

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FALCULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

MARIANA VARGAS DE OLIVEIRA

**CORRUPÇÃO PRIVADA – (DES)NECESSIDADE DE UMA TIPIFICAÇÃO
AUTÔNOMA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

PORTO ALEGRE

2019

MARIANA VARGAS DE OLIVEIRA

**CORRUPÇÃO PRIVADA – (DES)NECESSIDADE DE UMA TIPIFICAÇÃO
AUTÔNOMA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2019

MARIANA VARGAS DE OLIVEIRA

**CORRUPÇÃO PRIVADA – (DES)NECESSIDADE DE UMA TIPIFICAÇÃO
AUTÔNOMA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Conceito Final: A.

Aprovado em: 13 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves – UFRGS

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva – UFRGS

Orientador: Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva – UFRGS

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, que foi minha base de apoio durante toda a graduação. À minha mãe, Celeste, mulher forte e determinada, que sempre me incentivou a correr atrás dos meus objetivos e facilitou, sempre que possível, a minha chegada até eles. Ao meu pai, Antonio Brasil, de quem herdei traços marcantes de personalidade, por todo suporte, carinho e compreensão. À minha irmã mais nova, Marília, que me faz repensar cada decisão tomada, por representar o espelho e a referência como pessoa e profissional, agradeço pela convivência e pela disposição em tornar minha rotina mais tranquila e mansa. À minha irmã mais velha, Lisiane, por ser a responsável direta em moldar o meu caráter, desempenhando uma das funções mais difíceis que se pode ter, qual seja, ser ao mesmo tempo, irmã e amiga.

À minha namorada, Hélen, por todo amor e compreensão dedicados nessa fase turbulenta de fim de graduação, a ti meus sinceros agradecimentos, pois és essencial na minha vida.

Às minhas amigas e aos meus amigos, por entenderem as frequentes recusas aos convites enquanto escrevia este trabalho de conclusão, mas também por todas as palavras e demonstrações de afeto, por se fazerem presentes mesmo que por mensagens, e por me incentivarem nas horas difíceis, sem vocês a vida não teria graça.

Aos colegas e amigos que colecionei em decorrência dos estágios realizados no período da graduação, os quais foram fundamentais para o meu aprendizado prático do direito. Em especial à equipe do gabinete criminal do primeiro juizado da violência doméstica, à “família” da Defensoria Pública criminal, ao setor de marketing da Verbo Jurídico e ao meu atual chefe, Dr. Leonel. Vocês foram fundamentais para o meu crescimento pessoal e profissional, sou muito grata por tê-los conhecido.

Ao meu orientador, Professor Pablo, por toda a disposição e ajuda desempenhada no desenvolvimento deste trabalho, bem como, pelas aulas ministradas, das quais absorvi todo o carinho dedicado ao processo penal.

“Se a educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda”.

(Paulo Freire)

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a necessidade da previsão do delito de corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, busca-se estudar as origens da corrupção, desde a sua morfologia até os primórdios da prática corrupta, a qual, de certa forma, esteve presente na sociedade desde que há indícios de civilização. Por meio de um breve exame ao direito comparado e na forma como os ordenamentos jurídicos internacionais tratam a modalidade delituosa de corrupção entre privados, é possível identificar notável progresso nessa questão, sobretudo quando se fala no combate à corrupção de maneira geral, de modo que, se conhece novas formas de positivizar essa prática, acarretando uma abordagem mais adequada e justa do direito. A partir desse viés formulou-se a proposta brasileira de Novo Código Penal, o qual traz, em um de seus dispositivos, a previsão da modalidade delituosa de corrupção privada. À vista disso, analisa-se o formato pretendido pelo legislador brasileiro, comparando-o com os modelos já existentes no âmbito jurídico internacional, com o intuito de fomentar o debate e ampliar o rol de estudos acadêmicos nessa área, considerada nova, para o direito penal pátrio.

Palavras-chave: Corrupção; Corrupção Privada; Novo Código Penal; Direito Comparado; Corrupção entre Privados.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the need for the prediction of the crime of private corruption in the Brazilian legal system. To this, we seek to study the origins of corruption, from its morphology to the beginnings of corrupt practice, which, in a way, has been present in society since there is evidence of civilization. Through a brief examination of comparative law and the way in which international legal systems treat the criminal form of corruption between private individuals, it is possible to identify remarkable progress on this issue, especially when it comes to fighting corruption in general, so that, new ways of positing this practice are known, resulting in a more adequate and fair approach to law. From this bias was formulated the Brazilian proposal of New Penal Code, which brings, in one of its provisions, the prediction of the criminal mode of private corruption. For this reason, the format intended by the Brazilian legislator is analyzed, comparing it with the models already existing in the international legal scope, in order to stimulate debate and broaden the list of academic studies in this area, considered new, for law criminal homeland.

Keywords: Corruption; Private Corruption; New Penal Code; Comparative law; Private Corruption.

RESUMEN

Esta encuesta tiene como objetivo analizar la necesidad de predecir el delito de corrupción privada en el sistema legal brasileño. Con este fin, buscamos estudiar los orígenes de la corrupción, desde su morfología hasta los inicios de la práctica corrupta, que, de alguna manera, ha estado presente en la sociedad desde que existe evidencia de civilización. Mediante un breve examen del derecho comparado y la forma en que los sistemas jurídicos internacionales tratan la forma criminal de corrupción entre particulares, es posible identificar avances notables en este tema, especialmente cuando se trata de combatir la corrupción en general, de modo que se conocen nuevas formas de plantear esta práctica, lo que resulta en un enfoque más adecuado y justo de la ley. A partir de este sesgo se formuló la propuesta brasileña de Nuevo Código Penal, que trae, en una de sus disposiciones, la predicción del modo criminal de corrupción privada. En vista de esto, se analiza el formato previsto por el legislador brasileño, comparándolo con los modelos ya existentes en el ámbito jurídico internacional, a fin de estimular el debate y ampliar la lista de estudios académicos en esta área, considerada nueva, para la Ley Patria Criminal.

Palabras clave: Corrupción; Corrupción privada; Nuevo Código Penal; Derecho comparado; Corrupción Privada.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PLS	Projeto de Lei do Senado

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CORRUPÇÃO	13
2.1 Considerações Gerais	13
2.2 Corrupção Privada	19
2.3 Corrupção Privada Na Legislação Comparada	26
3. A PROPOSTA BRASILEIRA DE CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA	38
3.1 Considerações Iniciais Acerca Da Criação De Um Tipo Penal	38
3.2. O Artigo 167 Do Anteprojeto Do Novo Código Penal Brasileiro - Projeto De Lei Do Senado Nº 236/2012.....	42
3.2.1 O Bem Jurídico Tutelado.....	43
3.2.2 Sujeitos Do Delito	47
3.2.2.1 Sujeitos Ativo E Passivo Do Delito De Corrupção Privada Passiva - Art. 167, Caput.....	48
3.2.2.2 Sujeitos Ativo E Passivo Do Delito De Corrupção Privada Ativa - Art. 167, Parágrafo Único	49
3.2.3 Estrutura Do Tipo Do Injusto No Delito De Corrupção Privada Em Suas Formas Passiva E Ativa	50
3.2.4 Sanção Penal.....	52
4. CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal, por se tratar de um dos pilares da regulação social, precisa estar em consonância com os avanços percebidos pela sociedade como um todo. À vista disso, ao analisar a forma com que os padrões comportamentais se alteram ao longo do tempo, bem como, levando em consideração o advento de que novas tecnologias surgem todos os dias em nosso cotidiano, é necessário que haja um acompanhamento legislativo diante dessa realidade.

Quando se fala em corrupção, no Brasil, o imaginário popular estabelece, instantaneamente, uma conexão com o setor público e com a política, ignorando a existência de outras formas de procedência deste delito. O que, de fato, não se pode considerar equívoco, já que, o Código Penal vigente estipula punições somente sobre esta modalidade delitiva. Por outro lado, é possível dizer que existe considerável atraso do ordenamento jurídico brasileiro, em se tratando de direito comparado, conquanto as legislações internacionais tratam a corrupção privada como assunto superado, positivando-a em seus códigos e leis esparsas.

Dessa forma, analisar-se-á, primeiramente, o fenômeno da corrupção em sua forma bruta, buscando formular o conceito mais aceito pela doutrina - embora isso seja um grande desafio acadêmico, ainda hoje -, remontando às origens da civilização e pela forma com que fora compreendido no decorrer de sua evolução. Serão apresentadas as condutas típicas dos agentes envolvidos, as penalidades e o bem jurídico tutelado, de modo que se possa partir para o exame da corrupção entre privados, tendo a certeza de que estão superadas as questões de referência do tema.

Na sequência, será abordada a modalidade delituosa de corrupção entre particulares, sobre a qual far-se-á ampla investigação, estabelecendo, também, um conceito sólido e largamente aceito pela comunidade acadêmica estudiosa do assunto. Serão apresentadas as principais diferenças e especificidades, comparando as duas formas delituosas, para, somente então, partir para análise dos modelos de incriminação de corrupção privada no direito comparado.

Passando-se, então, para a análise do delito de corrupção privada em relação a perspectiva do direito comparado, serão apresentados os formatos que a legislação internacional encontrou para positivar essa modalidade delituosa, a qual, conforme será exposto posteriormente, é realizada por meio da escolha do bem

jurídico a ser tutelado. Dessa forma, serão demonstrados diferentes aspectos relevantes na criação de uma lei para regular essa temática, de modo que, cada país, adota a forma mais conveniente conforme sua estrutura jurídica e social, sobretudo, após elevado estudo e debate para enquadrar a configuração mais adequada em seu ordenamento jurídico.

Em continuidade, apresenta-se o projeto de Lei nº 236/2012, o qual planeja a formulação de um Novo Código Penal para o ordenamento jurídico brasileiro, e que, em seu artigo 167 prevê a hipótese da criminalização da corrupção privada. Inicia-se, neste ponto, a ampla análise deste PLS, tratando desde o bem jurídico tutelado até a escolha do legislador na disposição em que se encontra tal dispositivo no projeto de Novo Código. Neste capítulo, serão encontradas críticas e apontamentos fundamentais sobre cada item constante no referido artigo, sobretudo, abordar-se-ão comparações em relação aos delitos de corrupção privada já previstos nos ordenamentos jurídicos internacionais, apontando possíveis erros e acertos do legislador pátrio.

2 CORRUPÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Inicialmente, a fim de tratar sobre o tema corrupção, é conveniente fazer uma análise acerca da sua história, abordando desde a morfologia do termo. Para Adriana Romeiro, o “pontapé inicial” nessa busca consiste em analisar as noções da palavra em si mesma, da época em que se originou e sobre qual realidade prática estava inserida. A expressão “corrupção” é proveniente do latim “*corruptione*” e significa putrefação, adulteração, decomposição, qualifica uma ação de perversão (de corromper), também podendo significar prevaricação. Tal vocábulo manteve o seu sentido primordial latino, sendo definido por Bluteau em seu “*Vocabulario Portuguez e Latino*”, pela “suspensão do concurso conservativo, e introdução de qualidades alterantes, e destrutivas”.¹

No entanto, muito se confundem os conceitos de corrupção e de suborno, por estarem estritamente ligados. Contudo, equivocam-se, pois, conforme Luiz Regis Prado, apesar de conexos, tais termos possuem definições específicas que se diferenciam em questões cabais, razão pela qual é pertinente, aqui, categorizá-los. Para tanto, “subornar”, derivada do latim “*subornare*” significa em sentido amplo, seduzir, induzir, corromper. Ou seja, persuadir outrem ao cometimento de ações contrárias ao direito, induzir à má conduta, servindo-se de meios ilegais. Dessa forma, subornar se enquadraria em uma das formas de corrupção, a qual consiste em seduzir outro indivíduo, por meios ilícitos, a praticar determinado ato de interesse do agente perversor.²

Para além da análise meramente conceitual, é importantíssimo dar destaque às proporções com que a corrupção atinge praticamente todos os ordenamentos jurídicos, pois não se trata apenas de um “*modus operandi*” observado em órgãos públicos e da administração pública, mas sim de um fenômeno complexo e multiforme viciado de adversidades e particularidades que acomete tanto a esfera pública quanto a econômica, política, sociológica e ética.³

¹ ROMEIRO, Adriana. A corrupção na Época Moderna - conceitos e desafios metodológicos. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?frbrVersion=2&script=sci_arttext&pid=S1413-77042015000200216&lng=en&tlng=en. Acesso em: 18 ago. 2019.

² PRADO, Luiz Regis - A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de Corrupção e Tráfico de Influência Internacional. p. 1; Revista dos Tribunais, vol. 803, p. 441, set. 2002.

³ PRADO, 2002, p.1.

Quando se fala em corrupção no plano da administração pública, conforme Luiz Regis Prado, tem-se que se trata de um assombro pelo qual o agente (neste caso, o funcionário público) é levado a proceder de maneira a agir “fora dos padrões normativos do sistema”, ou seja, corrupção também se encaixa em uma forma ou padrão comportamental adotada pelo sujeito perpetrador. Ao assim operar, este agente, busca favorecer interesses próprios em detrimento de alguma vantagem ou recompensa. Portanto, “Corrupto é, assim, o comportamento ilegal daquele que desempenha uma função na estrutura do Estado, fazendo uso de sua função para atender finalidade diversa da que lhe é própria (interesse público)”.⁴

Nesta senda, denota-se que corrupção não se trata apenas de mera moralidade ou imoralidade, mas sim de uma infração à lei, isto é, o comportamento corrupto enquadra-se em ilegalidade, no momento em que ao buscar a recompensa desejada, o sujeito desvirtua o seu agir para alcançar uma vantagem ilícita - em se tratando de corrupção “pública”, o funcionário ao qual foi conferida confiança e fé para tratar de assuntos de interesse comum, quebra, por conta própria, a credibilidade outorgada a fim de auferir o benefício, objeto da corrupção.⁵

Dessa forma, o comportamento corrupto, assume um funcionamento similar ao de um intercâmbio entre o agente que corrompe e o que se deixa corromper pela troca de interesses e obtenção de vantagens. Ou melhor, essa conduta encontra-se, geralmente, relacionada com a promessa de um proveito em troca - aqui se encaixa a noção do intercâmbio - da atuação que possibilita atingir os interesses do corruptor.⁶

Isso posto, a corrupção pode ser percebida como um modo, *sui generis*, de se exercer influência, em razão da peculiaridade característica do comportamento corrupto, que é capaz de se adequar ao funcionamento dos mais variados sistemas operacionais, visando, em primeiro lugar, observar como são tomadas as decisões do sítio ao qual almeja se instalar, para que possa desempenhar o seu objetivo principal. Para isso, é importante considerar o contexto de institucionalização de certas práticas, pois ela é diretamente proporcional às possibilidades de corrupção.

⁴ PRADO, 2002, p. 3.

⁵ PRADO, 2002, p. 3.

⁶ PRADO, 2002, p. 3.

Ou seja, quanto maior a institucionalização das práticas de funcionamento do setor, a tendência é de que maiores sejam as probabilidades de corrupção.⁷

Essa institucionalização de práticas funcionais é comumente vista nos setores públicos de atuação, que criam uma espécie de rotina de práticas, onde seguem determinados passos para realizar suas atividades fins. Isso se dá pois, normalmente, o serviço público desempenha tarefas de forma mecânica, ou seja, há uma repetição de etapas até que seja finalizada a ação. Dessa forma, fica mais fácil observar onde existe falha para instalar o sistema corrupto. Por isso, há também, aqui, uma relação proporcional entre público e privado, onde quanto maior o campo de atuação do setor público em detrimento do privado, maiores serão as possibilidades de suceder corrupção. Contudo, não basta levar em conta a dimensão do setor público para explorar a fundo o movimento pelo qual performa a corrupção, pois, conforme já mencionado anteriormente, trata-se de um fenômeno complexo, que está enraizado no cerne da sociedade e que merece ser explorado com cautela e atenção, a fim de que não passem despercebidas cada uma das suas formas de origem e atuação, porquanto, não é culpa exclusiva do setor público a existência desta mazela.⁸

Sendo assim, é importante observar o comportamento social e cultural da população em que se insere esse comportamento, como também o ritmo com que ele se alastra, alinhando-se com o movimento das elites e das massas.⁹

Em vista disso, pode-se entender por conceito de corrupção não somente a ação, mas também a omissão desempenhada por alguém, por si só ou em conjunto com duas ou mais pessoas. Esse agir ou a inércia - que sucederá no ato corrupto - resulta na infração ou desobediência das normas que regulam o sistema de referência ao qual incorporar-se-á a corrupção, com cujo propósito consistirá na conquista de vantagens inoportunas, para o próprio agente causador ou para terceiros, podendo ser aproveitadas tanto no presente quanto no futuro.¹⁰

Um ponto que merece destaque nessa parcela introdutória acerca do termo corrupção é de que ele não se originou no universo jurídico, mas sim, muito antes disso, já integrava o vocabulário de alguns ramos das ciências sociais. Ou seja, antes de ser visto como ato punível, delito ou crime, este termo já era empregado

⁷ PRADO, 2002, p. 3

⁸ PRADO, 2002, p. 3.

⁹ PRADO, 2002, p. 3.

¹⁰ PRADO, 20002, p. 3.

por cientistas para abordar circunstâncias comuns na sociedade, estas qualificadas pela utilização imprópria do poder por seus possuidores, a fim de obter vantagens indevidas em detrimento dos cidadãos aos quais, de fato, este exercício deveria ser efetivado. Isto é, ao contrário do que hoje comumente se reproduz, o termo corrupção se originou das ciências políticas e sociais e, só depois de amplamente difundido por estes ramos das ciências é que foi, gradativamente, introduzido ao sistema jurídico-penal.¹¹

No entanto, tanto na significação que lhe é conferida nas Ciências Políticas e Sociais quanto naquela habitualmente adotada pelo Direito Penal, o termo corrupção é utilizado para referir-se ao mesmo fenômeno, qual seja, a prática abusiva de poderes - conferidos pela função ou cargo exercido em determinado sistema normativo - que têm seu fim corrompido para garantir a aquisição de benefício impróprio a quem os executa.¹²

Isso posto, apesar de fazer menção a essa importante referência ao surgimento do termo, trataremos aqui, especialmente, da vinculação do vocábulo corrupção ao sistema jurídico. Nesse âmbito, podemos mencionar duas formas de corrupção, quais sejam, públicas e privadas. Ocorre que, no ordenamento jurídico brasileiro, apenas uma delas - corrupção pública - é prevista, tipificada e punível. Contudo, cuidaremos de analisar o formato privado de corrupção a fim de expor motivos pelos quais a sua tipificação no Código Penal brasileiro pode surtir efeitos positivos para a sociedade como um todo.

Antes de partir para a análise e exposição de corrupção privada, faz-se necessário tratar da forma pública, pois apesar desta subdivisão, existe um *animus* comum entre as duas formas, visto que quando se fala em corrupção, sem distinguir o seguimento, o imaginário - brasileiro - supõe que será abordada a sua forma pública. Ou seja, corrupção pública é compreendida como corrupção em sua forma inicial, da qual originou-se a privada. Não vamos, aqui, nos prender a esta discussão, apenas discorreremos sobre ambas para fim de melhor compreender o tema.

Existe um comportamento habitual que pode ser considerado como um padrão seguido por agentes corruptores ao estabelecer a prática da conduta

¹¹ GONTIJO, Conrado Almeida. O Crime de Corrupção no Setor Privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro, São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2014. p. 19.

¹² GONTIJO, 2014, p. 19.

corrupta. O reconhecimento deste procedimento pode se dar pela via da análise de três preceitos básicos, são eles: um sistema normativo de referência; o descumprimento de deveres ou abuso de autoridade/poderes - que se dá através de um agente “corruptor”, que pode atuar por conta própria ou em conjunto com uma ou mais pessoas; intuito de consecução de vantagens imerecidas.¹³ Este é o exemplo de modelo comportamental usualmente aplicado nos sistemas de corrupção.

Portanto, o conceito de corrupção está vinculado ao padrão de atuação do agente corrupto, o qual, busca encontrar uma estrutura de atuação onde poderá instalar este sistema de forma a concretizar os padrões aqui mencionados. Assim, não há falar em corrupção sem que se tenha um sistema normativo dentro do qual se instalará a performance corrupta. Destarte, faz-se necessário definir o entendimento de sistema normativo, que pode ser percebido pelo conjunto de normas que controlam a *práxis* social.¹⁴ Quer dizer, cada sistema normativo compõe o conjunto de regras que regulam e determinam os atos daquela composição ou daquele grupo de pessoas. Deste modo, podemos ter como exemplo os sistemas normativos que regulam as práticas econômicas, políticas, religiosas, desportivas, entre outras.

Conforme anteriormente mencionado, o comportamento corrupto deve ser praticado com o intuito de desviar/deturpar o sistema normativo ao qual se instalou, visando a obtenção da vantagem ilícita, objeto da corrupção. Dessa forma, essa sistemática auxilia na identificação de práticas corruptas, independentemente se elas forem desempenhadas em setores públicos ou privados. Ou seja, a sistemática corrupta padrão não altera para fins de aplicação em órgãos públicos ou privados.

À vista disso, essa concepção extensa de corrupção confere a possibilidade de reconhecer quais os tipos de condutas podem ser classificadas como corruptas, independentemente se são realizadas em âmbito público ou privado, ou se correspondem ou não a um delito.¹⁵

Assim, para que se tenha uma interferência penal coerente é necessário que o legislador balize o domínio jurídico penal fundamental, isto é, a partir do âmbito de comportamentos compreendidos por essa noção, deve-se distinguir as que

¹³ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 2.

¹⁴ PRADO, 2015, p. 3.

¹⁵ PRADO, 2015, p. 3.

representam afronta inaceitável às relações sociais e que não podem ser abarcadas de forma mais efetiva e menos onerosa pelo sistema normativo de referência.¹⁶

Atualmente, conforme Luiz Regis Prado, as condutas relacionadas ao fenômeno corrupção sobre as quais versam juízos desvalorativos na ordem penalmente punível, são categorizadas conforme a peculiaridade do sujeito e o sistema normativo ao qual está ligado. Com base nisso é que se inicia a teorização sobre a subdivisão do vocábulo corrupção. Conforme doutrina especializada no tema, diz-se que corrupção compreende o gênero que se dissocia em duas espécies, quais sejam: a corrupção pública e a corrupção privada.¹⁷ A partir dessa subdivisão da espécie em gênero, conforme Manuel Villoria Mandieta, corrupção privada se caracteriza por “ações ou omissões vinculadas ao abuso de posição no ambiente de organizações privadas, com violação das normas jurídicas que regulam os deveres do agente perante o principal”, já a corrupção pública seria definida por “ações ou omissões relacionadas ao abuso de cargo público e à violação de normas legais por pessoas com responsabilidades públicas”.¹⁸

No ordenamento jurídico brasileiro, a corrupção é prevista no Código Penal de 1940, em seu Título XI nomeado “dos crimes contra a administração pública”, Capítulo I “dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral”, na forma de corrupção passiva, em seu artigo 317, conforme:

Corrupção passiva

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

¹⁶ PRADO, 2015, p. 3.

¹⁷ Sobre o tema, esclarece De La Mata Barranco: “Sobre a necessidade de se proceder à diferenciação desses conceitos, esclarece de la Mata Barranco que “os comportamentos corruptos surgem tanto no setor público como no setor privado, afetando a interesses tão diversos como a tutela da livre concorrência, do livre desenvolvimento dos mercados ou da tomada de decisões sem interferência de processos políticos, entre outros. Continuar mantendo um único conceito de corrupção para definir condutas que podem afetar bens jurídicos muito diversos, além dos equívocos que pode gerar, vai supor constatar que, se bem o mencionado conceito reflita claramente a classe de conduta que se pretende descrever – enriquecimento derivado da instrumentalização ilícita de uma posto que é colocado a serviço de uma pessoa alheia – não ocorre o mesmo com o desvalor que lhe pode ser atribuído, assim que isto não poderá ser concretizado se não se especifica qual é, por sua vez, o desvalor da conduta que se deseja obter com a contraprestação econômica” ¿Qué intereses lesionan las conductas de corrupción? Eguzkilore. n. 23. p. 245-259. 2009, p. 256). DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. ¿Qué intereses lesionan las conductas de corrupción? Eguzkilore. n. 23. p. 245-259. 2009.

¹⁸ VILLORIA MENDIETA, Manuel. La corrupción política. Madrid: Editorial Síntesis, 2006, p. 29.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.¹⁹

Assim como, também é prevista no Código Penal Brasileiro, sua forma ativa, artigo 333, capítulo II “dos crimes praticados por particular contra a administração em geral”, senão vejamos:

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.²⁰

Isto é, o que se pode depreender da análise dos artigos do Código Penal aludidos acima é que somente a modalidade pública de corrupção - em suas formas ativa e passiva - são tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro. Logicamente, essa circunstância não significa que não existe a prática do delito de corrupção privada em si no Brasil, mas sim que o legislador encontrou outras formas de punir ações alusivas a esse tipo penal, enquanto não se tem a reforma do Código Penal vigente.

2.2 CORRUPÇÃO PRIVADA

Seguindo pela linha do que já se expôs até aqui acerca do advento de corrupção privada, cabe conceituá-la como bem fez Luiz Regis Prado em sua obra - Contributo ao Estudo da Corrupção Delitativa Entre Particulares:

A corrupção privada pode ser conceituada como a ação ou omissão de um particular, no exercício de uma atividade profissional ou empresarial, em concurso ou não com um ou mais particulares, que implica a violação de um dever ou o abuso de um poder previsto em lei, com vistas à obtenção de

¹⁹ BRASIL, Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

²⁰ BRASIL, Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

benefícios indevidos, atuais ou futuros, para si e/ou para terceiros, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.²¹

A partir deste conceito, faz-se necessário apresentar algumas explicações acerca deste assunto.

O primeiro registro que importa destacar quanto ao advento da corrupção privada trata-se do sistema normativo de referência sob o qual este tema se encontra vinculado, qual seja o sistema jurídico. Ou seja, para que se configure o comportamento corrupto (no âmbito privado) é necessário que se constate uma violação legal, quer dizer, deve haver um descumprimento às leis que conduzem a atividade empresarial ou profissional. Essa infração deve ser exercida pelo agente corrupto(r), podendo estar associada ao descumprimento das leis mercantis, laborais, empresariais; códigos de conduta; e até mesmo, em casos especiais, a Constituição.²²

O segundo ponto característico que merece evidência está no sujeito que pratica, ou se omite diante de uma ação enquadrada nos termos expostos alhures. A infração desses diplomas normativos é efetuada por particulares - e aqui encontra-se a particularidade individualizadora que torna necessário dissociar as duas modalidades de corrupção -, estando sujeitos ao cumprimento (e por sua vez também a sanção caso não o faça) da lei em virtude da prática do exercício profissional ou empresarial. O fato de o sujeito estar submetido às leis e sanções normativas referentes a sua atividade profissional não implica, necessariamente, que ele seja um agente atuante nas tomadas de decisões empresariais. Todavia, a legislação penal, ao tratar do delito, pode determinar figuras delitivas específicas de forma a ampliar ou definir sujeitos ativos característicos, dando maior ênfase aos indivíduos que ocupam posição de poder decisório, entre eles: diretores; gerentes; sócios; membros do conselho administrativo, entre outras funções que, no decorrer do seu desempenho, possam vincular juridicamente a empresa/pessoa jurídica atuando como seu representante ou por meio do poder de decisão exclusivo conferido pelo cargo que ocupa.²³

²¹ PRADO, Luiz Régis; ROSSETO, Patrícia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.

²² PRADO E ROSSETO, 2015, p. 2.

²³ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 3.

A terceira situação exclusiva para que se caracterize o delito que viemos até aqui tratando, está na finalidade pela qual se ocorre a violação do sistema jurídico/normativo ao qual se vincula o particular, qual seja, a obtenção de vantagens indevidas, podendo ser tanto de origem patrimonial quanto das mais diversas formas de se obter benefícios, devendo ser analisada de forma extensa. A vantagem de natureza patrimonial ou econômica não se refere somente à dinheiro, podendo também ser avaliada em joias, imóveis, automóveis, entre outros tantos meios de permuta. Contudo, o benefício pretendido não necessariamente estará ligado à patrimônio ou bem econômico, podendo ser estabelecido em troca de ascensões profissionais, elevação de cargos, distinções honoríficas, ou até mesmo vingança e outras formas de desejos humanos. Ainda, o desfrute do benefício recebido tanto pode se dar de forma direta e imediata quanto tratar-se de promessa futura ou destinar-se a um terceiro, não necessariamente envolvido com a corrupção em si, mas que se beneficie do delito, sendo este tanto pessoa jurídica quanto pessoa física.²⁴

No Brasil, conforme analisado anteriormente, o código penal vigente não faz menção de punir a prática de corrupção privada em si. Contudo, há uma certa preocupação do legislador em atender as necessidades do âmbito privado, já que a inexistência de tipificação do delito não atesta a inocorrência da prática delitiva. Dessa forma, faz-se necessário uma breve demonstração do modo com que o ordenamento jurídico brasileiro encontrou para preencher as lacunas deixadas pelo Código Penal de 1940.

À vista disso, pode-se afirmar que a salvaguarda penal encontrada para amparar a sociedade contra a corrupção privada localiza-se na observância das leis de proteção ao patrimônio. Isto é, a saída que o legislador encontrou para resguardar os direitos contra o delito de corrupção privada foi ampliar a extensão das normas que regulam e protegem o patrimônio, utilizando-se tanto da legislação esparsa - que trata de matérias específicas - quanto dilatando a amplitude de interpretação dos artigos do Código Penal que abarcam a proteção patrimonial, como é o caso dos dispositivos que versam sobre o estelionato e a apropriação indébita, conforme vejamos:²⁵

²⁴ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 03.

²⁵ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 03.

Apropriação indébita

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

I - em depósito necessário;

II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamentário ou depositário judicial;

III - em razão de ofício, emprego ou profissão.²⁶

O delito de apropriação indébita está previsto no capítulo V do CP/1940, intitulado “Da Apropriação Indébita”. Pode-se depreender da análise do dispositivo cito que ele busca amparar o patrimônio privado, prevendo uma hipótese característica da prática de corrupção privada, de modo que determina o aumento da pena para aquele que cometer a infração na condição ou em razão da profissão, emprego ou ofício. Veja-se, o legislador encontra, na majorante da pena, uma forma de resguardar a empresa/pessoa jurídica, de uma das práticas atreladas ao delito de corrupção privada. Cabe destacar aqui - conforme já mencionado - que essa prática delitiva vai muito além do benefício econômico ou financeiro.

Ou seja, a tentativa de suprir a ausência de um artigo específico que preveja o delito de corrupção privada, abordando uma das suas formas no inciso III do art. 168 do CP é, no mínimo deficitária. Pois, trata apenas de uma modalidade em que o agente apropria-se de um bem em benefício próprio. Contudo, essa atuação do legislador demonstra o seu interesse em resguardar os direitos do patrimônio da empresa/pessoa jurídica contra condutas delitivas de seus funcionários ou integrantes em razão dos cargos que ocupam.

Estelionato

Art. 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:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

²⁶ BRASIL, Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

Defraudação de penhor

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na entrega de coisa

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.²⁷

No art. 171 do CP, que trata da previsão do delito de estelionato, a proteção penal contra a corrupção privada aparece um tanto quanto camuflada. Porém, é possível notá-la, de forma mais clara, no inciso que cuida da disposição de coisa alheia como própria, na qual se pode ampliar a incidência do artigo para a proteção privada da empresa/pj contra funcionário que “vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria”²⁸. Dessa forma, trata-se aqui de uma custódia ainda mais rasa e deficitária (em comparação com o art. 168 do CP), pois conforme dito, é necessário dilatar a incidência deste dispositivo para que abarque a salvaguarda da empresa/pessoa jurídica contra a ação delituosa de corrupção privada.

Importa destacar também, a atuação de Leis esparsas na tentativa de auxiliar o Código Penal na defesa contra a corrupção privada. Dentre elas, merecem notoriedade as seguintes: Lei 7.492/1986 - define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências; Lei 8.137/1990 - define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

Por fim, é necessário tecer alguns comentários - singulares e específicos - a respeito das Leis nº 6.385/1976 - dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários - e nº 9.279/1996 - regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Essas regulam expressamente, certos

²⁷ BRASIL, Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

²⁸ BRASIL, Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

atos característicos, e de grande importância, da prática de corrupção privada, os quais analisaremos aqui separadamente, senão vejamos:

Lei nº 6.385/1976

Manipulação do Mercado

Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Uso Indevido de Informação Privilegiada

Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

§ 1º Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor.

§ 2º A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no caput deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo.²⁹

A Lei acima exposta aborda os crimes contra o mercado de capitais, sendo possível, a partir de uma análise minuciosa do seu artigo 27 notar que ao elaborá-lo, o legislador se preocupou em punir ações típicas do delito de corrupção privada, por exemplo, no art. 27-C ao mencionar que a execução de manobras fraudulentas com fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem e causar dano a terceiros. Ao estipular pena para tais ações fica evidente o cuidado do legislador referente a tal exercício delituoso.

Não obstante, ao perceber o art. 27-D, o qual trata do uso de informação privilegiada, o interesse do legislador aparece de forma mais evidente, sobretudo porque a informação privilegiada que aqui se aborda, normalmente tem seu detentor na figura de sócios, administradores ou outros cargos relevantes dentro do sistema empresarial. Essa prática também ficou conhecida como delito de *insider trading*³⁰,

²⁹ BRASIL, Lei nº 6.385 de 7 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6385.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

³⁰ O *insider trading* consiste na utilização de informações relevantes sobre valores mobiliários, por parte de pessoas que, por força de sua atividade profissional, estão por dentro dos negócios da emissora, para transacionar com os valores mobiliários antes que tais informações sejam de conhecimentos público. Assim agindo, o *insider* compra ou vende valores mobiliários a preços que ainda não estão refletindo o impacto de determinadas informações, que são de seu conhecimento exclusivo. EIZIRIK, Nelson. GAAL, B. Ariádna. PARENTE, Flávia. HENRIQUES, Marcus de Freitas - Mercado de Capitais - Regime Jurídico. p. 554. Editora Renovar, 3ª Edição. 2011.

sendo passível de punição o sujeito que utiliza de informação privilegiada para fins fraudulentos. Entretanto, o fato que aumenta o patamar de relevância no tocante a corrupção privada está disposto do parágrafo primeiro do referido artigo, quando menciona que *incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa que tenha tido acesso em razão do cargo ou posição que ocupe*. Aqui estamos diante da principal característica do delito de corrupção privada, qual seja, beneficiar, a si ou a outrem, de forma fraudulenta, em razão de cargo, posição ou ocupação profissional. Tal previsão legal demonstra a necessidade emergencial de regulação deste delito.

Partindo para a análise da Lei nº 9.279/1996 que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, se percebe que, no capítulo VI, que trata dos crimes de concorrência desleal, o artigo 195 chama a atenção no que tange a moderação de uma individualidade característica dos delitos aliados a prática da corrupção privada, senão vejamos:

Art. 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;³¹

Conforme já dito, a referida lei regula e pune os atos de concorrência desleal, quer dizer, concorrência, por si só, é um instituto existente principalmente entre empresas/pessoas jurídicas privadas. Em seu art. 195, mais precisamente nos incisos IX e X, destacam-se as características da prática de corrupção privada que, entre outras, compõem o conceito de concorrência desleal e são passíveis de punição a partir do advento da lei supramencionada.

Consoante Luiz Regis Prado, não há que se confundir o delito de corrupção privada, também conhecido como delito entre particulares com a mera expressão corrupção privada. Para o autor, esta estaria atrelada a uma das formas do delito, configurando-se na ação do suborno praticado na esfera privada, enquanto aquele

³¹ BRASIL, Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

abarca a prática do delito em si, que vem sendo, progressivamente, integrado aos sistemas jurídicos de inúmeros países.³²

Por fim, a criminalização desta forma delituosa contra privados pode ser considerada decorrência da política criminal associada ao combate à corrupção que vem crescendo no cenário mundial, sendo forte ponto de debates em organizações internacionais, conselhos, convenções e organizações de Nações contra corrupção.³³

2.3 CORRUPÇÃO PRIVADA NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

Muito embora o intuito aqui não seja se aprofundar no estudo da forma de tratamento do delito de corrupção privada na legislação comparada, faz-se necessário discorrer minimamente sobre os modelos estrangeiros desse padrão delituoso, a fim de demonstrar que no cenário penal internacional paira uma preocupação iminente sobre o tema. Assim, analisar-se-á, brevemente, a abordagem de alguns países no que tange a corrupção entre privados, de modo que seja possível examinar comparativamente - a partir dessa aproximação - para, somente então, perceber a maneira adequada de tratamento e positivação do delito de corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao analisar as formas de enquadramento do delito de corrupção privada na legislação comparada pode-se perceber que há um vasto consenso acerca de sua criminalização, por essa razão, a verificação, aqui, se dará por meio da abordagem utilizada pelo Instituto Max Planck³⁴ que considera, no mínimo, quatro modelos de criminalização da corrupção entre particulares³⁵, sendo eles: o laboral, o omnicompreensivo, o patrimonial e o de proteção da livre concorrência.³⁶

³² PRADO E ROSSETO, 2015, p. 3.

³³ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 3.

³⁴ A Sociedade Max Planck coordena pesquisas científicas nas mais diversas áreas da ciência. Fundada na Alemanha em 1948, é detentora de dezoito prêmios Nobel, possuindo 84 institutos e instalações distribuídas pelo mundo.

³⁵ PRADO, 2015, p. 4.

³⁶ Sobre o tema, NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. *Revista Penal*. n. 10. p. 55-69. 2002, p. 56; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares (Delito de). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. n. 3. p. 174-183. set. 2012/fev. 2013, p. 178; CARUSO FONTÁN, op. cit., p. 166; FOFFANI, L., op. cit., p. 662 e ss.; ARGADOÑA, Antonio. Private-to-private corruption. Working paper (WP). n. 531. Iese Business School. Universidad de Navarra, December, 2003, p. 09-10.

Os ordenamentos jurídicos de alguns países europeus como Alemanha ³⁷, Áustria, Inglaterra, Suíça, Holanda, França, Bélgica e, atualmente também Itália, Portugal, Polónia e Espanha contemplam a tipificação do delito de corrupção privada em seus Códigos Penais Nacionais ou nas legislações esparsas aprovadas pelo país, podendo identificar, a partir disso, os mesmos moldes indicados pelo instituto Max Planck. Seguindo por essa ótica, passaremos ao exame dos modelos mencionados anteriormente. ³⁸

Partindo do ponto de vista laboral, este que por certo compreende e tutela as relações de trabalho entre empregado e empregador³⁹, sobre as quais imperam alguns pressupostos básicos a fim de que se concretizem em sua concepção primordial, quais sejam: essencialmente a confiança - sendo esta uma característica intrínseca para que se estabeleça um vínculo trabalhista -; a boa-fé - qualificada por ser um dos princípios básicos para qualquer relação jurídica séria - e a lealdade - entrando na esfera trabalhista do direito, pode-se afirmar que esse requisito caracteriza-se por ser um dos deveres do empregado para com o empregador.

A perspectiva laboral de incriminação é utilizada, atualmente, pelo Código Penal Francês nos artigos 445-1 e 445-2, porém - antes de ser revogado - também era adotado pelo art. L-152.6⁴⁰ do Code du travail.⁴¹ Este padrão de criminalização

³⁷ Sobre a tipificação do delito de corrupção privada na Alemanha, conforme a obra de Gómez de La Torre; Cerina; Prado e Dotti: "Na Alemanha, a utilização do direito frente à corrupção no setor privado foi e continua sendo objeto de um inflamado debate doutrinário. Essa discussão se inicia no final do século XIX, quando, no marco da lei de concorrência desleal de 1896, alguns autores já defendiam sua tipificação. O delito de corrupção de empregados, em que pese a oposição da maior parte das associações de comerciantes, foi finalmente incorporado na mencionada lei no ano de 1909. No entanto, este delito, modificado no ano 1974, continuava sendo escassamente aplicado. Esta situação fez com que o legislador, no intento de reforçar a consciência pública acerca do caráter ilícito das condutas tipificadas pela lei de 13.08.1997, as incorporou ao art. 299 do Código Penal, sob a rubrica 'corrupção ativa e passiva no tráfico econômico', dentro de um novo título que incluía os 'delitos contra a concorrência'. A nova regulamentação aumenta a pena e, nos casos mais graves, permite que seja possível sua persecução ex officio. Finalmente, no ano de 2002, é incluído ao artigo 299 um terceiro parágrafo que pune os atos de corrupção privada de caráter internacional". (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D. M. Sobre la corrupción particular en convenios internacionales y derecho comparado. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (orgs.). Doutrinas essenciais - direito penal econômico e da empresa. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. IV, p. 444).

³⁸ PRADO, 2015, p. 4.

³⁹ Conforme as lições de Foffani: "para quem o bem jurídico tutelado nesse modelo de incriminação é o dever de fidelidade que vincula o trabalhador ao empregador". FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (orgs.). Doutrinas essenciais - direito penal econômico e da empresa. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. IV, p. 662.

⁴⁰ "Article L152-6. 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.

da corrupção privada também é adotado pelo Código Penal Holandês, em seu artigo 328.⁴²

Partindo de uma análise sobre aspectos gerais tanto do ordenamento jurídico Francês quanto do Holandês, pode-se dizer que ambos buscam penalizar o comportamento do particular que incita o empregado ao ato corrupto, sem a autorização do empregador. Em outras palavras, entenda-se aqui incitar corrupção por prometer, oferecer ou entregar proveito ilícito/indevido na contrapartida de que o empregado - utilizando-se necessariamente do seu vínculo empregatício, função ou cargo - no ato de agir ou através da omissão na realização de suas atribuições profissionais proporcione a vantagem indevida, tal ação ou omissão ocorrerá sem a ciência e a anuência do empregador, podendo também haver abuso de confiança, extrapolando, assim, o conceito de boa-fé empresarial.⁴³

Superada a questão inicial da estruturação dos tipos penais a partir do modelo de criminalização laboral e levando em conta que o cerne ao qual se busca proteger primordialmente está nas relações de boa-fé⁴⁴ e fidelidade - pressupostos da relação de trabalho - entre empregador e empregado, pode-se dizer que o

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."

⁴¹ Para Gontijo: "A corrupção entre particulares foi definida, no Código Penal Francês, a partir da exclusão do setor público, no momento em que menciona o sujeito do delito como indivíduo que não ostenta posição de autoridade pública. Esse formato de corrupção também passou a ser tratada nas modalidades ativa e passiva, conferindo autonomia a cada uma das formas de comportamento". GONTIJO, Conrado Almeida. O Crime de Corrupção no Setor Privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro, São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2014. p.117/118.

⁴² "Artikel 328ter

1. Hij die, anders dan als ambtenaar, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift, belofte of dienst aanneemt dan wel vraagt, en dit aannemen of vragen in strijd met de goede trouw verzwijgt tegenover zijn werkgever of lastgever, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.

2. Met gelijke straf wordt gestraft hij die aan iemand die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt van die aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze de gift, belofte of dienst in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever of lastgever."

⁴³ PRADO, 2015, p. 4.

⁴⁴ Consoante Nieto Martín: "Atualmente, o conceito de boa-fé se concretiza distanciando-se de qualquer referência a deveres éticos, sendo-lhe atribuído um significado essencialmente patrimonial somado aos interesses econômicos do proprietário". NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. Revista Penal. n. 10. p. 55-69. 2002, p. 56.

aspecto crucial do delito se encontra no rompimento da fidelidade e no abuso da boa-fé estabelecidas no vínculo laborativo. Isso posto, é possível concluir que a tipificação do delito analisada por essa ótica laboral pretende moderar e intimidar a ação do empregado na medida em que apresenta atitude perversa e infiel para com o empregador, utilizando-se para isso do abuso da boa-fé e da confiança típicas do elo estabelecido nesta modalidade de vinculação. Ou seja, aqui busca-se coibir a atitude do empregado que viola as regras trabalhistas que regulam os deveres fiduciários e de confiança, lealdade e boa-fé.⁴⁵

A aplicação da ótica laboral sobre os delitos de corrupção privada traz consigo algumas consequências, em especial quando se fala na determinação do tipo penal. Um dos resultados está no conteúdo material em si, na formatação da norma penal, isto é, no momento em que se busca punir o ato de corrupção privada sob a ótica laboral, tem-se que a conduta objeto da pena é a do empregado, pois para concluir o ato corrupto este infringiu deveres de lealdade e fidelidade característicos da relação de trabalho. Ou seja, a punição estaria associada à quebra da confiança, lealdade e fidelidade e não ao ato de corrupção, dessa forma o princípio de lesividade e exclusiva proteção de bens jurídicos seria ferido.⁴⁶

Outra consequência desse modelo de incriminação está associado à legitimidade ativa⁴⁷ para a realização do delito, aqui somente o empregado poderá

⁴⁵ Conforme Gómez de La Torre; Cerina e Giorgio: “o que caracteriza o delito de corrupção privada previsto na legislação penal holandesa “é a violação por parte do corrupto dos deveres que mantém com seu empregador e o caráter oculto do suborno para o empregador ou principal. A ausência de qualquer desses dois elementos levaria a que a conduta fosse típica”. GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D. M. Sobre la corrupción particular en convenios internacionales y derecho comparado. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (orgs.). Doutrinas essenciais - direito penal econômico e da empresa. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. IV, p. 444.

⁴⁶ Gómez de La Torre; Cerina e Giorgio se posicionam de forma crítica quanto à adoção do modelo de incriminação do delito de corrupção privada sob a ótica laboral: “parece duvidoso que um direito penal que se ocupa de proteger a lealdade ou a fidelidade do trabalhador-agente em relação ao seu empregador-principal seja respeitoso da ideia do Direito Penal como ultima ratio. Além disso, a falta de concretização destes deveres abre a porta a um intento moralizador do mundo dos negócios o que parece intrínseco nos próprios conceitos de lealdade e fidelidade. Em síntese, não parece que seja capaz de ir mais além de um direito penal societário focalizado sobre o interesse pessoal dos principais”. GÓMEZ DE LA TORRE, I. B.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 444.

⁴⁷ Sobre o tema - legitimidade ativa - nas palavras de Aury Lopes Jr.: “Legitimidade ativa: está relacionada com a titularidade da ação penal, desde o ponto de vista subjetivo, de modo que será o Ministério Público, nos delitos perseguíveis mediante denúncia, e do ofendido ou seu representante legal, nos delitos perseguíveis através de queixa. É ocupada pelo titular da pretensão acusatória. Especificamente no processo penal, a legitimidade decorre da sistemática legal adotada pelo legislador brasileiro e não propriamente do interesse. Por imperativo legal, nos delitos de ação penal de iniciativa pública, o Ministério Público será sempre legitimado para agir. Já nos delitos de ação penal de iniciativa privada, somente o ofendido ou seu representante legal poderá exercer a pretensão acusatória através da queixa-crime. LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016. 1. Processo penal – Brasil I. Título. p. 108.

preencher a figura de sujeito ativo do delito, jamais o empregador. A terceira decorrência da análise laboral de incriminação do delito de corrupção privada está ligada ao consentimento do empregador quanto a ação praticada pelo empregado, conforme Luiz Regis Prado, a condescendência do empregador, na ótica laboral, apresenta relevância jurídico-penal⁴⁸ caracterizando motivo de exclusão da tipicidade. Isto é, sob a análise laboral a punição advém da quebra de confiança, lealdade e fidelidade na relação de emprego, dessa forma, agindo o empregado com o consentimento do empregador não há ruptura destes elementos, logo não haveria incriminação. Assim, se o empregador autoriza ou permite que o empregado obtenha benefícios indevidos a partir do seu cargo, não existe quebra de confiança, nem mesmo má-fé, abuso de confiança ou deslealdade configurada na relação.⁴⁹

Podemos encontrar, nos dias de hoje, o modelo laboral de incriminação do delito de corrupção privada, no ordenamento jurídico francês, observado nos artigos 445-1- e 445-2 do Código Penal Francês.⁵⁰ De modo geral, o sistema jurídico francês

⁴⁸ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 3.

⁴⁹ Sobre a ótica laboral de incriminação da corrupção privada, nas palavras de Gómez de La Torre, I. B.; Cerina e G.D.M que “a identificação do bem jurídico protegido com a lealdade do empregado-agente em relação ao empregador-principal, implica que o consentimento deste último é logicamente incompatível com a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico protegido e, por conseguinte, converte a conduta em irrelevante”. GÓMEZ DE LA TORRE, I. B.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 437, In: PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 20.

⁵⁰ “Section 1: De la corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique.

Article 445-1 (Modifié par LOI n. 2011-525 du 17 mai 2011 – art. 154)

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.

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 445-1-1 (Créé par LOI n. 2012-158 du 1er février 2012 – art. 9)

Les peines prévues à l'article 445-1 sont applicables à toute personne qui promet ou offre, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des présents, des dons ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, à un acteur d'une manifestation sportive donnant lieu à des paris sportifs, afin que ce dernier modifie, par un acte ou une abstention, le déroulement normal et équitable de cette manifestation.

Article 445-2 (Modifié par LOI n. 2011-525 du 17 mai 2011 – art. 154)

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

busca punir o comportamento de quem solicita, oferece, aceita ou promete, direta ou indiretamente seja qual for a espécie de proveito impróprio, a fim de que o indivíduo, através do uso de seu cargo, emprego ou atividade profissional, execute ou deixe de executar alguma tarefa própria de seu ofício, descumprindo seus compromissos legais ou contratuais. Pode-se ver que o sistema jurídico francês encontrou, dessa maneira, uma solução razoável à utilização do modo de criminalização laboral do delito de corrupção privada, no qual a tipificação do delito não está sujeita tão somente à infração dos deveres de boa-fé, confiança, lealdade e fidelidade, adentrando - corretamente - na esfera penal de culpabilização.⁵¹

O segundo modelo de incriminação da corrupção privada que será abordado trata-se do omnicompreensivo que, conforme o nome sugere, presume a utilização de um tipo único de corrupção, uma corrupção unitária, esta abrange tanto a corrupção privada quanto a corrupção pública. Esse padrão é adotado pelo sistema jurídico sueco, o qual aparece positivado no Código Penal, cap. 17, §7º e cap. 20 §2⁵², aqui a corrupção constitui-se de um delito comum, sob o qual a conduta

solliciter ou d'agr er, sans droit,   tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, our 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.

Article 445-2-1 (Crée par LOI n. 2012-158 du 1er février 2012 – art. 9).

Les peines prévues à l'article 445-2 sont applicables à tout acteur d'une manifestation sportive donnant lieu à des paris sportifs qui, en vue de modifier ou d'altérer le résultat de paris sportifs, accepte des présents, des dons ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, afin qu'il modifie, par un acte ou une abstention, le d roulement normal et  quitable de cette manifestation."

⁵¹ PRADO, 2015, p. 4.

⁵² "Chapter 17. On Crimes against Public Activity. (...)

Section 7

A person who gives, promises or offers a bribe or other improper reward to an employee or other person defined in Chapter 20, Section 2, for the exercise of official duties, shall be sentenced for bribery to a fine or imprisonment for at most two years. (Law 1977:103)

Chapter 20. On Misuse of Office etc. (...)

Section 2

An employee, who receives, accepts a promise of or demands a bribe or other improper reward for the performance of his duties shall be sentenced for taking a bribe to a fine or imprisonment for at most two years. The same shall apply if the employee committed the act before obtaining the post or after leaving it. If the crime is gross, imprisonment for at most six years shall be imposed. The provisions of the first paragraph in respect of an employee shall also apply to:

- 1. a member of a directorate, administration, board, committee or other such agency belonging to the State, a municipality, county council, association of local authorities, parish, religious society, or social insurance office,*
- 2. a person who exercises an assignment regulated by statute,*
- 3. a member of the armed forces under the Act on Disciplinary Offences by Members of the Armed Forces etc. (1986:644), or other person performing an official duty prescribed by Law,*
- 4. a person who, without holding an appointment or assignment as aforesaid, exercises public authority, and*

característica pode ser cometida tanto por particulares quanto por agentes públicos, ou seja, não se impõe nenhum atributo restrito ao sujeito ativo da ação. Esse formato de incriminação adotado pelo legislador está fundado na concepção de que a corrupção sempre constituirá em onerosidade seja ela pública ou privada, sejam seus agentes particulares ou públicos.⁵³

A incorporação dessa artimanha legislativa sobrevém como uma refutação às fronteiras da Administração Pública consecutivas à três conjunturas diversas, consoante Luiz Regis Prado, são elas:⁵⁴ “*A privatização de sociedades empresárias estatais; a transferência da gestão de serviços públicos ao setor privado,*⁵⁵ *bem como, a sujeição de determinados entes estatais a regimes jurídicos de natureza híbrida.*”⁵⁶

Essas situações estabelecem certa indefinição entre setor público e privado, sobretudo nos sistemas jurídicos em que os conceitos de “agente público” são mais específicos, nesses casos observa-se a aparição de lacunas legais no que tange à punibilidade das ações que, quando realizadas por particulares, deixam de se enquadrar como criminosas, em virtude de não estarem arroladas pelo regime jurídico penal como delitos funcionais.⁵⁷

5. a person who, in a case other than stated in points 1-4, by reason of a position of trust has been given the task of managing another's legal or financial affairs or independently handling an assignment requiring qualified technical knowledge or exercising supervision over the management of such affairs or assignment. (Law 1993:207).”

⁵³ A respeito da modalidade omnicompreensiva adotada pelo sistema jurídico penal sueco, temo que, Conforme Nieto Martín: “destaca-se que esse método de privatização sueco não assinalou a sujeição dos exercícios antigamente estatais ao direito comum, muito pelo contrário, a iniciativa pública sueca é sobretudo ampla e conta com vasta admiração no país, somente em consequência disso é que o ramo privado do direito assumiu os contornos de gestão característicos da esfera pública. NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. Revista Penal. n. 10. p. 55-69. 2002, p. 56. In: PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 22.

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 05.

⁵⁵ Consoante Luiz Regis Prado: O método utilizado para efetuar a transmissão para o setor privado da gestão de serviços públicos é o da concessão de serviços e obras públicas ou o de contratos de permissão de exploração de serviços públicos, estes estabelecidos pela Lei nº 8.987/95. In: PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 22.

⁵⁶ No Brasil, os regimes jurídicos de natureza híbrida são encontrados nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas, conforme prevê a Constituição Federal em seu art. 173, §1º, incisos I e III. No que tange o regime jurídico de natureza híbrida, conforme Carvalho Filho: “Os regimes jurídicos das empresas estatais é híbrido, ou seja, é composto por normas de direito público e privado, a fim de que a sua finalidade pública seja desempenhada concomitantemente em que sejam consideradas e acatadas as relações entre particulares, regulamentadas pelos princípios de livre iniciativa e concorrência. Entretanto, a supremacia de normas derivadas do direito público ou privado irá alternar conforme a natureza da função empreendida pela estatal. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo - 28. ed.– São Paulo: Atlas, 2015;

⁵⁷ Conforme Nieto Martín “diante dessa lacuna legal, a fim de amenizar o percalço, o ordenamento jurídico alemão preferiu redefinir a definição de funcionário público (§ 11 StGB). Em contrapartida, o sistema Austríaco, optou por desenvolver um tipo penal específico (§ 305.1 (2) y §307.1 (2) OstGB)

O terceiro modelo de criminalização da corrupção privada tem por objetivo tutelar o bem jurídico do patrimônio social, por esse motivo o conteúdo delituoso traduz-se em uma modalidade exclusiva de administração desleal do patrimônio social, ou infidelidade patrimonial.⁵⁸

A legislação italiana adota a tutela do patrimônio social, sancionando a infidelidade patrimonial, conforme é possível verificar da posituação do art. 2.635 do Código Civil⁵⁹, que teve seu texto alterado pela Lei 190 de 06 de novembro de 2012.⁶⁰ Depreende-se da análise do artigo que o sistema jurídico italiano visa punir a conduta de diretores, gerentes, administradores e empregados responsáveis, de alguma forma, pelo andamento da empresa que, por conta de promessa de vantagem indevida ou pagamento em dinheiro, direta ou indiretamente, pratique ou deixe de atuar, omitindo-se à sua obrigação, decorrente do cargo que ocupa, ocasionando prejuízos ou danos à sociedade ou empresa.⁶¹

Em linhas gerais, o modelo de incriminação patrimonial da corrupção privada permite uma concepção mais clara do tipo de injusto penal que se pretende punir. Ao contrário do que se tem no modelo laboral de incriminação, aqui tutela-se o patrimônio social, ou seja, tem-se um bem jurídico definido, o qual é composto de conteúdo material sólido, oportunizando uma determinação mais precisa sobre quais comportamentos serão passíveis de punição, da mesma forma que possibilita a identificação precisa das ações que evidenciam a afronta incabível à sociedade. Seguindo nessa linha, assim como permite a clareza de identificação dos elementos

onde regulam a criminalização de empregados de empresas públicas.. Cf. NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 57-58. In: PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 22.

⁵⁸ PRADO, 2015, p. 5.

⁵⁹ Art. 2.635. – (*Corruzione tra privati*). – *Salvo che il fatto costituisca piu' grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per se' 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 e' commesso da chi e' sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi da' o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma e' 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.*

⁶⁰ Além da alteração na redação do texto, a lei também modificou o *nomen iuris* da figura delitiva tratada pelo art. 2.635 do Código Civil Italiano, e o que era denominado “*Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*” passou a se chamar “*Corruzione tra privati*”.

⁶¹ PRADO, 2015, p. 5.

dispostos até aqui, o modelo patrimonial de incriminação também possibilita, de forma mais simplificada, que se examine os resultados danosos provenientes das ações ilegais e, conseqüentemente, a verificação sobre a relevância e a justificação da ingerência penal sobre elas.⁶²

Cabe ressaltar ainda, quanto ao modelo de incriminação patrimonial adotado pelo legislador italiano que, a consumação do delito só se dará mediante a verificação de dano - à empresa ou à sociedade - proveniente da conduta praticada. Ou seja, não há que se falar em delito ou crime de corrupção privada quando a omissão, aceitação, solicitação ou recebimento de vantagem imprópria, com o objetivo de violar os deveres de fidelidade provenientes da função ou cargo, não resultarem qualquer dano ou lesão ao patrimônio empresarial ou social. Sequer caracteriza delito ou crime o ato de oferecer benefícios, vantagens ou pagamento ao empregado, com a finalidade em contrapartida de que este se omita ou pratique atos próprios da função que ocupa quando a vantagem econômica compense o pagamento.⁶³

O quarto e último modelo de incriminação da corrupção privada pode ser considerado o mais expressivo entre os que foram citados até aqui, é empregado nos ordenamentos jurídicos espanhol (art. 286 bis, do Código Penal)⁶⁴, alemão (§§299 e 300 StBG)⁶⁵, suíço (arts. 4a e 23 da Lei de Concorrência Desleal)⁶⁶,

⁶² PRADO 2015, p. 5.

⁶³ CARUSO FONTÁN, María Viviana. El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. Foro. Nueva época. n. 9, p. 166, 2009.

⁶⁴ “Artículo 286 bis. Añadido por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. 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. 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. 4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.”

⁶⁵ “Section 299. Taking and giving bribes in commercial practice

austríaco (n. 1 e 2, § 10, UGW)⁶⁷ e por tratados internacionais que abordam esse assunto.⁶⁸ Neste modelo, o bem jurídico tutelado é a livre concorrência. Sobre a livre concorrência, necessário destacar as palavras de Miguel Reale Júnior:

A liberdade para competir no mercado, consistindo a concorrência na existência de diversos agentes que, num mesmo tempo e espaço, buscam um mesmo ou similar objetivo. Neste domínio, a concorrência decorre, como consequência necessária, da liberdade de iniciativa econômica, sendo então adjetivada como 'livre', isto é, acessível a todos, liberta de certos obstáculos, que têm por efeito impossibilitar ou dificultar sobremaneira a

(1) Whosoever as an employee or agent of a business, demands, allows himself to be promised or accepts a benefit for himself or another in a business transaction as consideration for according an unfair preference to another in the competitive purchase of goods or commercial services shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever for competitive purposes offers, promises or grants an employee or agent of a business a benefit for himself or for a third person in a business transaction as consideration for such employee's or agent's according him or another an unfair preference in the purchase of goods or commercial services shall incur the same penalty.

(3) Subsections (1) and (2) above shall also apply to acts in competition abroad.

Section 300

Aggravated cases of taking and giving bribes in commercial practice

In especially serious cases an offender under section 299 shall be liable to imprisonment from three months to five years. An especially serious case typically occurs if

1. the offence relates to a major benefit or

2. the offender acts on a commercial basis or as a member of a gang whose purpose is the continued commission of such offences."

⁶⁶ "Art. 4a Corruption active et passive 1. Agit de façon déloyale celui qui:

a. aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un employé, un associé, un mandataire ou un autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, en faveur de cette personne ou en faveur d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation;

b. en tant qu'employé, en tant qu'associé, en tant que mandataire ou en tant qu'autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté, en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation.

2 Ne constituent pas des avantages indus ceux qui sont convenus par contrat de même que ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux. (...)

Art. 23 Concurrence déloyale

1 Quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 4a, 5 ou 6 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2 Peut porter plainte celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les art. 9 et 10.

3 Dans la procédure, la Confédération a les mêmes droits qu'une partie plaignante."

⁶⁷ "Section 10 of the Unfair Competition Act – Bribery of Employees or Agents (1) Any person who, in the course of business for purposes of competition, offers, promises or grants gifts or other benefits to an employee or agent of an enterprise in order to obtain, through the unfair conduct of the employee or agent, an advantage for him or a third party in the procurement of goods or services, shall be sentenced by the court to a prison term not exceeding three months or to a fine not exceeding 180 daily rates. (2) The same penalty shall be imposed upon any employee or agent of an enterprise who, in the course of business, demands, permits to be promised or accepts gifts or other benefits, in return for providing another person through unfair conduct with competitive advantages in the procurement of goods or services. (3) Paragraphs 1 and 2 shall not apply if the conduct is subject to the same or more severe penalties under other provisions. (4) Prosecution shall only take place at the request of a person entitled to apply for an injunction under the first sentence of section 14."

⁶⁸ GONTIJO, Conrado Almeida. O Crime de Corrupção no Setor Privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro, São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2014. p. 165.

acessibilidade, a todos, de ofertar, num mesmo mercado, bens ou serviços iguais, similares ou análogos, por parte de diversos operadores.⁶⁹

A principal característica, então, dessa modalidade de incriminação de delito de corrupção privada é a interpretação do delito que, diante disso, seria a corrupção privada nada mais do que uma das formas de exercer a concorrência desleal. Nesse modelo, o consentimento ou a condescendência do empregador ou empresário para com a prática delituosa - ação ou omissão - cometida pelo empregado em razão do seu cargo é irrelevante para a configuração do crime.⁷⁰

A livre concorrência como bem jurídico tutelado no delito de corrupção privada aponta que o legislador, nestes casos, se preocupa com o bom funcionamento do mercado de capitais, bem como considera a importância das funções desempenhadas pela concorrência seja ela mercadológica/econômica ou de cunho político-social.⁷¹ De modo geral, o objetivo da tutela da livre concorrência está fundado em garantir que sejam respeitados os princípios de mercado, dentre eles o da oferta e da procura - asseverando que a qualidade de produtos e mercadorias disponíveis cheguem até o consumidor com valores adequados, permitindo a circulação de capital - e o direito de competir, o qual - desde que desempenhado legalmente - mantém assídua a circulação monetário, beneficiando tanto o consumidor quanto o empresário.⁷²

Essa transgressão de normas que determinam uma lesividade na economia e em todos os seus agentes - o que reflete de alguma forma na sociedade como um

⁶⁹ REALE JUNIOR, Miguel. Problemas econômicos concretos. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 73.

⁷⁰ NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. Revista Penal. n. 10. p. 55-69. 2002, p. 56; BLANCO CORDERO, I.; DEL A CUESTA ARZAMENDI, J. L. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español? In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro en homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 272.

⁷¹ BACIGALUPO, Silvina; BAJO, Miguel. Derecho penal económico. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001, p. 428.

⁷² Nas palavras de Leonadro Figueiredo: "a defesa da concorrência, dentro de um contexto político-social, não é um fim 'em si mesmo', mas um meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente, por meio do estabelecimento de políticas públicas e de um ordenamento jurídico específico para tanto. Em um sistema econômico eficiente, os cidadãos dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis e, conseqüentemente, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico. O objetivo final da defesa da concorrência, portanto, é tornar máximo o devido processo competitivo e, por corolário, o nível de bem-estar econômico da sociedade. Economias competitivas são, também, uma condição necessária para o desenvolvimento econômico sustentável de uma Nação, a longo prazo". FIGUEIREDO, Leonardo Vizeo. Lições de direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 206. In: PRADO, Luiz Regis - Contributo ao Estudo da Corrupção Delitiva Entre Particulares; p. 24; Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 114/2015, p. 51 - 97, Mai - Jun 2015.

todo -, traduzida por corrupção privada, caracteriza uma forma de concorrência desleal. Aqui, defronta-se com um instituto oposto ao que se apresentou até agora, ou seja, pouco importa se há infração de deveres de fidelidade e confiança como na modalidade de incriminação laboral, tampouco se fere na generalidade a dignidade empresarial. Longe disso, o objetivo central que cuida essa modalidade está em garantir o ideal desempenho do mercado, punindo os agentes que atuam de forma a desordenar este funcionamento, normalmente pessoas capazes de emitir ordens de comando e que tomem grandes decisões dentro das empresas. Dessa forma, pretende-se coibir que a ascensão profissional desse agente responsável por tomar as decisões importantes ao funcionamento do mercado se dê por meio de promessas de vantagens ilícitas ou benefícios indevidos.⁷³

⁷³ VENTURA PÜSCHEL, Arturo. Corrupción entre particulares. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Comentarios a la reforma de 2010. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 320-321.

3. A PROPOSTA BRASILEIRA DE CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL

Conforme observa-se da leitura do capítulo anterior, a corrupção é um fenômeno enraizado na cultura brasileira desde os primórdios da formação de sua identidade como nação, é amplamente utilizada como forma de obtenção de lucros e vantagens indevidas seja no âmbito da Administração Pública - constando, essa modalidade como forma de corrupção positivada no ordenamento jurídico brasileiro - seja na esfera das relações particulares e de livre concorrência que, apesar de não prevista no Código Penal brasileiro, ocorre de tal maneira que interessa a proposta de ajuste na lei atual.⁷⁴

O ordenamento jurídico brasileiro tentou, por meio da aplicação de leis esparsas (as quais já foram mencionadas no capítulo anterior), contornar a inexistência de um artigo específico no Código Penal sobre a prática da corrupção privada. Contudo, essas medidas se mostraram ineficientes no combate à corrupção entre particulares, sobretudo quando analisadas da perspectiva comparada, pois nos países em que há medidas positivadas nesse sentido é possível observar uma evolução nas relações de livre concorrência.⁷⁵

Partindo de uma análise sob a ótica do direito comparado, observa-se que o Brasil está atrasado em relação aos países que adotam a tipificação do delito de corrupção privada em suas legislações - já citados e apresentados no capítulo anterior -, isso porque, a necessidade de incriminação dessa modalidade delituosa não é matéria de discussão, ou seja, já se parte do pressuposto que ela deve integrar o ordenamento jurídico vigente, havendo espaço para debater somente a forma com que será aplicada. A situação do Brasil é completamente oposta, pois a deliberação ainda está pautada na necessidade da tipificação deste delito, já que não é previsto no Código Penal vigente. Isso corrobora com a defasagem e o atraso legal pelo qual é acometido o nosso sistema jurídico.⁷⁶

⁷⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da concorrência empresarial. *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92.

⁷⁵ WILLADINO, Lucas. Delito de corrupção entre particulares: uma perspectiva de direito comparado. *Rio de Janeiro: Lumen Juris*, 2018. p. 93-94.

⁷⁶ WILLADINO, 2018, p. 94-95.

Cabe destacar ainda, nesse sentido, que o Brasil é signatário dos mais relevantes instrumentos internacionais de combate à corrupção ⁷⁷, dentre eles a Convenção Interamericana Contra a Corrupção ⁷⁸, formulada pela Organização dos Estados Americanos (OEA); a Convenção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) ⁷⁹ acerca do Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. ⁸⁰

Dessa forma, em decorrência do conteúdo apresentado e estudado até aqui, levar-se-á em conta a necessidade da tipificação do delito de corrupção privada. Por conseguinte, em razão da imprescindibilidade da criminalização de tal modalidade delituosa aqui demonstrada, imperando-se a primordialidade em adequar a legislação penal brasileira, frente às convicções contemporâneas a respeito do assunto, foi que desenvolveu-se, de forma rápida, superficial e apressada, a proposta de tipificação do delito de corrupção privada, contida no anteprojeto do novo Código Penal. ⁸¹ Contudo, antes de apresentar a asserção da tipificação brasileira, faz-se necessário tecer alguns breves comentários acerca das cautelas essenciais na elaboração de um tipo penal.

⁷⁷ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e Harmonização do Direito Penal Brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.

⁷⁸ Conforme consta no endereço eletrônico da CGU (Controladoria Geral da União), conceitua-se a Convenção Interamericana Contra a Corrupção nos seguintes termos, *verbis*: “A Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), é um instrumento que visa promover e fortalecer o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar e punir a corrupção, bem como promover ações que assegurem a cooperação entre os países signatários.” Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea>>. Acesso em: 09 nov. 2019. Ademais, Para Benito Sánchez: “A Convenção Interamericana Contra a Corrupção constitui o primeiro documento vinculante supranacional dedicado ao enfrentamento da corrupção, e também o primeiro em que se insta os Estados parte a sancionar o suborno de funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais”. (BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Madri: lustel, 2012, p. 64-67). In: WILLADINO, 2018, p. 95.

⁷⁹ A OCDE é uma organização pública internacional, composta pela associação de países membros, a qual tem por incumbência a efetivação de políticas e ações que possibilitem o progresso e o desenvolvimento das circunstâncias dos países e nações e a satisfação e o bem-estar social e econômico da sociedade como um todo e de cada indivíduo pessoalmente. (PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.).

⁸⁰ CAMARGO, 2011, p. 100.

⁸¹ BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Novo Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

Assim, imprescindível rememorar algumas lições fundamentais do direito introdutório acerca da criação de leis, tal qual extrai-se das lições de Maximiliano 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”.⁸²

Portanto, necessário atentar às particularidades com que se depara na elaboração de um delito com tamanha relevância ao âmbito penal-empresarial, principalmente por tratar-se de uma novidade ao ordenamento jurídico do país.

Ao formular uma norma ou lei penal, busca-se um formato ideal, ao qual deve consentir e atender aos princípios da *ultima ratio*, de modo que o resultado seja uma tipificação penal racional⁸³, sendo essencial o enquadramento da subsidiariedade, da fragmentariedade, da legalidade estrita e da proporcionalidade do Direito Penal⁸⁴. Dessa forma, consoante Cesare Beccaria:

(...) 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 os cidadãos às tiranias de muitos: *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta et certa*.⁸⁵

A exigência de que as leis penais sejam precisas, nítidas e cristalinas é encontrada em todas as nações e países civilizados⁸⁶, sendo também contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro tanto como uma norma Constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXIX, servindo como garantia aos direitos fundamentais do cidadão, quanto no Código Penal, em seu artigo 1º. As duas previsões aqui expostas resumem a mesma ideia, assegura os mesmos direitos, conquanto “não há crime sem lei anterior que o defina”.

Contudo, para que seja plenamente contemplado o princípio da legalidade, não basta a previsão legal, *strictu sensu*, do ato em si, mas sim, tal previsão deve cumprir três requisitos fundamentais, devendo ser: anterior/prévia (para que seja

⁸² MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 8.

⁸³ Díez Ripollés, José Luis. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 14.

⁸⁴ GONTIJO, Conrado Almeida. O Crime de Corrupção no Setor Privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro, São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2014. p. 206.

⁸⁵ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. José de Faria Costa. São Paulo: Calouste Gulbenkian, 1998. p.45.

⁸⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal: parte geral. São Paulo: Editora Forense. 2012. 4ª. ed. p. 220.

considerado crime a lei que puna tal ação deve existir antes da realização do ato); escrita; e estrita.⁸⁷ As lições de Ferrajoli⁸⁸ quanto ao princípio da legalidade estrita também abordam a importância da definição dos fatos típicos puníveis em leis cristalinas e precisas, *verbis*:

(...) 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.(...)

Ante o exposto, é possível afirmar que o princípio da legalidade estrita concede ao cidadão a oportunidade de perceber, de forma certa e definida, o rol de ações passíveis de punição. Ou seja, os comportamentos puníveis estarão todos escritos e públicos na codificação, em caso de descumprimento de algum deles, essa positivação tem o condão de autorizar a interferência do poder punitivo estatal, o qual atuará impondo uma sanção penal.⁸⁹

No âmbito do direito penal econômico, e aqui enquadrar-se-á o projeto de tipificação do delito de corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro, as adversidades na elaboração das normas penais incriminadoras são ainda maiores, em consequência disso, as falhas técnicas legislativas são comumente encontradas quando da análise da lei posta. Em vista da gravidade da situação, esse assunto é amplamente trazido em voga pela doutrina sendo um motivo de inquietação dos estudiosos da área, tal preocupação aparece explícita nos estudos de Manoel Pimentel, senão vejamos:

(...) o risco que corre o legislador, no campo do direito penal econômico, é exatamente este: ao delinear as figuras típicas, perde-se em conceituações lógico-formais, diante da dificuldade de escolher a via certa, reclamada pela realidade sócio-econômica. (...) 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

⁸⁷ Nas Palavras de Bitencourt e Schmidt: "(...) 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 (...)". BITENCOURT, Cezar Roberto; SCHIMIDT, Andrei Zenker. Direito penal econômico aplicado. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 146.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 38.

⁸⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, 2005. p. 155.

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 (...).⁹⁰

Dito isso, após relembrar alguns preceitos essenciais aos quais é necessário atentar-se no momento da elaboração das leis penais, cientes dos obstáculos encontrados no momento da composição de tais normas, principalmente quando se trata do âmbito penal-empresarial, passa-se para a análise do modelo de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de, a partir do que se abordou até agora, verificar, na máxima medida possível, se há contemplação dos preceitos dispostos até aqui. Atenta-se, primordialmente ao cuidado e a avaliação para que a norma brasileira projetada considere as exigências da legalidade estrita, bem como de todos os outros princípios fundamentais do direito penal aqui apresentados.

3.2. O ARTIGO 167 DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO - PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 236/2012

Conforme anteriormente referido, levando em conta a necessidade de analisar e julgar separadamente as questões relativas aos delitos que se enquadram em ações previstas como corrupção privada, formulou-se um projeto de lei no senado que aborda a tipificação dessa modalidade delituosa. O PLS nº 236/2012, assim dispõe sobre a corrupção entre particulares:

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

Pena - prisão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.⁹¹

Entretanto, ao que parece, essa resolução penal foi estabelecida diante da necessidade de adequação do Código Penal às perspectivas e visões atuais relativas à matéria sem, contudo, considerar a carência de uma argumentação

⁹⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. Direito penal econômico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 38.

⁹¹ BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Novo Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

doutrinária, legislativa e, até mesmo, jurisprudencial capazes de identificar a forma adequada de tal posituação, dessa forma, asseveram Régis Prado e Patrícia Rosseto:

A decisão que culmina na apresentação da presente iniciativa penal não vem precedida por um verdadeiro debate legislativo, doutrinário e jurisprudencial dedicado a verificar, de um lado, a existência de uma firme convicção social a respeito da legitimidade da intervenção penal nessa seara privada; e, de outro, se tal intervenção está justificada com base em critérios de merecimento e da necessidade de pena.

Por conseguinte, não foram realizados estudos político-criminais de maior envergadura que pudessem orientar o legislador na escolha do modelo mais correto e oportuno de criminalização da corrupção privada, consideradas as características sociais e jurídicas brasileiras; ou ainda, que indicassem a técnica legislativa de construção do tipo penal mais adequada no sentido de apreender as condutas que configurariam ataques intoleráveis, por sua nocividade social, ao pressuposto essencial da convivência social que se busque tutelar mediante a previsão penal.⁹²

Diante disso, e com base na visão analisada das parcas leituras encontradas referentes à tipificação do delito de corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que tal projeto legislativo coleciona mais críticas do que louvores. Nestes termos, explica com exatidão, as palavras de Gomes Júnior⁹³, quando se refere a essa prévia investida - realizada de forma acelerada, sem considerar a necessidade de um estudo científico acerca da matéria, tampouco obstando da correta técnica legislativa - para positivar o delito de corrupção entre privados, no Brasil, tal investida pode acarretar “uma infinidade de problemas, capazes de suplantar, com folga, eventuais vantagens da criminalização em apreço”.

Apesar das críticas esboçadas ao tipo penal de corrupção privada abarcado pelo PLS nº 236/2012 pela maioria dos estudiosos da matéria, analisar-se-á, no presente trabalho, a estruturação do artigo 167 do anteprojeto do Novo Código Penal, escolhida pelo legislador a fim de compor a criminalização desta modalidade delitiva no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1 O BEM JURÍDICO TUTELADO

Antes de adentrar a fundo na análise do bem jurídico tutelado pelo art. 167 do PLS nº 236/2012, cabe destacar a disposição escolhida pelo legislador para firmá-lo no anteprojeto do Novo CP, qual seja, o Título II que trata dos Delitos contra o

⁹² PRADO E ROSSETO, 2015, p. 74.

⁹³ GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. O crime de corrupção privada e o PLS 236/2012. Boletim IBCCRIM. n. 260. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014, p. 17.

Patrimônio, o que, por si só, já fornece uma perspectiva sobre o bem jurídico a ser protegido pelo dispositivo.

Haja vista que a organização do Código Penal é uma opção do legislador e considerando que, conforme Prado e Rosseto ⁹⁴ essa não é uma escolha fortuita - pelo contrário, alocar o delito de corrupção entre particulares no título do Código Penal que disserta sobre o patrimônio é uma definição proposital ⁹⁵ -, visto que a técnica legislativo-penal pressupõe a disposição do artigo específico incorporado ao próprio diploma legal, isto é, se designa o local apropriado ao dispositivo a partir dos valores que este projeta tutelar por meio das suas previsões legais de atitudes delituosas. Depreende-se, então, dessa forma, que o bem jurídico pelo qual escolheu o legislador dedicar a proteção do art. 167 do anteprojeto é, nada menos que o patrimônio social.

A respeito de bem jurídico, indispensável mencionar aqui algumas conceituações, a fim de que se possa tratar como item superado o fato de que partimos da clareza quanto à noção desse importante elemento de composição jurídica. Para Navarro ⁹⁶, o escopo da norma penal invariavelmente será a proteção dos bens jurídicos. O primeiro passo para delimitar o objeto de proteção da norma penal é qualificar os interesses abrangidos e, dentre eles, quais fazem jus à proteção penal, ou seja, quais justificariam a imposição de penalidades quando afetados.⁹⁷

Ainda sobre essa temática, importante destacar alguns estudiosos, os quais discutem incansavelmente sobre a conceituação complexa de bem jurídico. Analisando do ponto de vista de Claus Roxin, caracteriza-se bens jurídicos como:

As circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseie nesses objetivos.⁹⁸

⁹⁴ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 76.

⁹⁵ Luiz Régis Prado sobre as funções do bem jurídico, *verbis*: “Não se deve olvidar que o bem jurídico tem uma função sistemática. Atua como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos da parte especial do Código Penal, cujos títulos e capítulos são estruturados com lastro no critério do bem jurídico”. PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e Constituição. 6. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 60.

⁹⁶ NAVARRO MASSIP, Jorge. El delito de corrupción entre particulares. La Corrupción a Examen. Pamplona: Aranzadi, 2012, p. 109.

⁹⁷ BOLEA BARDON, Carolina. El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis. In GRAFFE GONZÁLEZ, Luisiana Valentina (Coord.). Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada. Madri: Dykinson, 2016, p. 102.

⁹⁸ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18.

Impossível deixar de mencionar Eugenio Zaffaroni quando trata-se de matéria acerca do bem jurídico penal, este, por sua vez destaca:

“é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proibem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressadas com a tipificação dessas condutas”.⁹⁹

Encerrando-se a etapa conceitual sobre os bens jurídicos penalmente protegidos, necessário evidenciar as palavras de Luiz Regis Prado, o qual apresenta lições significativas quando se cuida deste assunto, *verbis*:

O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui o paradigma do legislador penal infraconstitucional. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada. Nessa linha de pensamento, convém evidenciar-se que o bem jurídico não se identifica exatamente com seu substrato: revela algo mais que sua base, visto ser resultado de um juízo positivo de valor sobre algo, que se lhe encarna, e acaba por dar-lhe um conteúdo ímpar de cunho empírico-valorativo. É sempre portador de um sentido, de algo valioso para o ordenamento jurídico, sendo expressão de uma relação empírico-axiológica.¹⁰⁰

Depreende-se das análises destes excertos aqui expostos que o bem jurídico tutelado por uma norma penal delimita o objeto ou a situação social que serão englobados e protegidos pela lei ¹⁰¹. Ou melhor, de acordo com Pacelli e Callegari, as principais funções do bem jurídico são:

i) a de limitar a intervenção penal, reduzindo o espaço de liberdade da legislação penal na formulação de tipos penais desconectados com a exigência de efetiva ofensividade; ii) de balizar (medir) a aplicação da pena, segundo o grau de lesão (a pena do crime tentado, por exemplo, deve ser sempre diminuída, em relação ao consumado); iii) servir como referencial interpretativo, no sentido de situar o intérprete no exame de cada tipo penal, de maneira a determinar o respectivo alcance.¹⁰²

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 238.

¹⁰⁰ PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e constituição. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

¹⁰¹ WILLADINO, 2018. p. 101.

¹⁰² PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal – Parte Geral. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 30.

Dito isso, consoante a ampla conceituação de bem jurídico e em conformidade com os estudos de direito comparado - previamente demonstrados neste trabalho - realizados acerca da corrupção entre privados, é possível afirmar que a escolha do bem jurídico a ser tutelado pela norma penal reguladora dessa modalidade delituosa trata-se do objeto central e fundamental para a regulação da matéria, ao passo que o bem jurídico a ser tutelado pela norma atuará como regra para determinação do tipo penal, a partir da efetivação das funções acima apresentadas. Em outras palavras, consiste o bem jurídico em elemento-chave ¹⁰³ para indicar quais ações serão compreendidas pela lei, no caso brasileiro, quais serão abrangidas na modalidade delituosa prevista no artigo 167.

A partir da análise do artigo 167 do PLS nº 236/2012 percebe-se que, embora parte significativa da doutrina estrangeira considere a lealdade na concorrência como objeto mais importante a ser tutelado pelos tipos penais que tratam sobre a corrupção entre particulares - conforme apresentado anteriormente neste trabalho -, essa não foi a opção escolhida pelo legislador ao formular o anteprojeto de Lei do Novo Código Penal, o qual, por sua vez, adota o patrimônio social. Além disso, conforme já referido, tal artigo fora alocado, propositalmente, no Título II, que aborda os Delitos contra o Patrimônio, ainda que esteja previsto, no mesmo PLS nº 236/2012, um título específico que trata sobre os “crimes de concorrência desleal”. A preferência em tutelar neste dispositivo o bem jurídico do “patrimônio social” vai de encontro ao fundamento que justificou a inclusão do delito de corrupção privada no projeto do Novo Código Penal, qual seja, “dar cumprimento à tratados e convenções internacionais”, pois a maioria destes foram criados visando a proteção da lealdade na concorrência. Nesse sentido, ao que parece, a fim de alinhar-se ao argumento principal para a introdução dessa modalidade delituosa no ordenamento jurídico brasileiro, a melhor opção do legislador seria tutelar o bem jurídico da concorrência leal, visando, sobretudo preservar a regulação e o desenvolvimento dos mercados.

¹⁰⁴ Ou seja, estamos falando aqui de um tipo penal.

¹⁰³ ESTÉVEZ, Candela Sánchez de Rojas. Delito de Corrupción entre Particulares. Madri: Fe D'erratas, 2013, p. 21.

¹⁰⁴ WILLADINO, 2018, p. 102.

3.2.2 SUJEITOS DO DELITO

A modalidade delituosa de corrupção privada consiste, geralmente, em uma transgressão bilateral, pois requer a participação de dois agentes, onde um propõe a vantagem ou benefício indevidos e o outro obtém em detrimento da ação ou omissão delituosa, que será praticada, necessariamente, em um meio empresarial¹⁰⁵. Portanto, o crime de corrupção privada trata-se de um crime de concurso necessário ou plurissubjetivo.

Seguindo a lógica dos delitos de corrupção atualmente previstos no Código Penal Brasileiro, quais sejam, corrupção passiva e corrupção ativa, respectivamente positivadas nos arts. 317 e 333, o art. 167 do anteprojeto do Novo Código Penal imputa o crime ao conchavo entre dois privados, onde um representa a empresa - a este será dado a denominação de corrupto - e o outro será o particular que oferece a vantagem indevida ao primeiro - denominado corruptor. O objeto do acordo firmado entre os dois agentes será a vantagem mútua que, conforme já abordado a respeito da conduta típica de corrupção privada, se dará por meio de uma oferta ou promessa de vantagem indevida proveniente do corruptor com o intuito de que o corrupto aja ou se omita diante de uma situação em que seja necessária a utilização de suas funções empresariais próprias ou seu cargo dentro da sociedade ou empresa¹⁰⁶.

Para que a ação ou omissão delituosa entre privados seja compreendida pelo texto do art.167 é necessário, apenas, concluir que a vantagem indevida será o objeto oferecido em detrimento da ação ou omissão do agente vinculado à empresa. Pouco importando, dessa forma, se a atitude foi proveniente do corrupto ou corruptor, bem como sendo irrelevante se o objeto da ação está bem definido e especificado. Por conseguinte, dessa maneira, torna-se possível sancionar as mais diversas variações dessa modalidade delituosa quando se fala em efeitos de pena¹⁰⁷.

Conforme anteriormente mencionado, a corrupção privada consiste em um crime plurissubjetivo, o qual exige o concurso de duas pessoas para que haja o enquadramento na forma delitiva, as quais serão sempre representadas pelas figuras dos agentes corrupto e corruptor. Contudo, ainda que ambos integrem o

¹⁰⁵ ESTÉVEZ, 2013, p. 27.

¹⁰⁶ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 8.

¹⁰⁷ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 8.

mesmo fato delituoso, responderão separadamente, por crimes distintos, ou seja, cuida-se de uma exceção à regra do artigo 29 do Código Penal, neste caso responde o corrupto pelo delito de corrupção privada passiva - previsto no caput do art. 167 - e o corruptor pelo delito de corrupção privada ativa - positivado no parágrafo único do art. 167.¹⁰⁸

3.2.2.1 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO DO DELITO DE CORRUPÇÃO PRIVADA PASSIVA - ART. 167, CAPUT

Conforme transcrito no tópico anterior, a modalidade delituosa de corrupção privada trata-se de delito especial próprio, pois limita a autoria delitiva aos indivíduos que acumulam particularidades específicas das quais a atuação manifesta-se na infração de dever jurídico singular¹⁰⁹, quais sejam, a salvaguarda do patrimônio social respectivo e a lealdade para com o empresário¹¹⁰. No que tange aos sujeitos do delito de corrupção privada passiva, importa destacar as lições de Gontijo:

os pactos sceleris entre particulares pressupõem a existência de agente que ocupe singular posição jurídica, havendo-se de admitir que o delito em questão é especial: o círculo de possíveis sujeitos ativos é restrito a determinado grupo de pessoas.¹¹¹

Desse modo, o sujeito ativo do crime de corrupção privada passiva é o representante da empresa ou instituição privada. Assim, é necessário delimitar o círculo de sujeitos ativos, dessa forma, conforme Prado e Rosseto:

(...) faz-se necessário, em primeiro lugar, identificar na legislação laboral, mercantil ou empresarial os indivíduos obrigados à observância dos deveres de lealdade e de salvaguarda patrimonial e, em um segundo momento, determinar aqueles a quem lei atribui poderes decisórios capazes de vincular juridicamente a pessoa jurídica. Consideradas essas premissas, regra geral, são autores do delito: os sócios com poder de administração, diretores, gerentes, membros do conselho de administração ou qualquer outro indivíduo que, tendo poder de decisão, atue como representante da pessoa jurídica. De acordo com a redação contida no Projeto, a conduta pode ser praticada direta ou indiretamente pelo representante do empresário ou instituição privada. Com tal previsão, o legislador fez referência expressa à possibilidade de autoria imediata única, coautoria imediata e autoria/coautoria mediata no delito de corrupção privada passiva.¹¹²

¹⁰⁸ WILLADINO, 2018, p. 118.

¹⁰⁹ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 9.

¹¹⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 289.

¹¹¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. O crime de corrupção no setor privado. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 188.

¹¹² PRADO E ROSSETO, 2015, p. 10.

À vista disso, percebe-se que a abrangência do rol de sujeitos ativos é ampla, podendo, ao seu turno, demonstrar aptidão em abarcar qualquer indivíduo com poderes decisórios ou de representação do ente jurídico em questão, o que desencadeia a adversidade de compensação dos efeitos punitivos de pessoas que desempenham cargos distintos e em circunstâncias diferentes de poder dentro da empresa, conforme os princípios da proporcionalidade e da igualdade. Assim, a pena aplicada será a mesma independentemente de cargo ou função que exerça, mesmo que suas relevâncias sejam distintas, pois um diretor, um administrador e um empregado exercem atividades típicas com diferentes importâncias.¹¹³

Por sua vez, o sujeito passivo do delito, seria representado pela figura da empresa ou instituição privada à qual se vincula o sujeito ativo, e sobre à qual se apontará o dano ao patrimônio. Dessa forma, resta claro o viés patrimonial presente no texto e na ideia do legislador, pois quem tolera os agravos da ação é a pessoa jurídica. Assim, nota-se a carência de aprimoramento técnico na redação do dispositivo, pois utiliza-se da expressão “*instituição privada*”, ao que tudo indica deve abarcar, de forma extremamente ampla, todas as demais pessoas jurídicas de direito privado previstas no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o artigo 44, do Código Civil. Ou seja, para que haja uma compreensão correta, na medida em que se apresenta um caso concreto, é necessário que se faça a interpretação de legislações extrapenais, as quais também regulam o assunto.¹¹⁴

3.2.2.2 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO DO DELITO DE CORRUPÇÃO PRIVADA ATIVA - ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO

A modalidade delituosa de corrupção privada ativa trata-se de delito comum. Portanto, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que ofereça a vantagem indevida, ou seja, tanto pessoa natural, particular, quanto empresário individual, ou ainda alguém que seja vinculado a uma sociedade empresária ou instituição privada, por exemplo, empregados, sócios, administradores, diretores, entre outros. Nesse sentido, afirma Gontijo:

¹¹³ ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel. El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 290.

¹¹⁴ WILLADINO, 2018. p. 122.

Com efeito, na descrição dos comportamentos criminosos é indiferente a condição pessoal do agente que oferece, promete ou entrega vantagem indevida a agente da esfera privada, com a finalidade de que este descumpra as suas obrigações funcionais. O autor do tipo delitivo pode atuar com o específico propósito de assegurar a obtenção de benefícios para outrem, que apenas poderá sofrer responsabilização criminal nas hipóteses em que for coautor ou partícipe das condutas proibidas praticadas pelo primeiro. Contrário sensu, não poderão ser sancionados terceiros estranhos e inscientes do crime, que dele não tenham tomado parte, ainda que, em resultado da celebração de pactos sceleris privado, auferam vantagem indevida. Apesar de suficiente para a consumação do crime em questão que apenas uma pessoa pratique os comportamentos proscritos no dispositivo acima apontado, é possível - e na vida empresarial recorrente - a atuação concertada de agentes. Verificada essa hipótese, devem ser aplicados os preceitos ordinários da parte geral do diploma repressivo nacional, com a imposição de sancionamento a cada envolvido na prática ilícita, observada a medida de sua culpabilidade.¹¹⁵

Conforme visto, tal como ocorre no delito de corrupção privada passiva, esta modalidade pode ser praticada na forma de autoria imediata única, coautoria imediata e autoria/coautoria mediata, tanto na forma direta quanto na indireta¹¹⁶.

Por sua vez, o sujeito passivo do delito de corrupção privada ativa, é o mesmo referido na modalidade de corrupção privada passiva, qual seja a sociedade empresária ou instituição privada pela qual se vincula o sujeito ativo¹¹⁷. Isto é, tanto nesta quanto naquela forma delituosa enfrenta-se a questão da interpretação extensiva acerca dos demais diplomas legais extrapenais, os quais, da mesma forma, regulam as matérias abrangidas pela categoria de incriminação da corrupção privada adotada pelo legislador brasileiro.

3.2.3 ESTRUTURA DO TIPO DO INJUSTO NO DELITO DE CORRUPÇÃO PRIVADA EM SUAS FORMAS PASSIVA E ATIVA

Abordaremos a estrutura do tipo apresentando, inicialmente, a forma passiva e, posteriormente, a ativa, de modo que, seguindo a lógica utilizada até aqui, possivelmente auxiliará na compreensão do conteúdo.

A modalidade delituosa de corrupção privada passiva, prevista no *caput* do art. 167, apresenta o seu núcleo do tipo materializado pelos verbos exigir, solicitar, aceitar ou receber. A respeito disso, necessário frisar as lições de Prado e Rosseto, quais sejam:

¹¹⁵ GONTIJO, 2016, p. 194.

¹¹⁶ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 10.

¹¹⁷ WILLADINO, 2018, p. 123-124.

O verbo exigir denota a ação de impor como obrigação, reclamar de forma imperiosa, intimar etc. Solicitar implica a ação de pedir, de requerer, de rogar, podendo se dar de forma explícita ou mediante comportamento astucioso do agente que deixa transparecer sua proposta venal. Cumpre registrar que o agente pode utilizar qualquer meio para exigir ou solicitar a vantagem indevida, como palavras, atos, gestos insinuantes, escritos etc. Receber denota a ideia de tomar o que é oferecido, dado ou mandado; obter a vantagem indevida. Aceitar significa receber o que é oferecido. O ato de aceitar expressa a anuência do representante da sociedade empresária ou instituição privada à proposta corruptora de um benefício atual ou futuro ofertado pelo corruptor.¹¹⁸

Dito isso, percebe-se, portanto, que tanto na utilização do verbo receber quanto no aceitar há uma conduta passiva dada a contrapartida da ação de entregar, pagar, oferecer e prometer, praticadas pelo corruptor, cuida-se, dessa forma, de delito de ação múltipla ou de conteúdo variável, em consequência do tipo referir-se a inúmeras formas de conduta. Contudo, ainda que executada mais de uma dessas ações, resta inalterada a unidade delitiva.¹¹⁹

Diante disso, é possível inferir que a conduta típica do delito de corrupção privada passiva traduz-se na ação da pessoa que representa a sociedade empresária ou instituição privada (leia-se, aqui, com ampla abrangência, conforme destacamos anteriormente o art. 44 do Código Civil brasileiro) exigir, solicitar, receber ou aceitar em contrapartida de uma promessa de vantagem indevida ou pagamento, de forma direta ou indireta, a fim de proporcionar seu auto-favorecimento ou de terceiros, praticar ou omitir-se da realização de ações próprias do seu cargo ou função, dada a realidade empresarial a qual pertence. Em outras palavras, os ensinamentos de Gontijo traduzem a conduta típica em:

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).¹²⁰

Por vantagem indevida, conforme já tratado neste trabalho, entende-se qualquer benefício ou privilégio contrário ao direito, obtido de forma ilícita. Por fim,

¹¹⁸ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 11.

¹¹⁹ WILLADINO, 2018, p. 126.

¹²⁰ GONTIJO, 2016, p. 190.

para que haja o enquadramento nessa modalidade penal é necessário o animus de corromper, ou seja, o interesse em alcançar a vantagem indevida¹²¹.

Ao seu turno, a modalidade delituosa de corrupção privada ativa, prevista no parágrafo único do art. 167, tem seu núcleo do tipo materializado por meio dos verbos oferecer, entregar, prometer ou pagar, trata-se também aqui - da mesma forma e pelas mesmas razões, do delito de corrupção privada passiva - de delito de ação múltipla ou conteúdo variável. Tal modalidade delituosa tem sua conduta típica na prática dos verbos listados alhures, tendo como elemento principal a intenção de corromper, ao passo que, conforme lecionam Prado e Rosseto:

Oferecer denota a ação de propor, apresentar, de colocar a disposição. Prometer, por sua vez, significa fazer promessas, afirmar previamente que se vai cumprir, dar ou realizar algo, enfim, expressa o ato de obrigar-se a dar, de empenhar o compromisso de que dará ou fará algo em favor de alguém. Tais condutas se distinguem tanto do ato de entregar, que tem o sentido de efetivamente dar posse de algo, transferir a propriedade, como do ato de pagar, que consiste em remunerar, recompensar o representante de sociedade empresária ou instituição privada com uma vantagem indevida. Cumpre registrar que o agente pode utilizar qualquer meio para corromper o representante de sociedade empresária ou instituição privada, como palavras, atos, gestos insinuantes, escritos etc.¹²²

Por fim, a consumação do delito se dá com o simples oferecimento, entrega ou promessa de vantagem indevida ao indivíduo representante da empresa, instituição privada ou sociedade empresária¹²³.

3.2.4 SANÇÃO PENAL

Quanto ao apenamento previsto no art. 167 do anteprojeto de Novo Código Penal, o legislador estabeleceu a mesma pena para quaisquer das modalidades delitivas, tanto corrupção ativa quanto a passiva serão punidas com a sanção de 1 (um) a 4 (quatro) anos de prisão. Cabe destacar que quanto aos crimes de corrupção, estes, normalmente, são realizados de maneira premeditada, o que, também foi objeto de análise para a formulação da pena mencionada.

A partir da análise do apenamento previsto nas legislações comparadas, pode-se dizer que tal previsão foi a mais acertada (senão a única) deste tipo penal, conquanto tais penas asseguram a dimensão essencial para a legitimação da

¹²¹ WILLADINO, 2018, p. 128.

¹²² PRADO E ROSSETO, 2015, p. 11.

¹²³ PRADO E ROSSETO, 2015, p. 11.

punição das ações corruptas cometidas entre particulares, pois foram consideradas as finalidades de prevenção e repressão do delito, como também foram ponderados os critérios da necessidade e suficiência, tão falados na criminologia.¹²⁴

A partir desses excertos é possível afirmar, então que de forma acertada, o legislador brasileiro sopesou a penalidade adequada ao tipo penal previsto no art. 167 do anteprojeto de Novo Código Penal.

¹²⁴ Conforme Lucas Willadino: “A criminologia da corrupção revela que seus protagonistas são delinquentes calculistas, que agem de maneira premeditada e planejada, sopesando os riscos e as vantagens dos benefícios envolvidos. Considerando tanto, parece-nos que o Direito Penal só exerce seu papel dissuasório se, na estimação do corrupto, a probabilidade de ser descoberto, unida à carga punitiva da sanção, restar realmente alta. Se são muitas as oportunidades de se furtar da ação da Justiça - ou, em caso de ser descoberto, se os benefícios obtidos compensam -, a capacidade de enfrentamento do Direito Penal resta reduzida. WILLADINO, 2018, p. 137.

CONCLUSÃO

A corrupção pode ser apontada como um dos fenômenos responsáveis pelo atraso nos mais diversos aspectos de uma sociedade. Considerada, até então, no Brasil, como fator necessariamente ligado ao setor público, restringindo-se, de certa forma, a maneira de abordar novos meios de incriminação de delitos dessa natureza. Apesar disso, surgiram outras modalidades delituosas que deixaram de se enquadrar nos delitos já existentes, motivando uma nova releitura das necessidades sociais, a fim de fazer com que o direito acompanhe as inovações no cenário mundial.

Pode-se perceber grande preocupação das legislações internacionais e das convenções que tratam sobre corrupção, em atender às carências do direito penal nestes aspectos. À vista disso, ao analisar os formatos de incriminação do delito de corrupção privada pretendidos pelos países que positivam essa modalidade delituosa nos seus Códigos e Leis, foi possível estabelecer matizes importantes a serem levadas em conta na formulação do artigo incriminador da corrupção entre privados.

A partir do momento em que se estabelece a necessidade de previsão dessa forma delituosa no ordenamento jurídico de um país, é necessário grandioso estudo e, sobretudo, debates acadêmicos para estabelecer os pilares de regulação do tipo penal. Para isso, importa estabelecer qual o bem jurídico se pretende proteger, as formas (passiva e ativa) da conduta típica, o apenamento adequado, entre outros fatores essenciais para a estruturação de uma nova norma penal.

Em linhas gerais, com o estudo para a realização destes excertos, foi possível perceber que o projeto de Lei que pretende estabelecer um Novo Código Penal, no Brasil, fora concebido de maneira apressada, sobretudo quando se analisa o artigo que prevê as sanções da prática de corrupção entre particulares, nota-se que carece de discussões doutrinárias, acadêmicas e, principalmente, de um exame dos modelos de positivações adotados pelos países que obtiveram êxito na implementação desse delito em seus Códigos. Cabe destacar que, quando da criação de uma nova norma penal, é imprescindível considerar o padrão social pelo qual esta irá atuar, bem como quais são os principais benefícios pretendidos para a coletividade com esse advento.

Diante disso, pode-se perceber que há uma preferência, por parte da doutrina e dos estudiosos da área, de que o legislador brasileiro assumo o modelo de

corrupção privada que tutela a livre concorrência, e não o patrimônio social, apesar deste ter sido a escolha do legislador ao formular o projeto de Lei 236/2012. Com isso, é possível notar que este projeto coleciona muito mais críticas do que elogios, principalmente por ter sido formulado sem considerar o debate acadêmico acerca do assunto. Assim, buscou-se concatenar neste trabalho, as contrapartidas entre legislador e doutrina especializada, a fim de demonstrar as vantagens e desvantagens da adoção da tutela dos bens jurídicos defendidos por ambos no cenário político, jurídico, social e econômico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Comentarios a la reforma de 2010**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ARGADOÑA, Antonio. **Private-to-private corruption**. Working paper (WP). n. 531. Iese Business School. Universidad de Navarra, December, 2003.

BACIGALUPO, Silvina; BAJO, Miguel. **Derecho penal económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001.

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**. Madrid: Iustel, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto; SCHIMIDT, Andrei Zenker. **Direito penal econômico aplicado**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

BLANCO CORDERO, I.; DEL A CUESTA ARZAMENDI, J. L. **La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?** In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro en homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 272.

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

BRASIL, Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL, Lei nº 6.385 de 7 de Dezembro de 1976. **Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6385.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL, Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. **Regula direitos obrigações relativos à propriedade industrial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. **Novo Código Penal**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

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

CARUSO FONTÁN, María Viviana. **El concepto de corrupción**. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. Foro. Nueva época. n. 9, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro en homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.

DÍEZ RIPPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

DOTTI, Rene Ariel. **Doutrinas essenciais**: direito penal econômico e da empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. IV, 2011.

EIZIRIK, Nelson. GAAL, B. Ariádna. PARENTE, Flávia. HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais** - Regime Jurídico. p. 554. Editora Renovar, 3. ed. 2011.

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

DE ROJAS, Candela Estévez Sánchez. **Delito de Corrupción entre Particulares**. Madri: Fe D'erratas, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeo. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FOFFANI, Luigi. **La corrupción en el sector privado**: iniciativas internacionales y derecho comparado. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (orgs.). Doutrinas essenciais - direito penal econômico e da empresa. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. IV.

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

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D. M. Sobre la corrupción particular en convenios internacionales y derecho comparado. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (orgs.). **Doutrinas essenciais - direito penal econômico e da empresa**. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. IV.

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

GONTIJO, Conrado Almeida. **O Crime de Corrupção no Setor Privado**: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2014.

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTÍN, Adán Nieto. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. **Revista Penal**. n. 10. p. 55-69. 2002.

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

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. São Paulo: Forense, 2009.

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

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

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, Luiz Regis. A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de Corrupção e Tráfico de Influência Internacional. **Revista dos Tribunais**, vol. 803, Set 2002.

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

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

_____. Bem jurídico-penal e Constituição. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Editora Forense. 4. ed. 2012.

_____. **Problemas econômicos concretos**. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. Corrupção privada como impeditivo ao desenvolvimento econômico: uma perspectiva sob o viés da

concorrência empresarial. **Revista de Direito Empresarial**. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ROMEIRO, Adriana. **A corrupção na Época Moderna** - conceitos e desafios metodológicos. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?frbrVersion=2&script=sci_arttext&pid=S1413-77042015000200216&lng=en&tIng=en. Acesso em: 10 de set de 2019

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

VENTURA PÜSCHEL, Arturo. **Corrupción entre particulares**. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Comentarios a la reforma de 2010. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. **La corrupción política**. Madrid: Editorial Síntesis, 2006.

WILLADINO, Lucas. **Delito de corrupção entre particulares**: uma perspectiva de direito comparado. Lucas Willadino. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

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