeto material de tutela do tipo penal deixaria fora do espectro de abrangência de norma incriminadora pactos corruptos graves que não o atinjam, malgrado afetem outros imprescindíveis interesses jurídicos.

Para iniciar, é fundamental considerar que a tipificação penal da corrupção no setor privado não pode ser utilizada como ferramenta jurídica para promover tão somente a moralização dos padrões de atuação do mercado. Com efeito, inquestionável a necessidade de que, no âmbito da concorrência, os indivíduos pautem sua conduta em valores éticos, não deve o Direito Penal incidir em situações fáticas com o escopo de assegurar a observância a esses preceitos de índole moral⁶¹⁷.

GÓMEZ DE LA TORRE⁶¹⁸, ao fazer análise do artigo 286 bis do Código Penal espanhol, aponta para a existência de corrente doutrinária que sustenta a carência de legitimidade do referido dispositivo legal, que não atenderia aos cânones básicos do *ius puniendi*, pois miraria apenas à moralização dos agentes do mercado. Sustenta o professor espanhol que a conformação típica do delito deixaria transparecer que a real intenção do legislador seria promover, através de Direito Penal meramente simbólico, a fixação de

⁶¹⁷SPENA, Alessandro. op. cit., p. 837.

⁶¹⁸GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 238: “Con razón, se ha dicho que la anticipación de la punibilidad al momento en el que se consuma la corrupción demuestra que la intención del legislador no es proteger la lealtad, componente esencial del bien jurídico competencia, sino promover, a través del derecho penal, una moralización del mercado. La consecuencia sería la formulación de un tipo meramente simbólico incompatible con el principio de lesividad, de proporcionalidad y con una idea del Derecho Penal como ultima ratio del ordenamiento jurídico”.

critérios morais de atuação dos agentes econômicos, situação incompatível com os princípios fundamentais da lesividade, da proporcionalidade e da *ultima ratio*.

É relevante destacar, outrossim, que, justamente por ser valor carecedor de tutela pela ordem jurídica, em todas as nações do mundo nas quais vigora o sistema capitalista, há mecanismos extrapenais erigidos para a disciplina da livre e leal concorrência⁶¹⁹. Criados recentemente, mas em incessante movimento de evolução, os sistemas normativos de proteção da concorrência, de índole civil e administrativa, são considerados ferramenta eficiente e suficiente de combate à corrupção no setor privado, do que se deveria concluir que é despiciendo recorrer ao Direito Penal.

Em síntese, valer-se de normas incriminadoras para fazer frente aos *pactos sceleris* celebrados entre particulares não se coadunaria com os princípios da *ultima ratio*, da subsidiariedade e da fragmentariedade, e, por conseguinte, a sua utilização representaria imprópria distorção do Direito Penal. Afinal, se outras esferas da ordem jurídica são capazes de coibir o fenômeno a contento, deslegitimado estaria o *ius puniendi* estatal, caso direcionado a esse mesmo propósito.

Merecem destaque, porquanto contêm ponderações precisas sobre a questão, as palavras de BLANCO CORDERO⁶²⁰, que, não obstante seja favorável à tipificação do delito nos moldes ora analisados⁶²¹, externa algumas preocupações quanto à legitimidade dessa específica opção político-criminal.

Em síntese, considera o professor ser inquestionável que a lealdade concorrencial ostenta todos os predicados necessários para que seja considerada bem jurídico dotado de dignidade penal. Todavia, além de ser possível duvidar que atos de corrupção no setor privado sejam aptos a, efetivamente, provocar danos à concorrência que justifiquem a incidência de preceitos legais incriminadores, seria preciso verificar se outros mecanismos jurídicos não seriam mais eficientes no combate ao fenômeno.

⁶¹⁹Em nosso país, em linhas anteriores, tivemos a oportunidade de observar ser vasto o conjunto de dispositivos de índole normativa que têm o escopo de tutelar a concorrência.

⁶²⁰DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, cit., p. 72.

⁶²¹Id. Ibid., p. 286: “*Certamente la concorrenza leale può ricomprendere i requisiti propri di un bene giuridico meritevole di tutela penale, tuttavia è possibile dubitare che la sua offesa attraverso comportamenti corrotti come quelli qui studiati sia sufficientemente grave da giustificare il ricorso alla sanzione penale. D'altra parte, nemmeno si può dire sempre che il ricorso alla sanzione penale sia il mezzo più efficace per far fronte alla lesione degli interessi dei concorrenti. Il meccanismo più diretto ed efficace per tutelare i diritti dei concorrenti è realmente il diritto della concorrenza sleale (...). Stando così le cose, il ricorso alla sanzione penale per la protezione degli interessi dei concorrenti può risultare sproporzionato, e pertanto, contrario al principio di sussidiarietà del diritto penale, salvo a che si limiti a sanzionare una piccola parte specifica di tali comportamenti (...)*”.

E, esclarece BLANCO CORDERO, em seu entendimento a utilização do direito concorrencial seria mais eficaz do que o recurso ao Direito Penal, do que seria necessário concluir que a tipificação criminal dos *pactos sceleris* privados seria desproporcional e desconforme ao princípio de subsidiariedade, salvante em hipóteses excepcionais realmente graves.

Na mesma esteira, NIETO MARTIN, ao avaliar se haveria justificativa para a tipificação de comportamentos de corrupção privada, na ordem jurídica espanhola, com o desiderato de proteger a lealdade concorrencial, afirma que a normativa extrapenal já vigente seria densa e suficiente para tratar da celebração dos *pactos sceleris*, para ele, “*condotta abituale e tollerata abitualmente*”. Portanto, conclui o autor, “*risulterebbe contrario al principio di extrema ratio incriminare tale condotta*”⁶²².

Desse modo, no entendimento de parte do setor doutrinário, a utilização do Direito Penal para o sancionamento das hipóteses de corrupção no setor privado esbarraria nos postulados fundamentais da *ultima ratio*, da fragmentariedade e da subsidiariedade. Afinal, se se consideram menos agressivas, porém, não menos eficientes outras ferramentas jurídicas disponíveis capazes de coibir a ocorrência dos comportamentos ilícitos, utilizar o Direito Penal seria desproporcional⁶²³.

É fundamental destacar, ainda, o posicionamento de doutrinadores que entendem inviável a tutela jurídica da lealdade concorrencial, por intermédio do Direito Penal, porquanto o objeto material aludido não seria passível de definição precisa, tampouco existiria no mundo real. Enfático na defesa dessa posição, QUERALT JIMENEZ⁶²⁴ entende que a “*competencia justa y honesta*”, além de refletir valores de cunho moral, seria ideal inalcançável, na medida em que impossível que todos os agentes do mercado concorram em condição de igualdade. Por isso, não seria justificável proteger, mediante a imposição de sanção penal, “*algo que no existe, porque seguramente no puede existir*”.

⁶²²NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull’ordinamento spagnolo, cit., p. 124.

⁶²³VOGEL, Joachim. La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l’esperienza Tedesca, cit., p. 94 e ss.

⁶²⁴QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español*: parte especial, cit., p. 625. No mesmo sentido, JAQUES, autor alemão citado por GILI PASCUAL, considera que a concorrência leal não goza de concretude suficiente para ser vista como bem jurídico dotado de dignidade penal. Com efeito, considera que “*la competencia leal no debe considerarse sino el cobijo de otros intereses que se encuentran tras ella, faltándole por tanto la inmediatez necesaria para constituir el bien jurídico protegido* (GILI PASCUAL, Antoni. op. cit., p. 279).

Como consequência disso, em razão da inexistência de critérios precisos e objetivos para a definição dos comportamentos que devem ser considerados leais e dos que, por não o serem, devem ser coibidos pela ordem jurídica, a adoção de modelo concorrencial de corrupção no setor privado poderia encontrar óbices no que concerne à observância do princípio da legalidade estrita, elementar para o Direito Penal. Da dificuldade de traçar a distinção entre o que deve ser permitido e o que deve ser proibido invariavelmente surgiriam tipos penais demasiado imprecisos e vagos.

Pondo em xeque a conformidade da norma jurídica tedesca que proscree a corrupção no setor privado aos cânones de limitação do *ius puniendi* estatal, VOGEL⁶²⁵ aborda a problemática relativa à dificuldade de diferenciação entre o lícito e o ilícito, nas negociações comerciais, e os impactos dessa situação na legitimação da punição dos *pactos sceleris* entre particulares. Aduz o professor que a nota essencial do delito seria a atuação desleal, critério por demais impreciso, pois impossível traçar limites entre o regular tráfico comercial e as hipóteses de corrupção no setor privado.

Critica-se o modelo de punição da corrupção no setor privado que privilegia a salvaguarda da lealdade concorrencial, bem jurídico de cunho supraindividual e intangível, ainda, porque, ante a impossibilidade de definição de situações concretas que provoquem lesão ao bem jurídico, e da discriminação de situações em que haja perigo concreto de sua afetação, acaba sendo necessária a criação de tipos penais de perigo abstrato, cada vez mais comuns no Direito Penal moderno, em que pese duras as críticas doutrinárias contra a sua equivocada profusão⁶²⁶.

Além disso, salvo raras exceções, os pactos corruptos entre particulares, isoladamente considerados, não dispõem, de forma efetiva, de potencialidade para afetar o

⁶²⁵VOGEL, Joachim. op. cit., p. 97.

⁶²⁶COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*, cit., p 32 e ss.: “(...) a legitimação e a delimitação do âmbito dos crimes de perigo abstrato ainda são questões em aberto na ciência penal (...). Já os crimes de perigo abstrato, por não ser necessária a verificação da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico para o perfazimento do tipo, acabam apresentando um déficit material (...). Essas dificuldades de legitimação têm merecido atenção mais recente da doutrina. Os crimes de perigo abstrato não são, evidentemente, uma figura nova no direito penal. Ocorre que, com sua atual abundância, eles passaram de enteado da dogmática jurídico penal para o centro de maiores atenções”. Também sobre o assunto, cite-se: REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed., cit., v. 1, p. 279: “Em certos tipos penais o legislador presume a periculosidade da situação, mesmo que efetivamente nenhuma periculosidade tenha concretamente derivado a algum bem jurídico, bastando a realização da ação, considerando-se inerente a esta a periculosidade, tendo em vista aquilo que em geral decorre na experiência geral. No crime de perigo abstrato o legislador adstrito à realidade e à experiência torna puníveis ações que atendida a natureza das coisas trazem ínsita um perigo ao objeto da tutela. O desafio do Direito Penal hodierno está em limitar as figuras de perigo abstrato, que beiram à inconstitucionalidade por ausência de lesividade”.

bem jurídico concorrência. Por isso, na elaboração de tipos penais, seria necessária a descrição de comportamentos criminosos que, apenas por presunção, afetariam o aludido bem jurídico, caso adotada a perspectiva concorrencial de sancionamento dos *pactos sceleris* privados. Sobre o assunto, SPENA⁶²⁷ faz as seguintes ponderações:

E comunque, tolti, forse, alcuni casi di mega-corrruzione, è davvero difficile immaginare che un singolo fatto di corruzione, anche se il corrotto vi aderisca con le più serie intenzioni, possa di per sé rappresentare un pericolo per la tenuta stessa della struttura concorrenziale di un intero settore di mercato.

Il tipo di offesa alla concorrenza che si può riconoscere in una corruzione privata consiste, tutt'al più, in un pericolo astratto (...). La questione politico-criminale posta dall'accezione macro-economica del modello della concorrenza è, allora, questa: il fatto che la corruzione privata rappresenti un pericolo astratto (...) per la concorrenzialità di un settore di mercato costituisce una ragione sufficiente a giustificare un'incriminazione?

E, por isso, conclui o autor italiano, diante da dificuldade de criação de norma penal que coíba a celebração de *pactos sceleris* no setor privado e, de forma efetiva, consiga impor a adoção de comportamentos que não ponham em perigo concreto, nem lesionem a regularidade dos mercados competitivos, parece deslegitimada a utilização do Direito Penal para fazer frente às situações de corrupção no setor privado, considerado esse viés político-criminal.

Além das dificuldades de tipificação da corrupção no setor privado voltada à salvaguarda da lealdade concorrencial, relacionadas aos princípios básicos do Direito Penal – *ultima ratio*, subsidiariedade, fragmentariedade e legalidade –, é necessário destacar que determinadas situações de *pactos sceleris* entre particulares, recorrentes na realidade concreta, causam embaraço aos defensores do modelo estudado.

De se ressaltar, nesse contexto, que não poderão ser abarcadas por dispositivos legais incriminadores, uma vez contemplada a óptica que privilegia a proteção da concorrência, as situações de *pactos sceleris* celebrados entre particulares nas quais não se verifique, ao menos, a possibilidade de alteração nos parâmetros ordinários de funcionamento de mercados competitivos.

Assim, se o responsável pelo setor de aquisição de matéria-prima de pessoa jurídica de direito privado, estimulado por oferecimento de vantagem pecuniária indevida, feito

⁶²⁷SPENA, Alessandro. op. cit., p. 815.

pelo melhor e mais barato fornecedor, decidir comprar produtos em quantidade excessiva, não será possível que se fale na prática de crime de corrupção no setor privado. Esse o cenário, é fácil perceber que a lealdade concorrencial foi preservada, na medida em que prevaleceu a oferta feita pelo agente econômico mais eficiente.

Não obstante inexista qualquer perigo de afetação do bem jurídico tutelado no exemplo apontado, e, por conseguinte, esteja ele desprendido do espectro sancionatório, porquanto materialmente atípico, é evidente a possibilidade de que emerjam prejuízos para a empresa tomadora dos serviços do funcionário corrupto, que vê despendidos os seus recursos de forma desnecessária, situação que gera inequívoca perda patrimonial.

De igual sorte, deverá ser considerada atípica a realização de acordo entre *intraneus* e *extraneus*, nas situações em que o melhor concorrente (corruptor), que oferece os mais baratos produtos, aumente o valor original das negociações, equiparando-o àquele praticado pelos demais concorrentes, tão somente porque tem assegurado o sucesso na celebração do contrato, em razão da divisão com o corrupto, dos valores recebidos a maior.

Tal como aconteceria no caso anterior, a empresa adquirente das mercadorias, cujo funcionário atue estimulado pela possibilidade de receber vantagens indevidas, acabaria por ter um mais elevado custo econômico, que se converteria em proveitos impróprios para o corrupto e para o corruptor, sem que se pudesse dizer afetada, ou, sequer, ameaçada, a lealdade concorrencial. Afinal, apesar do prejuízo financeiro para o *principal*, manter-se-ia a racionalidade da escolha, na medida em que adquiridos os melhores e mais baratos produtos disponíveis no mercado.

Destaquem-se, a corroborar a impossibilidade de incidência de dispositivos incriminadores da corrupção privada, erigidos para a proteção da lealdade concorrencial, nas situações exemplificativas acima abordadas, os ensinamentos de GÓMEZ DE LA TORRE⁶²⁸, que, fazendo alusão ao direito positivo da Espanha, deixa evidenciada a necessidade de que, para a configuração típica, as vantagens indevidas sejam o móvel para a tomada da decisão econômica:

(...) nos parece que el soborno representa, ante todo, una alteración en el procedimiento de la toma de decisión (...). De ahí que el pacto remuneratório tipificado por la norma supone una alteración injustificada

⁶²⁸GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 231. No mesmo sentido: BUERBA PANDO, Adriana. *El delito de corrupción entre particulares*, cit., p. 8.

del procedimiento de toma de decisiones relacionado con la elección del proveedor o adquirente de mercancías o bien del contratista profesional.

A adoção de modelo de punição de comportamentos de corrupção entre particulares, destinado à proteção da lealdade concorrencial, ademais, pode trazer sérias implicações para os segmentos econômicos caracterizados pela existência de monopólios. Com efeito, nos regimes monopolísticos não é possível que se fale na existência de atuação competitiva de fato, na medida em que a sua nota fundamental é, nos dizeres de COOTER e ULEN⁶²⁹, a existência de apenas um fornecedor, de modo que empresa se confunde com o próprio mercado no qual atua.

Por essa razão, todos os entes que, no desempenho de suas atividades econômicas, precisam recorrer aos produtos ou serviços disponibilizados no mercado por empresas monopolistas, já encontram, a princípio, dificuldades de atuação. Afinal, as margens de negociação são muito reduzidas, porquanto, ante a impossibilidade de escolha entre diversos competidores, faz-se obrigatória a escolha do único agente econômico existente naquele específico segmento.

A vulnerabilidade das empresas que precisam contratar com instituições que dominam segmentos monopolizados da economia, que em virtude do elevado poder de pressão que podem exercer, propiciam o surgimento de situações de corrupção no setor privado, em nada seria atenuada com a criação de modelo incriminador que visasse à salvaguarda da lealdade concorrencial. Isso porque, se a configuração típica deve estar condicionada, no mínimo, à colocação em perigo do bem jurídico protegido, no caso dos mercados monopolísticos, nos quais inexiste concorrência – leal, ou não –, os *pactos sceleris* celebrados entre seus agentes jamais poderiam ser coibidos.

Sobre essa temática, são dignas de menção as ponderações de KINDHÄUSER⁶³⁰, segundo o qual a proteção da concorrência pressupõe a existência de um mercado competitivo, integrado por muitos participantes, situação que não existe nos mercados planejados ou monopolísticos, caracterizados pela inexistência de competição econômica. Outrossim, NIETO MARTÍN pontifica que a corrupção no setor privado apenas adquiriria relevância penal, se adotado o modelo que se volta à proteção da concorrência, caso a

⁶²⁹COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 52.

⁶³⁰KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán, cit., p. 13.

celebração de *pactos sceleris* fosse verificada em regimes de verdadeira competição entre os agentes, o que não aconteceria nos monopólios⁶³¹.

Destarte, como não há concorrência em mercados monopolizados, abre-se caminho para que comportamentos graves de corrupção sejam perpetrados pelos agentes econômicos que neles atuam. Apenas para exemplificar, não poderia ser sancionado o funcionário de empresa que mantivesse vínculo jurídico com entidade monopolista, ainda que ele, motivado pelo recebimento de vantagem indevida, causasse prejuízo ao seu empregador, adquirindo produtos em quantidade excessiva ou mediante o pagamento de valores superiores àqueles ordinariamente praticados. Essa circunstância expõe mais fragilidades do modelo concorrencial de tipificação da corrupção privada.

A contratação de serviços intelectuais, do mesmo modo, pode ser terreno propício à celebração de pactos corruptos na esfera privada, que, via de regra, não estarão englobados pelo âmbito de condutas puníveis, em modelos de corrupção entre particulares que pretendam salvaguardar a concorrência. Em certas atividades profissionais, os critérios de aferição para a escolha do melhor contratante disponível não observam variáveis estritamente objetivas.

Pelo contrário, na contratação de advogados, por exemplo, a confiança que o contratante tem no contratado e o *know-how* deste último, variáveis intangíveis e de difícil mensuração, são, no mais das vezes, os fatores determinantes na escolha do profissional. Por conseguinte, como não é possível que se fale na necessidade de que a atuação do gestor responsável pela contratação seja pautada em critérios de ordem meramente objetiva, deixa-se à margem da legislação penal as situações nas quais o diretor jurídico de uma empresa contrate determinado profissional – que, até mesmo, pode ser o maior especialista do assunto –, recebendo vantagens indevidas para assegurar o pagamento de honorários advocatícios em valores desproporcionais.

Importante mencionar que em todas as situações hipotéticas descritas, apesar de inexistir qualquer afetação da lealdade concorrencial, é violado, ao menos, um bem jurídico dotado de dignidade penal, qual seja, o patrimônio das empresas prejudicadas. Tal hipótese pode, inclusive, ocorrer no âmbito de atividades desenvolvidas por pessoas jurídicas que tenham os seus títulos negociados em Bolsas de Valores, o que torna possível que o prejuízo econômico oriundo dos *pactos sceleris* extrapole as fronteiras de interesse

⁶³¹NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo, cit., p. 115.

das pessoas imediatamente envolvidas na operação, para atingir terceiros – acionistas – indeterminados.

Como conclusão, é possível dizer que, embora fundamental a proteção da lealdade concorrencial pelo ordenamento jurídico, acolher a tipificação do fenômeno da corrupção no setor privado voltado apenas a esse objetivo tem como consequência admitir sejam atípicos comportamentos graves, recorrentes no âmbito empresarial, que provocam consequências econômicas deletérias para o patrimônio das instituições privadas e de terceiros. Essa circunstância, somada às outras questões problemáticas abordadas, relativas aos princípios fundamentais do Direito Penal, nos faz considerar não ser esse o modelo político-criminal a ser acolhido pelo legislador brasileiro.

4.3. O patrimônio como bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção no setor privado

4.3.1. Considerações gerais sobre o modelo apontado e a proteção do patrimônio na Ordem Jurídica brasileira

O último dos modelos político-criminais de repressão à corrupção no setor privado encara o fenômeno sob a perspectiva de proteção dos interesses patrimoniais do *principal*, que, via de regra, sofre prejuízos nas hipóteses em que haja celebração de *pactos sceleris* entre funcionário seu e terceiro (corruptor), para o qual seja vantajosa a distorção do exercício dos poderes outorgados ao corrupto. Busca-se manter hígido o patrimônio da pessoa que delega ao *intra-neus* poderes para a gestão de seus bens e interesses⁶³².

É fundamental destacar que a opção pela criação de tipos penais de corrupção entre particulares orientados à salvaguarda do bem jurídico individual, patrimônio, não obstante contemplada em reduzido número de ordenamentos jurídicos estrangeiros, foi acolhida, de há muito, pelos legisladores austríacos e italianos, que positivaram o delito em estudo, pela primeira vez, respectivamente, nos anos de 1987 e 2002⁶³³.

⁶³²MILITELLO, Vincenzo. Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario, cit., p. 362.

⁶³³Sobre ordenamentos jurídicos que acolhem a perspectiva patrimonialista de persecução penal da corrupção privada, destaque-se: DE NICOLA, Alessandro; CAPPIELLO, Laura; ROTUNNO, Ivan. La corruzione tra privati: approfondimenti, cit., p. 18; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 173;

Vale destacar, porquanto traz esclarecedores ensinamentos atinentes à configuração típica do delito na sistemática jurídica da Áustria, as lições de FOFFANI⁶³⁴. Adverte o professor que, naquela nação, na medida em que o objeto de proteção é o patrimônio, a consumação do crime de corrupção privada, nos moldes em que é positivado, está condicionada à efetiva produção de resultado material, consubstanciado na perda patrimonial do *principal*, *in verbis*:

La ultima perspectiva que nos ofrece el Derecho comparado es una perspectiva esencialmente patrimonialista, que considera la corrupción entre privados como forma de lesión de la relación de lealtad patrimonial entre mandatario y mandante. El ejemplo que mayormente corresponde a este último modelo es el que ofrece el ordenamiento austriaco, con la introducción en 1987 de un tipo adelantado (...) denominado aceptación de ventajas indebidas por parte del representante (...) que se sitúa junto a la anterior tradicional figura de infidelidad (...). Se trata de un tipo penal que castiga (...) cualquier persona que, en el ejercicio de un poder de disponer de un patrimonio ajeno o de obligar otros, que deriva de la ley, da un encargo de la auctoridad o da un negocio jurídico, ha aceptado y indebitamente tratenido una utilidad patrimonial non insignificante (...) provocando así un perjuicio económico (...) al titular del patrimonio.

De igual sorte, no sistema normativo italiano, conforme elucida REALE JÚNIOR⁶³⁵, “*reprime-se a má gestão, o desvio de interesses e a incorreta condução da sociedade*”, conferindo-se especial enfoque ao “*patrimônio da empresa, tendo em vista que a deslealdade, a corrupção, apenas tem relevo se causar dano ao patrimônio da sociedade*”. Portanto, o crime de corrupção no setor privado é orientado à proteção do patrimônio social, em razão do que a configuração típica está condicionada à efetiva realização, pelo corrupto, de atos de desvio de suas funções que culminem com a ocorrência de prejuízo patrimonial para o *principal* ao qual é vinculado⁶³⁶.

Nos âmbitos internacional e supranacional, porém, não há qualquer documento jurídico que entenda devam ser tipificados os *pactos sceleris* entre particulares, sob a justificativa de que, em primeiro plano, eles possam representar ameaça aos interesses patrimoniais do indivíduo que confere poderes ao agente corrupto. Consoante analisado em

SPENA, Alessandro. op. cit., p. 819; ARENA, Maurizio. *La corruzione tra privati: le responsabilità di persone fisiche e società*, cit., p. 12; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *Corrupción entre particulares*, cit., p. 179; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa; CERINA, Giorgio Diogo. *Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma*, cit., p. 85.

⁶³⁴FOFFANI, Luigi. *La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado*, cit., p. 84. No mesmo sentido: FOFFANI, Luigi. *La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo a un'occasione mancata?*, cit., p. 382-383.

⁶³⁵REALE JÚNIOR, Miguel. *Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal*, cit., p. 242.

⁶³⁶BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*, cit., p. 155-156.

tópico anterior, nos tratados jurídicos relativos à matéria encontram-se vertentes que propugnam fundamental a proteção da lealdade ou da concorrência; não aquelas que alçam os interesses patrimoniais ao centro de tutela dos crimes de corrupção privada.

Dentre os estudiosos do assunto, na defesa do patrimônio como objeto jurídico de proteção dos delitos de corrupção no setor privado, destaca-se o espanhol NIETO MARTÍN⁶³⁷. Crítico da noção de que os *pactos sceleris* devam ser criminalizados com vistas à proteção de bem jurídico de natureza supraindividual – entenda-se, a concorrência –, o Professor pontifica que, em certas hipóteses, a troca de vantagens ocultas, no âmbito comercial, pode ser importante ferramenta de fomento das atividades econômicas, necessária à concretização de determinadas negociações.

Entretanto, nas hipóteses em que tal expediente se revelar como uma simples ferramenta utilizada para distorcer as regras de funcionamento do mercado, sem que exista uma justificativa econômica racional para o seu emprego, será importante a incidência de dispositivos de índole criminal⁶³⁸.

E, nessa esteira, conclui que a celebração de *pactos sceleris* no setor privado, nas situações em que gerar prejuízos ao *principal*, vinculado ao corrupto, deverá ser tipificada na normativa jurídico-penal, afigurando-se necessário, em primeiro plano, a salvaguarda dos interesses patrimoniais afetados:

(...) dal punto de vista della teoria funzionale o personale del patrimonio, la diminuzione certa del patrimonio sociale non risulta compensata quando i pagamenti non sono necessari per il normale sviluppo dell'oggetto sociale (...).

Tutte queste riflessioni mostrano, a mio giudizio, che la prospettiva più solida al momento di decidere la inclusione di un delitto di amministrazione tra privati sia quella patrimoniale e non tanto quella superindividuale di tutela della concorrenza.

Interessante pontuar que, em um sistema econômico capitalista, o comportamento dos agentes do setor privado, grosso modo, é voltado à perseguição de lucros e de incremento patrimonial. Por isso, é possível afirmar que o *principal*, o *intraneus* e também o *extraneus*, no desempenho de suas atividades profissionais, atuam com o mesmo propósito, qual seja, o de fomentar ganhos patrimoniais.

⁶³⁷NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo, cit., p. 140.

⁶³⁸Id. Ibid., p. 134.

E não é outra a situação verificada nas hipóteses de celebração de *pactos sceleris* entre particulares. Com efeito, ao oferecer vantagens indevidas a funcionário de determinada empresa, para que certo negócio seja concretizado em condições econômicas mais vantajosas, o corruptor atua para potencializar seu retorno financeiro e viabilizar maior ganho patrimonial. Também assim é a óptica do corrupto, que pode receber vantagens indevidas egoísticas, no mais das vezes, de cunho econômico, por intermédio das quais assegura o seu enriquecimento próprio.

Entretanto, aos ganhos que corrupto e corruptor podem auferir mediante a celebração de acordos ilícitos, contrapõem-se, invariavelmente, prejuízos para o indivíduo que outorgou ao primeiro poderes para que pudesse atuar em seu nome (*principal*). É por isso que se afirma, na doutrina, que considerar o patrimônio como foco de tutela do delito de corrupção privada parece bastante razoável, na medida em que, no âmbito econômico, geralmente os interesses em jogo são de cunho financeiro⁶³⁹, e os *pactos sceleris* privados provocam, em regra, danos ao patrimônio das empresas, nas quais os corruptores (*intraneus*) exercem suas atividades profissionais⁶⁴⁰.

Esse o contexto, não há como questionar a importância da disciplina jurídica do fenômeno da corrupção no setor privado, que, avaliado sob o prisma da proteção patrimonial, está relacionado aos fundamentos dos sistemas econômicos capitalistas, quais sejam, os ideais de lucro e de incremento patrimonial.

Na ordem jurídica brasileira e, do mesmo modo, em todos os sistemas normativos alienígenas, confere-se especial enfoque à salvaguarda patrimonial. Em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXII, no qual são previstos os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, assegura-se, de forma expressa, o direito à propriedade, *in verbis*:

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

(...)

XXII – é garantido o direito à propriedade.

⁶³⁹KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 12.

⁶⁴⁰SPENA, Alessandro. op. cit., p. 817.

Importante destacar que o vocábulo propriedade, empregado pelo legislador originário na redação do artigo 5º da Carta da República, deve ser compreendido de forma ampla. A bem da verdade, a conceituação constitucional de propriedade abarca, além dos direitos de propriedade, *strictu sensu*, nos moldes delineados no Direito Civil, os demais interesses patrimoniais individuais, consoante elucidam MENDES, COELHO e GONET BRANCO⁶⁴¹:

Vê-se, assim, que o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende à concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial (...).

A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, a propriedade enquanto instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito.

Na mesma esteira, ao discorrer sobre a proteção constitucional do patrimônio, FERREIRA FILHO adverte ser posição consolidada na doutrina que, ao fazer menção à propriedade, o constituinte quis abarcar, de maneira ampla, todos os direitos de conteúdo econômico⁶⁴². Feitas essas considerações, já é possível concluir pela possibilidade abstrata de que, em nossa ordem jurídica, comportamentos de corrupção no setor privado, atentatórios aos interesses patrimoniais individuais, sejam coibidos mediante a imposição de sanções cíveis e/ou criminais, na medida em que o referido bem jurídico é dotado de dignidade constitucional.

Em endosso dessa conclusão, é mister asseverar que a Constituição Federal, além de considerar o direito à propriedade como direito humano fundamental, prevê, no artigo 170, inciso II, representar ela princípio basilar da “*ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*”, que deverá “*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”.

Reforça-se, destarte, a importância jurídica da propriedade privada, que, além de figurar no rol dos direitos de cunho individual, é alçada ao posto de elemento essencial

⁶⁴¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. op. cit., p. 426.

⁶⁴²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 306.

para que seja alcançado o objetivo principal da ordem econômica⁶⁴³, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

No Direito Civil brasileiro, inúmeros preceitos normativos têm como propósito salvaguardar os interesses patrimoniais dos agentes do setor privado, tanto em suas tradicionais acepções, quanto nas mais modernas, que surgem a partir do desenvolvimento tecnológico e do surgimento de novos interesses econômicos. Ensina-nos PEREIRA⁶⁴⁴, o patrimônio consiste no conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, mensuráveis economicamente. E, na medida em que a vida em sociedade exige a realização de negócios de índole econômica, todos os homens são detentores de patrimônio, uma das manifestações de sua personalidade, que deve ser protegida.

De se destacar que no Código Civil estão delineadas as mais importantes balizas de proteção do patrimônio em nossa sistemática jurídica. Apenas a título exemplificativo, é fundamental destacar que, no diploma normativo mencionado, são fixadas as características das diferentes classes de bens (artigo 79 e seguintes); são previstas as normas que devem reger os negócios jurídicos *lato sensu* (artigos 104 e seguintes); são disciplinadas as obrigações deles oriundas (artigos 233 e seguintes); traçam-se os elementos das mais tradicionais espécies contratuais (artigos 421 e seguintes); as definições dos direitos das coisas (artigo 1196 e seguintes), todas, questões jurídicas intrinsecamente relacionadas aos direitos patrimoniais.

Destaque-se, ademais, que o artigo 927 do Código Civil, de forma expressa, trata da responsabilidade civil, impondo aos indivíduos, sempre que obrarem de forma a causar danos ilícitos a terceiros, a obrigação de proceder à devida indenização. Assim prevê o aludido dispositivo legal, que pode ser aplicado às hipóteses nas quais for constatado dano aos direitos patrimoniais individuais⁶⁴⁵:

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁶⁴³SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 790.

⁶⁴⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 393. Veja-se, também sobre o assunto: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 301.

⁶⁴⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3.

Na legislação esparsa, de igual maneira, são protegidas importantes manifestações dos direitos de índole patrimonial, malgrado esteja no Código Civil a grande parte das normas jurídicas atinentes à matéria. Vale mencionar, para deixar demonstrada essa afirmação, a Lei Federal nº 9.279/96, que “*regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*”, a Lei Federal nº 8.245/91, que “*dispõe sobre as locações de imóveis urbanos*”, a Lei Federal nº 9.610/98, que cuida dos “*direitos autorais*”, além de inúmeros outros diplomas normativos que tutelam, com dispositivos de índole civil, diferentes facetas dos interesses patrimoniais.

Desse modo, não há meios de se questionar a importância da proteção dos direitos patrimoniais, para o regular desenvolvimento socioeconômico de nosso país, situação que justificou fossem eles contemplados em nossa Constituição Federal, em inúmeros dispositivos legais da normativa civil e, veremos, também, em extensa lista de preceitos legais incriminadores que tipificam comportamentos a ele atentatórios.

Com efeito, os legisladores responsáveis pela elaboração do Código Penal de 1940 dedicaram o Título II da Parte Especial, integrado por 30 dispositivos normativos, à disciplina jurídica de comportamentos atentatórios ao patrimônio. Em oito distintos capítulos, são tipificados os crimes de furto, roubo e extorsão, usurpação, dano, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes e receptação.

No emaranhado de leis esparsas que compõe o nosso intrincado sistema jurídico penal, de igual sorte, são inúmeros os preceitos incriminadores que, ainda que em plano secundário, têm como finalidade proteger a integridade patrimonial, tanto de pessoas físicas, quanto jurídicas, de direito público ou privado. Apenas a título de exemplificação, vale destacar que a Lei Federal nº 8.137/1990, grosso modo, consegue proteger, indiretamente, o patrimônio público e particular, situação também verificada nas Leis Federais nºs. 7.492/1986 e 8.666/1993⁶⁴⁶.

Destarte, é evidente que o patrimônio é objeto material de primeira importância para a sistemática normativa brasileira, que o tem por merecedor de salvaguarda jurídica nos mais diversos planos de incidência normativa. Albergado por princípios constitucionais fundamentais, dispositivos de índole civil e administrativa e, também, por

⁶⁴⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 2: “*Nosso Código Penal vigente, no Título dos Crimes contra o Patrimônio, dividiu-os em oito capítulos: I – furto; II – roubo e extorsão; III – usurpação; IV – dano; V – apropriação indébita; VI – estelionato e outras fraudes; VII – receptação (...). Contudo, nem todos os crimes contra o patrimônio estão incluídos nesse capítulo da Parte Especial. Nas leis extravagantes e no próprio Código Penal encontraremos outros crimes que também ofendem o patrimônio público ou particular (...)*”.

preceitos de natureza criminal, o patrimônio é, sem margem a dúvidas, bem jurídico digno e carecedor de tutela penal.

E, dentre os diversos tipos penais orientados à proteção do patrimônio existentes em nossa ordem jurídica, interessa-nos, porquanto relacionado à temática sobre a qual nos debruçamos, aquele previsto no artigo 171 do Código Penal. Com efeito, as recorrentes descobertas, notadamente no âmbito empresarial, de celebrações de *pactos sceleris* entre particulares, têm feito surgir procedimentos investigatórios que, em momento inicial, consideram tais condutas subsumíveis ao delito de estelionato, assim descrito em nosso diploma repressivo:

Artigo 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento (...).

Na ordem jurídica italiana, da mesma forma, antes do advento de preceitos legais incriminadores que proibissem de forma específica a corrupção no setor privado, os dispositivos legais de tipificação do estelionato e da apropriação indébita eram utilizados para fazer frente aos *pactos sceleris* entre particulares⁶⁴⁷.

Todavia, é preciso deixar esclarecido que, em que pese algumas hipóteses de corrupção no setor privado possam se enquadrar na conduta típica do estelionato, fato é que apenas parcela do fenômeno pode ser abarcada pela norma incriminadora. E a demonstração do acerto dessa conclusão pode ser feita a partir da análise de situações concretas, nas quais acordos delitivos entre particulares geram prejuízos para o *principal*, sem que haja o emprego fraude - pelo corrupto ou pelo corruptor -, elemento típico essencial à configuração do delito previsto no artigo 171 do Código Penal.

Cite-se, nesse diapasão, o comportamento de indivíduo responsável pelo cadastramento, em processos de concorrência privada, de empresa fornecedora de matéria-prima para determinado segmento industrial, que receba recursos de outros agentes do mercado para que descumpra os prazos fixados no certame. Nesse caso, o corrupto que se omite não pratica qualquer fraude e não induz em erro a empresa para a qual presta serviços. Porém, retira-lhe a possibilidade de participar da competição para a venda de produtos, do que deriva, no mais das vezes, prejuízo patrimonial.

⁶⁴⁷ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana, cit., p. 9.

Da mesma forma, não há que se falar em indução em erro ou fraude nas hipóteses em que, em processo de negociação da compra de uma empresa por outra, o funcionário daquela que está sendo vendida, por ter recebido recursos indevidos de representante da compradora, revele o valor mínimo, já definido, passível de ser aceito, e, por isso, endurecem-se as negociações e advêm prejuízos para o seu empregador.

Outro exemplo que merece destaque é aquele do advogado que recebe vantagens indevidas de devedor do seu cliente, para não ingressar com ação de execução até que transcorra o prazo decadencial. Em tal circunstância, não é possível dizer, *prima facie*, ter o advogado atuado de maneira fraudulenta, induzindo em erro o seu cliente, não obstante inegável a existência de prejuízo patrimonial.

Ademais, é preciso considerar que, para a configuração do estelionato, é fundamental que o agente, ao praticar o comportamento delitivo, atue com a finalidade de obter vantagem patrimonial ilícita. Com efeito, obrigatoriamente, contrapondo-se ao prejuízo sofrido pela vítima, deve o autor do delito gozar de incremento patrimonial.

Entretanto, a atuação do agente do setor privado que celebra *pactos sceleris* nem sempre é motivada pela perspectiva de recebimento de vantagens indevidas, de cunho econômico. Conforme pudemos notar a partir da análise do tratamento dispensado à corrupção entre particulares, no direito comparado, a configuração do delito pode estar atrelada, por exemplo, a ofertas sexuais ou a ofertas de emprego, não diretamente vinculadas ao eventual prejuízo patrimonial sofrido pelo *principal*.

Por essa razão, à luz do disposto no artigo 171 do Código Penal brasileiro, não poderiam ser objeto de persecução penal as hipóteses de corrupção no setor privado, ainda que delas decorra grave perda patrimonial para o empregador do corrupto, caso o móvel para a sua atuação tenham sido vantagens de caráter extrapatrimonial.

Destarte, é fácil perceber, com base nos poucos exemplos mencionados, haver enorme gama de comportamentos corruptivos, atentatórios ao patrimônio, que são indiferentes penais. Por conseguinte, não obstante existam críticas ao modelo de punição de corrupção no setor privado orientado à tutela desse bem jurídico, que serão abordadas adiante, é preciso dispensar atenção e esforços a essa questão, com reflexão sobre a necessidade de alteração desse panorama de evidente vácuo legislativo.

Por fim, é importante destacar que o Projeto de Lei do Senado Federal nº 236/2012 prevê tipo penal de corrupção no setor privado, em capítulo no qual são previstos os crimes contra o patrimônio, situação que deixa evidenciada, em que pese entendamos sofrível o trabalho desenvolvido pelos redatores do malfadado projeto legislativo, a necessidade de direcionamento de especial atenção ao modelo político-criminal apontado.

4.3.2. Críticas ao modelo de repressão à corrupção no setor privado ancorado na proteção do patrimônio

Dentre os modelos de repressão à corrupção entre particulares, o que menos tem recebido atenção dos organismos internacionais e supranacionais, e também dos legisladores estrangeiros, é aquele que entende deva ser o fenômeno coibido com vistas, em primeiro plano, à proteção do patrimônio privado. Mesmo assim, estudiosos do assunto, tal como ocorre com os demais modelos já analisados, direcionam críticas ao entendimento de que o objeto material de tutela de eventuais tipos penais de corrupção privada seja o interesse individual na salvaguarda patrimonial.

Com efeito, em primeiro lugar, argumenta-se que a incorporação de nova modalidade de delito, na qual os elementos da tipicidade penal sejam pensados com a especial finalidade de abarcar condutas atentatórias ao patrimônio, seria despicienda, uma vez que a normativa jurídico-penal que há séculos contempla o referido bem jurídico, mediante a incriminação de variada gama de condutas que o afetam, seria bastante para a promoção de sua tutela. Vale destacar, nesse ponto, ponderações lançadas por ROSAS OLIVA⁶⁴⁸, nos dizeres de quem, para fazer frente à corrupção no setor privado, nada além da aplicação de preceitos legais vigentes seria necessário.

Outrossim, há estudiosos que defendem não ser a criação de tipo penal de corrupção no setor privado instrumento efetivo de tutela do patrimônio, porque, em geral, nos crimes que o têm como objeto material, busca-se assegurar o *status quo* patrimonial, ou seja, interesses patrimoniais concretos já existentes. Todavia, em certas situações que envolvem a celebração de *pactos sceleris* privados, não é possível que se fale na existência de redução patrimonial, tampouco na possibilidade de estimativa de prejuízo. Isso porque, é muito comum que na corrupção entre particulares determinada empresa, por exemplo,

⁶⁴⁸ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España, cit., p. 104-105.

enfrente empecilhos para fomentar o crescimento de seu patrimônio, que não é diminuído pela prática de desvio por seu funcionário.

Trata-se, por conseguinte, de hipóteses de perda de chance, não de perda patrimonial propriamente dita, situação que torna difícil identificar as situações factuais nas quais haja lesão ou perigo de lesão para o bem jurídico protegido, com a consequente deslegitimação da incidência de preceitos jurídicos incriminadores.

Tal situação é bem exposta por KINDHÄUSER, segundo o qual, no âmbito da corrupção entre particulares, via de regra, não há resultado negativo que afete o patrimônio consolidado dos *principais* que conferem poderes ao *intrañeus*, tendo em vista que os mais graves danos seriam suportados por outros competidores, que ficam prejudicados em virtude de “*ganancias no alcanzadas*”⁶⁴⁹, a partir do que seria difícil legitimar eventual preceito legal incriminador.

De se destacar, ainda, que nos últimos tempos as modalidades ativa e passiva da corrupção têm sido consideradas delitos autônomos, inexistindo, para que se afirme consumada a prática criminosa, a necessidade de acordo de vontades efetivo entre o corrupto e o corruptor que culmine com a execução de seus termos ilícitos. Basta o oferecimento de vantagem indevida, ainda que inexistente a aceitação por seu destinatário, para a configuração da corrupção ativa; para a subsunção de comportamentos àqueles caracterizadores da corrupção passiva, do mesmo modo, a mera solicitação, não atendida, seria suficiente.

Importante sublinhar que é essa a lógica que permeia a construção típica dos delitos de corrupção pública em nosso país, e, do mesmo modo, os contornos típicos das figuras de corrupção entre particulares, na maior parte dos ordenamentos jurídicos alienígenas. E, acolhida essa clássica noção relativa aos elementos típicos do delito de corrupção, é fácil notar que ela pode ocorrer, sem que, de forma concreta, o *principal*, vítima das condutas proibidas, experimente qualquer prejuízo concreto.

Surgem, em razão disso, importantes críticas ao modelo de tipificação da corrupção privada voltado à salvaguarda dos direitos patrimoniais. Afirma-se que, caso seja essa a premissa adotada, o Direito Penal incidiria sobre hipóteses nas quais não haveria afetação concreta do bem jurídico patrimônio. Afinal, a maior parte dos comportamentos proibidos não o atingiria, a menos que, efetivamente, houvesse confluência das vontades do

⁶⁴⁹KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 12.

corruptor e do corrupto com a prática de comportamentos dos quais adviesse redução patrimonial para o *principal*.

Por isso, fala-se que tipificar a corrupção para a tutela do patrimônio faria surgir uma antecipação de punição⁶⁵⁰ em situações que jamais produziriam qualquer efeito negativo para os interesses do empregador do corrupto. Estar-se-ia criminalizando meros atos preparatórios, anteriores àqueles que, uma vez praticados, teriam potencialidade para lesar os interesses patrimoniais da vítima.

Utilizando-se de analogia com o delito de homicídio e considerando que o bem jurídico patrimônio não dispõe de relevo suficiente para merecer uma proteção penal antecipada, o italiano SPENA afirma que:

Viene dunque da chiedersi se sia giustificata, da un punto di vista politico-criminale una anticipazione della tutela penale del patrimonio tale da comportare l'incriminazione già del semplice accordo, già del solo impegno, avente ad oggetto atti che possono comportare un danno economico a carico del principale: se, in definitiva, costituisca una scelta politico-criminale ragionevole, adeguata, quella di anticipare così drasticamente la tutela penale di interessi patrimoniali.

La mia idea, confortata dal parere di autorevole dottrina, è che il bene patrimonio non possieda una consistenza, una rilevanza, sufficiente a giustificare la criminalizzazione di condotte che, rispetto ad esso, siano portatrici di una carica di pericolosità del tutto remota, e comunque meramente presunta (...).

Da questo punto vista, è evidente che una corruzione privata non è astrattamente più pericolosa, per il patrimonio del principale, di quanto – mettiamo – un accordo tra due persone per ucciderne una terza sia astrattamente pericoloso per la vita della vittima designata. Eppure, l'accordo avente ad oggetto l'omicidio di una persona, di per sé (ossia: inquanto non seguito, almeno, da un inizio di esecuzione), non è ritenuto dal nostro legislatore abbastanza rilevante de meritarsi una pena (...).

La circostanza che, nel nostro sistema, l'incriminazione dell'accordo sia ritenuta un'anticipazione di tutela eccessiva quando si tratti di proteggere un bene come la vita (...), dovrebbe indurre a credere che, a maggior ragione, lo sia l'incriminazione di un accordo corruttivo a tutela del patrimonio del principale⁶⁵¹.

E encerra o seu raciocínio concluindo, nessa esteira, que a corrupção privada é espécie de *delito-obstáculo*, que prevê a punição para certos comportamentos que antecedem a efetiva ocorrência de lesão patrimonial. Assim, com a tipificação da

⁶⁵⁰Sobre o assunto, NIETO MARTÍN reconhece que o recebimento de vantagens indevidas pelo funcionário corrupto representaria uma situação de “*pericolo di un comportamento di amministrazione infedele da parte dell'amministratore corrotto*”, que, em nosso entender, não seria motivo bastante para a tipificação de comportamentos de corrupção entre particulares (NIETO MARTÍN, Adán. La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo, cit., p. 117).

⁶⁵¹SPENA, Alessandro. op. cit., p. 817.

celebração de *pactos sceleris* entre particulares, em verdade, incriminar-se-ia a criação de mero perigo abstrato para o patrimônio do *principal*, em razão do que, deslegitimada a atuação do *ius puniendi* estatal, pois não atendido o princípio da *ultima ratio*.

Desse modo, verifica-se que também a repressão da corrupção privada voltada à proteção do patrimônio está sujeita a críticas, relacionadas aos limites entre o proibido e o permitido, bem como à sua adequação aos postulados elementares do Direito Penal.

Entretanto, consoante será demonstrado no tópico seguinte, contornando-as, é possível estruturar modelo político-criminal consentâneo com os princípios fundamentais de limitação do poder punitivo do Estado, que, de forma eficiente, faça frente à celebração de *pactos sceleris* entre particulares, os quais devem ser tipificados com vistas à proteção do patrimônio das entidades do setor privado.

4.4. Proposta de bem jurídico a ser protegido pelo crime de corrupção no setor privado

4.4.1. A impossibilidade de criação de modelo de punição da corrupção no setor privado protetivo de todos os bens jurídicos sensíveis ao fenômeno: obrigatoriedade de escolha racional

A análise dos principais modelos de repressão à corrupção no setor privado, realizada nas linhas anteriores, dá a exata noção da complexidade e das dificuldades que acompanham as discussões relativas à definição das características elementares da tipicidade delitiva. Foi possível perceber que diversas críticas podem ser direcionadas a cada uma das vertentes existentes no tratamento do delito, críticas, em alguns casos, deveras procedentes, à luz dos princípios básicos do Direito Penal e da racionalidade que deve ser a sua guia.

Não há modelo de tipificação da corrupção no setor privado indene a objeções doutrinárias. Ao contrário disso, ficou demonstrado existirem fragilidades no modelo que põe em primeiro plano a proteção da lealdade, tal como acontece com aquele que privilegia a concorrência ou com aquele centrado na tutela dos interesses patrimoniais.

E, nesse contexto, após detido estudo do fenômeno, é necessário fazer proposição de bem(ns) jurídico(s) que deve(m) ser contemplado(s) no momento de se proceder à criação de preceitos legais incriminadores, mantendo permanente atenção para a circunstância de que é preciso colocar miras na eficiência e na racionalidade⁶⁵² do sistema jurídico, sem que isso implique em distanciamento dos princípios básicos que conferem alicerce ao Direito Penal.

É salutar reconhecer, para iniciar essa tomada de posição, que todos os modelos político-criminais de repressão aos *pactos sceleris* abordados têm por escopo a proteção de objetos materiais de elevada importância e, abstratamente, dotados de dignidade para serem albergados por dispositivos legais incriminadores. A corrupção entre particulares, ademais, a depender da forma como é executada, pode afetar a lealdade e a confiança nas relações privadas, o regular funcionamento dos mercados competitivos e o patrimônio das entidades do setor privado⁶⁵³.

Trata-se de fenômeno pluriofensivo, e, portanto, à primeira vista, haveria de se supor necessária a elaboração de tipos penais aptos a garantir a proteção de todos os bens jurídicos que possam por ele ser afetados. Todavia, a partir da análise de situações concretas, conclui-se que seriam desprovidos de mínima efetividade eventuais preceitos legais incriminadores que pretendessem salvaguardá-los de forma simultânea.

Ter-se-ia mera ilusão da existência de manto jurídico que conferisse proteção aos aludidos bens jurídicos, porquanto seriam diminutas as hipóteses reais de incidência normativa. Sendo a norma penal elaborada para abarcar comportamentos que afetem todos esses objetos materiais, apenas haveria consumação delitativa quando constatada, efetivamente, concreta pluriofensividade: a proteção individualizada de cada bem jurídico restaria prejudicada, na medida em que a aplicação do dispositivo legal ficasse condicionada a que fossem afetados todos os demais.

Nesse contexto, a título exemplificativo, buscando-se a proteção integral dos objetos materiais sensíveis à corrupção privada, deveriam ser reputados atípicos os *pactos sceleris* contrários à regularidade concorrencial, nas situações em que a sua celebração fosse consentida pelo *principal*; seriam irrelevantes penais as condutas corruptivas que

⁶⁵²DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 14: “O objetivo imediato residiria em alcançar um modelo de legislação que, entendida esta como um processo de decisão, a aproxime o máximo possível da teoria da decisão racional”.

⁶⁵³ZANNOTTI, Roberto. *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento: riflessioni su un dibattito in corso*, cit., p. 535.

gerassem diminuição patrimonial para quem emprega o corruptor, se a atuação desviada deste último não tivesse o condão de gerar, no mínimo, perigo para o funcionamento dos mercados competitivos⁶⁵⁴: em síntese, a conformação típica apenas seria observada nas situações em que fossem atingidos concomitantemente a lealdade e a confiança nas relações privadas, o regular funcionamento dos mercados competitivos e o patrimônio das entidades do setor privado.

Disso decorre a conclusão de que há enormes obstáculos para que, mediante a criação de um único tipo penal, sejam tutelados todos os valores jurídicos passíveis de serem prejudicados pelo fenômeno da corrupção no setor privado. Afinal, se a configuração da prática delitiva depender de simultânea violação dos mesmos, jamais poderão ser considerados relevantes os mais recorrentes *pactos sceleris* da vida real, que acabam por atingir, de forma isolada, apenas alguns desses bens essenciais.

Em síntese, em que pese o fenômeno estudado seja pluriofensivo, a sua reprimenda criminal não pode ter a pretensão de arrefecer todas as suas multifacetadas consequências: criar norma incriminadora cujos elementos típicos sejam pensados para proteger todos os bens jurídicos mencionados, pode-se afirmar, seria inócuo e culminaria com indesejada desproteção de cada um deles.

Destarte, na medida em que impossível tudo salvaguardar, porquanto, não raro, são contrapostos os interesses jurídicos passíveis de serem afetados pela celebração de *pactos sceleris* privados, fica clara a necessidade de que sejam feitas escolhas que, por um lado, apontem para os objetos materiais que devem nortear a construção da figura típica da corrupção privada, e, por outro, coloquem à *latere* valores outros que também podem ser prejudicados pela prática de atos corruptivos entre particulares, mas que não devem interferir na definição das diretrizes político-criminais.

4.4.2. A violação da lealdade e da confiança nas relações privadas como denominador comum de toda hipótese de corrupção entre particulares

Para a racional eleição de bem(ns) jurídico(s) a ser(em) protegido(s) por preceitos legais que tipifiquem o delito de corrupção no setor privado, é essencial fazer recapitulação de ponderações lançadas no capítulo 1 da dissertação, no qual ficou assentada a seguinte – e fundamental – premissa: a corrupção, seja em seus moldes clássicos, relacionada ao

⁶⁵⁴GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español, cit., p. 227 e ss.

funcionalismo público, ou na sua mais moderna roupagem, nascida de relações exclusivamente particulares, sempre decorre de conflitos de interesses que permeiam uma relação *principal-agente*.

Tal como lecionam REALE JÚNIOR⁶⁵⁵, KINDHÄUSER⁶⁵⁶, TAK⁶⁵⁷, SULLIVAN⁶⁵⁸, MATELLANES RODRÍGUEZ⁶⁵⁹, GÓMEZ DE LA TORRE⁶⁶⁰, ALLDRIGE⁶⁶¹, dentre inúmeros outros estudiosos mencionados no trabalho, não há como se falar em prática de atos corruptos sem a existência de relação jurídica legítima, que vincule um sujeito investido de poderes especiais (*intraneus*) a outro indivíduo (*principal*), que lhe outorga tais poderes, e em benefício do qual eles devem ser exercidos.

E a prática da corrupção decorre justamente de conflitos de interesses que podem ser verificados no âmago desse vínculo jurídico: para a satisfação de seus próprios anseios, o *intraneus* se vê motivado a atuar em desconformidade com os interesses do *principal*, a quem deveria privilegiar, porquanto esse desvio de comportamento pode ser fonte de obtenção de vantagens indevidas. Por outro lado, o corruptor (*extraneus*), interessado na atuação desviada do *intraneus*, oferece-lhe benefícios para promover a satisfação de seus anseios em detrimento do *principal*.

Para que se possa falar em corrupção, portanto, pública ou privada, é impositivo, sempre, ao menos que a relação jurídica que vincula o *principal* e o *agente*, a lealdade e a confiança a ela subjacentes, sejam colocadas em situação de perigo, como consequência da atuação egoística do *intraneus* e do *extraneus*. É elemento obrigatório em qualquer tipo penal orientado à punição da corrupção, para que as condutas típicas possam ser, conceitualmente, consideradas corruptas, que os valores lealdade e confiança, mesmo que em plano secundário, sejam contemplados.

Destarte, a salvaguarda da lealdade e da confiança, que devem amparar as relações entre particulares, malgrado seja insuficiente para legitimar a tipificação dos *pactos sceleris* privados, conforme adiante se demonstrará, é fundamento mínimo que deve estar previsto em qualquer preceito legal incriminador que pretenda sancionar verdadeiros atos

⁶⁵⁵REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 235.

⁶⁵⁶KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 6:

⁶⁵⁷TAK, Peter. Il reati di corruzione privata in Olanda, cit., p. 143.

⁶⁵⁸SULLIVAN, Robert. La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra, cit., p. 159.

⁶⁵⁹MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. El delito de cohecho de funcionarios nacionales: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación en el Código Penal español, cit., p. 359.

⁶⁶⁰GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado, cit., p. 162.

⁶⁶¹ALLDRIGE, Peter. Reforming the criminal law of corruption, cit., p. 290.

de corrupção no setor privado, invariavelmente decorrentes de conflitos de interesse e eventual traição ocorrida no cerne de relação *principal-agente*.

Conclui-se, então, que a violação do aludido bem jurídico, ou, pelo menos, a sua colocação em situação de perigo, é denominador comum de toda hipótese de corrupção entre particulares – e o é, também, na corrupção perpetrada na esfera pública – e, por isso, é elementar que seja parte integrante de todas as condutas descritas em tipo penal que preveja o sancionamento do fenômeno estudado.

4.4.3. A impossibilidade de que a concorrência seja o objeto material imediato de proteção por tipos penais de corrupção no setor privado

Assentada a premissa de que, estruturalmente, qualquer hipótese de corrupção esteja relacionada à possibilidade de que os valores de lealdade e de confiança, que conferem esteio a uma relação *principal-agente*, sejam suplantados por desvios egoísticos de atuação do *intraneus*, estimulados pelo *extraneus*, fica clara a impossibilidade de que o fenômeno estudado seja sancionado com a finalidade de proteção do regular funcionamento dos mercados competitivos.

Embora seja possível que *pactos sceleris* privados, de forma concomitante, abalem a lealdade nas relações entre particulares e os parâmetros concorrenciais ordinários, fato é que isso nem sempre acontece. A bem da verdade, há inúmeras situações concretas nas quais a violação do bem jurídico concorrência deflui de acordos celebrados entre agentes do setor privado, com autorização do empregador daquele que recebe vantagens indevidas, acordos consentidos pelo *principal*, portanto.

Nesse diapasão, inexistente conflito de interesses na relação *principal-agente*, elemento-base do fenômeno estudado, não é possível que se fale, do ponto de vista conceitual, na prática de ato de corrupção. Entretanto, se a criação de dispositivos legais incriminadores for direcionada à salvaguarda da concorrência, esse elemento passa a ser de absoluta irrelevância para a delimitação das condutas delitivas, e, por isso, no exemplo dado, a atuação do *intraneus*, mesmo admitida por quem lhe tivesse conferido poderes de atuação, deveria ser coibida.

Esse o contexto, recorrendo às premissas anteriormente fixadas, fica fácil notar que no modelo político-criminal baseado na tutela concorrencial o essencial não é que sejam sancionadas verdadeiras situações de corrupção, haja vista que a proteção dos vínculos

obrigacionais existentes entre o *principal* e o *agente*, elementar para a configuração do fenômeno, deixa de ter qualquer importância.

Ao contrário disso, a configuração delitiva passa a prescindir de tensões entre os interesses do *intraeus* e aqueles que orientam a atuação do agente privado com o qual ele mantém relação obrigacional. Tal liame jurídico, elementar para a configuração da corrupção, deve simplesmente ser desprezado na definição dos comportamentos ilícitos, e, inclusive, deixar de receber proteção, pois deverão ser reputadas atípicas as condutas em que ele for violado, sem que a concorrência também o seja.

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 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.

Eventuais tipos penais que previssem como elemento necessário à configuração da prática delitiva a efetiva ocorrência de lesão ao bem jurídico tutelado estariam fadados ao ostracismo, eis que praticamente inexistentes hipóteses reais nas quais isso é verificado,

situação que é somada às grandes dificuldades de demonstração efetiva da existência da mencionada lesão.

Para solucionar essa problemática, não haveria outro caminho, senão a criação de preceitos legais incriminadores de perigo abstrato, meramente simbólicos, nos quais seria necessária a tipificação de comportamentos que, apenas em razão de meras presunções, seriam considerados atentatórios à concorrência. Assim, passariam a ser objeto de reprimenda criminal acordos celebrados por agentes privados desprovidos de qualquer potencialidade lesiva, situação que não se coaduna com as finalidades do *ius puniendi* estatal, nem com as limitações que lhe são impostas pelos postulados da *ultima ratio*, da subsidiariedade e da fragmentariedade.

Fundamental enfatizar, ainda, para corroborar ser inapropriada a tipificação da corrupção privada com miras postas na proteção da concorrência, que é tarefa demasiado difícil – para não dizer impossível – delimitar, com a precisão exigida pelo princípio da legalidade estrita, o âmbito de comportamentos que do ponto de vista econômico são admissíveis e leais e, portanto, indiferentes penais, e aqueles que devem ser proibidos, porquanto interferem deslealmente no jogo competitivo.

A problemática decorrente da impossibilidade de diferenciação clara entre o leal (permitido) e o desleal (proibido), fica ainda mais evidente quando se constata a inexistência de uniformidade nos padrões de atuação dos agentes econômicos, variáveis de acordo com as modalidades de atividades desempenhadas, com a localidade em que são desenvolvidas, com o grau de profissionalização e com a dimensão das empresas analisadas, entre outros fatores. A depender do nicho econômico, da região em que as negociações são feitas, para longe de ser comportamento prejudicial à concorrência, o oferecimento de vantagens aos agentes do setor privado pode, inclusive, ser reconhecido como inerente ao exercício de atividades econômicas.

Desse modo, além de não atender à imperatividade do princípio da legalidade estrita, limite essencial colocado ao Direito Penal, a criação de crimes de corrupção privada voltados à proteção da concorrência pode representar indevida ingerência estatal no âmbito econômico, caracterizando cerceamento da liberdade dos agentes do mercado e imposição indevida de imprecisos padrões morais e éticos de atuação.

Por derradeiro, deve ser reputada inadequada a eleição da concorrência, como bem jurídico central de proteção por normas que coibam os *pactos sceleris* privados, porque não seriam disciplinadas pelo Direito Penal situações graves que não interferissem no funcionamento dos mercados competitivos. Tal como destacamos em tópico anterior, apenas para exemplificar, fosse esse o bem jurídico, estaria o monopolista autorizado a agir como bem entendesse, subornando de forma livre os funcionários de seus clientes, para vender produtos em quantidade excessiva, porque, ainda assim, inexistiria a possibilidade de aplicação de reprimenda estatal.

Nesse contexto de dificuldades, em nosso entender, intransponíveis para que se digam respeitados os fundamentos do Direito Penal e a racionalidade que deve nortear a criação de tipos penais, é fundamental, considerada a importância da concorrência para o desenvolvimento socioeconômico, que ela seja tutelada pelo sistema normativo. Contudo, isso deve ser feito com o emprego de preceitos legais de caráter extrapenal, que prescindem das rigorosas limitações do *ius puniendi* estatal, mas podem desempenhar relevante papel na proteção do aludido bem jurídico.

Não há possibilidades, portanto, de que os *pactos sceleris* entre particulares sejam tipificados como instrumento de proteção da concorrência, ainda que, em certas hipóteses, ela possa ser afetada pela corrupção privada. Por outro lado, conclui-se, a partir das considerações já apresentadas, que a lealdade e a confiança nas relações entre *principal* e *agente* são valores que devem ser albergados, sempre, por normas jurídicas que tipifiquem o fenômeno objeto da dissertação.

4.4.4. A insuficiência dos valores lealdade e confiança para legitimar a corrupção no setor privado: o patrimônio como objeto material central a ser protegido

A proteção do vínculo existente entre o *intra-neus* e a pessoa, física ou jurídica, que lhe outorga poderes a serem exercidos em seu benefício, apesar de elementar em qualquer modalidade de corrupção, pois o fenômeno advém, exatamente, de conflitos de interesses que podem surgir entre tais sujeitos, não é razão suficiente para legitimar a tipificação de *pactos sceleris* perpetrados no setor privado, tampouco pode ser o objetivo central da criação de eventuais dispositivos legais incriminadores.

Promover o sancionamento da corrupção entre particulares com vistas a assegurar tão somente que os agentes do setor privado atuem em consonância com as obrigações por eles assumidas perante os seus respectivos *principais* não seria consentâneo com os princípios da *ultima ratio* e da subsidiariedade, que são fontes elementares de limitação do *ius puniendi* estatal.

Não é admissível a criação de preceitos jurídico-penais que levem em conta apenas a necessidade de proteção da lealdade e da confiança das relações privadas, em que pese esse seja o denominador comum do fenômeno estudado. Conclusão diversa iria de encontro à própria lógica do Direito Penal, ao qual cabe incidir sobre situações excepcionais sempre que se mostrar essencial para a salvação pública.

A simples e isolada ruptura do enlace pautado na lealdade e na confiança, que une o corrupto à entidade do setor privado com a qual ele mantém vínculo obrigacional, não está inserida no restrito grupo de circunstâncias fáticas que demandam a imposição de sanção de natureza criminal, para que sejam eficazmente coibidas. Para discipliná-las é suficiente a incidência de dispositivos normativos de caráter extrapenal.

Cumprir destacar, ainda, que tipificar o fenômeno da corrupção no setor privado, com a única finalidade de que sejam tuteladas a lealdade e a confiança que embasam as relações entre particulares, pode ser confundido com tentativa de promover a imposição de convicções morais e éticas aos destinatários da norma incriminadora, o que jamais poderia ser feito por intermédio da utilização do Direito Penal.

Tal como mencionado no tópico imediatamente anterior, os valores jurídicos que amparam as relações *principal-agente* (lealdade e confiança) não dispõem de qualquer significação objetiva, sendo, por esse motivo, impossível estabelecer limites claros e seguros entre as condutas que devem ser indiferentes penais, por não violá-los, e aquelas outras desleais, carecedoras de reprimenda estatal. Por isso, inexistente referencial que confira concretude a eventuais tipos incriminadores que recaiam sobre a proteção desse bem jurídico, a sua redação, por certo, não atenderia aos comandos de precisão e clareza, que defluem do postulado basilar da legalidade estrita.

Outrossim, fosse a correção da atuação dos agentes do setor privado o ponto focal de tutela do crime de corrupção entre particulares, apenas comportamentos que implicassem na violação de obrigações legalmente estabelecidas poderia ser objeto de tipificação penal, também à luz do princípio do *nullum crimen sine lege*.

Com isso, seriam muito limitadas as possibilidades de punição de *pactos sceleris* celebrados no setor privado, porquanto, em regra, as obrigações que vinculam o *principal* e o *agente* nascem de livres negociações entre eles, não de normas jurídicas fixadas em lei formal, e, por isso, é possível dizer, prevaleceria o recurso a tipos penais de perigo abstrato, já excessivos em nossa ordem jurídica e, via de regra, desconformes aos princípios gerais que regem o Direito Penal.

Por fim, na medida em que agir com reverência à lealdade e à confiança depositadas pelo *principal* é obrigação exclusiva do *intrañeus*, que não se pode pretender estender àquele que atua com o propósito de corrompê-lo, adotar modelo de corrupção no setor privado que contemple apenas o estudado bem jurídico cria óbices à punição autônoma do corruptor, que não dispõe, sozinho, de mínima condição de afetá-lo, a menos que conte com a adesão do corrupto aos termos do *pactos sceleris*.

Nota-se, por conseguinte, que apesar de figurar como elemento essencial em qualquer hipótese de corrupção privada, a proteção da lealdade e da confiança, que caracterizam a relação jurídica *principal-agente*, não é suficiente para que se diga legitimada a intervenção penal nos atos corruptos perpetrados entre particulares, dados os óbices intransponíveis de política criminal que apenas tais valores jurídicos pretenda albergar.

Todos esses problemas, todavia, podem ser superados com a contemplação de modelo político-criminal de punição da corrupção no setor privado que a encare como fenômeno pluriofensivo. A proposta feita no presente estudo é a de que devem ser criados tipos penais que assegurem a elementar proteção da lealdade e da confiança que esteiam as relações privadas e, ao mesmo tempo, do patrimônio dos agentes do setor privado, bem jurídico fundamental, capaz de conferir concretude e legitimidade às normas de proibição dos *pactos sceleris* privados.

Destaque-se que a salvaguarda do patrimônio particular nos tempos hodiernos, tal como demonstrado em tópico anterior, não deve ser feita apenas para a satisfação dos interesses individuais do seu titular, mas – e principalmente – para que a sua utilização seja instrumento de promoção, nos termos do artigo 5º, inciso XXIII e 170 da Constituição Federal, do bem público e de sua função social. Por isso, não se pode pôr em xeque a dignidade penal do referido bem jurídico, merecendo reprimenda criminal as mais graves condutas capazes de violá-lo.

E, tendo em vista que a prática de *pactos sceleris* entre particulares é fenômeno cada vez mais recorrente e grave no âmbito econômico, que não tem sido disciplinado a contento pelos dispositivos normativos de índole civil e trabalhista, tampouco abarcado com a amplitude necessária pelos preceitos jurídico-penais da ordem jurídica brasileira, é importante que a corrupção no setor privado seja coibida, nas situações em que dela advenha – e isso é recorrente – lesão concreta para o patrimônio do *principal*, que se vê prejudicado pela atuação egoística do *intraneus*.

Destarte, o dado elementar da estrutura de qualquer hipótese de corrupção, qual seja, a necessidade de proteção das situações de conflito de interesses na relação *principal-agente*, seria tutelado, porém, não de forma isolada, na medida em que a configuração do comportamento delitivo dependesse da constatação de que a atuação desviada do corrupto, motivada pelas vantagens indevidas que poderia receber do corruptor, tivesse gerado efetiva lesão para os interesses patrimoniais de seu *principal*.

É necessário, nesse passo, para conferir legitimidade ao tratamento jurídico-penal da corrupção no setor privado, algum distanciamento do entendimento doutrinário preponderante sobre as características elementares do fenômeno da corrupção, que, contudo, não é capaz de deturpá-lo. Malgrado a configuração da corrupção não careça, via de regra, da efetiva atuação dos agentes (corrupto e corruptor) nela envolvidos, sendo suficiente a mera demonstração de que agiram com a intenção de corromper, no âmbito dos *pactos sceleris* celebrados entre particulares, em nosso entender, deve ser obrigatória a constatação de efetivo prejuízo patrimonial para o *principal* afetado⁶⁶².

A primeira razão para essa posição está relacionada à própria observância dos postulados fundamentais que são alicerce para a atuação do Direito Penal, notadamente, a *ultima ratio*, a subsidiariedade e a fragmentariedade. Restringindo-se as hipóteses típicas às situações nas quais os termos pactuados entre corrupto e corruptor forem efetivamente executados, fazendo surgir danos patrimoniais concretos para a entidade do setor privado que mantém relação obrigacional com o primeiro, eliminam-se objeções doutrinárias, no sentido de que, por exemplo, a corrupção entre particulares seria instrumento destinado à promoção da moralização dos mercados, embora esse possa – e deva – ser um de seus efeitos secundários.

Ademais, impondo-se a necessidade da constatação de resultado material advindo da prática de atos de corrupção privada, deixa-se de correr o risco de que o Direito Penal

⁶⁶²Vide capítulo 1.

seja utilizado para o sancionamento de atos que tão somente antecedem comportamentos efetivamente prejudiciais a bens jurídicos dotados de dignidade penal, situação recorrente no âmbito corruptivo. Afinal, a mera solicitação de vantagem indevida pelo *intraneus*, rejeitada pelo *extraneus*, não representa perigo para qualquer bem jurídico, assim como acontece com o oferecimento de propina rejeitado pelo seu destinatário, situações que, entendemos, não devem ser objeto de tratamento por dispositivos normativos de índole criminal.

De se destacar, ainda, que condicionar a configuração do crime de corrupção entre particulares à verificação concreta de prejuízo para o patrimônio do *principal*, confere legitimidade ao sancionamento criminal do corruptor, que não viola qualquer obrigação decorrente da relação *principal-agente*, tal como feito pelo corrupto, mas deve também ser punido como autor do delito, na medida em que ele atua com o fim de obter vantagens econômicas indevidas, às custas do patrimônio de terceiros.

Assim, ele não pode ser considerado mero indutor do comportamento desviado do *intraneus*, tendo em vista que o oferecimento de vantagem indevida para este último e a consequente ruptura do liame jurídico que o vincula ao *principal*, é o mero instrumento do qual o corrupto se utiliza para alcançar enriquecimento indevido, fonte imediata de prejuízo para o *principal*.

Por fim, uma vez que o elemento determinante para a configuração da conduta criminosa é a lesão do patrimônio do *principal*, não a mera ruptura da relação *principal-agente*, é possível que na construção das figuras típicas do delito sejam inseridas as situações nas quais não apenas as violações de obrigações legais que disciplinam esse vínculo jurídico sejam sancionadas, mas, até mesmo aquelas relacionadas a deveres contratuais decorrentes das livres negociações entre os seus atores. Afinal, qualquer que seja a fonte da obrigação violada pelo *intraneus*, é a sua efetiva atuação, prejudicial ao patrimônio do *principal*, que deverá ser objeto de reprimenda criminal.

Diante dessas considerações, tem-se que a corrupção privada é fenômeno que deve ser tipificado por normas de índole criminal, não com a finalidade de proteção da regularidade do funcionamento da concorrência econômica, mas para que sejam resguardadas a lealdade e a confiança que amparam as relações entre particulares, dado elementar de toda hipótese corruptiva, e, principalmente, o patrimônio privado, bem jurídico essencial, que não se pode admitir seja violado, tanto em razão dos interesses imediatos dos seus titulares, quanto em razão da necessidade de que ele cumpra a sua relevante e constitucional função social.

5. PROPOSTA PARA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5.1. Considerações gerais sobre as cautelas na elaboração de tipos penais

Ultrapassada a análise introdutória acerca das características elementares do fenômeno da corrupção no setor privado, às quais foi dedicado o Capítulo I da presente dissertação de mestrado, nos Capítulos II e III realizou-se aprofundado estudo do tratamento que a ele tem sido dispensado nos textos de criação de Direito internacional e supranacional e nos diplomas normativos alienígenas. Ao percorrer tal caminho, pôde-se chegar à conclusão de que não há modelo de tipificação dos *pactos sceleris* entre particulares indene a críticas, seja por que haja equívocos na definição dos bens jurídicos escolhidos como centro de tutela, questão que foi objeto do Capítulo IV, seja porque a redação dada aos preceitos legais incriminadores não atenda às exigências de precisão e de clareza obrigatórias para a observância ao fundamental princípio da legalidade.

Malgrado as censuras feitas à forma como tem sido disciplinada a corrupção privada mundo afora, inicia-se este capítulo da dissertação, no qual será desenvolvida uma proposta para a tipificação do delito estudado na sistemática jurídico-penal brasileira, com o reconhecimento, extraído das percucientes lições de MAXIMILIANO, de que toda *“lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições”*⁶⁶³.

Não se tem, por conseguinte, a pretensão de elaborar modelo de repressão à corrupção no setor privado que não seja passível de críticas e objeções. Buscar-se-á apenas esboçar formato de tipificação penal racional⁶⁶⁴ do fenômeno, que seja consentâneo com os princípios da *ultima ratio*, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da legalidade estrita e da proporcionalidade do Direito Penal. Com miras postas nas lições de BECCARIA, tentaremos elaborar dispositivos incriminadores que:

⁶⁶³MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 8.

⁶⁶⁴DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. op. cit., p. 14.

(...) sejam claros, porque a obscuridade das leis cria incerteza – o mais cruel carrasco – atribuindo apenas aos juízes o poder de escolher, caso a caso, a liberdade ou a pena, e sujeitando assim os cidadãos às tiranias de muitos: nullun crimen, nulla poena sine lege stricta et certa⁶⁶⁵.

A imperatividade de que os textos legais incriminadores sejam claros e precisos está presente em todas as nações civilizadas, pelo menos desde o Iluminismo⁶⁶⁶, e na ordem jurídica brasileira é erigida à condição de garantia fundamental dos indivíduos, no artigo 5º, inciso XXIX⁶⁶⁷ da Constituição Federal, e no artigo 1º do Código Penal⁶⁶⁸, segundo os quais não há crime sem lei prévia que o defina.

Para a observância plena do princípio da legalidade não é suficiente que as condutas vedadas pelo Direito Penal sejam tipificadas por meio de leis *strictu sensu*. É fundamental, ademais, que as normas jurídicas de índole criminal ostentem três específicos requisitos: exige-se que sejam prévias, escritas e – mais importante aspecto a ser observado no presente estudo – estritas⁶⁶⁹.

Vale destacar, no ponto, as lições de REALE JÚNIOR⁶⁷⁰, para o qual o princípio da legalidade estrita impõe “*uma leitura precisa e clara da norma, definindo para além de toda dúvida, os limites e fronteiras do punível*”. FERRAJOLI⁶⁷¹, por sua vez, sobre a necessidade de que os fatos típicos sejam definidos em leis claras e precisas, aduz que:

(...) o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito.

⁶⁶⁵BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. São Paulo: Calouste Gulbenkian, 1998. p. 45. No mesmo sentido: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. 2.reimpr. Buenos Aires: BdeF Editorial, 2009. p. 105.

⁶⁶⁶REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 2. ed., cit., v. 1, p. 220.

⁶⁶⁷Constituição Federal: “Artigo 5º (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁶⁶⁸Código Penal: “Artigo 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

⁶⁶⁹BITENCOURT, Cezar Roberto; SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico aplicado*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 146: “(...) pelo respeito ao princípio da certeza do Direito, portanto, os associados podem ter do Direito um critério seguro de conduta, somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências do seu comportamento. A *lex certa*, portanto, é um mecanismo de limitação de abusos não só legislativos, mas também judiciais. Com efeito, uma política criminal garantista recomenda ao legislador que se valha, somente, de dispositivos legais taxativos, claros e delimitados (...)”. No mesmo sentido: DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁶⁷⁰REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 2. ed., cit., v. 1, p. 38. No mesmo sentido: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 6. ed. Buenos Aires: BdeF Editorial, 2009. p. 106.

⁶⁷¹FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 38 e ss.

Destaquem-se, ainda sobre a temática, os ensinamentos de DÍEZ RIPOLLÉS⁶⁷², para o qual o fundamental princípio da legalidade estrita confere ao cidadão a possibilidade de conhecer, com exatidão e para além de toda dúvida, o rol de comportamentos que, eventualmente perpetrados, terão o condão de fazer surgir a possibilidade de atuação do poder punitivo estatal, com a imposição de sanção penal.

No âmbito do Direito Penal Econômico, diversas são as dificuldades existentes no momento de criação das figuras típicas incriminadoras e, em razão disso, em certos casos, as falhas nas técnicas legislativas empregadas acabam por fazer tábula rasa do dogma da legalidade estrita. Tal situação está no cerne de importantes discussões doutrinárias hodiernas e é fonte de preocupação para os estudiosos do Direito Penal de há muito, conforme atesta PIMENTEL⁶⁷³, em seu *Direito Penal Econômico*, redigido em princípios dos anos 70:

(...) há reiterada insistência em redigir-se imprecisamente a lei, tornando-se bastante vagos os conceitos (...), o que torna difícil precisar os contornos do fato tipificado. (...) em vão tipificará condutas reprováveis, se a redação do dispositivo legal não atender convenientemente à técnica preconizada, respeitados os princípios da dogmática penal (...). É preciso que o legislador atenda a todas as exigências técnicas e dogmáticas desse princípio, a fim de que as normas penais sejam corretamente editadas (...).

Cientes das dificuldades inerentes à elaboração de preceitos legais incriminadores, tanto mais quando voltados à imposição de sanções penais a comportamentos perpetrados no âmbito empresarial, arriscar-nos-emos a fazer proposição de modelo de tipo penal do crime de corrupção privada que atenda, na máxima medida possível, às exigências do postulado da legalidade estrita, bem como de todos os demais princípios basilares do Direito Penal.

5.2. Os elementos objetivos dos tipos penais de corrupção no setor privado

5.2.1. Os elementos objetivos da corrupção passiva no setor privado

Para a análise dos elementos da corrupção passiva no setor privado, é fundamental apresentar, em conformidade com as premissas fixadas nesta dissertação, nossa proposta de preceito primário a ser contemplado no momento de tipificação do fenômeno. Julgamos devam ser sancionadas as condutas abaixo descritas:

⁶⁷²DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. op. cit., p. 155.

⁶⁷³PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 38.

Corrupção passiva:

Praticar ou omitir, administrador ou empregado de pessoa jurídica de direito privado, mediante promessa ou recebimento de vantagem indevida, para si ou para outrem, ato contrário às suas obrigações funcionais, do que resulte prejuízo à entidade.

Pena: reclusão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa.

Consideradas as categorias dogmáticas de classificação dos tipos penais, tem-se que o delito de corrupção passiva no setor privado, nos moldes propostos, é crime especial ou próprio, unissubjetivo, de ação múltipla e passível de ser perpetrado de forma livre, mediante a prática de comportamentos comissivos ou omissivos. Ademais, é crime instantâneo, material e bilateral ou de concurso necessário, consumando-se apenas nas hipóteses em que o agente atue dolosamente.

Conforme tratado no capítulo I desta dissertação, todos os atos de corrupção, praticados na esfera pública ou privada, decorrem de conflitos de interesses que permeiam relações entre *principal* e *agente*, nas quais este último adquire *status* jurídico qualificado. É inerente, portanto, ao fenômeno corruptivo que o *intrañeus*, sujeito ativo do crime de corrupção passiva, ostente condições pessoais especiais, situação que torna relevante, para o *extraneus*, que o desempenho de suas funções seja desviado.

Tal como ocorre nas hipóteses clássicas de corrupção de agentes estatais, 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 pessoas⁶⁷⁴.

No modelo de incriminação da corrupção passiva no setor privado proposto, apenas podem figurar como autores do delito os *administradores* e os *empregados* de pessoas jurídicas de direito privado. Para a compreensão exata do espectro de abrangência da figura típica esboçada, é fundamental recorrer à legislação extrapenal, no âmbito da qual estão

⁶⁷⁴ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011. p. 104-105: “Os delitos comuns, portanto, constituiriam a grande maioria dos ilícitos penais conhecidos, de cuja fórmula legal genérica se deduz, poderem ser praticados por qualquer pessoa natural (...). Os delitos especiais, ao contrário, seriam aqueles cujos moldes típicos teriam sido desenhados pelo legislador a fim de limitar o círculo de sujeitos ativos a um grupo determinado de pessoas, conforme qualidades especiais descritas ou pressupostas na fórmula legal (...)”.

definidos e bem delimitados os conceitos dos aludidos elementos objetivo-normativos⁶⁷⁵, que não representam obstáculo à observância ao princípio da legalidade estrita⁶⁷⁶.

Assim, no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho encontra-se precisa definição de quem deve ser considerado empregado⁶⁷⁷ na sistemática jurídica brasileira; a definição conceitual de administrador de pessoa jurídica, por sua vez, está contemplada em dispositivos diversos do Código Civil de 2002, no tocante às figuras sociais nele disciplinadas, além de aparecer em legislação esparsa⁶⁷⁸.

De se destacar, nesse ponto, que a proposta ora apresentada contempla mais alargado rol de sujeitos ativos do crime de corrupção passiva no setor privado do que aquele previsto no artigo 167, *caput*⁶⁷⁹ do Projeto de Lei nº 236/2010 do Senado Federal. No malfadado texto em tramitação legislativa é obrigatório que o agente possua poderes formais de representação da pessoa jurídica em benefício da qual deveria atuar, para que possa figurar como autor do delito. De forma diversa, julgamos que qualquer administrador ou empregado de entidade moral privada deva responder por atos corruptos, opinião comungada pelo Professor Miguel Reale Júnior⁶⁸⁰.

Apesar de suficiente para a consumação do crime em questão que apenas uma pessoa pratique os comportamentos proscritos no dispositivo acima apontado (crime unisubjetivo⁶⁸¹), é possível – e na vida empresarial recorrente – a atuação de agentes em concurso. Verificada essa hipótese, devem ser aplicados os preceitos ordinários da parte

⁶⁷⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e subjetividade no direito penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 0, p. 228, 2004; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 8. ed., cit., p. 232.

⁶⁷⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal aplicado*, 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 16: “Se necessário se faz à atual elaboração legislativa recorrer aos elementos normativos na descrição das condutas típicas, mormente no campo do direito penal financeiro ou econômico, nem por isso deixam os autores de alertar para o risco que tal consiste para a segurança jurídica”.

⁶⁷⁷ Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 3º: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Na doutrina, sobre o assunto, veja-se: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 646 e ss.

⁶⁷⁸ Apenas a título exemplificativo, a normativa jurídica relativa aos administradores das sociedades anônimas está prevista na Lei Federal nº 6.404/76; a Lei Federal nº 12.441/2011, por sua vez, trata da empresa individual de responsabilidade limitada.

⁶⁷⁹ Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado Federal, artigo 167, *caput*: “Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, 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”.

⁶⁸⁰ Proposta de tipificação penal da corrupção passiva no setor privado elaborada por Miguel Reale Júnior: “Praticar ou omitir, administrador ou empregado de pessoa jurídica de direito privado, mediante promessa ou recebimento de vantagem indevida para si ou para outrem, ato funcional que, com violação do dever de probidade, cause prejuízo à entidade e possibilite benefício a terceiro”.

⁶⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 214: “Crime unisubjetivo é aquele que pode ser praticado pelo agente individualmente – que também admite o concurso eventual de pessoas -, constituindo a regra geral das condutas delituosas previstas no ordenamento jurídico-penal”.

geral do diploma repressivo nacional, com a imposição de sancionamento a cada envolvido na prática ilícita na medida de sua culpabilidade⁶⁸².

Por fim, ainda sobre os sujeitos do crime de corrupção passiva entre particulares, é preciso destacar que a vítima é a pessoa jurídica de direito privado com a qual o corrupto mantém vínculo obrigacional: é ela que suporta os prejuízos decorrentes da celebração dos *pactos sceleris*, elementares para a configuração da prática delitiva.

Para a exata compreensão do significado da expressão *pessoa jurídica de direito privado*, é fundamental fixar miras em normas de caráter extrapenal. Com efeito, no artigo 44 do Código Civil brasileiro prevê-se que “*são pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos; VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada*”. Tais institutos recebem detalhada disciplina jurídica em legislação específica⁶⁸³, que deverá ser observada no momento de interpretação do tipo penal da corrupção privada em suas modalidades passiva e ativa.

Trata-se, por conseguinte, de mais um elemento normativo jurídico do delito em questão, o qual não oferece risco ao postulado da legalidade estrita, na medida em que a conceituação normativa das modalidades de pessoa jurídica de direito privado está sedimentada na ordem jurídica brasileira, bem assim entre os estudiosos do assunto.

Os verbos nucleares que caracterizam o crime de corrupção entre particulares passiva são praticar - “*levar a efeito; fazer, realizar (...), pôr (algo) em prática*” - e omitir - “*deixar de agir ou de manifestar-se (quando necessário ou esperado)*”⁶⁸⁴.

Ao inserir condutas comissivas e omissivas no modelo incriminador, buscamos alargar o espectro de situações fáticas subsumíveis ao tipo de delito. Isso porque a atuação desviada do corrupto, motivada pela perspectiva de recebimento de vantagens indevidas, pode consistir na prática (*praticar*) de atos que contrariem os interesses do *principal*. É o que acontece, por exemplo, se um vendedor, por ter recebido benefícios escusos, oferece aos seus clientes produtos em valores incompatíveis com aqueles praticados no mercado,

⁶⁸²Código Penal, artigo 29: “*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”.

⁶⁸³Apenas a título exemplificativo, há disciplina normativa das pessoas jurídicas de direito privado no Código Civil (sociedades), na Lei Federal nº 6.404/76 (Sociedades Anônimas), na Lei Federal nº 9.096/95 (Partidos Políticos), na Lei Federal nº 12.441/2011 (empresas individuais de responsabilidade limitada) e em inúmeros outros diplomas normativos, nos quais são previstas as suas características essenciais.

⁶⁸⁴HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

com a finalidade de que o concorrente de seu empregador alcance maior êxito econômico nas negociações.

A omissão contrastante com as obrigações funcionais de administrador ou empregado, de igual sorte, pode decorrer da celebração de *pactos sceleris* prejudiciais à entidade privada com a qual eles mantenham vínculo obrigacional. Pense-se, a título exemplificativo, no mesmo vendedor mencionado, que, descumprindo os deveres funcionais que o impelem a zelar pelos interesses do *principal*, deixe de oferecer produtos a determinados clientes, após recebimento de vantagens indevidas, para assegurar o sucesso econômico de concorrente com o qual tenha firmado acordo ilícito.

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)⁶⁸⁵.

Importante mencionar que a proposta de tipo incriminador elaborada considera passível de receber tratamento jurídico-penal apenas a corrupção privada antecedente. Deverá ser punido o agente que praticar ato contrário às suas obrigações funcionais após (*mediante*) promessa ou recebimento de vantagem indevida; nas situações em que a prática do comportamento desviado for anterior à celebração do *pacto sceleris*, não haverá a possibilidade de incidência da norma penal⁶⁸⁶, com o que se restringe o espectro de comportamentos típicos, em respeito à fragmentariedade do Direito Penal.

Para a configuração do delito de corrupção passiva entre particulares, ademais, exige-se que o *intraneus*, motivado pela perspectiva de recebimento de vantagens indevidas, cause prejuízos à entidade privada com a qual está vinculado, por meio de prática ou de omissão de ato contrário às suas obrigações funcionais. Tais obrigações, em nosso entendimento, são todas aquelas emanadas da legislação formal ou da relação

⁶⁸⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. v. 1, cit., p. 215.

⁶⁸⁶NORONHA, Magalhães. *Direito Penal – Parte Especial*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 259, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 2. ed. v. 5, cit., p. 80: “A conduta criminosa pode manifestar-se antes ou depois do ato, ou, noutras palavras, a corrupção pode ser antecedente ou subsequente, dando-se a primeira quando o funcionário ainda praticará o ato, para o qual foi peitado, e a segunda, quando já o havendo executado, recebe agora, sem anterior acordo ou promessa, a vantagem indevida ou ilícita”.

principal-intraneus que imponham a este último o dever de atuar na promoção dos melhores interesses do primeiro.

Destarte, não apenas os *pactos sceleris* privados que prejudiquem o cumprimento de obrigações estabelecidas em lei *strictu sensu* serão considerados relevantes penais. Também deverão ser sancionados os acordos delitivos que causarem prejuízo às pessoas jurídicas de direito privado, ainda que os atos perpetrados pelo corrupto em contraprestação ao recebimento de proveito indevido sejam contrários a meras obrigações dispositivas, frutos de livres avenças entre ele e o *principal*.

Inobstante esse posicionamento possa ser alvo de críticas dos estudiosos do Direito Penal, no sentido de que não atenderia às exigências do postulado da legalidade, entendemos que a limitação da possibilidade de incidência normativa às hipóteses nas quais emergja prejuízo para a vítima torne admissível essa sorte de abertura no leque de comportamentos proibidos. Afinal, o corrupto que recebe proveitos indevidos deve sofrer reprimenda estatal por praticar ou omitir ato do qual resulte prejuízo ao ente privado com o qual mantém relação jurídica, independentemente da fonte das obrigações por ele violadas: determinante para a consumação delitiva é o prejuízo decorrente do ato praticado, não a violação de obrigações e sua natureza.

A vantagem indevida que deve motivar a atuação desviada do agente ativo do crime de corrupção passiva no setor privado pode ser de qualquer espécie, mensurável economicamente ou não. É esse o entendimento que prevalece no âmbito dos diplomas jurídicos internacionais e supranacionais relativos ao assunto⁶⁸⁷, na ordem jurídica das nações que já tipificaram os *pactos sceleris* entre particulares⁶⁸⁸ e, também, no Brasil, para os atos corruptos perpetrados por funcionários públicos.

Destarte, é possível a configuração da prática delitiva nas hipóteses em que o *intraneus* atuar de forma ilícita, estimulado pelo recebimento de pecúnia, mas, também, nos casos em que as suas ações ou omissões forem determinadas por promessas ou recebimentos de favores sexuais, promoções profissionais, viagens, presentes, agrados ou qualquer outro tipo de benefício que represente a sua prestação pela celebração de *pacto sceleris* prejudicial à pessoa jurídica com a qual está vinculado.

⁶⁸⁷Vide, sobre o tema, o Capítulo II do presente estudo, em que foram analisados os mais relevantes documentos internacionais e supranacionais que tratam dos *pactos sceleris* privados.

⁶⁸⁸A demonstração dessa circunstância está posta no Capítulo III desta dissertação de mestrado, no qual foram destrinchadas as características do crime de corrupção no setor privado, na ordem jurídica da Inglaterra, da França, da Alemanha, da Itália e da Espanha.

O empregado ou o administrador que incorre nas condutas proscritas no dispositivo incriminador sugerido pode atuar com a finalidade de obter proveitos ilícitos para si ou para outrem. A responsabilização criminal de terceiro, contudo, apenas poderá ocorrer se ele atuar como coautor ou como partícipe das condutas praticadas pelo *intraneus*, conforme preceitua o artigo 29 do Código Penal. *Contrario sensu*, não poderá ser sancionada terceira pessoa insciente do crime, que nele não tenha tomado parte, mesmo se for beneficiada com a percepção de vantagem indevida.

A despeito de na modernidade a doutrina entender que os crimes de corrupção ativa e passiva não guardem interdependência entre si⁶⁸⁹, julgamos necessário que essas duas facetas dos *pactos sceleris* entre particulares sejam previstas em tipos penais distintos, porém, estruturados de maneira a que os agentes dos dois delitos apenas sejam sancionados se atuarem de forma bilateral⁶⁹⁰: somente assim poderá ser afetado o bem jurídico que se pretende tutelar.

Para a configuração do crime de corrupção passiva no setor privado é fundamental que a atuação concreta do *intraneus*, prejudicial à pessoa jurídica de direito privado com a qual mantém relação obrigacional, seja estimulada por efetivo recebimento ou promessa de vantagem indevida feita pelo corruptor. Nesse contexto, se o corrupto solicita vantagens indevidas, não outorgadas pelo *extraneus*, ou se rejeita proposta de acordo ilícito formulada por este último, não será possível que se cogite da prática do crime estudado: apenas a efetiva celebração de *pacto sceleris*, com a confluência das vontades dos agentes nele envolvidos, deverá ser relevante penal. Assim, contempla-se o postulado basilar da fragmentariedade, pois excluídos do espectro de comportamentos puníveis aqueles que pouco – ou nenhum – risco oferecem ao bem jurídico tutelado.

A corrupção passiva no setor privado, por conseguinte, é crime de ação e evento, consumando-se apenas se à ação praticada unir-se, por nexos de causalidade, um resultado naturalístico específico⁶⁹¹, qual seja, o efetivo prejuízo à pessoa jurídica de direito privado vítima. Tal prejuízo no mais das vezes está relacionado à perda da possibilidade de realização de negócios lucrativos, não à simples redução do patrimônio preexistente à execução dos termos do acordo delitivo.

⁶⁸⁹ Sobre o assunto, veja-se o Capítulo I desta dissertação de mestrado.

⁶⁹⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed., cit., v. 1, p. 327.

⁶⁹¹ Id. *Ibid.*, p. 245.

De se destacar, por derradeiro, que o prejuízo exigido para a configuração do delito pode afetar quaisquer dos direitos patrimoniais do ente moral afetado mensuráveis economicamente. Assim, deve-se proteger a propriedade empresarial como bem jurídico institucional, no qual está inserido todo o patrimônio da pessoa jurídica de direito privado, quer de natureza material quer imaterial, ficando alijados do Direito Penal os acordos corruptivos que não produzam dano ao referido bem jurídico.

5.2.2. Os elementos objetivos da corrupção ativa no setor privado

No que diz respeito à corrupção ativa no setor privado, os comportamentos vedados por eventual dispositivo legal incriminador deveriam ser os seguintes:

Corrupção ativa no setor privado:

Oferecer, prometer ou entregar, visando à obtenção de benefício para si ou para outrem, vantagem indevida a administrador ou empregado de pessoa jurídica de direito privado, para que pratique ou omita ato contrário às suas obrigações funcionais, do que resulte prejuízo à entidade.

Pena: reclusão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa.

Da forma como apresentada, a corrupção ativa no setor privado contempla comportamentos que são reflexo especular daqueles delineados na modalidade passiva do fenômeno. Analisadas as categorias doutrinárias de classificação dos tipos penais, pode-se afirmar que é crime simples, unissubjetivo, de ação múltipla e comissivo, podendo ser praticado de forma livre. Outrossim, é instantâneo, material e bilateral ou de concurso necessário, havendo exigência de que o agente atue com dolo específico.

Inicialmente, no que diz respeito aos sujeitos ativos do delito, é fácil constatar que qualquer pessoa natural, independentemente de predicados subjetivos especiais, pode perpetrar os comportamentos vedados no dispositivo incriminador proposto. Tal como previsto na faceta do fenômeno relacionada à Administração Pública, notadamente nos artigos 333 e 337-B do Código Penal, não há no tipo de delito qualquer exigência própria para que alguém possa ser autor do crime de corrupção privada ativa, o qual, portanto, é simples ou comum⁶⁹².

⁶⁹²MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8. ed., cit., p. 227: “La ley no limita normalmente el ámbito de posibles sujetos activos, sino que se refiere a todo el que ejecute la acción típica. Todos los delitos en que esto suceda serán delitos comunes, a diferencia de los delitos especiales, de los que sólo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley”.

É necessário destacar que tanto o Projeto de Lei nº 236/2012⁶⁹³, quanto a proposta de tipificação do fenômeno apresentada pelo professor Miguel Reale Júnior⁶⁹⁴, contemplam esse mesmo posicionamento. Com efeito, na descrição dos comportamentos criminosos neles existentes 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 acima proposto 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 (crime unisubjetivo), 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.

De se destacar, ademais, ter sido criada proposta que contempla crime de ação múltipla, em razão do que devem ser reputadas típicas as condutas de oferecer, prometer ou entregar vantagem indevida a administrador ou empregado que atue no setor privado, praticadas isolada ou conjuntamente. Com efeito, o simples oferecimento pode ser suficiente para a configuração da prática delitiva, bem assim a mera promessa ou a efetiva entrega de proveitos indevidos pactuados de forma ilícita.

Os verbos nucleares que integram a figura típica esboçada são, na mesma linha sugerida por Miguel Reale Júnior, oferecer, prometer e entregar. O primeiro deles, extrai-se do Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa⁶⁹⁵, significa “*dar de presente (...), pôr à*

⁶⁹³Projeto de Lei do Senado Federal nº 236/2012, artigo 167, parágrafo único: “*Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida*”.

⁶⁹⁴Proposta de tipificação penal da corrupção ativa no setor privado, elaborada por Miguel Reale Júnior: “*Oferecer, prometer ou entregar, visando à obtenção de benefício para si ou para terceiro, vantagem indevida a administrador ou empregado de pessoa jurídica de direito privado para que pratique ou omita ato funcional em prejuízo da entidade, com violação do dever de probidade*”.

⁶⁹⁵HOUAISS, Antônio. op. cit.

disposição (...) propor (alguma coisa) em contrapartida de (outra coisa) (...); o segundo consiste em “obrigar-se verbalmente ou por escrito (...); comprometer-se (...); fazer promessa de dar (algo); comprometer-se a dar”; e o terceiro denota “*fazer chegar, passar às mãos (...); dar*”.

A partir disso, constata-se que o modelo de tipo penal aventado proíbe a realização de determinados comportamentos ativos considerados lesivos ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora. Por conseguinte, nota-se que a corrupção entre particulares, nos moldes por nós idealizados, é delito de ação, que apenas se consuma nas situações em que os agentes atuam mediante a prática comissiva de condutas expressamente vedadas no texto normativo.

No tocante aos demais elementos típicos, basta aduzir que eles são idênticos àqueles característicos da corrupção privada passiva: os conceitos jurídicos de administrador, empregado, entidade moral de direito privado, obrigações funcionais e prejuízo são os mesmos que informam o tipo penal que prevê o sancionamento do *intraneus*, em razão do que é despicienda a repetição da análise de cada um deles.

5.3. O elemento subjetivo do tipo penal de corrupção no setor privado

Ao apresentar proposta de bem jurídico a ser protegido pelo crime de corrupção no setor privado, no capítulo 4.4, deixamos assentada a premissa de que a corrupção, seja em seus moldes clássicos, relacionada à prática de atos desviados por funcionários públicos, seja na faceta à qual foi dedicada a presente dissertação de mestrado, decorre de conflitos de interesses que permeiam uma relação *principal-agente*.

Para que se possa falar na ocorrência de corrupção, é imprescindível que o *intraneus*, descumprindo as obrigações que o vinculam ao *principal*, de maneira deliberada, busque obter do *extraneus* benefícios indevidos, para si ou para terceiros, mediante solicitações ilícitas; ou que o corruptor, mediante o oferecimento ou a promessa de proveitos indevidos para o corrupto, tente estimulá-lo a violar o liame de lealdade e de confiança mantido com o seu *principal*.

A partir dessas observações, é fácil notar que os agentes que atuam na prática de atos corruptivos têm como objetivo estabelecer um acordo ilícito entre si (*pacto sceleris*), a partir do qual almejam alcançar vantagens extraordinárias, em detrimento do *principal*, em nome e em benefício do qual o *intraneus* deveria atuar.

Destarte, toda corrupção tem em seu nascedouro uma manifestação intencional de vontade dos agentes nela envolvidos⁶⁹⁶: os corruptores atuam mediante o oferecimento ou a concessão de vantagens indevidas aos corruptos (corrupção ativa), que as podem receber ou solicitar, de igual sorte, de maneira proposital (corrupção passiva). As normas jurídicas incriminadoras dos comportamentos que caracterizam o fenômeno da corrupção – pública ou privada –, portanto, sempre devem mirar condutas dolosas, inexistindo *pactos sceleris* derivados de ações ou omissões culposas.

Tal conclusão está em consonância com as disposições dos artigos 317⁶⁹⁷, 333⁶⁹⁸ e 337-B⁶⁹⁹ do Código Penal brasileiro, nos quais estão contemplados, respectivamente, os crimes de corrupção ativa e passiva de funcionário público nacional, e de corrupção ativa em transação comercial internacional. Analisadas as características elementares da tipicidade delitiva de cada um dos aludidos dispositivos normativos, percebe-se que apenas são proscritos comportamentos dolosos, inexistindo qualquer referência expressa⁷⁰⁰ indicativa da possibilidade de que sejam sancionados eventuais atos de corrupção oriundos da falta de observância aos deveres de cuidado e diligência.

A estrutura da corrupção justifica, ainda, que a exigência de vantagens indevidas pelo *intraneus*, para a prática ou a omissão de atos contrários às suas atribuições funcionais, não seja incorporada ao espectro de comportamentos característicos da corrupção passiva no setor privado⁷⁰¹. Com efeito, se o agente público ou privado exige

⁶⁹⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed., cit., v. 1, p. 220: “A vontade, portanto, deve abranger a ação no seu todo e momento o último ato quando é este que define o sentido finalístico da ação, podendo-se reconduzir o resultado àquela vontade”.

⁶⁹⁷ Código Penal, artigo 317: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa”.

⁶⁹⁸ Código Penal, artigo 333: “Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa”.

⁶⁹⁹ Código Penal, artigo 337-B: “Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa”.

⁷⁰⁰ A ordem jurídica brasileira apenas admite o sancionamento de comportamentos culposos nas hipóteses expressamente previstas na lei, o que não acontece em qualquer dos tipos penais que tratam do fenômeno da corrupção. Afinal, prevê o artigo 18, parágrafo único do Código Penal, “salvo os casos expressos em lei, ninguém poderá ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

⁷⁰¹ Importante mencionar que no Projeto de Lei do Senado Federal nº 236/2012, o artigo 167, que tipifica os comportamentos de corrupção privada, prevê que o delito se aperfeiçoa nas hipóteses em que o corrupto exige vantagem indevida para favorecer a si ou a terceiros. Entretanto, conforme bem salienta REALE JÚNIOR, o verbo exigir é incompatível com a estrutura do fenômeno da corrupção, que pressupõe a atuação livre dos agentes nele envolvidos (REALE JÚNIOR, Miguel. *A corrupção no setor privado*. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 17. São Paulo, 2012). Sobre o assunto, veja-se: GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado: aspectos gerais e as propostas de sua tipificação na ordem jurídica brasileira*. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renado de Mello Jorge (Coords.). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2014.

proveito indevido do *extraneus*, retirando-lhe a possibilidade de atuar de maneira lícita, não é lógico que se cogite da formação de um *pacto sceleris*, base para toda situação de corrupção. Afinal, a atuação daquele que faz o pagamento ilegal, nas hipóteses em que apenas cede às exigências que lhe são dirigidas, não decorre de sua liberdade de escolha, mas é consequência das imposições feitas pelo *intraneus*.

Diante disso, com respeito à própria natureza do fenômeno estudado, é necessário 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. Considerados os elementos do tipo penal esboçado, apenas o intencional recebimento ou a solicitação de vantagem indevida pelo *intraneus*, para a prática de comportamentos incompatíveis com as obrigações que lhe vinculam ao *principal*, poderá ser passível de censura criminal; por outro lado, o oferecimento ou pagamento de proveito ilícito, feito pelo *extraneus*, só estará abarcado por norma penal incriminadora, caso sua atuação seja livre e deliberada.

Por derradeiro, é salutar mencionar que para a configuração do crime de corrupção ativa no setor privado é obrigatório que o agente atue com especial finalidade, consubstanciada na intenção de obtenção de benefício para si ou para terceiro. Além do dolo genérico, é fundamental para a configuração da prática delitiva a presença de elemento subjetivo especial do injusto, do que se conclui atípicas as condutas de indivíduos que não atuam com o objetivo específico de locupletar-se em consequência da celebração de acordos corruptivos.

5.4. A consumação e a tentativa do crime de corrupção no setor privado

A consumação de qualquer prática delitiva, nos moldes delineados no artigo 14, inciso I do Código Penal⁷⁰², está condicionada à constatação de que o comportamento do sujeito ativo ostente todos os elementos do tipo penal. Com efeito, no crime consumado, existe plena correspondência entre a ação concreta praticada e aquela abstrata proscria no dispositivo normativo incriminador.

Em conformidade com os apontamentos colocados no tópico 5.2, no qual foram destrinchados os elementos objetivos-descriptivos e objetivos-normativos que devem

⁷⁰²Código Penal, artigo 14: "Diz-se o crime: I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente".

caracterizar os tipos penais de corrupção passiva e ativa no setor privado, tem-se que a configuração da prática delitiva é iniciada com a adoção de comportamentos pelo corrupto ou pelo corruptor, orientados à celebração de um *pacto sceleris*, a partir do qual poderão alcançar vantagens extraordinárias ilícitas.

A solicitação ou o recebimento de vantagens indevidas pelo *intraneus*, e o oferecimento, a promessa ou a doação de tais vantagens pelo *extraneus*, contudo, não são os únicos elementos necessários à configuração do comportamento delitivo. Afinal, é imprescindível que, ademais, haja confluência das vontades dos agentes envolvidos nas negociações ilícitas, das quais deverão advir comprovados prejuízos para a pessoa jurídica de direito privado vítima.

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.

Desse modo, no que diz respeito à corrupção ativa no setor privado, haverá consumação da prática delitiva nas hipóteses em que o agente prometer, oferecer ou der vantagem indevida de qualquer natureza, para os sujeitos especiais do crime de corrupção passiva no setor privado, visando a que este último atue em desconformidade com os interesses do *principal*, o qual experimenta efetivo prejuízo patrimonial.

De seu turno, para a perfeita subsunção de situação concreta à norma penal que proíbe a prática de atos de corrupção passiva, é obrigatório que os agentes do setor privado solicitem ou recebam vantagens indevidas, destinadas a remunerá-los pela concreta prática ou omissão de atos inerentes às suas funções, dos quais advenham reais prejuízos para o ente moral com o qual mantêm vinculação obrigacional.

Por conseguinte, a consumação do crime de corrupção ativa privada está condicionada à prática de atos de corrupção passiva, sendo obrigatório, outrossim, que a atuação do *intraneus*, contrária aos interesses do *principal*, provoque efetiva afetação

patrimonial deste último: consumir-se-á o delito no exato momento em que ocorrer a concreta lesão do bem jurídico para a proteção do qual o tipo foi construído.

É preciso destacar que a conformação típica do crime material de corrupção no setor privado traz consigo a possibilidade – recorrente no plano factual – de que o delito seja sancionado na modalidade tentada, o que se verifica, nos termos definidos no artigo 14, inciso II do Código Penal, “*quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente*”.

Sobre o assunto, REALE JÚNIOR⁷⁰³ afirma que para que se possa falar em tentativa, necessário que o agente não alcance o resultado que buscava ao praticar a conduta vedada, malgrado tenha agido intencionalmente e criado situação de vulnerabilidade para bem jurídico protegido por norma penal incriminadora, *in verbis*:

Nos crimes em que o dano se destaca da ação e esta se desenrola por uma trilha conduzente à produção do resultado danoso (crime de resultado material), o legislador pune esta ação mesmo que não venha a efetivamente atingir o resultado, criando-se, todavia, uma situação perigosa ao bem jurídico, que não foi lesado apenas por razões independentes da vontade do agente, pois a ação era potencialmente lesiva.

A proteção do bem jurídico destarte se antecipa, e é relevante o perigo criado em razão da intenção de lesar ter sido posta em atividade, combinando-se um dado objetivo consistente no perigo a que resta submetido o bem jurídico com a vontade de dar causa a um delito perfeito cujo ponto final seria o efetivo dano (...).

No crime consumado, o agente alcança o resultado próprio da conduta delituosa descrita no tipo penal. No crime tentado, o agente não alcança esse resultado (...).

É exatamente isso que acontece nas situações em que, movido pela perspectiva de recebimento de vantagens indevidas, o corrupto celebra acordo ilícito com o corruptor, contudo, o advento de circunstâncias alheias à sua vontade (descoberta do fato, por exemplo), inviabiliza a sua atuação ilícita e prejudicial ao *principal*. Nessa situação, inicia-se o *iter criminis*, com a atuação dolosa do *extraneus*, que assegura ao *intraneus* a percepção de proveitos ilícitos, e este último adere à prática criminosa, colocando o bem jurídico protegido em situação de perigo. Entretanto, não consegue executar os termos do *pacto sceleris* celebrado.

⁷⁰³REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 2. ed., cit., v. 1, p. 281.

Trata-se, à luz do quanto estabelece o artigo 14, inciso II do Código Penal, de típica situação de tentativa, sobre a qual deverá incidir o *ius puniendi* estatal, observada a circunstância de que, por não terem sido produzidos os resultados materiais exigidos para a consumação delitiva, deve ser mais branda a reprimenda sancionatória.

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 acordo delitivo. Apenas quando o *pacto sceleris* é firmado surge a possibilidade de que, com a execução de seus termos, advenha concreta afetação do bem jurídico protegido pela norma incriminadora. Por outro lado, se não há acordo de vontades entre os agentes das modalidades ativa e passiva do crime analisado, inexistente incremento do 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 esse motivo, 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. Também assim, a solicitação de benefícios ilegítimos por *intraneus* da esfera privada que não for acolhida pelo *extraneus* deverá ficar fora do espectro de comportamentos relevantes para o Direito Penal. Afinal, em ambos os casos não haverá possibilidade de concretização de dano patrimonial, essencial para a configuração delitiva.

Em verdade, caso a intenção de celebração de acordos corruptivos seja unilateral – apenas o corruptor deseja celebrar *pactos sceleris*, ou somente o corrupto atua com o propósito de fazê-lo – haverá situação clássica de crime impossível⁷⁰⁴: inviável a consumação da prática criminosa, uma vez que a ocorrência do resultado material exigido pelo tipo penal – prejuízo patrimonial – depende da atuação concertada do *intraneus* e do *extraneus*. Aplica-se, portanto, o artigo 17 do Código Penal, segundo o qual “*não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”.

⁷⁰⁴REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed., cit., v. 1, p. 305: “*Enquanto no crime tentado a consumação deixa de ocorrer pela interferência de causa alheia à vontade do agente, no crime impossível a consumação jamais ocorrerá, e, assim sendo, a ação não se configura como tentativa do crime, que se pretendia cometer, por ausência de tipicidade (...). No crime impossível, são os próprios meios de que se serve o agente ou o objeto material sobre o qual faz recair sua ação que tornam impossível o crime (...). Doutra parte, cabe ver que se a tentativa se caracteriza pela criação de uma situação perigosa a um bem jurídico, no crime impossível não surge tal situação seja pela inidoneidade do meio de vir a atingir o bem protegido, seja porque o objeto material, que corporifica o bem tutelado, inexistente*”.

Destarte, em síntese, a consumação do crime de corrupção no setor privado, nos moldes propostos, ocorre em momento posterior à celebração do *pacto sceleris* (início do *iter criminis*). A bem da verdade, apenas quando o corrupto praticar ou omitir atos contrários às suas obrigações, que favoreçam o corruptor, causando efetivos prejuízos patrimoniais para o *principal*, haverá plena correspondência entre a ação concreta perpetrada e aquela abstrata proscrita no dispositivo normativo incriminador.

Ademais, é possível a punição da corrupção tentada entre particulares, que ocorrerá nas situações em que for celebrado o acordo delitivo entre o *extraneus* e o *intraneus*, com a finalidade de que, em prejuízo do *principal*, haja atuação indevida do corrupto. Contudo, por circunstâncias alheias à vontade dos sujeitos envolvidos no acordo ilícito, ele não é executado, tampouco gera lesão ao bem jurídico protegido, em razão do que é aplicável o artigo 14, inciso II do Código Penal.

Por fim, serão impuníveis as ofertas, promessas ou doações de benefício indevido, feitas pelo corruptor e rejeitadas pelo *intraneus*, assim como não haverá incidência do preceito incriminador, se a solicitação de vantagem indevida, feita pelo corrupto, for rechaçada pelo *extraneus*. Como dessa situação jamais decorrerá prejuízo concreto ao patrimônio do principal, “*é impossível consumir-se o crime*”.

5.5. As penas do crime de corrupção no setor privado

Definidas as condutas que devem caracterizar o crime de corrupção no setor privado, é necessário tecer considerações sobre as consequências jurídico-penais decorrentes de sua prática. Na medida em que os dispositivos legais incriminadores são integrados por uma norma primária, de comunicação ao cidadão das formas de comportamento proibidas, e, também, por uma norma secundária, que impõe aos juízes a obrigação de castigá-las⁷⁰⁵, é fundamental definir de que maneira isso deverá acontecer nos *pactos sceleris* celebrados entre particulares.

Importa mencionar que todos os textos jurídicos internacionais que direcionam atenção ao fenômeno estudado, não obstante divirjam na forma de fazê-lo, trazem idêntica previsão no sentido de que as penas a serem cominadas ao delito devem sempre ser proporcionais. Isso porque, adverte REALE JÚNIOR⁷⁰⁶, “*a intervenção penal em um Estado*

⁷⁰⁵MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8. ed., cit., p. 62.

⁷⁰⁶REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed., cit., v. 1, p. 29.

de Direito Democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena”, noção que ecoa na ordem jurídica brasileira.

Com efeito, no artigo 5º da Constituição Federal, no qual são elencados os mais relevantes direitos e deveres individuais e coletivos, cláusulas pétreas, inúmeros são os comandos normativos⁷⁰⁷ que vedam sejam as sanções penais previstas ou aplicadas de maneira a extrapolar os estritos limites de sua necessidade⁷⁰⁸.

No Código Penal, de igual sorte, há comando expresso no sentido de que a aplicação da reprimenda criminal seja feita na justa medida do que for necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito (artigo 59⁷⁰⁹).

Com atenção a essas considerações basilares, propõe-se que os fatos típicos de corrupção no setor privado sejam punidos com pena de reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa, tal como previsto para os casos de furto simples (artigo 155, *caput*), apropriação indébita (artigo 168) e receptação (artigo 180), crimes contra o patrimônio que costumam apresentar grau de lesividade próximo daquele verificado nas hipóteses de corrupção entre particulares.

Desse modo, assegura-se a proporção necessária para a legitimação da punição dos atos corruptivos perpetrados na esfera privada, pois que observadas as finalidades de prevenção e repressão que devem nortear a imposição de sanções penais. Ademais, fica preservada a coerência da sistemática jurídico-penal. Registre-se que, no tocante ao *quantum* sancionatório, são idênticos o conteúdo do Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado Federal e o da proposta legislativa redigida por Miguel Reale Júnior.

⁷⁰⁷A título exemplificativo, citem-se o inciso XLV, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, o inciso XLVI, que estabelece obrigatória a “individualização da pena”, e o inciso XLVII, que proíbe pena de morte, pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou penas cruéis. Sobre o assunto, veja-se: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 602 e ss.

⁷⁰⁸Constituição Federal, artigo 1º: “A república federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

⁷⁰⁹Código Penal, artigo 59: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

De se destacar, ainda, que a previsão de pena mínima de 01 (um) ano para a celebração de *pactos sceleris* entre particulares torna cabível a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo⁷¹⁰, disciplinado no artigo 89 da Lei Federal nº 9.099/95. Tal possibilidade é relevante, porque, com a aceitação do *sursis* processual, viabiliza-se célere e eficiente reparação dos prejuízos decorrentes da corrupção privada.

Por fim, tendo em vista que as consequências advindas da celebração de acordos ilícitos entre particulares são potencializadas nas hipóteses em que o *intraneus* é administrador ou empregado de companhias de capital aberto⁷¹¹, considera-se necessário que a eles seja imposta sanção penal em patamar diferenciado. Em tais casos, os prejuízos que defluem dos atos de corrupção privada extrapolam os interesses patrimoniais dos indivíduos diretamente envolvidos com as negociações espúrias, atingindo o patrimônio de número indefinido de acionistas, que investem o seu capital na sociedade empresária afetada pela execução do *pacto sceleris*.

Salutar, portanto, o artigo legal que prevê a tipificação do crime de corrupção no setor privado seja integrado pelo seguinte dispositivo normativo:

§1º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado contra pessoa jurídica de direito privado que seja sociedade anônima aberta, nos termos da legislação vigente.

Desse modo, para a justa reprovação do crime de corrupção no setor privado, entende-se necessária a criação de previsão de sanção penal privativa de liberdade que varie de 01 (um) a 04 (quatro) anos, além de multa. Deve-se aplicar, ademais, causa de aumento se o crime é perpetrado em detrimento de sociedade anônima aberta, com a finalidade de que sejam salvaguardados os interesses econômicos dos acionistas.

⁷¹⁰Lei Federal nº 9.099/95, artigo 89: “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 (art. 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 a 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”.

⁷¹¹Entende-se por companhia de capital aberto, nos termos do artigo 4º da Lei Federal nº 6.404/76, aquela que tem os valores mobiliários de sua emissão admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, matéria que é também regulamentada por dispositivos normativos da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Sobre o assunto, veja-se: REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, cit., p. 37.

5.6. A natureza da ação penal do crime de corrupção no setor privado em vista do bem jurídico tutelado

No capítulo 4.4 da dissertação, firmamos posição no sentido de que o fenômeno da corrupção entre particulares é pluriofensivo e que eventuais tipos penais criados para puni-lo devem contemplar o patrimônio dos agentes privados como bem jurídico principal. Todavia, também são afetadas a lealdade e a confiança que sustentam os vínculos relacionais na esfera privada, e, em certos casos, os normais parâmetros de funcionamento de mercados baseados na livre concorrência.

A partir da interpretação de dispositivos normativos previstos na ordem jurídica brasileira, conjugada com a análise de estudos científicos sobre a matéria, foi possível perceber que a proteção dos interesses patrimoniais nos tempos hodiernos, além de fundamental para os seus titulares, é determinante para o aprimoramento do ambiente socioeconômico geral.

Extraí-se do artigo 5º, inciso XXIII, e 170 da Constituição Federal, que os direitos de propriedade devem ser exercidos em contemplação à sua função social, circunstância que assume relevância ainda mais destacada no âmbito das atividades econômicas do setor privado, pois, nos dizeres de REQUIÃO⁷¹², a empresa acabou por se transformar em um repositório de variados interesses:

Deixou ela de constituir uma simples máquina de fazer lucros (...). Nos dias presentes, a companhia tem severos e graves deveres para com a coletividade em cujo meio atua. Os administradores devem conciliar (...) múltiplos e diferentes interesses, dos quais o lucro é o principal, porém não o único. Qualquer sociedade deve comportar-se como parte responsável do agregado social no qual ela opera.

Fica clara, portanto, a necessidade de que o patrimônio das pessoas jurídicas de direito privado seja tutelado para estimular o cumprimento de sua função social. Em razão da importância de tal bem jurídico e da enorme capacidade que a corrupção privada tem de afetá-lo, seria de se supor que a repressão do fenômeno pudesse ser feita pelo Estado independentemente dos anseios da vítima⁷¹³. É isso que acontece com a maior parte dos delitos contra o patrimônio previstos no Código Penal⁷¹⁴.

⁷¹²REQUIÃO, Rubens. op. cit., p. 214 e ss.

⁷¹³No Projeto de Lei nº 236/2012, em trâmite no Senado Federal, prevê-se que o crime de corrupção entre particulares é de iniciativa pública incondicionada, em nosso entendimento, equívoco que aparece ladeado por inúmeros outros existentes na proposta de reforma do Código Penal.

⁷¹⁴No Código Penal, a maior parte dos crimes contra o patrimônio é de iniciativa pública incondicionada e podem ser sancionados independentemente da vontade do titular do bem jurídico afetado. São eles: furto

Todavia, as peculiaridades do cenário em que as situações de prática de atos de corrupção no setor privado ocorrem, qual seja, o ambiente empresarial, podem fazer com que, não raro, a persecução penal de tais comportamentos, em vez de favorecer a proteção do patrimônio dos entes privados, potencialize os prejuízos decorrentes da celebração de *pactos sceleris*.

Conforme bem esclarece REALE JÚNIOR, pode “*ocorrer eventual interesse da empresa em não promover a persecução penal, tendo em vista os efeitos nocivos da publicidade da corrupção praticada por um dirigente*”⁷¹⁵, circunstância que deve ser considerada na definição dos elementos essenciais do delito estudado.

Pense-se, para exemplificar, no caso de uma pessoa jurídica de direito privado de capital aberto que tome conhecimento de negociações ilícitas conduzidas por seus funcionários. Mediante o recebimento de vantagens indevidas de fornecedores, eles adquirem matérias-primas a preço mais elevado do que o praticado no mercado e que seriam utilizadas no desenvolvimento de novas tecnologias. Atribuindo-se aos órgãos públicos a obrigação *ex officio* de persecução penal desse comportamento, informações empresariais confidenciais, que, mantidas em sigilo, poderiam dar origem a novas tecnologias e a altos lucros para a empresa, podem acabar expostas aos concorrentes.

Destarte, em certas hipóteses, além de inviabilizar a conclusão de projetos tecnológicos lucrativos e, por conseguinte, o aumento patrimonial que deles seria decorrente, a difusão de informação sobre a prática de atos corruptivos no âmbito empresarial pode criar um ambiente de desconfiança no mercado. Com isso, é possível que haja redução do valor do capital acionário das pessoas jurídicas afetadas: em tais casos, incontestemente que a persecução penal pública da corrupção no setor privado seria desastrosa para a empresa e para os seus investidores.

Idêntica é a situação da empresa que descobre que seus colaboradores estão transferindo a um concorrente seu, como contraprestação pelo recebimento de vantagens indevidas, informações confidenciais sobre os dados de seus clientes e condições de

(artigo 155), roubo (artigo 157), extorsão (artigos 158, 159 e 160), algumas modalidades de usurpação (artigo 161 e 162), algumas modalidades de dano (artigo 163, 165 e 166), apropriação indébita (artigos 168, 168-A e 169), todas as modalidades de estelionato (artigos 171, 172, 173, 174 e 175), outras modalidades de condutas fraudulentas (artigos 177 e 178) e a receptação (artigo 180). Por outro lado, são crimes de iniciativa pública sujeitos à representação o furto de coisa comum (artigo 156) e a fraude, prevista no artigo 176. São de iniciativa privada, apenas, algumas espécies de usurpação (artigo 161, §3º), de dano (artigo 163, *caput* e parágrafo, inciso IV e 164) e a fraude à execução (artigo 179).

⁷¹⁵REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal, cit., p. 246.

negociações com eles mantidas. Fosse de iniciativa pública incondicionada a persecução penal desse comportamento, a empresa prejudicada com a celebração dos *pactos sceleris* seria impelida a fornecer para todos os indivíduos implicados na dinâmica processual os dados estratégicos de seu negócio, situação que a colocaria em posição de ainda maior vulnerabilidade.

Problemas surgiriam, também, nas situações em que as pessoas jurídicas de direito privado tomassem conhecimento de que o seu melhor funcionário, maior especialista em sua área de atuação, estaria praticando atos de corrupção no setor privado. Nesse caso, se a ação penal fosse iniciada pelo Ministério Público, de ofício, a empresa acabaria forçada a romper os vínculos relacionais com o agente que recebesse as vantagens indevidas, malgrado solucionar a questão internamente, com a preservação do vínculo empregatício, pudesse ser mais vantajoso sob o viés econômico.

Por conseguinte, não obstante inquestionável a relevância dos bens jurídicos que podem ser afetados com a prática de atos de corrupção no setor privado, verifica-se que atribuir aos órgãos públicos a incumbência de persecução penal do fenômeno, sem que haja concordância da vítima, pode favorecer o agravamento das consequências que surgem como desdobramento da celebração de acordos ilícitos entre particulares, em vez de promover a proteção do patrimônio das entidades privadas.

Destarte, como forma de equacionar esses problemas, assegurando a efetiva tutela do patrimônio do setor privado, defende-se que a condução dos procedimentos criminais destinados à punição da corrupção entre particulares seja feita pelos órgãos públicos. Contudo, a sua atuação será condicionada à representação formal da vítima⁷¹⁶: trata-se, pois, de crime de ação pública condicionada.

⁷¹⁶MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 3. atual. Campinas: Millennium, 2009. v. 1, p. 296: “A ação penal pública condicionada pode depender de representação do ofendido nos casos taxativamente previstos em lei. Embora o crime atinja um bem jurídico, cuja tutela penal interessa precipuamente ao Estado, figuras delituosas existem em que a pretensão punitiva somente surge quando o sujeito privado, que desse bem jurídico é titular, também tenha interesse na punição da infração penal (...). A representação é uma *delatio criminis postulatoria* (...) destinada a produzir determinado efeito jurídico, ou seja, a provocar o desencadeamento da persecução penal”. No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 328.

CONCLUSÕES⁷¹⁷

1.1. O vocábulo corrupção tem origem na expressão latina *corruptio* e está relacionado às noções de deterioração, devassidão, podridão e perversão. Antes de ser incorporado ao universo jurídico, já fazia parte do léxico de outros ramos das ciências sociais, que o empregavam para tratar de situações recorrentes no seio social, caracterizadas pelo exercício desviado do poder.

1.2. No Direito Penal, o vocábulo corrupção usualmente é utilizado para fazer alusão ao exercício abusivo de poderes: a corrupção está atrelada a relações jurídicas legítimas, que vinculam um sujeito investido de poderes especiais (*intraneus*) a outro sujeito (*principal*), que lhe outorga tais poderes, em benefício do qual eles devem ser exercidos.

1.3. Nas situações em que há prática de comportamentos corruptos, o indivíduo que ostenta posição jurídica qualificada, diante de conflito de interesses com o *principal*, é movido a desempenhar as suas funções de forma desviada. Impelido a optar entre agir em conformidade com as obrigações que lhe são atribuídas e tentar obter benefício indevido mediante o descumprimento de seus deveres, o agente escolhe a segunda opção: denomina-se corrupção passiva a solicitação ou o recebimento de vantagem indevida pelo *intraneus*, em detrimento do *principal*.

1.4. Tais comportamentos acontecem, em regra, porque sujeito estranho à relação *principal-agente* nela busca se imiscuir, perseguindo objetivos próprios, também conflitantes com os interesses do *principal*, e passíveis de serem alcançados com o exercício abusivo dos poderes outorgados ao *intraneus*. Emerge, então, a figura do corruptor, que atua mediante promessas, oferecimentos ou doações de vantagem indevida ao corrupto – corrupção ativa -, buscando influenciá-lo a agir em desconformidade com as obrigações inerentes aos poderes dos quais é mandatário.

1.5. Tradicionalmente, a celebração de *pactos sceleris* dispunha de relevância penal apenas nas hipóteses em que o corrupto fosse funcionário da Administração Pública ou apresentasse condição jurídica a essa equiparada.

⁷¹⁷Na numeração destas conclusões, o primeiro algarismo indica o capítulo do trabalho do qual extraída a afirmação, e, o seguinte, a sequência das conclusões de cada capítulo.

1.6. Nas últimas décadas, contudo, intensificaram-se as discussões sobre a necessidade de tipificação penal da corrupção privada: a gravidade do fenômeno corruptivo e o aumento das situações em que é verificado; a verticalização da globalização, com o aumento da complexidade da dinâmica econômica empresarial; os processos de privatização; a interface entre os *pactos sceleris* na Administração Pública e aqueles celebrados por particulares; e a ineficiência das normas extrapenais são algumas das razões a recomendar a implementação de política criminal sobre o assunto.

1.7. A preocupação com a corrupção no setor privado, acompanhada da disseminação de normas jurídico-penais mundo afora que a tipificam, não obstante defendida por importantes penalistas que se dedicam ao assunto, é criticada por doutrinadores de relevo, para os quais o Direito Penal não tem sido empregado de forma adequada para fazer frente à repressão do fenômeno: haveria, com a tipificação do delito, violação dos princípios da *ultima ratio*, da subsidiariedade e da fragmentariedade.

2.1. Nos âmbitos supranacional e internacional, a preocupação com a corrupção iniciou-se em 1977, quando os Estados Unidos criaram o *Foreing Corrupt Practices Act*, instrumento repressivo cujo escopo era penalizar as empresas norte-americanas que praticassem atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros. Apenas hipóteses de corrupção de agentes estatais eram objeto de disciplina jurídica.

2.2. A partir de 1998, foram criados diversos instrumentos jurídicos supranacionais e internacionais orientados à punição da corrupção no setor privado. Entretanto, é bastante variado o tratamento dispensado por cada um deles ao fenômeno.

2.3. A Ação Comum 98/742/JAI da União Europeia foi o primeiro instrumento jurídico supranacional dedicado ao combate à corrupção no setor privado, que deveria ser sancionada com vistas à proteção da lealdade concorrencial. Todavia, o texto continha deficiências graves na descrição das condutas de *pactos sceleris* e, malgrado tenha fomentado discussões sobre o fenômeno, surtiu poucos efeitos concretos, em razão da inexistência de mecanismos que impusessem sua implementação.

2.4. Poucos meses após o advento da Ação Comum, o Conselho da Europa criou a Convenção Penal Sobre a Corrupção, em janeiro de 1999, reforçando a tendência de direcionamento de atenção aos *pactos sceleris* privados. À diferença do que ocorria no texto comunitário então vigente, a corrupção entre particulares era pensada como fonte de violação dos deveres de lealdade e de confiança nas relações privadas. O rol de sujeitos

ativos do crime de corrupção passiva contemplado no texto abarcava não apenas trabalhadores regularmente atrelados a uma determinada pessoa jurídica, mas, de igual modo, os advogados, os agentes externos, os assessores e quaisquer outros indivíduos com os quais existisse uma relação pautada nos interesses do *principal*.

2.5. A Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia substituiu a Ação Comum 98/742/JAI, mantendo inalterada a ideia de que a corrupção privada deveria ser sancionada para proteger a livre e leal concorrência. Pondo-se miras nos contornos típicos das condutas que caracterizariam a corrupção no setor privado, é possível constatar que a tentativa de definir comportamentos atentatórios à regularidade concorrencial foi malsucedida, pois não foram abarcadas pelo texto diversas situações das quais defluiu lesão concreta a tal interesse jurídico. Em verdade, para a configuração da prática delitiva, nos moldes previstos no texto comunitário, impõe-se concomitante violação da concorrência e da lealdade no setor privado (pluriofensivo). Apesar das deficiências verificadas no texto normativo, o advento da Decisão Marco estimulou diversas reformas legislativas nos Estados-membros da União Europeia.

2.6. Também em 2003, foi criada a Convenção de Combate à Corrupção no Setor Privado da União Africana, na qual foram inseridos modelos de incriminação do fenômeno voltados à proteção da lealdade dos agentes privados. Entretanto, são graves as falhas de técnica legislativa existentes no texto internacional, que não gerou impacto relevante na ordem jurídica das nações do continente em que fora criado.

2.7. O mais abrangente e completo instrumento internacional de combate à corrupção é a Convenção da ONU de Combate à Corrupção, que faz parte do ordenamento jurídico brasileiro. Nela, recomenda-se a criação de normas penais voltadas ao combate aos atos de corrupção perpetrados no setor privado, capazes de afetar a integridade e a honestidade nas atividades econômicas, financeiras e comerciais. Não foi direcionada preocupação específica com a proteção da concorrência: privilegiaram-se a lealdade e a confiança nas relações privadas. A implementação da Convenção da ONU é fator importante para a disseminação da ideia de que o crime de corrupção no setor privado deve ser objeto de reprimenda criminal. Porém, melhores seriam os resultados alcançados, se o texto internacional previsse obrigatoria a tipificação do fenômeno.

2.8. O crime de corrupção no setor privado foi inserido também na proposta dos *Eurodelitos*. Analisando-se modelo incriminador elaborado, é possível concluir que a punição do fenômeno deveria ser feita com vistas a assegurar que a atuação dos agentes econômicos não interferisse de forma artificial no regular funcionamento dos mercados baseados na livre concorrência. Não obstante elaborada por importantes juristas de diversas instituições de ensino europeias, foram reduzidos os impactos decorrentes da proposta, que não interferiu de forma significativa nos processos de criação legislativa.

3.1. Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, da mesma maneira, é bastante heterogêneo o tratamento dispensado ao fenômeno da corrupção no setor privado. Podem-se destacar ao menos três distintos modelos de política criminal de combate ao fenômeno. Por essa razão, foram analisados os dispositivos incriminadores existentes na Inglaterra, na Alemanha, na França, na Itália e na Espanha.

3.2. A Inglaterra foi o primeiro país a criar preceitos legais incriminadores dos *pactos sceleris* entre particulares (1906). Não se estabeleceu qualquer distinção no tratamento jurídico da corrupção de agentes públicos e da corrupção privada, situação preservada no *Bribery Act* 2010. Com vistas à proteção da lealdade e da confiança nas relações privadas, estabeleceu-se idêntico tratamento ao indivíduo, funcionário público ou não, que realizasse acordos corruptivos. Tal situação gera desequilíbrios no ordenamento jurídico britânico, pois comportamentos que apresentam graus de gravidade muito distintos acabam punidos com sanções penais de idêntico – e elevado – patamar.

3.3. Na Alemanha também foi precoce a tipificação da corrupção no setor privado (1909), antes prevista em diploma normativo dedicado à proteção da lealdade concorrencial. Atualmente, os atos corruptivos privados estão inseridos no artigo §299 do Código Penal tedesco (StGB), ainda inspirado na ideia de que é necessário coibi-los para a salvaguarda da concorrência. Todavia, há falhas graves no dispositivo legal de tipificação do delito. Entretanto, o modelo político-criminal alemão é o que mais tem influenciado a tipificação dos pactos corruptivos privados mundo afora.

3.4. O legislador ordinário francês, a exemplo dos ingleses e alemães, não tardou em criar modelo de punição para os *pactos sceleris* privados. Inicialmente, foram tipificados para que a distribuição de bens escassos não sofresse interferências indevidas (1919). Posteriormente, a preocupação foi dirigida à salvaguarda das relações laborais (1994), o que justificou a incorporação do delito ao Código de Trabalho. Por fim, a partir de 2005, o crime foi reinserido no Código Penal, com o propósito declarado de proteção da

concorrência. Porém, em que pese a tentativa, as falhas no processo de elaboração legislativa acabaram fazendo com que poucas modificações fossem percebidas no tocante às condutas proibidas, que não se coadunam com a ideia de que é a higidez dos mercados o bem jurídico tutelado. Remanescem comportamentos que afetam primacialmente a lealdade nas relações laborais, o que deixa mostras claras das dificuldades na elaboração dos tipos penais de punição do fenômeno.

3.5. A Itália apenas tipificou a corrupção no setor privado no ano de 2002: na ordem jurídica italiana, centra-se o desvalor dos comportamentos corruptos privados nos prejuízos econômicos que eles podem gerar. Apenas a celebração de *pactos sceleris* que culminem com redução patrimonial do *principal* se enquadra no modelo de conduta proibida. Tal opção contraria os textos comunitários de combate à corrupção no setor privado, o que tem feito surgir críticas na Europa sobre o trabalho do legislador italiano.

3.6. A Espanha é nação em que a pressão internacional para a criação de normas de combate à corrupção privada surtiu efeito concreto. A partir de reforma legislativa operada em 2010, criou-se a possibilidade de punição criminal dos *pactos sceleris* entre particulares, com inspiração na Decisão Marco 2003/568/JAI. Com efeito, na exposição de motivos da legislação vigente, afirma-se que é a concorrência leal o objeto material de proteção pelo artigo 286 bis do Código Penal. Entretanto, o tipo penal criado condiciona a consumação delitiva à criação de risco concomitante à concorrência e à lealdade que une o *intraneus* e o *principal*. Há, por conseguinte, grande dificuldade na elaboração de tipo penal destinado à punição da corrupção privada, seja por motivo da definição dos bens jurídicos tutelados, seja em razão da problemática relativa à especificação dos comportamentos proibidos.

4.1. O modelo de política criminal de combate à corrupção no setor privado voltado à proteção da lealdade e da confiança nas relações privadas está presente em nações como Inglaterra, França, Bélgica, Suécia, Japão e Coreia do Sul. Com efeito, o referido objeto material é dotado de importância jurídica impassível de contestação e, na ordem jurídica brasileira, é contemplado em dispositivos normativos de caráter extrapenal e penal. Todavia, criar norma penal com o desiderato de proteger tão somente a lealdade e a confiança no setor privado pode significar sacrifício ingente dos princípios de limitação do poder punitivo estatal. Apenas para exemplificar, o postulado da *ultima ratio* ficaria prejudicado, pois pode ser que eventual tipo penal sirva para fixar parâmetros morais de funcionamento do mercado, com o que o Direito Penal não deve se ocupar; e o princípio da

legalidade poderia ser violado, pois não há definição precisa do que é ser leal ou não, nas atividades econômicas. Ademais, tal modelo torna difícil legitimar a punição do corruptor, que, no mais das vezes, não tem obrigações para com o *principal*.

4.2. O modelo que entende devam ser os *pactos sceleris* privados sancionados para a proteção da higidez dos mercados competitivos é o que com mais frequência tem sido considerado no momento de tipificação do fenômeno. Presente em países como a Alemanha, Suíça e República Tcheca, o aludido modelo é orientado à proteção de objeto material fundamental para o regular desenvolvimento econômico e recebe, na ordem jurídica brasileira, atenção de normas constitucionais e infraconstitucionais, extrapenais e penais. Entretanto, também esse modelo pode ser incompatível com os princípios basilares do Direito Penal. Além de impossível determinar com precisão qual é o limite entre comportamentos desleais e leais, dificilmente os atos de corrupção privada têm potencialidade para afetar a concorrência em grau tal que justifique a incidência de preceitos incriminadores. Ademais, sendo esse o bem jurídico tutelado, deverão ser considerados irrelevantes penais diversas espécies de *pactos sceleris*, as quais, malgrado não interfiram na concorrência, podem provocar consequências deletérias para outros importantes bens jurídicos.

4.3. Por fim, há modelo de sancionamento penal da corrupção entre particulares orientado à proteção do patrimônio dos agentes privados, contemplado na Itália e na Áustria. Busca-se, com esse modelo, a proteção de bem jurídico fundamental, que está inserido no núcleo duro do Direito Penal, o que evita perquirições relativas à sua dignidade penal. Ademais, é possível que sejam definidos com maior precisão os comportamentos proibidos, porquanto a celebração de acordos delitivos ostentará relevância penal se fizer surgir prejuízo patrimonial concreto para o *principal*.

4.4. Em nossa opinião, o fenômeno da corrupção no setor privado pode afetar diversos bens jurídicos, dentre os quais, a lealdade concorrencial, a lealdade e a confiança que conferem suporte às relações entre particulares e o patrimônio. Entretanto, há obstáculos intransponíveis para que todos eles sejam tutelados por meio da criação de apenas um tipo penal. Afinal, se a configuração da prática delitiva depender de simultânea violação dos mesmos, jamais poderão ser considerados relevantes os mais recorrentes *pactos sceleris* da vida real, que dificilmente atingem a todos esses bens essenciais.

4.5. Considerada a estrutura da corrupção, é possível concluir ser elemento obrigatório em qualquer tipo penal orientado à punição do fenômeno, que os valores de lealdade e confiança, mesmo que em plano secundário, sejam contemplados: a violação do aludido bem jurídico, ou, pelo menos, a sua colocação em situação de perigo, é denominador comum de toda hipótese de corrupção entre particulares.

4.6. Todavia, promover o sancionamento da corrupção entre particulares com vistas a assegurar tão somente que os agentes do setor privado atuem em consonância com as obrigações por eles assumidas perante os seus respectivos *principais* não seria consentâneo com os princípios da *ultima ratio* e da subsidiariedade, que são fontes inafastáveis de limitação do *ius puniendi* estatal.

4.7. Por isso, entendemos devam ser criados tipos penais que assegurem a proteção da lealdade e da confiança que esteiam as relações privadas, e, ao mesmo tempo, do patrimônio dos agentes do setor privado, bem jurídico fundamental, capaz de conferir concretude e legitimidade às normas de proibição dos *pactos sceleris* privados.

4.8. Tem-se que a corrupção privada é fenômeno que deve ser tipificado por normas de índole criminal, não com a finalidade de proteção da regularidade do funcionamento da concorrência econômica, mas para que sejam resguardadas a lealdade e a confiança que amparam as relações entre particulares, dado elementar de toda hipótese corruptiva, e, principalmente, o patrimônio privado, bem jurídico essencial, que não se pode admitir seja violado, tanto em razão dos interesses imediatos dos seus titulares, quanto em razão da necessidade de que ele cumpra a sua relevante e constitucional função social.

5.1. Diante dessas considerações, propomos a criação de tipos penais de corrupção passiva e ativa no setor privado, nos moldes a seguir apresentados:

Corrupção passiva:

Praticar ou omitir, administrador ou empregado de pessoa jurídica de direito privado, mediante promessa ou recebimento de vantagem indevida, para si ou para outrem, ato contrário às suas obrigações funcionais, do que resulte prejuízo à entidade.

Pena: reclusão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa.

§1º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado contra pessoa jurídica de direito privado que seja sociedade anônima aberta, nos termos da legislação vigente.

§2º. Somente se procede mediante representação.

Corrupção ativa no setor privado:

Oferecer, prometer ou entregar, visando à obtenção de benefício para si ou para outrem, vantagem indevida a administrador ou empregado de pessoa jurídica de direito privado, para que pratique ou omita ato contrário às suas obrigações funcionais, do que resulte prejuízo à entidade.

Pena: reclusão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa.

§1º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado contra pessoa jurídica de direito privado que seja sociedade anônima aberta, nos termos da legislação vigente.

§2º. Somente se procede mediante representação.

REFERÊNCIAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia. In: SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón; DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial*. Madrid: Colex, 2010.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienze italiana. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

ALLDRIGE, Peter. Reforming the criminal law of corruption. *Criminal Law Forum*, v. 11, n. 3, p. 287-322, 2000.

ÁLVARES GARCÍA, Javier. *Derecho penal español: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. v. 2.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.

ANDREAZA, Gastone; PISTORELLI, Luca. *Novità legislative*: 1. 6 novembre 2012, n. 190 recante “Disposizione per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”, Roma, novembro de 2012. Disponível em: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione_III_11_12.pdf>. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione_III_11_12.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2013.

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

ARGANDOÑA, Antonio. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. *IESE Business School – Universidad de Navarra*, Documento de Investigación DI n. 656, Navarra, oct. 2006.

ARROYO ZAPATERO, Luis. La armonización internacional del derecho penal. In: CONGRESSO INTERNACIONAL: POLÍTICA CRIMINAL EN LA ERA DE LA DECLARACIÓN DEL MILENIO DE LAS NACIONES UNIDAS, 16. 2012, México. *Cahiers de Defense Sociale*. Cuenca: UCLM, 2012.

_____; NIETO MARTÍN, Adán. Fraude y corrupción en el derecho económico europeo. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-la Mancha, 2006.

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

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. 1. ed. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. São Paulo: Calouste Gulbenkian, 1998.

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

_____; CERINA, Giorgio Diogo. Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma. In: DÍAZ SANTOS, María del Rosario; METALLANES RODRÍGUES, Nuria; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.). *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal*. Salamanca: Ratio Legis, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

_____. *Tratado de direito penal: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

_____. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

_____; SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico aplicado*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

BLANCO CORDERO, Isidoro. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas. *Diario la Ley*, Madrid, Sección Tribuna, año 31, n. 7534, 23 dez. 2010.

BRIOSCHI, Carlos Alberto. *Breve historia de la corrupción: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Taurus, 2010.

BUERBA PANDO, Adriana. *El delito de corrupción entre particulares*. Disponível em: <http://www.perezllorca.com/es-es/SalaDePrensa/Articulos/15032011_ABP%20%20TAH.Pdf>. Acesso em: 22 jan. 2013.

CABEZA OLMEDA, Araceli Manjón; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Orgs.). *Derecho penal español: parte especial (II)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CALDERONE, Carmelo Renato. Lotta alla corruzione in campo comunitario ed Internazionale. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, Padova, v. 14, n. 3, lugl./sett. 2001.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção: transformações e harmonização do direito penal brasileiro – considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr. 2011.

CAPPIELLO, Cristina. *La corruzione privata*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Luiss Guido Carli, Roma, 2009.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUNCIL OF EUROPE. *Criminal Law Convention on Corruption* (Explanatory Report). Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/173.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

_____. Disponível em: <<http://www.coe.int/aboutCoe/index.asp?page=nosObjectifs&l=en>>.

_____. *Group of States against corruption (GRECO)*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp>.

CREMADES, Bernardo. Corrupción y arbitraje de inversión. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 126-142, jul./set. 2005.

DE ANGELIS, Paolo; JANNONE, Angelo. D.L. Anticorruzione: la corruzione tra privati e la tentazione del panpenalismo. Cosa cambia nel modello. *Rivista de la Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, Roma, n. 4, ott./dic. 2012.

DE LA CUESTA, José Luis. Armonización penal en la Unión Europea. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. 1.

_____. Iniciativas internacionales contra la corrupción. *Caderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n. 17, 2003.

_____; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español? In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Dr. Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____; _____. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

DE NICOLA, Alessandro; CAPPIELLO, Laura; ROTUNNO, Ivan. La corruzione tra privati: approfondimenti. *Corporate Law Alert*, Ott. 2012. Disponível em: <http://www.orrick.com/_layouts/DownloadDocument.aspx?ID=S7EY4QEKY5FT-1781-3507>. Acesso em: 23 fev. 2013.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

DOLCINI, Emilio; FRANCESCO, Vigano. Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione. *Diritto Penale Contemporaneo*, Milano, n. 1, apr. 2012.

ENGLE, Eric. I get by with a little help from my friends? Understanding the U.K. Anti-Bribery Statute, by reference to the OECD Convention and the Foreign Corrupt Practices Act. *The International Lawyer*, American Bar Association, v. 44, p. 1173-1188, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1702470>>.

ESPAÑA. PODER JUDICIAL. *Consejo General del Poder Judicial*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jp6Aq0xr-bcJ:www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%2520DE%2520ESTUDIOS%2520E%2520INFORMES/INFORMES%2520DE%2520LEY/DOCUMENTOSCGPJ/Informe%2520anteproyecto%2520modificacion%2520Codigo%2520Penal.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2007.

FARALDO CABANA, Patrícia. Hacia un delito de corrupción en el sector privado. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago, n. 23, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FLORE, Daniel. *L'incrimination de la corruption: les nouveaux instruments internationaux. la nouvelle loi belge du 10 février 1999*. Bruxelas: La Charte, 1999.

FOFFANI, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo a un'occasione mancata? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 81, nov. 2009.

FORTI, Gabrio. La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

GARCÍA MEXÍA, Pablo. *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Pamplona: Aranzadi, 2001.

GILI PASCUAL, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 19, p. 245-288, 2007.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 217-282, jul./set. 2012.

_____; _____. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 89, mar. 2011.

_____; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 7-35, nov./dez. 2009.

GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y o administración desleal. *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, maio/ago. 2008.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. O crime de corrupção no setor privado: aspectos gerais e as propostas de sua tipificação na ordem jurídica brasileira. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renado de Mello Jorge (Coords.). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2014.

GONZÁLEZ VIADA, Natacha. El derecho penal en la UE: búsqueda de la integración. In: GONZÁLEZ VIADA, Natacha. *Derecho penal y globalización: cooperación penal internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

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

HALPERN, Jonathan; COSTA, Andrew. *The U.K. Bribery Act and the globalization of corporate compliance*. Disponível em: <<http://www.mainjustice.com/justanticorruption/2011/06/03/the-u-k-bribery-act-and-the-globalization-of-corporate-compliance/>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HORDER, Jeremy; ALLDRIDGE, Peter. *Modern bribery law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

HOUAISS, Antônio *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

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.

_____. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. *Revista Penal*, Madrid, n. 11, 2003.

HUET, Jean-Marie. Circulaire de présentation des nouvelles infractions de corruption active et passive dans le secteur privé issues de la Loi n° 2005/750 du 4 juillet 2005. *Bulletin Officiel du Ministère de la Justicia*, Paris, v. 101, jan./mar. 2006.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 9.

ITALIA. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA. Disponível em: <http://www.giustizia.it/giustizia=mg_2_7_6_1&contentId=SPS73330>. Acesso em: 10 mar. 2012.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 29-56, jan./fev. 2007.

JÍMENEZ QUERALT, Joan. Reflexiones marginales sobre la corrupción. *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, n. 2, mar. 2012.

JUSTICE. *Criminal Procedure Rules*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/criminal/rulesmenu>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán. *Política Criminal: revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, n. 3, 2007. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf>.

LAW COMMISSION REFORMING THE LAW. *Legislating the Criminal Code: Corruption* (1998) n. 248. Disponível em: <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc248_Legislating_the_Criminal_Code_Corruption.pdf>.

_____. *Reforming bribery: a Consultation Paper* n. 145, 2008. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/bribery.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

LEVIANU, Roberto. *Controle penal da corrupção*. 2004. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

LOZANO GARCÍA, María Belén. Las debilidades del gobierno corporativo en los casos de corrupción: el papel del Consejo de Administración. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.). *La Corrupción en un mundo globalizado*. Salamanca: Ratio Legis, 2000.

LUCAS DE LEYSSAC, Marie Paule. Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 3. atual. Campinas: Millennium, 2009. v. 1.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. El delito de cohecho de funcionarios nacionales: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación en el Código Penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 355-385, mar./abr. 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. São Paulo: Forense, 2009.

MAZZACUVA, Nicola. Gli artt. 2634 e 2635 c.c.: Diritto penale simbolico e necessaria frammentarietà dell'intervento punitivo. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESTRE DELGADO, Esteban. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. In: LAMARCA PÉREZ, Carmen; MESTRE DELGADO, Esteban; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia (Org.). *Delitos y faltas: la Parte Especial del Derecho Penal*. Madrid: Colex, 2012.

MILITELLO, Vincenzo. Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

MINISTRY OF JUSTICE. *The Bribery Act 2010*: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing, 2010. Disponível em: <www.justice.gov.uk/guidance/bribery.Hmt>. Acesso em: 20 nov. 2013.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 6. ed. Buenos Aires: BdeF Editorial, 2009.

_____. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. 2.reimpr. Buenos Aires: BdeF Editorial, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal*: parte especial. 18. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MURIAL PATINO, María Victoria. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado*. Salamanca: Ratio Legis, 2000.

NAPOLEONI, Valerio. Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati*: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Milano: Giuffrè, 2003. p. 281-286.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes. Corrupción entre particulares y tutela del mercado. *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, Barcelona, n. 4, out. 2011.

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.

_____. Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal. *Direito e Cidadania*, Cabo Verde, v. 7, n. 22, 2005.

OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA (OUA). Conselho Económico, Social e Cultural da União. *Acto Constitutivo da União Africana*. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OUA/acto_constitutivo-uniao-africana.htm>.

ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares. *Eunomia: revista en cultura de la legalidad*, n. 3, sep. 2012/feb. 2013.

PAGLIARO, Antonio. La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana manipulite. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, Padova, v. 10, n. 4, ott./dic. 1997.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques. *Manual do Código Penal brasileiro: estudos syntheticos e praticos*. Rio de Janeiro: D.L. Garnier, 1882. t. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 89, mar. 2011.

_____; METALLANES RODRÍGUEZ, Nuria. El delito de cohecho de funcionarios nacionales: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación en el Código Penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 89, mar. 2011.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Madrid: Tecnos, 2011. t. 2.

PORTO, Luiz Guilherme Moreira. *Tipicidade nos crimes de falsidade documental em face do bem jurídico protegido*. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. v. 3.

_____. A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 803, p. 441-558, set. 2002.

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

_____. Reflexiones marginales sobre la corrupción. *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, n. 2, mar. 2012.

RANDO CASEMEIRO, Pablo. Delitos contra el mercado y los consumidores. In: POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Madrid: Tecnos, 2011. t. 2.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REALE JÚNIOR, Miguel. A corrupção no setor privado. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 17. São Paulo, 2012.

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

_____. *Direito penal aplicado*, 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

_____. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.

_____. Razão e subjetividade no direito penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 0, 2004.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 99, 2009.

ROSENN, Keith S. The Jeito: Brazil's institutional bypass of the formal legal system and its developmental implications. *The American Journal of Comparative Law*, v. 19, 1971.

ROSS, Sthepen; WESTERFIELD, Randolph; JORDAN, Bradford. *Administração financeira*. 8. ed. São Paulo: McGraw Hill, 2008.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. 2013. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián. La corrupción en el sector privado. *Revista Xurídica Galega*, Pontevedra, n. 63, 2009.

SCALLY, Greg. *Defining corruption: a comparison on the substantive criminal law of public corruption in the United States and the United Kingdom*. Disponível em: <<http://dl.tufts.edu/catalog/tufts:UA015.012.075.00012>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

SCHROTH, Peter. The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption. *Journal of African Law*, London, v. 49, n. 1, 2005.

SEMINARA, Sergio. Gli interessi tutelati nei reati di corruzione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 36, n. 3, p. 951-993, Lug./sett. 1993.

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

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho penal: parte especial*. 16. ed. Madrid: Dykinson, 2010.

_____; _____. SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos (Orgs.). *Curso de derecho penal: parte especial*. Madrid: Dykinson, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, Milano, ano 20, n. 4, ott./dic. 2007.

SULLIVAN, Bob. Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010. In: HORDER, Jeremy; ALLDRIDGE, Peter (Ed.). *Modern bribery law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SULLIVAN, Robert. La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

TAK, Peter. Il reato di corruzione privata in Olanda. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

THE 2013 CORRUPTION perceptions index measures the perceived levels of public sector corruption in 177 countries and territories. Disponível em: <<http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>>.

TIEDEMANN, Klaus. Frode, corruzione e armonizzazione giuridica in Europa. In: *Rivista di Diritto Penale dell'Economia*, Padova, v. 20, n. 1/2, gen./giug. 2007.

_____. Introdução. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-la Mancha, 2006.

_____. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

_____. Protección penal de la competencia. In: TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea*. Cuenca: UCLM, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2012*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2012/results>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

_____. *Corruption Perceptions Index 2013*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2013/results>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

UDOMBANA, Nsongurua J. Fighting corruption seriously? Africa's Anti-corruption Convention. *Singapore Journal of International & Comparative Law*, Singapura, v. 7, 2003.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho de 22 de Julho de 2003 relativa ao combate à corrupção no sector privado. *Jornal Oficial da União Europeia*, p. 54-56, 31 jul. 2003. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2003-568-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2003.568.JAI_Corruptcao_no_sector_privado.pdf?nocache=1199980661.99>L>. Acesso em: 30 jun. 2014.

UNITED NATIONS. *International Anti-Corruption Day*. 9 Dec. Disponível em: <<http://www.un.org/en/events/anticorruptionday/>>.

_____. *Report of the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention Against Corruption on its third session, held in Vienna, from 30 September to 11 October 2002*. A/AC.261/9. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_4/9e.pdf>.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_PT_Complete.pdf>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENTURA PÜSCHEL, Arturo. Corrupción entre particulares. In: CABEZA OLMEDA, Araceli Manjón; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Orgs.). *Derecho penal español: parte especial (II)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. v. 2.

VÉRON, Michel. *Droit pénal spécial*. 14. ed. Paris: Sirey, 2012.

VIVES ANTÓN, Tomás; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal: parte especial*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VOGEL, Joachim. La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza Tedesca. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milano: Giuffrè, 2003.

WEBB, Philippa. The United Nations Convention Against Corruption: global achievement or missed opportunity? *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 8, n. 1, p. 191-229, 2005.

WOUTERS, Jan; RYNGAERT, Cedric; CLOOTS, Ann Sofie. The fight against corruption in international law. *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper* n. 94, Bélgica, July 2012.

WUNDERLICH, Alexandre. Dos Crimes Contra a Administração Pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2013. v. 4.

ZANNOTTI, Roberto. La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento: riflessioni su un dibattito in corso. *L'Indice Penale*, Padova, v. 8, n. 2, mag./ago. 2005.