

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS – UFMG

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO

DANILO EMANUEL BARRETO DE OLIVEIRA

CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES E SEUS MODELOS CRIMINALIZANTES

Belo Horizonte

2022

DANILO EMANUEL BARRETO DE OLIVEIRA

CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES E SEUS MODELOS CRIMINALIZANTES

Versão final

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, para obtenção do grau de Mestre em Direito, na Área de Concentração “Direito e Justiça”.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha.

Linha de Pesquisa 1: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Belo Horizonte

2022

(Espaço reservado para a ficha catalográfica)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB 6 3167.

048c Oliveira, Danilo Emanuel Barreto de
Corrupção entre particulares e seus modelos criminalizantes
[manuscrito] / Danilo Emanuel Barreto de Oliveira.-- 2022.
263 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito
Bibliografia: f. 246-263.

1. Direito penal - Teses. 2. Direito penal econômico - Teses.
3. Corrupção - Teses. 4. Livre iniciativa. I. Rocha, Fernando
Antonio N. Galvão da. II. Universidade Federal de Minas Gerais -
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343.53

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. DANILO EMANUEL BARRETO DE OLIVEIRA

Aos sete dias do mês de fevereiro de 2022, às 09h horas, na Plataforma ZOOM da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Professor Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvao da Rocha (orientador do candidato/UFMG); Professor Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG) e Professor Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do **Bel. DANILO EMANUEL BARRETO DE OLIVEIRA**, matrícula nº 2020657931, intitulada: **CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES E SEUS MODELOS CRIMINALIZANTES**. Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador do candidato, Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Artur de Brito Gueiros Souza e Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Professor Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (orientador do candidato/UFMG)

Conceito: aprovado – nota 100 (cem)

Professor Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG)

Conceito: aprovado – nota 100 (cem)

Professor Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

Conceito: aprovado – nota 100 (cem)

A Banca Examinadora considerou o candidato aprovado, com a nota 100 (cem), com recomendação de publicação. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Presidente da Mesa e Orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Priscila Campos Silva, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:

Assinado de forma digital por FERNANDO ANTONIO NOGUEIRA GALVAO DA ROCHA:79298877749 (05/01/2022 - 04/01/2025)
Data: 07/02/2022 12:07:16

Professor Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (orientador do candidato/UFMG)



Professor Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG)

Professor Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

DANILO EMANUEL BARRETO DE OLIVEIRA

Assinado de forma digital por DANILO EMANUEL BARRETO DE OLIVEIRA
Dados: 2022.02.07 12:54:36 -03'00'

- CIENTE: Danilo Emanuel Barreto de Oliveira (Mestrando)

AGRADECIMENTOS

Sem dúvidas, não seria possível chegar até aqui sem a contribuição de pessoas que tanto me apoiam e que me causam inspiração, gratidão e estima. Por essa razão, dedico as próximas linhas para oferecer meus agradecimentos a elas.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer ao meu mestre e orientador, Dr. Fernando Galvão. Professor que empreende todos os esforços para extrair o melhor de seus alunos e domina a arte de orientar pelo exemplo. O discernimento, a sabedoria e a experiência do Senhor compuseram o núcleo de minha formação no mestrado, bem como transcenderam e hoje servem de principal inspiração para o meu desenvolvimento como pessoa.

Gostaria também de estender meus agradecimentos a todos os meus professores do curso de Mestrado em Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Departamento de Direito e Processo Penal, da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Gostaria de agradecer, nesse sentido, especialmente aos Profs. Drs. Luís Brodt e Frederico Horta, pelas inestimáveis considerações feitas no meu exame de qualificação.

Em seguida, gostaria de agradecer à minha mãe, Sra. Vera Barreto. Permanente e principal endossatária de meu desenvolvimento, a Senhora confiou e proveu a mim, mesmo em situações adversas, condições que sustentaram e viabilizaram meu crescimento e meu aprendizado, não só acadêmico, mas nos mais diversos âmbitos da vida.

Por derradeiro, mas não de forma menos importante, gostaria de agradecer à minha noiva, Emilly Batista. Além de me acompanhar em todos os momentos, durante esse período assumiu também, sempre alegre e disposta, aos papéis de leitora, ouvinte e também revisora deste meu trabalho. Você em todo momento se demonstrou disposta a oferecer todo incentivo e todo apoio necessários à concretização de mais este meu sonho e objetivo.

Por ter ao lado pessoas tão especiais que vale cada conquista e superação de desafios.

BARRETO, Emanuel. Corrupção entre particulares e seus modelos criminalizantes. 2022. 263 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte, 2022.

RESUMO

Esta dissertação versa sobre o **tema** da corrupção entre particulares e sua criminalização. A introdução mostra que tendência internacional de extensão ao universo das relações entre particulares, de conceito de corrupção e de seu tratamento jurídico-penal, tem chegado ao Brasil. Diante desse contexto, a pesquisa elege como **problema**: os modelos criminalizantes estrangeiros mais conhecidos pela literatura especializada têm capacidade de oferecer proposta de tipificação penal da corrupção privada consistente político-criminal e dogmaticamente? A pesquisa tem como **objetivo geral** comprovar ou rejeitar a **hipótese** de que os modelos criminalizantes mais conhecidos não têm capacidade de oferecer consistente proposta de tipificação penal da corrupção privada. A pesquisa, em termos de **opções metodológicas**, desenvolve estudo de vertente jurídico-dogmática, utilizando-se do procedimento de análise de conteúdo sobre o conceito de corrupção, sobre modelos de criminalização da corrupção privada, e sobre proposições internacionais, estrangeiras e *lege ferenda* nacionais para testar a hipótese. Após introdução, a pesquisa apresenta os modelos conceituais de corrupção e explica o que atualmente se compreende por corrupção entre particulares. Em seguida, apresenta discussão sobre argumentos favoráveis e contrários e apresenta predomínio de entendimento pela criminalização da corrupção privada. Munido das adequadas premissas conceitual e político-criminal, o estudo adentra exame crítico dos modelos criminalizantes mais estudados pela literatura especializada, bem como de algumas propostas de *lege ferenda* nacionais de criminalização da corrupção entre particulares.

Palavras-chave: Corrupção entre particulares. Modelos de criminalização. Direito Penal Econômico.

PRIVATE CORRUPTION AND ITS CRIMINALISING MODELS

ABSTRACT

This Master's thesis deals with the **theme** of private corruption and its criminalising models. The introduction shows that the international tendency to extend the concept of corruption and its legal-penal treatment to the domain of relations between private individuals has reached Brazil. In light of this context, the research elects as **problem**: do the foreign criminalising models best known in the literature have the capacity to offer a proposal for criminal classification of private corruption that is consistent in terms of criminal-policy and dogmatics? The research has as **general objective** to prove or disprove the **hypothesis** that the best known criminalising models do not have the capacity to offer a consistent proposal of criminalisation of private corruption. In terms of **methodological options**, the research develops a legal-dogmatic study, utilising the content analysis procedure on the concept of corruption, on models of criminalisation of private corruption, and on international, foreign and national *lege ferenda* propositions to test the hypotheses. After introduction, the research presents the conceptual models of corruption and explains what is currently understood as private corruption. After that, it presents a discussion on favorable and contrary arguments and presents a predominant understanding for the criminalisation of private corruption. Armed with the adequate conceptual and political-criminal premises, the study enters into a critical examination of the criminalising models most studied in the literature and some national *lege ferenda* proposals for the criminalisation of private corruption.

Keywords: Private corruption. Criminalising models. Brazilian Economic Criminal Law.

LISTA DE CONVENÇÕES, SIGLAS E ABREVIATURAS

ABIN – Agência Brasileira de Inteligência

ADPF – Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal

AGU – Advocacia-Geral da União

AJUFE – Associação de Juizes Federais

ALI – *American Law Institute*

AMAERJ – Associação de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro

AMPCON – Associação Nacional do Ministério Público de Contas

ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal

ANAUNI – Associação Nacional dos Advogados da União

ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República

art. – Artigo

BACEN ou BCB – Banco Central do Brasil

BMJV – *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* (Ministério Federal da Justiça e da Proteção ao Consumidor Alemão)

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CBF – Confederação Brasileira de Futebol

CC/2002 – Código Civil Brasileiro

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

Cf – Confira

CFM – Conselho Federal de Medicina

CGE – Controladoria-Geral do Estado

CGM – Controladora-Geral do Município

CGU – Controladoria-Geral da União

CIA – *Central Intelligence Agency*

CIC ou ICC – Câmara Internacional de Comércio

CJF – Conselho da Justiça Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras

COB – Comitê Olímpico Brasileiro
COE – Conselho da Europa
COI – Comitê Olímpico Internacional
CONACI – Conselho Nacional de Controle Interno
CONCPC – Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil
CONJUR/MJ – Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça
CP – Código Penal
CPB – Código Penal Brasileiro
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CUE – Conselho da União Europeia
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
DoJ – *Department of Justice* (Departamento de Justiça Norte-americano)
DP – Direito Penal
DREI – Departamento de Registro Empresarial e Integração
ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
Et. seq. – *Sequentia* (que se segue)
EUA – Estados Unidos da América
FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*
FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancários
FGV – Fundação Getúlio Vargas
FIFA – *Fédération Internationale de Football Association* (Federação Internacional de Futebol)
FMI – Fundo Monetário Internacional
GNCOCC – Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas
GRECO – *Group of States against Corruption*
IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Ibid. – *Ibidem* (na mesma obra)
Id. – *Idem* (do mesmo autor)
LO – *Ley Orgánica* (Lei Orgânica espanhola)
Loc. cit. – *Loco citato* (no lugar citado)
LPI – Lei de Propriedade Industrial (Lei Federal n. 9.279/1996)
MJ – Ministério da Justiça
MP – Ministério Público

MPC – *Model Penal Code*

MPF – Ministério Público Federal

MPPR – Ministério Público do Estado do Paraná

MRE – Ministério das Relações Exteriores

OCDE ou OECD – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA – Organização dos Estados Americanos

OGH – *Oberster Gerichtshof* (Suprema Corte de Justiça da Áustria)

ONU ou UN – Organização das Nações Unidas

Op. cit. – Opus citatum (obra citada)

öStGB – *Österreichische Strafgesetzbuch* (Código Penal Austríaco)

öUWG – *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Lei de Combate à Concorrência Desleal da Áustria)

PF – Polícia Federal

PFC – Proposta de Fiscalização e Controle

PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar

rf. – relatório final

RFB – Receita Federal do Brasil

SAL – Secretaria de Assuntos Legislativos

SENAD – Secretaria Nacional de Política sobre Drogas

SNJ – Secretaria Nacional da Juventude

STF – Supremo Tribunal Federal

StGB – *Strafgesetzbuch* (Código Penal Alemão)

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

TI – Transparência Internacional

TRF – Tribunal Regional Federal

UA – União Africana

UE – União Europeia

UKBA – *United Kingdom Bribery Act* (Lei Antissuborno do Reino Unido)

UWG – *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Lei de Combate à Concorrência Desleal da Alemanha)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
1.1 Problema	21
1.2 Hipótese	21
1.3 Objetivos geral e específicos	22
1.4 Opções metodológicas	23
1.4.1 <i>Vertente e procedimento</i>	23
1.4.2 <i>Marcos teóricos</i>	24
1.4.3 <i>Setores de conhecimento e pertinência temática</i>	26
1.4.4 <i>Processos de estudo</i>	26
PARTE I: DISCUSSÃO CONCEITUAL	28
2 MODELOS CONCEITUAIS DE CORRUPÇÃO	28
2.1 Modelo de negócio / acordo ilícito (<i>Unrechtsgeschäft / Unrechtsvereinbarung</i>)	31
2.2 Modelos de tipologia principal – agente – cliente (<i>principal – agent – client approach</i>)	34
2.2.1 <i>Conceitos de fórmula “abuso – função pública – ganho” (abuse – public office – gain formula)</i>	36
2.2.2 <i>Conceitos de fórmula “abuso – poder – ganho” (abuse – power – gain formula)</i>	39
2.3 Modelo normativo-institucional ou organizacional de corrupção (<i>organisational corruption</i>)	44
2.4 Síntese da parte I e conclusão parcial: o conceito normativo-institucional de corrupção explica as três dimensões de significado mais relevantes para o DP contemporâneo	50
PARTE II: DISCUSSÃO POLÍTICO-CRIMINAL	53
3 A NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES	53
3.1 Argumentos contrários à criminalização da corrupção entre particulares	54
3.1.1 <i>A corrupção entre particulares expressa comportamentos socialmente adequados ou tolerados</i>	55
3.1.2 <i>O setor privado já consegue proteger-se da corrupção entre particulares</i>	57
3.1.3 <i>A corrupção entre particulares apresenta pouca relevância social</i>	58
3.2 Argumentos favoráveis à criminalização da corrupção entre particulares	58

3.2.1 <i>A corrupção entre particulares expressa comportamentos socialmente danosos</i>	59
3.2.1.1 Danosidade em relação ao principal	59
3.2.1.2 Danosidade em relação aos concorrentes, ao mercado e ao sistema econômico	65
3.2.1.3 Danosidade em relação aos consumidores.....	69
3.2.2 <i>A corrupção entre particulares possui relevância e expressa comportamentos inadequados e não tolerados pela sociedade</i>	72
3.3 A percepção pela necessidade de criminalização da corrupção entre particulares a partir da agenda internacional	75
3.3.1 <i>A criminalização da corrupção transnacional como antecessor político-criminal da criminalização da corrupção entre particulares</i>	77
3.3.2 <i>Do combate à corrupção transnacional ao combate da corrupção entre particulares</i> .	80
3.3.3 <i>As iniciativas supranacionais europeias</i>	83
3.3.3.1 A Ação Comum 98/742/JAI de Bruxelas, da UE	83
3.3.3.2 A Convenção Penal de Estrasburgo sobre a Corrupção de 1999, do COE	90
3.3.3.3 A Decisão-Quadro 2003/568/JAI de Bruxelas, do CUE.....	97
3.3.4 <i>A Convenção de Maputo sobre Corrupção, da UA</i>	102
3.3.5 <i>A Convenção de Mérida contra a Corrupção, da ONU</i>	105
3.4 Movimentos doutrinários estrangeiros e internacionais de criminalização da corrupção entre particulares	112
3.4.1 <i>Model Penal Code, nos EUA</i>	112
3.4.2 <i>Eurodelitos, na Europa</i>	115
3.5 Da internalização do debate à proliferação de iniciativas brasileiras	118
3.6 Síntese da parte II e conclusão parcial: predomina o entendimento pela necessidade de criminalização da corrupção entre particulares	131
PARTE III: DISCUSSÃO DOGMÁTICA	134
4 MODELOS E PROPOSTAS DE CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES	134
4.1 Concepção procedimental de bem jurídico	136
4.2 Modelos criminalizantes	140
5 MODELO DE TUTELA PATRIMONIAL	143
5.1 Variante clássica austríaca: proteção da lealdade patrimonial	143
5.2 Variante clássica italiana: proteção do patrimônio social	152

5.3 Síntese crítica do modelo de tutela patrimonial.....	158
6 MODELO DE TUTELA LEALÍSTICO-FIDUCIÁRIA.....	161
6.1 Variante clássica inglesa: proteção da lealdade do agente para com o seu principal	163
6.2 Variante clássica francesa: proteção da lealdade do empregado e do diretor para com o seu empregador	172
6.3 Síntese crítica ao modelo de tutela lealístico-fiduciária.....	178
7 MODELO DE TUTELA CONCORRENCIAL.....	180
7.1 Variante clássica alemã: proteção macroeconômica à livre concorrência	182
7.2 Variante clássica espanhola: proteção microeconômica à leal concorrência	191
7.3 Síntese crítica ao modelo de tutela concorrencial	199
8 TENDÊNCIA DE OCASO DOS MODELOS CRIMINALIZANTES “PUROS”	202
8.1 Preservação de modelos criminalizantes “puros”	202
<i>8.1.1 Estratégia de tipificação lealístico-fiduciária pura – variante moderna francesa.....</i>	<i>202</i>
<i>8.1.2 Estratégia de tipificação concorrencial pura – variante moderna espanhola.....</i>	<i>205</i>
8.2 Estratégias de tutela alternativa	207
<i>8.2.1 Estratégia de tipificação lealístico-fiduciária com hipótese de persecução pública em caso de distorção concorrencial – variante moderna italiana</i>	<i>207</i>
<i>8.2.2 Estratégia de tipificação normativo-institucional omnicomprensiva ou radical – variante moderna inglesa</i>	<i>209</i>
<i>8.2.3 Estratégia de tipificação normativo-institucional multifrontal – variantes modernas alemã e austríaca.....</i>	<i>217</i>
9 PROPOSTAS NACIONAIS.....	220
9.1 Propostas de modelo de tutela patrimonial	221
9.2 Propostas de modelo de tutela lealístico-fiduciária	225
9.3 Propostas de modelo de tutela concorrencial	228
9.4 Propostas de tutela plúrima	231
10 SÍNTESE DA PARTE III E CONCLUSÃO PARCIAL: OS MODELOS CRIMINALIZANTES E PROPOSTAS BRASILEIRAS APRESENTAM GRAVES PROBLEMAS POLÍTICO-CRIMINAIS E DOGMÁTICOS	235
11 SÍNTESE DA DISSERTAÇÃO E CONCLUSÃO: CONFIRMAÇÃO DA HIPÓTESE	238
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	246

1 INTRODUÇÃO

A expressão “corrupção” é dotada de complexa significação¹. Seu conteúdo, pouco adstrito aos registros dicionarizados, apresenta maior dependência com o contexto em que o signo é utilizado e com os padrões normativos dos atores sociais que o utilizam².

A literatura especializada aponta que, cada vez mais, novos e diferentes conceitos para a palavra têm surgido ao longo do tempo e do espaço³. Essa intensa ressignificação continuamente insta a revisão de sua compreensão para áreas do saber que interagem com o aludido termo, como é o caso do DP.

O sistema criminal, como um controle social estabelecido pelas pessoas a partir de processos comunicativos mediados pela linguagem⁴, recebe, transforma e constrói diferentes significados normativos para a expressão “corrupção”, por meio da criação e modificação de normas penais. O CPB, nesse sentido, esboça, em sua parte especial, variados sentidos atribuídos à palavra, desenvolvidos ao longo do tempo.

Diferentes tipos penais ilustram explicitamente essa variedade significativa⁵, como os delitos de corrupção de menores (art. 218), corrupção de água potável (art. 271), corrupção de substâncias e produtos alimentícios (art. 272), corrupção de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273), corrupção passiva de agentes públicos nacionais (art. 317), e corrupção ativa sobre agentes públicos nacionais (art. 333) e estrangeiros (art. 337-B).

A última das perspectivas mencionadas, caracterizada sobretudo pelo conteúdo dos arts. 317 e 333 do CPB, busca coibir comportamentos realizados no âmbito de relações entre particulares e agentes do Estado. Esse significado, que é comumente reputado pela literatura especializada como o mais usual conceito para a tradição jurídico-penal (conceito “clássico”

¹ DAVID, Décio Franco. **Tratamento penal da corrupção privada a partir de um sistema penal integral de matriz significativa**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, linha de pesquisa: Função Política do Direito – da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP: Jacarezinho, 2019, p. 46; ROSE, Richard; PEIFFER, Caryn. Understanding corruption in different contexts. In. GRIMM, Heike. **Public Policy Research in the Global South: A cross country perspective**. Berlin: Springer. 2019, p. 1. Disponível em: https://pure.strath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/99663679/Rose_Peiffer_Springer_2019_Understanding_corruption_in_different.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

² Ibid., p. 2.

³ HEIDENHEIMER, Arnold J. and JOHNSTON, Michael, (eds.). **Political Corruption: Concepts and Contexts**, 3rd edition, New Brunswick: Transaction Publishers. 2002.

⁴ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 12a ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 258.

⁵ Id.. Corrupção e democracia. **Jornal Estadão**. Blog do Fausto Macedo. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corruptao-e-democracia/>. Acesso em: 24 nov. 2021.

de corrupção; “corrupção pública”), bem como o mais conhecido pela sociedade⁶, expressa proibições a situações de indevida prevalência de interesses particulares em detrimento do interesse público⁷.

Por meio do art. 317 do CPB, podem ser punidos agentes públicos que solicitam ou recebem vantagens indevidas em razão de sua função. Por meio do art. 333, do mesmo diploma, são ameaçadas com sanção penal pessoas que oferecem ou prometem vantagens indevidas a agentes públicos, visando que esses pratiquem, retardem ou deixem de praticar ato de ofício.

A exegese desses dispositivos permite dizer que a perspectiva normativa ora cotejada somente interpreta como corrupção determinados comportamentos manifestados no âmbito de relações que necessariamente envolvam a presença de agentes públicos⁸. Em outras palavras, é possível depreender que, via de regra, o DP brasileiro, intencionalmente ou não, interpreta as relações estritamente privadas como incorruptíveis, pelo menos quanto ao sentido da palavra ora cotejada. Concepções como essa corroboram entendimentos como o de Becker, vencedor do prêmio Nobel, quem afirma que “*se abolimos el Estado, abolimos la corrupción*”⁹.

Segmentos da literatura especializada e da política de diferentes países e organizações, contudo, discordam dessa concepção, reputando-a como inadequada¹⁰. Interpretam que comportamentos em algum grau semelhantes àqueles proscritos pelos tipos clássicos de corrupção podem ocorrer em relações estritamente privadas¹¹, bem como podem ser danosos a interesses, valores e referências juridicamente tutelados, individuais e/ou metaindividuais¹².

⁶ AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES; Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção**: Ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 13.

⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção no setor privado**: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro. 2015. 250 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 28.

⁸ Ibid.

⁹ HODGSON, Geoffrey; JIANG, Shuxia. La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista, **Revista Economía Institucional**, vol. 10, núm 18, 2008, pp. 55-80, p. 62.

¹⁰ AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES; Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.), op. cit., p. 13; NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Diret). **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2013; DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 12.

¹¹ KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. **Política criminal**, v. 2, n. 3. Jun. -jul. 2007, p. 1-18, p. 2. Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2713983_code1369244.pdf?abstractid=2713983&mirid=1. Acesso em: 14 nov. 2021.

¹² ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. La criminalización de la corrupción en el sector privado: a propósito del nuevo delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del código penal español. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, p. 319-354, 2014. Disponível em:

Perspectivas como essas têm levado Estados, desde o início do século XX, e de modo mais intenso, desde a passagem do século XX para o XXI, a desenvolverem compreensões conceituais e normativas mais amplas sobre a corrupção, permitindo que seu conceito e tratamento jurídico penal passassem a abranger contextos estabelecidos estritamente entre sujeitos do setor privado¹³. Nações como Inglaterra (1906), Alemanha (1909), França (1919), Itália (2002) e Espanha (2010), refletem em seus ordenamentos jurídico-penais, tipos incriminadores que punem o que hoje denominam como delito de “corrupção privada”, “corrupção entre particulares”, “corrupção no setor privado”, “corrupção nos negócios” e outras expressões semelhantes¹⁴.

Organizações supranacionais realizam convenções e elaboram documentos por meio dos quais discutem sobre a tipificação penal da corrupção entre particulares em diferentes regiões do globo¹⁵. São exemplos na Europa: a Ação Comum 98/742/JAI¹⁶, a Convenção Penal de Estrasburgo sobre a Corrupção, de 1999¹⁷, e a Decisão-Quadro 2003/568/JAI¹⁸. Na África, pode ser citada a Convenção de Maputo, de 2003¹⁹. Em nível global, por sua vez, pode ser citada a Convenção de Mérida, da ONU, também de 2003²⁰.

A doutrina, ao analisar documentos jurídicos estrangeiros e internacionais, tem identificado divergências no que diz respeito ao tratamento jurídico lançado à corrupção privada. Salienta, nesse sentido, que mesmo aqueles sistemas jurídicos que procedem à

http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138897. Acesso em: 4 mai. 2021, p. 326; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 36 et seq.

¹³ WALTHER, Felix. **Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr Internationale Vorgaben und deutsches Strafrecht**. Centaurus Verlag & Media, 2011, p. 14 et seq; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 12.

¹⁴ WALTHER, Felix, loc.cit..

¹⁵ FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 48-60, nov./dez.. 2009, p. 49. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=73284. Acesso em: 3 nov. 2021.

¹⁶ UE. **Acção Comum de 22 de Dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à corrupção no sector privado**. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 1998. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e924646a-a992-40d3-ba8b-03bddcdc7149/language-pt>. Acesso em: 9 jul. 2021.

¹⁷ COE. **Convenção penal sobre a corrupção**. Estrasburgo, 1999a. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_penal_sobre_corrucao.pdf. Acesso em: 9 jul. 2021.

¹⁸ CUE. **Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho de 22 de Julho de 2003 relativa ao combate à corrupção no sector privado**. Jornal Oficial da União Europeia, p. 54-56. 31 jul. 2003. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2003.192.01.0054.01.POR&toc=OJ%3AL%3A2003%3A192%3ATOC. Acesso em: 16 out. 2021.

¹⁹ UA. **Convenção da União Africana Sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção**. 2003. Disponível em: https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_-_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_p.pdf. Acesso em: 16 out. 2021.

²⁰ ONU. **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**, México, 2003. https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 9 jul. 2021.

criação desse delito, assim o fazem de forma bastante variada, assistemática e heterogênea entre si²¹.

As principais diferenças, segundo a literatura especializada, decorrem da escolha do bem jurídico que ampara a tipificação penal da corrupção privada. O bem jurídico utilizado pelos ordenamentos jurídicos tem variado desde perspectivas mais privatísticas, como a defesa do patrimônio ou da lealdade e da confiança entre sujeitos que contratam entre si, até perspectivas mais publicísticas, como a defesa da ordem concorrencial e da higidez dos mercados²².

Essa variedade de escolhas é percebida pela doutrina, que as discrimina e classifica no que chama de modelos de incriminação²³, tipificação²⁴ ou criminalização²⁵ da corrupção entre particulares.

Esses modelos dão origem às mais diferentes estruturas de tipos penais, pois a estabilização de um ou outro bem jurídico levanta importantes questionamentos aos estudiosos do DP. No âmbito dos verbos que representam o núcleo dos comportamentos proibidos, é possível perguntar se assim como ocorre para a corrupção pública, meras solicitação ou promessa de vantagem ensejariam a punibilidade no campo da corrupção entre particulares.

Quanto aos elementos normativos, surge a necessidade de se refletir quais estruturas no delito de corrupção privada exerceriam a função que as expressões “funcionário público” e “ato de ofício” desempenham no delito de corrupção clássica. Em relação aos elementos subjetivos, surge o questionamento quanto a quais contornos específicos de índole subjetiva os comportamentos de corrupção entre particulares estariam voltados. No que tange aos sujeitos ativos e passivos do delito de corrupção privada, discute-se se a estrutura típica do delito deve contemplar tão somente figuras inerentes ao contexto empresarial ou deve tomar extensão mais ampla, e ainda se o empresário dono de um negócio pode, além de corromper, ser também corrompido.

Em síntese, não é pacífica a questão entre os estudiosos quanto à forma mais adequada para a tipificação da corrupção privada, de modo que a doutrina se divide tanto entre aqueles

²¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 15; DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 78.

²² Ibid., p. 32-33.

²³ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. La criminalización de la corrupción en el sector privado: a propósito del nuevo delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del código penal español. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, p. 319-354, 2014, p. 326 et seq. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138897. Acesso em: 4 mai. 2021.

²⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015..

²⁵ TEIXEIRA, Adriano, op. cit.. LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.) 1. reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

que sustentam um ou outro modelo, bem como entre aqueles que sustentam pela desnecessidade de tipificação ou pela incapacidade dos modelos em fornecer uma adequada tipificação.

Os endossatários ao reconhecimento e à criminalização da corrupção entre particulares no plano externo têm estimulado movimentos semelhantes no Brasil. A literatura especializada tem percebido manifestações nesse sentido, tanto por parte da doutrina jurídico-penal, órgãos e entidades do Poder Público²⁶, bem como por parte de setores da sociedade civil e da imprensa²⁷.

Em relação à doutrina nacional, desde o fim da década de 1990, há autores que percebem que o sistema jurídico-penal brasileiro reconhece e valora negativamente, ainda que em caráter excepcional, certos fragmentos de corrupção entre particulares. Nesse sentido, é possível depreendermos por uma progressiva importação de marcos teóricos e ferramentais jurídico-penais desenvolvidos no plano internacional.

Pierangeli, por exemplo, em 1998, ano que coincide com a edição do primeiro instrumento jurídico supranacional europeu voltado à criminalização da corrupção privada²⁸, estudou crimes de concorrência desleal estabelecidos no art. 195 da LPI, classificando os incisos IX e X, do aludido dispositivo, como “[c]orrupção ativa de empregado”²⁹, e “[c]orrupção passiva de empregado”³⁰. Em referência ao inciso IX, o autor diz explicitamente que: “[e]sta figura, na sua essência, não difere da prevista no art. 333, do CP”³¹.

Oliveira e Ribeiro, em 2003, ano em que o Brasil subscreveu a maior convenção sobre o tema já realizado no mundo, pela ONU³², discorreram sobre os mecanismos jurídico-penais que podem servir para o controle e prevenção da “corrupção no setor privado no Brasil”³³.

²⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 79. DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 81.

²⁷ RODAS, Sérgio. Em HC, chefe das Olimpíadas alega que corrupção privada não é crime no Brasil. **Revista Conjur**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-20/hc-nuzman-alega-corrupcao-privada-nao-crime-brasil>. Acesso em: 9 jul. 2021; SIMÕES, Pedro; SARTORELLI, Flora; IKEDA, Natalia. Corrupção privada no Brasil: motivações e efeitos - **Migalhas**. Migalhas.com.br. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/307589/corrupcao-privada-no-brasil--motivacoes-e-efeitos>. Acesso em: 21 dez. 2021; TARDELLI, Eduardo. As fraudes recorrentes no setor privado de saúde. **Jornal Estado de Minas**. 2021. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/opiniao/2021/07/08/interna_opiniao,1284545/as-fraudes-recorrentes-no-setor-privado-de-saude.shtml. Acesso em: 9 jul. 2021.

²⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 54.

²⁹ PIERANGELI, José Henrique. Crimes de concorrência desleal: lei n. 9279, de 14 de maio de 1996, art. 195. **Revista de Ciências Penales: Argentina**, v. 2, n. 2, p. 101-145, 2º sem. Buenos Aires, 1998, p. 130. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=121258. Acesso em: 30 out. 2021.

³⁰ *Ibid.*, p. 133.

³¹ *Ibid.*, p. 130.

³² BRASIL. **DECRETO N. 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006**, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

³³ OLIVEIRA, William Terra de; RIBEIRO, Darci Guimarães. Corrupción en el sector privado: Brasil. **Revista Penal**, p. 159-163, p. 160. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=40668. Acesso em: 1 nov. 2021.

Sustentam que “uma análise apurada do sistema legal brasileiro permite concluir que o arsenal jurídico-penal nacional é ainda fundamentalmente pouco suficiente e relativamente inadequado para conter esse tipo de criminalidade”³⁴.

Reale Júnior, em 2004, mostrou a conexão sobre suas reflexões quanto à criminalização da corrupção privada no Brasil, e as discussões estrangeiras, de maneira ainda mais enfática e explícita³⁵. Registra ter se afiliado “à diretriz europeia no sentido da necessidade e relevo de se criminalizar a corrupção privada, a cada passo mais presente na vida empresarial”³⁶. Gontijo lembra que no 17º Seminário Internacional de DP do IBCCrim, realizado em 2011, Reale Júnior voltou a defender a criminalização da corrupção privada, dessa vez chegando a sugerir redação de seus tipos penais incriminadores³⁷.

Em relação ao Poder Público, conforme já salientado, a literatura especializada narra a existência de compromisso internacional firmado pelo Brasil no sentido de se discutir a criminalização da corrupção entre particulares³⁸. Trabalhos atuais chegam a entabular mais de 10 proposições sob trâmite autônomo ou apensado nas casas legislativas brasileiras³⁹.

Órgãos e entidades da sociedade civil, como a FGV e a TI do Brasil buscam estimular o debate público para a encampação de uma agenda anticorrupção no país⁴⁰. Entre as medidas defendidas, consta um APL que criminaliza a corrupção privada⁴¹.

Veículos de imprensa cada vez mais noticiam a ocorrência de casos de corrupção privada no Brasil, em diferentes setores da economia. Relatam casos em diferentes setores, como desportivo⁴², imobiliário⁴³, de saúde⁴⁴, entre outros.

³⁴ Ibid., p. 160.

³⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal. IN: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; REALE FERRARI, Eduardo (Orgs.). **Experiências do direito**. Millennium: Campinas, 2004.

³⁶ Ibid., p. 19.

³⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 131.

³⁸ Ibid., p. 79.

³⁹ MADEIRA, Patricia Queiroz. **Corrupção privada uma análise do bem jurídico tutelado à luz da intervenção mínima**. 2021. 122 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 67-73.

⁴⁰ MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno (Orgs.). **Novas Medidas Contra a Corrupção**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas em Parceria Com A Transparência Internacional, 2018. 626 p., p. 426. Disponível em:

https://static.poder360.com.br/2019/05/Novas_Medidas_pacote_completo.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021, p. 426 et seq.; MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 65.

⁴¹ MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno (Orgs.), op. cit., p. 427-429.

⁴² RODAS. Sérgio, op. cit..

⁴³ ZAREMBA, Júlia. Descubra se a corrupção chegou ao seu condomínio. Seção Sobre tudo. **Jornal Folha**. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/sobretudo/morar/2017/08/1909276-descubra-se-a-corrupcao-chegou-ao-seu-condominio.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2021.

⁴⁴ TARDELLI. Eduardo, op. cit..

Diante dessa conjuntura, partindo de uma premissa que suponha possível cenário de criminalização da corrupção privada também no Brasil, faz-se ainda mais premente um trabalho de investigação quanto à capacidade de os modelos criminalizantes ofertarem adequada tipificação penal da corrupção entre particulares.

1.1 Problema

No presente trabalho, pretendemos responder ao problema que diz respeito a saber: os modelos criminalizantes estrangeiros mais conhecidos pela literatura especializada têm capacidade de oferecer proposta de tipificação penal da corrupção privada consistente político-criminal e dogmaticamente?

1.2 Hipótese

A **hipótese** da pesquisa, compreendida como expressão discursiva que pretende resolver o problema⁴⁵, é a seguinte: os modelos criminalizantes mais conhecidos pela literatura especializada não têm capacidade de oferecer proposta de tipificação penal da corrupção privada consistente político-criminal e dogmaticamente.

A inconsistência político-criminal é explicada pela insuficiência dos modelos criminalizantes em oferecerem uma perspectiva de tipificação suficiente ao conceito normativo-institucional de corrupção entre particulares, esboçado pelo discurso jurídico-penal contemporâneo, e às expectativas de criminalização sustentadas por diferentes setores da comunidade jurídica e da sociedade civil. É possível observarmos que a compreensão normativo-institucional faz com que, no âmbito da corrupção entre particulares, os distintos modelos criminalizantes, sobretudo os mais clássicos (ou “puros”) sejam percebidos como insuficientes, ora por desprezarem relevância e efeitos da corrupção entre particulares de dimensão privatística (empregado em face do empregador, contratado em face do contratante etc), como ocorre com o modelo de tutela concorrencial; ora por negligenciarem importância

⁴⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 68.

e impactos da corrupção entre particulares de dimensão publicística (concorrente em face dos demais concorrentes; atores de uma cadeia de produção em face de consumidores), como ocorre com os modelos de tutela patrimonial e lealístico-fiduciária.

A inconsistência dogmática é explicada pelas dificuldades dos modelos de estabelecerem uma redação com elementos objetivos, normativos e subjetivos estruturalmente coerentes entre si, bem como em relação aos demais princípios e regras que vigem em nosso sistema jurídico-penal. Nesse sentido, é possível percebermos a persistente dificuldade das mais diferentes perspectivas de tipificação, inclusive as mais modernas, no sentido de explicarem e legitimarem frente à liberdade de um sistema econômico pautado na ordem livre de mercado, a punibilidade ou a impunibilidade de figuras como a do empresário, dono do negócio, ou ainda a do corruptor. Na mesma seara, os modelos criminalizantes demonstram-se inconsistentes em estabelecer os elementos normativos que devem integrar o tipo incriminador de corrupção entre particulares.

1.3 Objetivos geral e específicos

É **objetivo geral**, compreendido como produto da pesquisa⁴⁶, comprovar ou rejeitar a hipótese de que os modelos criminalizantes mais conhecidos e estudados pela literatura especializada não têm capacidade de oferecer proposta de tipificação penal da corrupção privada consistente político-criminal e dogmaticamente.

São **objetivos específicos**, entendidos como operações que são realizadas durante a pesquisa para o atingimento do objetivo geral⁴⁷:

- a) apresentar os modelos conceituais de corrupção mais relevantes ao discurso jurídico-penal contemporâneo;
- b) determinar, por meio de raciocínios hipotético-dedutivos, qual é o modelo teórico mais adequado para compreender contemporaneamente os significados das expressões “corrupção” e “corrupção privada”;
- c) identificar argumentos favoráveis e contrários à necessidade da criminalização da corrupção privada, bem como as principais intervenções discursivas sobre a questão;

⁴⁶ Ibid., p. 68.

⁴⁷ Ibid., p. 69.

- d) inferir, por meio de raciocínios indutivos, feitos a partir das intervenções discursivas apresentadas, quanto à existência ou não de um posicionamento predominante que entenda pela necessidade de criminalização da corrupção privada no Brasil;
- e) caracterizar os principais modelos criminalizantes reconhecidos pela doutrina;
- f) examinar, por meio de raciocínios indutivos, feitos em relação às principais subvariantes de cada um dos modelos, forças e fraquezas de cada um desses;
- g) testar, por meio de raciocínios hipotético-dedutivos, se as principais propostas nacionais de *lege ferenda* replicam fragilidades identificadas nos modelos analisados;
- e
- h) concluir, por meio de raciocínio indutivo, quanto à capacidade de rendimento dos modelos de criminalização à tipificação penal da corrupção entre particulares.

1.4 Opções metodológicas

Abaixo, apresentamos as opções metodológicas escolhidas, isto é, o marco teórico, a vertente e o procedimento empregados para a realização da pesquisa, os setores de conhecimento por ela abrangidos e os processos de estudo por ela efetuados⁴⁸.

1.4.1 Vertente e procedimento

A argumentação da presente pesquisa é desenvolvida conforme a vertente jurídico-dogmática⁴⁹, segundo a qual o Direito é considerado metodologicamente autossuficiente, com relações internas harmônicas entre os seus diversos ramos e institutos.

O procedimento predominante é o de análise de conteúdo⁵⁰. Reunimos a partir desse procedimento, materiais relativos a artigos, capítulos de livros, livros, matérias jornalísticas, proposições legislativas e outras fontes, primárias e secundárias, que dispõem de conteúdos

⁴⁸ Ibid., p. 83-113.

⁴⁹ Ibid., p. 21.

⁵⁰ Ibid., p. 109.

que dizem respeito ao conceito de corrupção e de corrupção entre particulares, bem como à necessidade e à forma de sua criminalização. A realização de processos de estudos com esses materiais permitiu-nos testar e comprovar a hipótese formulada.

As referências são feitas com base na NBR 6023/2018 - Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). No entanto, visando permitir uma leitura mais agradável do texto, algumas adaptações foram realizadas para fazer com que as notas de rodapé não ficassem muito extensas. O texto contém muitas notas e tais notas cumprem a função de indicar a fonte da informação trabalhada, não podendo prejudicar a leitura e a compreensão da ideia desenvolvida no texto. As referências bibliográficas em formato completo foram feitas apenas na primeira vez que aparecem nas notas de rodapé, ao final de cada página.

1.4.2 Marcos teóricos

A pesquisa é desenvolvida a partir de dois marcos teóricos, compreendidos como afirmações teórico-doutrinárias relevantes para a realização do estudo⁵¹.

O primeiro consiste na ideia de que as estratégias de tipificação do delito de corrupção privada podem ser sintetizadas em modelos de criminalização, noção amplamente acolhida pela literatura especializada nacional⁵², e estrangeira⁵³. Esse marco teórico sustenta que as estruturas típicas do delito de corrupção privada estão, em grande medida, amarradas e dependentes à escolha do bem jurídico que fundamenta a criminalização da corrupção privada.

⁵¹ Ibid., p. 38-39.

⁵² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 33; SANSEVERINO, Enrico Rilho. **O crime de corrupção entre particulares**: análise em uma perspectiva internacional em face dos interessados tutelados. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017; TEIXEIRA, Adriano, op. cit.. LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.) 1. reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 523; DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 82; ANJOS, Isabela Andreazza dos; GUARAGNI, Fábio André. Corrupção Privada e Tratamento Internacional. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. vol. 7, n. 1, p. 01-16, Jan/Jul, 2021, p. 11 et seq. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/7574/pdf>. Acesso em: 28 set. 2021,

⁵³ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit.. 2017. Tesis Doctoral (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, p. 164 et seq.; LA ROSA, Emanuele, op. cit., G. Giappichelli Editore: Torino, 2018, p. 14; HERRERO GIMÉNEZ, Rubén. **El tipo de injusto en el delito de corrupción entre particulares**. 2018, Tesis Doctoral (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.

Essa afirmação serve a vários propósitos da pesquisa: permite a delimitação do tema e da pergunta; viabiliza e aumenta o rendimento significativo de diferentes operações intelectuais, como a análise e a comparação de diferentes perspectivas de tipificação; e confere possibilidade de que a hipótese sirva de resposta ao problema mediante raciocínios hipotético-dedutivos, até que outra hipótese possa falsificá-la⁵⁴.

O segundo marco teórico utilizado consiste no conceito procedimental de bem jurídico, proposto por Vives Antón⁵⁵ e defendido por autores nacionais, como Galvão⁵⁶ e Busato⁵⁷. O bem jurídico, segundo esses autores, deve ser interpretado não como um objeto ideal e pré-jurídico, mas sim como um referencial argumentativo que integra o discurso racional de justificação da intervenção punitiva⁵⁸. Esse referencial não é compreendido, portanto, como uma derivação de caracteres pré-jurídicos abstratos, senão, sobretudo, a partir de valorações sociais e expectativas normativas extraíveis das legislações penal, extrapenal, e, principalmente, das normas constitucionais de um determinado sistema normativo de referência⁵⁹.

Esse marco teórico serve à pesquisa para complementar o sentido sobre o que se entende por “tipificação adequada”. Entendemos como tipificação adequada aquela que, além de se harmonizar às balizas do Direito positivo, é devidamente precedida de momentos de justificação que seguem aos princípios e regras estabelecidas no sistema jurídico-penal brasileiro.

Ademais, o acolhimento dessa perspectiva procedimental de bem jurídico permite, conforme defende Galvão⁶⁰, um diálogo significativo entre o funcionalismo teleológico de Roxin⁶¹, sintetizado pela noção de proteção subsidiária de bens jurídicos como missão do DP, e o funcionalismo sistêmico de Jakobs⁶², que sustenta ser função do DP estabilizar expectativas de comportamento social. Na medida em que o bem jurídico é compreendido como momento argumentativo de fundamentação racional da elaboração da norma penal, e

⁵⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca, op. cit., p. 38-39.

⁵⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 826 et seq.

⁵⁶ GALVÃO, Fernando, 2019, p. 260-261.

⁵⁷ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 1.471 p, p. 523. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=107705. Acesso em: 5 nov. 2021.

⁵⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, op. cit., p. 829.

⁵⁹ Ibid., p. 830-831.

⁶⁰ GALVÃO, Fernando, 2019, p. 258-260.

⁶¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 52-67.

⁶² JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 18.

essa argumentação deve ser extraída de legítimas expectativas sociais, as tradições funcionalistas aqui mencionadas tornam-se mutuamente complementares.

1.4.3 Setores de conhecimento e pertinência temática

A pesquisa versa sobre assuntos pertinentes à área de estudo do DP contemporâneo, quais sejam, o conceito contemporâneo de corrupção para o discurso jurídico-penal, considerações político-criminais de diferentes atores da comunidade jurídica a respeito da eventual criminalização da corrupção privada e o exame crítico dos modelos estrangeiros de criminalização da corrupção entre particulares, contemplam aspectos de política criminal, dogmática penal comparada, crimes em espécie e DP socioeconômico.

Por essa razão, resta demonstrada a pertinência da produção às atividades de investigação do Projeto Coletivo “Liberdade, segurança jurídica e limites ao poder penal no Estado Democrático de Direito”, da Linha de Pesquisa “Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”, da Área de Concentração “Direito e Justiça”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG⁶³.

1.4.4 Processos de estudo

Os processos de estudo, compreendidos como processos mentais e raciocínios utilizados na pesquisa⁶⁴, coincidem com o conteúdo das partes do texto, que são sintetizadas a seguir.

Na parte I, que inaugura o conteúdo material da pesquisa após sua introdução, apresentamos as mais relevantes perspectivas conceituais da expressão “corrupção” para o discurso jurídico-penal contemporâneo. Sintetizamos a dilatação significativa do termo,

⁶³ Os temas relativos às atividades de investigação do Projeto Coletivo “Liberdade, segurança jurídica e limites ao poder penal no Estado Democrático de Direito”, da Linha de Pesquisa “Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”, da Área de Concentração “Direito e Justiça”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais podem ser vistos no link disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/?page_id=1921. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁶⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca, op. cit., p. 91.

explicando como nos dias de hoje é possível falar sobre corrupção privada. Em cada um dos modelos contemplados, são destacados eventuais qualidades e defeitos identificados pela doutrina, buscando por meio de raciocínios hipotético-dedutivos, concluir por um modelo conceitual que consiga compreender as manifestações mais habituais de corrupção entre particulares, para o discurso jurídico-penal contemporâneo.

Na parte II, investigamos, a partir de uma perspectiva discursiva, se é possível sustentarmos haver a existência de um entendimento predominante quanto à necessidade de criminalização de comportamentos de corrupção privada. Esse estudo, além de facilitar posteriores análise e compreensão dos modelos criminalizantes, também cumpre a função de evidenciar a relevância da presente pesquisa.

Essa análise é realizada a partir do levantamento dos argumentos contrários e favoráveis à necessidade de criminalização da corrupção privada, e das intervenções discursivas de diferentes atores sociais que nos permitam inferir pela predominância de uma ou outra posição. Para tanto, são estudados movimentos e iniciativas que discutem a necessidade da criminalização da corrupção privada nos planos internacional e nacional. Levantamento e análise desses permitirão inferir, por indução, se há ou não entendimento prevalente no plano brasileiro pela necessidade de criminalização da corrupção entre particulares.

Na parte III, ingressamo-nos na análise dos modelos de criminalização desenvolvidos pela literatura especializada. Apresentamos diferentes perspectivas classificatórias. Aprofundamo-nos no estudo desses modelos, contemplando-os por intermédio de um exame crítico de suas vertentes mais relevantes e conhecidas pela literatura especializada. Os principais aspectos contextuais, de bens jurídicos, da estrutura e dos sujeitos ativos e passivos contemplados por essas vertentes e modelos são discutidos. Esse aprofundamento permite-nos extrairmos sínteses críticas de cada um desses modelos.

Ao final, são abordados panorama atual estrangeiro de criminalização, e atual nacional de legiferação sobre o tema. Ainda na parte III, destacamos as principais inconsistências político-criminais e dogmáticas dos modelos, vertentes e propostas de criminalização da corrupção entre particulares estudados.

PARTE I: DISCUSSÃO CONCEITUAL

2 MODELOS CONCEITUAIS DE CORRUPÇÃO

Qualquer estudo sobre a corrupção depara-se com a dificuldade de estabelecer em qual ou quais sentidos esse significante deve ser compreendido⁶⁵. Isso decorre do fato já mencionado na introdução, de que a expressão é dotada de complexa significação e recebeu e recebe inúmeros e diferentes conceitos ao longo do tempo e do espaço⁶⁶.

A multitude significativa que o termo tem ganhado⁶⁷, se por um lado cada vez mais amplia seu potencial de tratar sobre assuntos diversos, por outro gera o que a literatura especializada chama de déficit, inconsistência e confusão conceituais⁶⁸. Não é exagero dizer que a referência indiscriminada à expressão lhe confere a peculiar força metalinguística de corromper seus próprios usos e significados.

A falta de uma discussão conceitual sobre o tema implica risco de que as diferentes intervenções discursivas sobre esse assunto possam estar tratando de significados diversos sob uma mesma expressão sem terem conhecimento disso. Essa espécie de “torre de Babel” conceitual pode dificultar a formação de entendimento predominante que rege a racionalidade comunicativa do discurso jurídico-penal, aumentando o risco de confusões, dissensos e conclusões inconciliáveis sobre o tema.

Essa dificuldade inicial impele-nos a realizar uma discussão conceitual sobre a expressão. O estudo e a escolha por um recorte conceitual útil, e que reflita o entendimento jurídico-penal contemporâneo fazem-se importante, pois conforme lembra Jain⁶⁹, “*la definición de corrupción termina determinando qué se modela y qué se mide*”. Nesse sentido, se pretendemos discutir a capacidade de rendimento dos modelos de criminalização da corrupção privada, faz-se necessário em um momento prévio, esclarecermos o que se compreende por “corrupção” e, por conseguinte, por “corrupção privada”.

⁶⁵ AMBOS, Kai; URQUIZO, Gustavo. Corrupción punible y acuerdo ilícito: una aproximación a la noción del Unrechtsvereinbarung. **Estudios Penales Y Criminológicos**, vol. 41, p. 493-550. 2021, p. 493 et seq. Disponível em: <https://doi.org/10.15304/epc.41.7214>. Acesso em 28 set. 2021.

⁶⁶ BERENGUER PASCUAL, Sergio. **El delito de corrupción en los negocios**. Madrid: Boletín Oficial del Estado (BOE), 2020, p. 56-57; DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 46; ROSE, Richard; PEIFFER, Caryn, op. cit., p. 1.

⁶⁷ Ibid., p. 1.

⁶⁸ Ibid., p. 1; AMBOS, Kai; URQUIZO, Gustavo, op. cit., p. 493 et seq.

⁶⁹ JAIN, Arvind. Corruption: a review. **Journal of Economic Surveys**, vol. 15, n. 1, p. 71-121, 2001, p. 73.

Não é propósito do texto que se segue efetuar uma investigação compreensivo-multidisciplinar sobre a corrupção. Diversos trabalhos dedicam-se a esse enfoque⁷⁰. Esses costumam explicar a etimologia latina da expressão⁷¹; demonstrar seu significado original mais vinculado à deterioração e viciação de substâncias, pertinente às ciências naturais⁷²; e abordar, desde o seu progressivo empréstimo às ciências políticas e sociais para tratar de fenômenos coletivos⁷³, até a elaboração de significados relativos a condutas individuais, mais pertinentes ao discurso jurídico-penal⁷⁴.

O presente estudo também não se propõe a efetuar uma minuciosa investigação histórico-jurídica sobre a corrupção. Várias pesquisas prestam-se a relatar o avanço do controle social e jurídico em relação ao assunto, ao longo do tempo e do espaço⁷⁵. Abordam, desde os tratamentos mais primitivos, realizados na antiguidade, por povos como os assírios, babilônios, hebreus, gregos e romanos⁷⁶; perpassam pelo desenvolvimento mais técnico da matéria, a partir da consolidação de Estados-nações e do avanço do discurso jurídico⁷⁷; e de modo mais específico discorrem sobre os diferentes diplomas brasileiros que dispuseram e dispõem sobre a corrupção ao longo da história nacional⁷⁸.

Por fim, é importante salientar que a presente pesquisa também não se dedica a uma investigação transdisciplinar cultural sobre o tema. Diferentes textos, nesse sentido, voltam-se a tratar da corrupção a partir de uma aproximação que destaca as percepções sobre a

⁷⁰ Cf. BRÜNING, Raulino Jacó. **Corrupção**: causas e tratamento. 1997. 164 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/77138/142682.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2019; AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES; Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção**: Ensaios e críticas; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 17-46.

⁷¹ Cf. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 17.

⁷² Cf. BRÜNING, Raulino Jacó, op. cit., p. 8.

⁷³ Cf. AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES; Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção**: Ensaios e críticas, p. 15 et seq.

⁷⁴ Cf. TEIXEIRA, Juliana Ferrer. **Corrupção passiva**: análise do artigo 317 do Código Penal e sua relação com as Leis n. 8.429/92, n. 9.034/95 e n. 9.613/98. 2010. 181 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 18.

⁷⁵ Cf. OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, p. 6-36; BRÜNING, Raulino Jacó, op. cit., p. 29-56; LIVIANU, Roberto. **Corrupção e Direito Penal**: Um diagnóstico da corrupção no Brasil. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 29-47.

⁷⁶ Cf. BRÜNING, Raulino Jacó, op. cit., p. 29-33; SOBRINHO, Rogério de Souza Alves. O Tratamento Jurídico-Penal da Corrupção Administrativa Sob a Perspectiva do Direito Comparado. **Revista Transgressões**, v. 3, n. 1, p. 23-37, 27 maio 2015. 2015.

⁷⁷ Cf. BRÜNING, Raulino Jacó, op. cit., p. 36 et seq.

⁷⁸ Cf. Ibid., p. 39; COSTA, Helena Regina Lobo da. **Corrupção na história do Brasil**: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique (coords.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 28-29.

expressão existentes em variadas manifestações culturais, como a literatura especializada⁷⁹, a caricatura⁸⁰, o teatro⁸¹, o cinema⁸² e a música⁸³.

Conquanto reconhecamos o valor desses tipos de investigação, sustentamos não serem as aproximações mais adequadas para o desenvolvimento do estudo aqui realizado. Em vista do tema e das opções metodológicas contempladas pela pesquisa, elegemos uma abordagem voltada a entender como o significado jurídico-penal tradicional de corrupção, enclausurado ao universo das relações público/privado⁸⁴, dilatou-se contemporaneamente⁸⁵, de modo a permitir que a relação sintagmática formada entre as expressões “corrupção” e “privada” não seja mais compreendida como um paradoxo, mas como um outro domínio da corrupção.

Apresentamos abordagem próxima àquela empregada por Gómez de la Torre e Cerina⁸⁶, que buscam estabilizar em seu estudo, o conteúdo compreendido por corrupção privada, apresentando por meio de uma abordagem hipotético-dedutiva, a evolução de alguns modelos teóricos jurídico-penais de conceituação da expressão “corrupção”, desenvolvidos pela comunidade jurídica. Sem a pretensão de construir um conceito geral ou integral, ou mesmo um conceito único de corrupção para o DP, apresentamos sucintamente alguns modelos conceituais desenvolvidos e utilizados pela literatura especializada. Essa operação nos permitirá estabelecermos os recortes significativos da expressão que serão relevantes para o presente estudo.

Discutimos, a seguir, as noções de corrupção como negócio/acordo ilícito (*Unrechtsgeschäft/Unrechtsvereinbarung*); as compreensões estrita (*abuse – public office –*

⁷⁹ Cf. STARLING, Heloisa Maria Murgel. Machado de Assis. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaio e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 223-231.

⁸⁰ Cf. LUSTOSA, Isabel. Caricatura. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaio e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 232-237.

⁸¹ Cf. PATRIOTA, Rosângela. Teatro brasileiro. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaio e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 242-253.

⁸² Cf. RAMOS, Alcides Freire. Cinema brasileiro. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaio e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 254-261.

⁸³ Cf. STARLING, Heloisa Maria Murgel. Canção popular. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaio e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 262-270; LIMA, Marcela Telles Elian.. Canção caipira. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaio e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 271-277.

⁸⁴ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 63.

⁸⁵ SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Milano. Giuffrè, 2003, p. 272.

⁸⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., São Paulo, v. 19, n. 89, p. 159-213, mar./abr.. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=86601. Acesso em: 30 set. 2021.

gain formula) e ampla (*abuse – power – gain formula*), da tipologia de aproximação “principal – agente – cliente” (*principal – agent – client approach*); e o conceito de corrupção como violação de um dever posicional em um âmbito organizativo (*organisational corruption*).

2.1 Modelo de negócio / acordo ilícito (*Unrechtsgeschäft / Unrechtsvereinbarung*)

Um primeiro modelo teórico de grande relevo doutrinário refere-se ao modelo de “negócio ilícito” (*Unrechtsgeschäft*), defendido desde o século XIX, por nomes como Carrara e Binding⁸⁷. Carrara ensinava que a “*corruzione [...] è dunque la vendita conclusa tra un privato e un pubblico ufficiale di un atto appartenente al ministero di questo, che, di regola, dovrebbe essere gratuito*”⁸⁸. Binding, em sentido semelhante, explicava que a corrupção constitui um negócio ilícito, segundo o qual “*el funcionario vende la voluntad del Estado al comprador*” e com isso promete “*substituir la voluntad de la ley por la del corruptor*”⁸⁹.

Essa construção reduz a corrupção a um peculiar tipo de compra e venda em que o objeto negociado é um ato próprio à função de uma pessoa relacionada à Administração Pública, que por sua vez ocupa a posição de vendedora do negócio ilícito⁹⁰. A literatura especializada esclarece que em razão dessas características, o negócio ensejaria a repressão penal por vender algo que deveria ser gratuito, ou ainda por prejudicar o regular funcionamento da Administração Pública⁹¹. A corrupção, nesse sentido, não seria um negócio para se cometer ilícitos, mas sim um negócio *per se*⁹².

Essa construção, segundo Kindhäuser⁹³, trata-se da concepção predominante em doutrina e jurisprudência alemãs, que atualmente se referem a essa perspectiva por meio de uma outra expressão, qual seja: “acordo ilícito” (*Unrechtsvereinbarung*)⁹⁴. Essa nomenclatura

⁸⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 164 et seq.; AMBOS, Kai; URQUIZO, Gustavo, op. cit., p. 504-505.

⁸⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 165.

⁸⁹ AMBOS, Kai; URQUIZO, Gustavo, op. cit., p. 515.

⁹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 164-165; CHAVES, Anna Cecília. A corrupção privada no Brasil. **Revista da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, 4, 231-259, 2014, p. 236; BUSATO, Paulo Cesar, 2020, p. 15.

⁹¹ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 164-165.

⁹² AMBOS, Kai; URQUIZO, Gustavo, op. cit., p. 505.

⁹³ KINDHÄUSER, Urs, op. cit., p. 5.

⁹⁴ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. *In*: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e Política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e

alternativa serve para salientar que o modelo não se trata de uma perfeita correspondência entre corrupção e a figura de um “contrato” (negócio jurídico) – no sentido em que é compreendido no Direito Civil, com seus requisitos formais –, mas que tão somente se refere a uma “metáfora contratual”, cujo elemento chave é a convencionalidade entre as partes⁹⁵.

A literatura especializada identifica qualidades e defeitos na noção de corrupção como *Unrechtsvereinbarung*. No que se refere às qualidades, por exemplo, Gómez de La Torre e Cerina⁹⁶ valoram positivamente a simplicidade da construção. Compreendem, ademais, que por meio da metáfora contratual, a formulação é capaz de conferir à doutrina grande capacidade de rendimento de estudo e classificação de diferentes formas de corrupção⁹⁷.

Com base em considerações sobre o objeto da compra e venda ilícita, ressaltam ser possível, sob a noção de *Unrechtsvereinbarung*, classificar a corrupção em função da natureza lícita ou ilícita do objeto negociado (corrupção imprópria ou própria, respectivamente), e em função do momento de realização do acordo (ou troca da vantagem), anterior ou posterior à realização do objeto negociado (corrupção antecedente ou subsequente, respectivamente)⁹⁸. Ademais, salientam ser possível, ainda, classificar a partir desse modelo conceitual, a corrupção em função da perspectiva do comprador ou do vendedor (corrupção ativa ou passiva, respectivamente)⁹⁹.

A literatura especializada, contudo, aponta uma série de fragilidades do modelo de *Unrechtsvereinbarung*. Destaca que, ao estabelecer como traço caracterizador da corrupção a função pública como objeto do acordo, a referida perspectiva não permite a compreensão da corrupção privada¹⁰⁰, que é realidade não só no plano social, mas também no sistema normativo de diversos países.

É possível identificarmos na literatura especializada, alusão ao modelo teórico de acordo ilícito em estudos relativos à corrupção entre particulares¹⁰¹. Referências desse tipo, contudo, são feitas de maneira apodítica, sem explicarem de que maneira o aludido modelo

enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FVG Editora, 2017, p. 19-51, p. 4; MANALICH RAFFO, Juan Pablo. El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n. 51, p. 95-122, dez. 2018, p. 100-101. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512018000200095&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 22 dez. 2021; AMBOS, Kai; URQUIZO, Gustavo, op. cit., p. 504-505.

⁹⁵ Ibid., p. 506.

⁹⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 165.

⁹⁷ Ibid., p. 165.

⁹⁸ Ibid., p. 165.

⁹⁹ Ibid., p. 165.

¹⁰⁰ Ibid., p. 166; CHAVES, Anna Cecília. A corrupção privada no Brasil. **Revista da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, 4, p. 236.

¹⁰¹ BOLEA BARDÓN, Carolina. El delito de ocrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes, *InDret*, 2/2013; AMBOS, Kai; URQUIZO, Gustavo, op. cit., p. 507.

conceitual explicaria a nova faceta de corrupção, uma vez que tem em sua definição, elementos que restringem o significado da expressão a contextos necessariamente relacionados à compra e venda de ato próprio da função pública.

Outro defeito do modelo de *Unrechtsvereinbarung* reconhecido pela literatura especializada, refere-se à bilateralidade intrínseca da construção¹⁰². Por conta da metáfora contratual, só há que se falar em corrupção se se manifestar um “acordo”, isto é, uma conjugação de vontades por parte das figuras do corruptor comprador e do corrupto vendedor. Ocorre que essa perspectiva já se encontra superada pela formatação dos tipos penais de corrupção de diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que compreendem pela possibilidade de ocorrência de comportamentos de corrupção ativa ou passiva de maneira autônoma, sem a necessária reciprocidade intrínseca da aproximação conceitual feita pelo modelo de *Unrechtsvereinbarung*.

Dispositivos de diferentes sistemas normativos permitem-nos perceber que a solicitação proposta por parte de agente do Estado, de vantagem pessoal a terceiro como troca pela realização de determinado ato de função pública, comumente é interpretada como comportamento de corrupção passiva, mesmo que o terceiro não concorde com a proposta. De maneira análoga, a oferta feita por terceiro, de vantagem pessoal a funcionário público, como troca pela realização de um ato de função pública, mesmo quando não aceita pelo agente do Estado, é largamente compreendida como comportamento de corrupção ativa.

Mesmo aqueles que se utilizam do modelo de *Unrechtsvereinbarung* reconhecem que os sistemas normativos não mais demandam a bilateralidade para interpretarem determinados atos como comportamentos de corrupção¹⁰³. Defendem, contudo, que o modelo ainda assim não perde sua relevância interpretativa¹⁰⁴.

Argumentam que, apesar de alguns comportamentos unilaterais serem autonomamente compreendidos como corrupção, ainda assim é necessário que esbocem ao menos a intencionalidade significativa de que a bilateralidade se concrete, de modo a subsistir válido o modelo de *Unrechtsvereinbarung* para explicar o conceito de corrupção¹⁰⁵.

Ao contrário dessa posição, entendemos que a formulação acaba tendo sua relevância interpretativa prejudicada por não conseguir explicar as modalidades autônomas de corrupção. Compreender o contrário implica admitir que a lei pune como corrupção algo que corrupção não é, tão somente pela intencionalidade de que o seja.

¹⁰² MANALICH RAFFO, Juan Pablo, op. cit., p. 95-122, p. 98.

¹⁰³ Ibid., p. 100; AMBOS, Kai; URQUIZO, Gustavo, op. cit., p. 504.

¹⁰⁴ MANALICH RAFFO, Juan Pablo, op. cit., p. 95-122, p. 100.

¹⁰⁵ Ibid., p. 95-122, p. 100; AMBOS, Kai; URQUIZO, Gustavo, op. cit., p. 504.

Os aspectos conceituais apontados permitem-nos concluir que, apesar de a noção de corrupção como *Unrechtsvereinbarung* revelar-se uma construção simples e ao mesmo tempo poderosa em termos de rendimento classificatório, essa apresenta fragilidades que evidenciam sua incapacidade para servir como modelo conceitual do que contemporaneamente o discurso jurídico-penal compreende como¹⁰⁶.

2.2 Modelos de tipologia principal – agente – cliente (*principal – agent – client approach*)

Um segundo modelo relevante foi desenvolvido a partir dos estudos anglo-americanos sobre relacionamentos de agência (*agency relationships*). Esses são compostos, em seu ângulo britânico, pelo antiquíssimo e complexo Direito de Agência (*agency law*), sub-ramo do Direito Comercial com origem na *Common Law*, destinado ao estudo de relações fiduciárias de representação¹⁰⁷.

Em seu ângulo americano, são compostos pela bem mais nova e sistematizada teoria da agência (*agency theory*), desenvolvida a partir das décadas de 1960 e 1970¹⁰⁸. Essa teoria, embora tenha sido inicialmente propugnada por acadêmicos das áreas de economia e estudos em administração, como Ross e Mitnick¹⁰⁹, respectivamente, tem sido cada vez mais utilizada pela doutrina que estuda os temas de corrupção e corrupção privada no âmbito do DP.

A teoria da agência, assim como faz o modelo de *Unrechtsvereinbarung*, também faz uso do que pode ser chamado de “metáfora contratual”¹¹⁰. Todavia, faz uso dessa como pressuposto tipológico de uma relação que enseja a corrupção, e não para a definição de seu significado. De modo mais claro, é possível dizer: a relação contratual é vista como pressuposto para a ocorrência de eventos de corrupção, mas que com esses não se confunde.

A metáfora contratual (ou de acordo), sob essa perspectiva, remete-se ao que a teoria chama de relação de agência (*agency relationship*)¹¹¹, que é compreendida como uma relação

¹⁰⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 166.

¹⁰⁷ DALLEY, Paula J. A theory of agency law. **U. Pitt. L. Rev.** 72, 2010.

¹⁰⁸ EISENHARDT, Kathleen. Agency theory: na assessment and review. **Academy of Management Review**, v. 14, n. 4, 1989, p. 58.

¹⁰⁹ MITNICK, Barry. Origin of theory of agency: an account by one of the theory’s originators. **Social Science Research Network**, mar. 2013, p. 3. Disponível em:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1020378. Acesso em: 3 out. 2021.

¹¹⁰ EISENHARDT, Kathleen. loc. cit..

¹¹¹ JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, n. 4, p. 305-360, 1976, p. 7.

convencional na qual uma (ou mais de uma) pessoa (doravante tratada como principal – *principal*) encarrega outra (doravante tratada como agente – *agent*) com a atribuição de realizar algum serviço ou ato em nome ou interesse daquela, e para tanto, delega-lhe certo poder ou autoridade de tomar decisões. A teoria da agência, em síntese, preocupa-se em resolver problemas que possam surgir da relação “principal – agente”, os chamados problemas de agência (*agency problems*)¹¹².

Esses problemas, segundo a aludida teoria, surgem basicamente por duas características intrínsecas das relações de agência¹¹³. A primeira é de que os desejos, objetivos e apetites por riscos do principal e do agente não são sempre os mesmos e essas dissonâncias geram conflitos. A segunda característica é de que costuma ser difícil, caro ou desinteressante ao principal fiscalizar tudo o que o agente faz no âmbito do desempenho de suas atribuições, e tais lacunas de fiscalização geram assimetria informacional, o que estimula a tomada egoisticamente oportunista de decisão por parte do agente, ainda que conflitante aos interesses do principal¹¹⁴.

A teoria da agência, ao traçar as características básicas dos problemas de agência, permitiu que a doutrina, aos poucos, elaborasse uma perspectiva tipológica para a corrupção¹¹⁵. De maneira sintética, a teoria da agência fornece uma tipologia ou estrutura básica capaz de render diferentes conceitos de corrupção¹¹⁶.

Segundo teóricos dessa corrente, como¹¹⁷, a corrupção pode ser compreendida a partir de uma estrutura básica triangular, composta por principal, agente e um terceiro (doutrinariamente denominado de “cliente” – *client*), de modo a resultar no que a literatura especializada compreende como tipologia “principal – agente – cliente” (*principal – agent – client approach*)¹¹⁸. Nessa composição, quando agente e/ou cliente propõe um para o outro, ou estabelecem entre si, arranjo vantajoso à relação agente – cliente, em traição aos interesses adscritos pela relação principal – agente, tem-se a corrupção¹¹⁹.

¹¹² EISENHARDT, Kathleen. loc. cit.; SCHMID, David. **Korruption durch Bonuszuwendungen**. Strafbarkeit der (Media-)Agentur als Beauftragte im Sinne von § 299 Abs. 1 StGB. Centaurus Verlag & Media, 2013, p. 23 et seq.

¹¹³ EISENHARDT, Kathleen, op. cit., p. 59-60.

¹¹⁴ Ibid., p. 59 et seq.

¹¹⁵ GROENENDIJK, Nico. A principal-agent model of corruption. **Crime, Law and Social Change** 27, 207–229, 1997.

¹¹⁶ TEIXEIRA, Adriano, op. cit., p. 520.

¹¹⁷ KLITGAARD, Robert. **Controlando la corrupción**. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo. Buenos Aires: Ed. Sudamerica. 1994, p. 37.

¹¹⁸ KINDHÄUSER, Urs, op. cit., p. 6; TEIXEIRA, Adriano, op. cit., p. 520.

¹¹⁹ KLITGAARD, Robert, op. cit., p. 37; ORREGO, Claudio. Corrupción: modelos y factores determinantes. **Revista Ciencia Política**, vol. XX, n. 1, 1999, p. 98.

Para parte da doutrina, uma metáfora útil na explicação da estrutura da corrupção, segundo a aproximação de problema de agência, seria não a figura do contrato ou acordo ilícito, mas sim a metáfora do ato de traição. Nesse sentido, parte da literatura especializada compara a estrutura triangular *principal – agent – client* à metáfora “ele, ela e... o outro”, no qual há uma relação, oficial e exclusiva (“ele e ela” – a relação principal – agente), e pelo menos a tentativa de uma outra relação, secreta e alternativa (“ela e o outro” – a relação agente – cliente), que implica de uma forma ou de outra, a traição da relação oficial¹²⁰.

Essa tipologia de problema de agência não encerra um único conceito para explicar a corrupção, mas sim uma estrutura que serve de base para diferentes conceitos. Nessa aproximação, a literatura especializada elabora conceitos restrito e amplo de corrupção, quais sejam: o de corrupção como abuso de função pública (*abuse – public office – gain formula*), e o de corrupção como abuso de poder confiado (*abuse – power – gain formula*).

2.2.1 Conceitos de fórmula “abuso – função pública – ganho” (*abuse – public office – gain formula*)

A teoria da agência, apesar de não se restringir ao universo das relações público/privado, foi primeiramente aproveitada por teóricos para a formulação de um conceito enfeixado a esse domínio¹²¹. Isso ocorre porque a referida teoria foi inicialmente fundida a definições elaboradas para o estudo da corrupção em uma perspectiva mais relacionada à política e à atuação do Estado, desde o final do século XIX e início do século XX, nos EUA¹²².

Estudos políticos norte-americanos definiam a corrupção por meio de conceitos que conglobavam diferentes crimes cometidos por agentes públicos, do ponto de vista jurídico-penal, como peculato e corrupção em sentido estrito (sentido próximo ao empregado pelos arts. 317 e 333 do CPB). Essa tradição conceitual inicialmente propagada por Brooks¹²³, encontrou maior representação, do ponto de vista legalista (*legalistic definition of corruption*),

¹²⁰ SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità político-criminali. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia**, Milano, ano 20, n. 4, ott./dic. 2007, p. 809-810; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 166.

¹²¹ MISTREE, Dinsha; DIBLEY, Arjuna. **Corruption and the paradox of transparency**. Working Paper Series 03-2018, Stanford: Stanford Law School, Rue of Law Program. 2018, p. 2.

¹²² Ibid., p. 5 et seq.

¹²³ Ibid., p. 6.

em Nye, cuja definição de corrupção refere-se a um comportamento que viola regras e padrões de conduta estabelecidos politicamente para regular as ações de agentes públicos¹²⁴.

Estudiosos que se demonstraram simpáticos à teoria da agência, como Banfield, Sherman e Rose-Ackerman, reformularam conceituações efetuadas pela doutrina de estudos políticos norte-americanos, fundindo a essas as contribuições efetuadas pela teoria da agência¹²⁵. Rose Ackerman, assim, elaborou um conceito estrito de corrupção (*bribery*), entendendo-a da seguinte forma: “*an illegal payment to a public agent to obtain a benefit that may or may not be deserved in the absence of payoffs*”¹²⁶.

Ao longo do tempo, essa e outras definições de corrupção, filtradas pelo marco teórico da teoria da agência, foram simplificadas e acolhidas por grandes instituições internacionais. O Banco Mundial elaborou a versão mais conhecida dessas, definindo corrupção como “*the abuse of public office for private gain*”¹²⁷. Assim, acabou se sedimentando na literatura especializada a conceituação de corrupção baseada em um tripé composto pela fórmula “abuso – função pública – ganho” (*abuse – public office – gain Formula*)¹²⁸. A OCDE, no mesmo sentido, definiu corrupção como “*active or passive misuse of the powers of Public officials (appointed or elected) for private financial or other benefits*”¹²⁹, utilizando-se, ainda que a partir de diferentes palavras, dos mesmos caracteres essenciais utilizados pela fórmula desenvolvida pelo Banco Mundial.

Essa construção, muito embora ainda se apresente adstrita ao âmbito das relações que necessariamente envolvam agentes públicos, representa um avanço para a delimitação conceitual de corrupção. A conceituação *abuse – public office – gain*, da tipologia *principal – agent – client*, consegue se livrar da bilateralidade inicialmente propugnada pelo esquema interpretativo construído por Carrara e Binding, transferindo a metáfora contratual para um momento anterior à corrupção e a definindo como um abuso, comportamento que pode ser praticado unilateralmente¹³⁰. Essa compreensão fundamenta melhor por qual razão a

¹²⁴ Ibid., p. 7; VITA, Alberto de. **The S.I.P.P.A.S. PROJECT**. EU transparency and corruption prevention policies within public administration handbook of international anti-corruption strategies and practices in public. Bari: Cacucci Editores, 2021, p. 560.

¹²⁵ MISTREE, Dinsha; DIBLEY, Arjuna, op. cit., p. 9.

¹²⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan. **International Handbook on the Economics of Corruption**, Volume One. Norhampton: Edward Elgar Publishing, 2006, p. 190.

¹²⁷ WORLD BANK. **World development report: the state in a changing world**. New York: Oxford University Press, 1997, p. 102.

¹²⁸ MISTREE, Dinsha; DIBLEY, Arjuna, op. cit., p. 6.

¹²⁹ OCDE. **Corruption**. Glossary for Statistical Terms. 2013. Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4773>. Acesso em: 4 out. 2021.

¹³⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 21.

corrupção é comumente reconhecida no âmbito social, mesmo a partir de um ato unilateral, sem que haja a necessidade da concretização de um acordo.

Contudo, como é facilmente possível perceber, ao tentar reaproveitar perspectivas conceituais políticas limitadas ao estudo de relações público/privado, a conceituação ora analisada incorre em um mesmo erro do modelo de acordo ilícito, enviesando sua compreensão a esse domínio de relações. Essa limitação foi sendo evidenciada ao longo do tempo. O “Escândalo da Cruz Vermelha” (*Red Cross Scandal*) é um dos mais conhecidos exemplos de eventos que, apesar de não se referirem a relações do tipo público/privado, remetem-se a dinâmicas comumente compreendidas social e normativamente nos mais diferentes sistemas jurídicos, como comportamentos de corrupção¹³¹.

Em 2014, quando a África enfrentava uma situação crítica de espalhamento da epidemia de ebola, o Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho (Cruz Vermelha) destacou pessoal de seus quadros para as regiões afetadas pela doença e iniciou uma campanha agressiva de arrecadação de fundos¹³². Embora tenham sido realizados esforços e trabalhos positivamente reconhecidos, em meio às ações de socorro, vários de seus quadros também buscaram obter lucros pessoais por meio de corrupção e outros atos ilícitos¹³³.

Em Serra Leoa, integrantes da organização trabalharam com uma instituição financeira local para enganar a Cruz Vermelha, por meio de operações de manipulação da taxa de câmbio monetária. Na Libéria, as práticas de cobrança fraudulentas durante a crise do ebola foram generalizadas, dificultando de tal sorte os esforços de socorro, que a presidente do país à época acabou dissolvendo o Conselho Nacional da Cruz Vermelha da Libéria enquanto se aguardava uma investigação¹³⁴.

Ao todo, mais de US\$ 6 milhões dos US\$ 124 milhões administrados pela organização foram desviados dos esforços de socorro à África. À época, diferentes setores acadêmicos, sociais, bem como vários canais midiáticos, reportaram-se a alguns desses eventos justamente como casos de corrupção¹³⁵.

Ocorre que a Cruz Vermelha é uma organização suíça de caráter privado, e alguns atos social e juridicamente tratados como corrupção, sequer envolviam função, organização ou

¹³¹ MISTREE, Dinsha; DIBLEY, Arjuna, op. cit., p. 17.

¹³² Ibid., p. 3.

¹³³ Ibid., p. 3.

¹³⁴ Ibid., p. 3.

¹³⁵ Ibid., p. 3.

agente da Administração Pública¹³⁶. O exemplo em questão, conforme narra a literatura especializada, colocou em destaque a insuficiência de modelos conceituais de corrupção que restringiam seu significado ao âmbito das relações do tipo público/privado.

A doutrina brasileira, de igual modo, indica que há algum tempo o sistema normativo nacional reconhece e valora negativamente determinados comportamentos de corrupção privada. Nesse sentido, Pierangeli em 1998, por exemplo, já se referia aos delitos tipificados pelas disposições dos incisos IX e X, do art. 195, da LPI¹³⁷, como delitos de corrupção ativa e passiva de empregado, respectivamente¹³⁸.

Conquanto a LPI generalize a todos os comportamentos descritos pelos incisos de seu art. 195, pela nomenclatura de “crimes de concorrência desleal”, não restam dúvidas de que as disposições de seus incisos IX e X se referem a comportamentos atualmente compreendidos como corrupção privada. Nesse sentido, o inciso IX tipifica como crime, os comportamentos de dar ou prometer dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem. O inciso X, por sua vez, tipifica como crime, os comportamentos de receber dinheiro ou outra utilidade, bem como aceitar promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador.

As fragilidades existentes nos modelos de *Unrechtsvereinbarung* e no modelo tipológico de agência de fórmula *abuse – public office – gain* foram sendo cada vez mais evidenciadas pela doutrina, o que estimulou que acadêmicos e instituições progressivamente revisassem suas compreensões, estendendo essas para além daqueles casos que necessariamente envolviam o setor público¹³⁹.

2.2.2 Conceitos de fórmula “abuso – poder – ganho” (*abuse – power – gain formula*)

A dialética composta pela tese do conceito de corrupção como uma forma de abuso de função pública, e pela antítese dos fatos sociais que evidenciaram limitações do aludido modelo, levou a literatura especializada a construir conceitos mais amplos de corrupção.

¹³⁶ Ibid., p. 3.

¹³⁷ BRASIL. LEI N. 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

¹³⁸ PIERANGELI, José HenriquE, 1998., p. 130 et seq.

¹³⁹ POZSGAI-ALVAREZ, Joseph. The abuse of entrusted power for private gain: meaning, nature and theoretical evolution. *Crime, Law and Social Change*, n. 74, p. 433-455, 2020, p. 4.

Desde as décadas de 1980 e 1990, conceitos sem referência à natureza pública da função desempenhada de modo viciado foram elaborados. Moodie, por exemplo, em 1980, definiu corrupção em sentido amplo como “*abuse or misuse of an office of trust for private gain*”, sem fazer referência a qualquer elemento que restringisse expressamente o conceito ao domínio das relações público/privado¹⁴⁰. Apesar disso, a leitura de sua obra permite compreender que seu conceito se direcionava tão somente a esse domínio mais restrito de relações¹⁴¹.

Outros autores ofertaram definições semelhantes, como Kaufmann, Dye e Stapenhurst. Contudo, suas concepções persistiam sendo voltadas ao estudo da corrupção que envolvia o setor público¹⁴².

Klitgaard, contudo, ao estudar a tipologia da corrupção sem se preocupar com a construção de um conceito propriamente dito, afirmou que a corrupção ocorreria “*cuando el agente traiciona los intereses del mandante en beneficio de los propios*”¹⁴³. Em seu texto, o autor admitiu expressamente que a corrupção “[p]uede darse en el sector privado o en el sector público”¹⁴⁴.

Com o tempo, a fórmula *abuse – public office – gain* acabou sendo modificada pela literatura especializada, para poder conceber um significado de corrupção melhor adaptado à integral capacidade de rendimento da tipologia principal – agente – cliente, e explicar situações como a do Escândalo da Cruz Vermelha, as quais a sociedade compreende como corrupção, mesmo sem envolver relações do tipo público/privado.

Pope, segundo a doutrina, foi um dos primeiros autores a realizar essa tarefa. Segundo obra sua de 2002, a corrupção pode ser definida como “*misuse of entrusted power for private benefit*”¹⁴⁵.

Diferentes instituições aproveitaram-se dessa formulação. Nesse sentido, a TI consagrou essa forma de conceituação, definindo corrupção como “*abuse of entrusted power for private gain*”¹⁴⁶. O Escritório da ONU sobre Drogas e Crime (*United Nations Office on*

¹⁴⁰ Ibid., p. 5.

¹⁴¹ POZSGAI-ALVAREZ, op. cit., p. 5.

¹⁴² Ibid., p. 5.

¹⁴³ KLITGAARD, Robert, op. cit., p. 39.

¹⁴⁴ Ibid., p. 11.

¹⁴⁵ POPE, Jeremy. **Confronting corruption**: the elements of a national integrity system. Berlin and London: Transparency International, 2000, p. 2.

¹⁴⁶ TI. **What is corruption?** 2021. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>. Acesso em: 4 out. 2021.

Drugs and Crime - UNODC), também de maneira parecida, passou a conceituar corrupção como “*abuso del poder para beneficio privado*”¹⁴⁷.

Essas novas conceituações de corrupção modificaram a fórmula *abuse – public office – gain*, substituindo a segunda referência (*public office*) pela expressão “poder” (*power*) ou outras similares¹⁴⁸. A nova fórmula “abuso – poder – ganho” (*abuse – power – gain formula*), nesse sentido, passou a ser positivamente valorada e acolhida por grande parte da doutrina, que dela passou a se utilizar para explicar o significado de corrupção e a estudar, inclusive do ponto de vista jurídico-penal¹⁴⁹.

O conceito mais amplo de corrupção, concebido a partir da fórmula *abuse – power – gain*, apresenta formatação mais coerente com a realidade contemporânea, pois consegue abranger, em uma mesma definição, situações ocorridas tanto no âmbito público quanto no âmbito privado, dentro da estrutura principal – agente – cliente. Nessa tipologia, é importante lembrarmos que o que difere corrupção pública de corrupção privada é tão somente a qualidade (status formal) dos personagens que figuram nos postos de agente e principal¹⁵⁰.

No caso da corrupção pública, o Estado, a Administração Pública e/ou a coletividade são vistos como principal do funcionário ou agente público, que por sua vez é concebido como o agente. O vínculo entre eles forma o que podemos definir como relação de agência, na qual, por exemplo, a Administração Pública incumbe ao funcionário público, a realização de determinadas atividades, confiando-lhe certos poderes. Esses poderes, contudo, são concedidos para a atuação no interesse e em nome da Administração, de modo que o agente público deve respeitar as regras da Administração Pública¹⁵¹.

No caso da corrupção entre particulares, a situação é análoga. Uma ou várias pessoas físicas e/ou jurídicas são compreendidas como principal de um colaborador ou um contratado. Um vínculo fiduciário é formado entre eles na medida em que o principal confere ao agente certos poderes para a realização de determinadas atividades. O exercício desses poderes confiados ao agente, de forma análoga àquela narrada na situação anterior, deve se dar em nome e interesse, bem como de acordo com regras estabelecidas pelo principal¹⁵².

¹⁴⁷ HODGSON, Geoffrey; JIANG, Shuxia, op. cit. p. 57.

¹⁴⁸ POZSGAI-ALVAREZ, op. cit., p. 5.

¹⁴⁹ KINDHÄUSER, Urs, op. cit., p. 5; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015.; TEIXEIRA, Adriano, op. cit..

¹⁵⁰ Ibid., p. 520.

¹⁵¹ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 167.

¹⁵² Ibid., p. 167-168.

Apesar de a fórmula *abuse – power – gain* agregar maior amplitude de conteúdo à corrupção, a literatura especializada tem, cada vez mais, identificado fragilidades na aproximação tipológica da corrupção como um problema de agência¹⁵³.

Uma primeira crítica sustenta que os conceitos formulados a partir da tipologia *principal – agent – client*, ignoram que nem sempre a corrupção, sobretudo a privada, significa a traição do agente aos interesses de seu principal. Essa abordagem esboçaria tão somente a dimensão essencialmente privatística da corrupção entre particulares, como ocorre no caso em que o empregado trai os interesses de seu empregador, abusando de poderes confiados para auferir vantagens em acordo com terceiros¹⁵⁴.

A doutrina ressalta que sistemas jurídicos de diferentes países, como a Alemanha e a Espanha, reconhecem como corrupção (e como delito de corrupção), determinadas situações de concorrência desleal, em que agente corrupto e cliente corruptor, sob o consentimento ou com a participação do principal (“principal ‘sem princípios’”), acertam acordos que implicam traição de interesses de terceiros, como concorrentes do corruptor ou consumidores do principal¹⁵⁵. Nesse sentido, a corrupção entre particulares possui o que a literatura especializada chama de dimensão ou perspectiva publicística¹⁵⁶.

Um exemplo disso narrado por Berenguer Pascual¹⁵⁷, trata-se do famoso caso alemão *Korkengeld-Fall*, ocorrido no início do século XX. Tratou-se da situação em que representantes de uma vinícola da região francesa de Reims subornaram *maîtres* de toda a região alemã de Hamburgo, com o consentimento de seus chefes, para que recomendassem bebida do rótulo da vinícola “patrocinadora”.

A corte alemã que julgou o caso à época salientou que o consentimento dos empregadores não retirava a relevância penal das práticas do delito que hoje a Alemanha trata como corrupção privada. Nesse sentido, a corte alemã firmou entendimento segundo o qual certos ataques de agentes e clientes, aos interesses de concorrentes e consumidores, possuem relevância jurídico-penal a despeito da existência de consentimento do principal¹⁵⁸.

¹⁵³ Ibid., p. 168.

¹⁵⁴ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 168.

¹⁵⁵ ROXIN, Claus. Doping e Direito penal. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Doping e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44; DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 97.

¹⁵⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 168.

¹⁵⁷ BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 179.

¹⁵⁸ WALTHER, Felix. **Das Korruptionsstrafrecht des StGB**. 2010, p. 10. Disponível em: https://epub.uni-muenchen.de/25895/1/Walther_Korruptionsstrafrecht.pdf. Acesso em: 5 out. 2021.

É possível visualizarmos a crítica ora suscitada também com um exemplo brasileiro. O Estatuto do Torcedor (Lei Federal n. 10.671/2003)¹⁵⁹, marco legal voltado ao estabelecimento de normas de proteção e defesa do torcedor (cf. seu art. 1º), estabelece em seus arts. 41-C e 41-D, crimes conhecidos doutrinariamente como delitos de corrupção passiva e ativa no âmbito das competições esportivas¹⁶⁰.

As disposições em questão criminalizam a solicitação ou aceitação, bem como entrega ou promessa de vantagem patrimonial, visando a realização de ato ou omissão destinado a alterar ou falsear resultado de competição esportiva ou evento a ela associado. Os fatos de tais dispositivos deixarem de dar qualquer relevo à autorização ou assentimento às práticas de corrupção por parte do realizador ou patrocinador do evento esportivo, e de estarem voltadas à defesa do torcedor, explicitam evidente compreensão publicística da corrupção no âmbito desportivo, por parte do legislador nacional.

Outras críticas voltadas aos conceitos de corrupção formatados a partir da tipologia de problema de agência são formuladas pela Law Commission, comissão de juristas e órgão oficial responsável por pesquisar e refletir alterações legislativas na Inglaterra. A comissão levanta três constelações de casos usualmente compreendidos como casos de corrupção entre particulares em que as formulações conceituais enclausuradas sob as tipologias de relações de agência não conseguem explicar.

A primeira constelação de casos se refere a situações como as já mencionadas pelos exemplos acima, em que a vítima não é o principal mas sim terceiros, geralmente concorrentes ou competidores. Esses casos são chamados pela Law Commission de “casos em que a figura do principal aponta para a ‘pessoa errada’” (*cases where “principal” points to the wrong person*), na medida em que a violação de dever relevante não é aquela estabelecida entre principal e agente, mas sim entre agente ou principal em relação a terceiro que possui direito ou expectativa juridicamente tutelada¹⁶¹.

A segunda constelação de casos se refere a situações em que não há de fato um principal. Nesse sentido, a Law Commission argumenta que na corrupção do setor público, não existe propriamente a figura de um principal (*cases where there is no principal*)¹⁶².

¹⁵⁹ BRASIL. **LEI N. 10.671, DE 15 DE MAIO DE 2003**, 2003. Disponível em: .

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, vol. 1. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; p. 993; DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 138.

¹⁶¹ LAW COMMISSION. **Reforming bribery**. A consultation paper (Vol. 185). London: Law Commission, 2007, p. 29. Disponível em: http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp185_Reforming_Bribery_consultation.pdf. Acesso em: 5 out. 2021.

¹⁶² Ibid., p. 31.

A corrupção do âmbito público, para a comissão inglesa, referir-se-ia tão somente a violações de deveres objetivos¹⁶³. Nesse sentido, é mais claro dizer que os deveres que devem ser observados pelos agentes públicos não são, via de regra, decorrentes de relações de fidúcia estabelecidas por um principal, mas sim de abstrações jurídicas como “Estado” e “interesse público”, a partir das quais diferentes sistemas jurídicos concebem deveres objetivos, exigíveis por diferentes figuras ou até mesmo por todos¹⁶⁴.

A terceira constelação se refere a situações às quais a doutrina denomina como corrupção entre principais (*principal to principal bribery*)¹⁶⁵. Essa terminologia faz alusão a cenários que são, social e normativamente, usualmente compreendidos como corrupção, a despeito de os sujeitos envolvidos não terem estabelecido entre si qualquer relação de agência, não estando, portanto, submetidos ao cumprimento de deveres fiduciários entre si¹⁶⁶.

Um exemplo disso se refere ao caso em que um candidato à vaga de um emprego ou à celebração de um contrato, faz pagamentos para induzir seu potencial empregador ou contratante a fechar contratação¹⁶⁷. Outro cenário hipotético que pode ser utilizado como exemplo se refere a uma disputa entre dois ou mais aplicantes a uma vaga de emprego ou à celebração de um contrato, em que um desses paga a um outro, alguns ou aos demais competidores para se retirarem da disputa¹⁶⁸. Em ambos os casos, como podemos perceber, não há uma clara relação de agência entre os sujeitos envolvidos, contudo, ainda assim, muitos alegam haver a ocorrência de corrupção.

2.3 Modelo normativo-institucional ou organizacional de corrupção (*organisational corruption*)

As críticas à aproximação principal – agente – cliente para a compreensão do significado da expressão “corrupção” têm estimulado o desenvolvimento de novos modelos conceituais por parte da literatura especializada¹⁶⁹. Grande parcela dessas novas perspectivas, contudo, tem se voltado a estudar os problemas políticos e econômicos causados pela

¹⁶³ Ibid., p. 31.

¹⁶⁴ Ibid., p. 31.

¹⁶⁵ Ibid., p. 32.

¹⁶⁶ Ibid., p. 32.

¹⁶⁷ Ibid., p. 32.

¹⁶⁸ Ibid., p. 32.

¹⁶⁹ MISTREE, Dinsha; DIBLEY, Arjuna, op. cit., p. 13.

corrupção, definindo-a como um problema de ação coletiva, o que pouco acrescenta à compreensão da expressão na seara jurídico-penal¹⁷⁰.

Algumas das novas aproximações, contudo, de caráter fortemente normativistas, têm mostrado capacidade de rendimento para oferecerem um significado de corrupção voltado também para o comportamento de indivíduos¹⁷¹. Estudos de filosofia aplicada e economia institucional do início do século XXI têm reputado como limitados os conceitos de corrupção erigidos a partir da tipologia de problema de agência. Autores, como Miller¹⁷² e Malem Seña¹⁷³, têm compreendido por meio de estudos em filosofia aplicada, que o conceito de corrupção está eminentemente relacionado a uma perspectiva essencialmente normativista, relativa à violação de um papel ou uma função institucional.

Hodgson e Jiang¹⁷⁴, inspirando-se na perspectiva institucional de Miller, constroem o conceito do que chamam de corrupção organizacional¹⁷⁵, que nada mais é do que uma compreensão institucional-normativa de corrupção. Para tanto, partem de duas premissas¹⁷⁶.

A primeira premissa, que podemos chamar de “premissa institucional”, parte do entendimento de que as “instituições” são a “*matéria de la vida social*”¹⁷⁷. Nesse sentido, definem “instituições” como “*sistemas de reglas sociales establecidas e incorporadas que estructuran las interacciones sociales*”¹⁷⁸.

Compreendem também que no âmbito das instituições há o que chamam de “organizações”, que se referem a tipos específicos de instituições que involucram regras concernentes, por exemplo, à associação e à soberania, como “Estados” e “empresas”¹⁷⁹.

A segunda premissa, que chamamos aqui de “premissa normativista”, refere-se ao caráter normativo das regras sociais. Nesse sentido, entendem Hodgson e Jiang, que as regras que compõem instituições e organizações são mandados habituais ou disposições normativas, transmitidas socialmente¹⁸⁰. Ao se referirem a “transmissão social”, assinalam que a

¹⁷⁰ Ibid., p. 13.

¹⁷¹ THOMPSON, Dennis F., Theories of Institutional Corruption. Annual Review of Political Science, Vol. 21, pp. 495-513, 2018, p. 496-497.

¹⁷² MILLER, Seumas. **Institutional corruption: a study in applied philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

¹⁷³ SEÑA MALEM, Jorge. **Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2017. 135 p.

¹⁷⁴ HODGSON, Geoffrey; JIANG, Shuxia, op. cit. p. 70.

¹⁷⁵ Ibid. p. 56.

¹⁷⁶ Ibid. p. 65.

¹⁷⁷ Ibid. p. 65-66.

¹⁷⁸ Ibid. p. 66.

¹⁷⁹ Ibid. p. 66.

¹⁸⁰ Ibid. p. 66.

reprodução das regras depende de uma cultura social desenvolvida a partir do uso da linguagem¹⁸¹.

Com essas duas premissas em consideração, estabelecem contextualização do que compreendem como conceito organizacional (ou normativo-institucional) para a expressão corrupção, denominando essa compreensão de “corrupção organizacional”:

la corrupción organizacional involucra al menos dos agentes, X e Y, donde al menos Y desempeña un rol determinado que es adscrito a una organización específica. Este rol organizacional obliga a Y a seguir un conjunto de reglas éticas establecidas, algunas de las cuales son coherentes con los objetivos de la organización. X emprende conscientemente una acción planeada deliberadamente para persuadir a Y de que viole uno de esos objetivos coherentes con las reglas éticas, de las que X e Y son conscientes. Aunque tiene la opción de actuar de otra manera, Y viola esta regla de acuerdo con los deseos de X.¹⁸²

A contextualização acima tem sido aproveitada por alguns dos mais recentes estudos e trabalhos monográficos da literatura especializada jurídico-penal sobre corrupção, desenvolvidos por autores da doutrina jurídico-penal espanhola, como Nieto Martín¹⁸³, Caruso Fontán¹⁸⁴, Encinar del Pozo¹⁸⁵ e Berenguer Pascual¹⁸⁶, e nacional, como Prado e Rossetto¹⁸⁷, e Madeira¹⁸⁸. Partindo de contextualizações, como a ofertada por Hodgson e Jiang, conceituam corrupção como uma violação de um dever posicional, no marco de um sistema normativo de referência, relacionada à expectativa ou obtenção de um benefício extraposicional.

Nesse sentido, embora não disponha da mesma amplitude, não podemos deixar de observar a similaridade das premissas institucional e normativa, às ideias que gravitam a

¹⁸¹ Ibid. p. 66.

¹⁸² Ibid. p. 70 (trecho original). Mesmo trecho, segundo tradução de Madeira: “(...) a corrupção organizacional involucra ao menos dois agentes, X e Y, onde ao menos Y desempenha um rol determinado que é adscrito a uma organização específica. Este rol organizacional obriga a Y a seguir um conjunto de regras éticas estabelecidas, ao menos algumas das quais são coerentes com os objetivos da organização. X emprende conscientemente uma ação planejada deliberadamente para persuadir a Y de que viole ao menos um desses objetivos coerentes com as regras éticas, sobre as quais X e Y são conscientes. Ainda que tenha a opção de atuar de outra maneira, Y viola essa regra de acordo com os desejos de X.”; MADEIRA, op. cit., p. 13.

¹⁸³ NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. **Revista Penal**, Valencia, n. 10, p. 55-69, jul.. 2002, p. 52. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39227. Acesso em: 5 nov. 2021.

¹⁸⁴ 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. 145-172, 2009.

¹⁸⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 65 et seq.

¹⁸⁶ BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 59 et seq.

¹⁸⁷ PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitativa entre particulares. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 51-97, mai./jun.. 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123722. Acesso em: 30 out. 2021.

¹⁸⁸ MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 13-14.

elaboração de outras ideias no discurso jurídico-penal contemporâneo. Destacamos, por exemplo, a teoria da imputação objetiva de Jakobs, segundo a qual a atribuição de um comportamento a um sujeito deve observar desvios em relação a um rol, que por sua vez se refere a “*un sistema de posiciones definidas de modo normativo (...) una institución que se orienta con base en personas*”¹⁸⁹.

A aproximação conceitual organizacional de corrupção parece suprir satisfatoriamente as críticas relativas à confusão e à inadequação das aproximações conceituais anteriormente apresentadas. Em primeiro lugar, é importante salientarmos que na compreensão organizacional de corrupção, não há qualquer apelo a alguma metáfora que demande reciprocidade entre corrupto e corruptor, como faz a aproximação de corrupção como *Unrechtsvereinbarung*, desenvolvida na Alemanha.

Ao contrário, a concepção organizacional faz uso de referências normativas e expressamente admite a relevância das regras transmitidas socialmente por meio dos usos da linguagem para a compreensão dos atos corruptos. Dessa forma, é perfeitamente possível compreender corrupções ativa e passiva como violações autônomas de deveres posicionais, sobretudo se o sistema normativo de referência estabelecer mandamentos ou proibições nesse sentido.

Ademais, o conceito organizacional de corrupção também não incorre nos mesmos equívocos promovidos pelas construções elaboradas a partir da tipologia *principal – agent – client*. Ao contrário dessa, a concepção organizacional não fixa a corrupção como uma relação triangular, ou ainda como distúrbio de uma relação fiduciária fixa estabelecida entre principal e agente. Compreende que os envolvidos pela corrupção não necessariamente precisam ser agente e cliente ou vice-versa¹⁹⁰.

Livre das dificuldades existentes nas outras aproximações, que tropeçavam em características como a necessária reciprocidade entre os envolvidos, ou violação a uma predeterminada e fixa relação de fécula, a concepção organizacional se afigura como uma das mais recentes conceituações de corrupção utilizadas pela doutrina jurídico-penal¹⁹¹. No plano normativo, inclusive, normas como a UKBA, da atual legislação inglesa, parecem

¹⁸⁹ JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva em el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1997, p. 21-22.

¹⁹⁰ HODGSON, Geoffrey; JIANG, Shuxia, op. cit. p. 71.

¹⁹¹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 65 et seq.; BERENQUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 59 et seq.; MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 8.

acolher uma compreensão conceitual de corrupção bem próxima à perspectiva normativo-institucional¹⁹².

O modelo conceitual ora exposto, assim como os demais, não resta completamente indene a críticas. A Law Commission, comissão que defende uma aproximação normativo-institucional de corrupção, revela haver várias críticas na literatura especializada quanto à viabilidade de se interpretar a corrupção como uma violação de dever (*breach of duty*)¹⁹³.

As críticas decorrem do caráter fortemente normativista do modelo conceitual. Reputam que tal aproximação possui dificuldades no sentido de esclarecer quais deveres, se violados, ensejam corrupção¹⁹⁴.

Uma primeira crítica, nesse sentido, indica que a concepção de corrupção como violação de deveres pode ser muito restritiva (*under-inclusive*)¹⁹⁵. Um exemplo dessa restritividade diz respeito aos conhecidos “pagamentos por facilitação” (*facilitation payments*)¹⁹⁶ em que uma pessoa confere vantagens pessoais a uma outra para que essa realize, geralmente com maior agilidade ou presteza, determinada tarefa a qual se encontra conforme seus deveres e que de qualquer forma, viria a ter de realizar se viesse a atuar em conformidades ao âmbito organizativo ao qual está submetida¹⁹⁷.

De maneira mais geral, a crítica quanto a uma excessiva restritividade refere-se àqueles casos de “pagamento para se fazer a coisa certa” (*payment to do the right thing*)¹⁹⁸, o que a doutrina do *Unrechtsvereinbarung* classifica como “corrupção imprópria”. Embora seja digna a discussão político-criminal quanto à real necessidade de criminalização de comportamentos como esse, seja no âmbito público (*facilitation payments*) ou privado, é larga a compreensão da literatura especializada e de diferentes sistemas normativos de que tais ofertas e aceitações de vantagens pela prática de atos que *per se* não implicam violação direta a deveres estabelecidos em um âmbito organizativo, também são compreendidas como corrupção. Nesse sentido, a crítica indica que o conceito organizacional seria exageradamente restritivo, pois não conseguiria dar conta de explicar como práticas como as mencionadas seriam por muitos, social e normativamente reconhecidas como práticas de¹⁹⁹.

¹⁹² LAW COMMISSION, 2007.

¹⁹³ Ibid., p. 50.

¹⁹⁴ Ibid., p. 50.

¹⁹⁵ Ibid., p. 51.

¹⁹⁶ Ibid., p. 291 et seq.

¹⁹⁷ Ibid., p. 291.

¹⁹⁸ Ibid., p. 51.

¹⁹⁹ Ibid., p. 51.

Uma segunda crítica, por outro lado, aponta que o modelo organizacional também pode ser excessivamente amplo (*over-inclusive*) em outras situações²⁰⁰. Indica que nem todo ato de violação a um dever posicional em troca de ganho extraposicional advinda de terceiro é social ou normativamente considerado corrupção²⁰¹. A compreensão de corrupção como violação de dever posicional, nesse sentido, faria com que vários ilícitos civis e contratuais pudessem ser alçados à condição de crime de corrupção, o que não está de acordo com as percepções sociais e normativas mais usuais²⁰².

A Law Commission busca refutar essas críticas, em defesa ao modelo de violação de deveres²⁰³. Sustenta que tal concepção fortemente normativista de corrupção não se resume a deveres primários, esses relativos ao “quê” um sujeito deve ou não deve fazer em determinada posição²⁰⁴. Mais que isso, a perspectiva de violação de deveres permite abranger, também, uma compreensão de deveres secundários, esses relativos à maneira ou à forma com a qual um dever primário deve ser realizado²⁰⁵.

Essa perspectiva daria conta de explicar a razão pela qual o “pagamento clandestino para se fazer o que é o certo” é usualmente compreendido pela sociedade e por sistemas normativos como prática de corrupção. A corrupção acontece não por conta da violação de deveres primários, pois esses de fato não são descumpridos pelo corrupto ou pelo corruptor no caso da “corrupção imprópria”. Acontece em razão da violação de deveres secundários, na medida em que a noção de deveres contempla não só o “quê” se deve fazer o não fazer, mas também “como” se deve cumprir o dever primário.

Quanto à demasiada amplitude significativa do modelo, a Law Commission busca tratar da questão não como um problema conceitual, mas como um problema essencialmente político-criminal e dogmático, a ser enfrentado (se enfrentado) no momento da tipificação penal dos comportamentos de corrupção privada²⁰⁶. Dessa forma, determinados ilícitos civis e contratuais não são normativamente interpretados como delitos de corrupção, não pelo fato de não serem compreendidos conceitualmente como comportamentos de corrupção, mas pelo fato de tais violações de deveres não serem, de alguma forma, selecionadas como matéria a ser proibida pelo respectivo ou pelos respectivos tipos penais de corrupção²⁰⁷.

²⁰⁰ Ibid., p. 52.

²⁰¹ Ibid., p. 52.

²⁰² Ibid., p. 52.

²⁰³ Ibid., p. 51-52.

²⁰⁴ Ibid., p. 51.

²⁰⁵ Ibid., p. 51.

²⁰⁶ Ibid., p. 52.

²⁰⁷ Ibid., p. 52.

Nesse sentido, a lição de Prado e Rossetto se alinha à compreensão da Law Commission. Esses autores afirmam que “a expressão corrupção privada não deve ser confundida como delito de corrupção privada”²⁰⁸. A amplitude significativa do conceito de corrupção entre particulares, dessa forma, não deve ser interpretada como um problema do conceito de corrupção, mas sim como um problema a ser enfrentado quando da modelagem do tipo incriminador, e na seleção da matéria a ser penalmente proibida.

2.4 Síntese da parte I e conclusão parcial: o conceito normativo-institucional de corrupção explica as três dimensões de significado mais relevantes para o DP contemporâneo

Em **síntese**, a discussão apresentada possibilita identificarmos que diferentes modelos conceituais que buscam explicar os significados mais relevantes para a expressão “corrupção” coabitam o discurso jurídico-penal contemporâneo. Nesse sentido, entendemos não ser adequado delimitar o conceito jurídico-penal de corrupção de que trata a presente pesquisa, como um conceito de evolução “linear” ou “geracional”.

O modelo de *Unrechtsvereinbarung*, apesar de longo, persiste tendo grande aceitação na Alemanha e em outros países; os conceitos tipológicos *principal – agent – client* representam o atual paradigma conceitual para diversos autores, instituições e sistemas jurídicos; e o conceito organizacional, por sua vez, tem apresentado cada vez mais aderência por parte dos estudos contemporâneos sobre corrupção e corrupção entre particulares.

Apesar disso, é comum a doutrina fazer referência esparsa a “dimensões” ou “perspectivas” de sentido da corrupção. Nessa esteira, o estudo dos diferentes modelos permite-nos compreender a corrupção como uma expressão de variadas dimensões de sentido²⁰⁹. Para o nosso estudo, três dimensões de sentido da expressão demonstram-se relevantes.

A primeira dimensão refere-se à sua faceta eminentemente pública. Essa consegue ser parcialmente explicada pelo modelo conceitual de *Unrechtsvereinbarung*, que compreende a

²⁰⁸ PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro, op. cit., p. 3.

²⁰⁹ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 168; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 45; GONÇALVES DE GODOI, Carlos Eduardo. La negligencia del Estado brasileño en la lucha contra la corrupción en el sector privado y sus consecuencias. *Iuris Dictio*, v. 25, n. 25, p. 20, 15 may 2020, p. 171.

corrupção como acordo (bilateral) ilícito de compra e venda de ato de função pública. Uma melhor compreensão dessa dimensão significativa, ainda que não indene a críticas, resta possibilitada a partir do modelo conceitual *abuse – public office – gain*, que interpreta a corrupção como um abuso de função pública da relação *principal – agent* em prol de arranjos vantajosos à relação *agent – client*.

A segunda dimensão de sentido da expressão “corrupção” remete-se à perspectiva privatística da corrupção entre particulares²¹⁰. Essa pode ser explicada, em sua integralidade, pela aproximação conceitual de fórmula *abuse – power – gain*, que ao interpretar abusos não só de função pública, mas de qualquer forma de poder confiado, consegue extrair o máximo da capacidade de rendimento da tipologia *principal – agent – client* para a explicar a corrupção privada ocorrida no âmbito das relações fiduciárias firmadas entre principal e agente.

A terceira dimensão, por derradeiro, refere-se à perspectiva publicística da corrupção entre particulares²¹¹, que consegue ser explicada pelo conceito organizacional de corrupção (*organisational corruption*). Nessa acepção, a corrupção é compreendida como um ato dirigido à violação de um dever posicional em um âmbito organizativo, em busca de vantagem extraposicional. Diferente das perspectivas anteriores, a aproximação organizacional consegue explicar por meio de premissas institucional e normativa, como determinados contextos são compreendidos como corrupção, ainda que não envolvam agentes públicos, ou ainda a traição de uma relação fiduciária estabelecida entre agente e principal.

Assimiladas as diferentes dimensões significativas de corrupção e como os modelos conceituais se prestam a assimilá-las, concluímos que o modelo de *Unrechtsvereinbarung* não deve ser aproveitado no presente estudo. A metáfora contratual de compra e venda de ato de função pública revela-se frágil para contemplar a corrupção como expressão de comportamentos ativos e passivos autônomos, bem como imprestável para se compreender comportamentos no âmbito estritamente privado.

Os conceitos de tipologia *principal – agent – client* possuem boa capacidade de rendimento para explicar tanto a corrupção pública, quanto a dimensão privatística da corrupção entre particulares. Contudo, conforme já explicitado, não conseguem explicar determinadas situações atualmente reconhecidas social e normativamente como corrupção privada, em que a vítima é não a figura do principal, mas de terceiros concorrentes e consumidores.

²¹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 168.

²¹¹ Ibid., p. 168.

Por essa razão, **concluimos** que o recorte conceitual mais apropriado à compreensão do significado jurídico-penal contemporâneo de corrupção ao qual a presente dissertação dedica estudos, é aquele oferecido pelo modelo normativo-institucional. Esse consegue fazer referência às mais diferentes situações contempladas pelo presente estudo, abrangendo as três dimensões significativas da expressão “corrupção”.

Essa escolha, contudo, não ocorre sem o aproveitamento de algumas contribuições ofertadas pelas demais construções conceituais. As terminologias consagradas pela teoria da agência, como “principal”, “agente” e “cliente” serão aproveitadas no presente texto, assim como são em outros textos que se utilizam do modelo conceitual²¹². O uso operativo dessa terminologia, contudo, não deve ser confundido com o acolhimento das premissas da teoria da agência, que limitam o alcance conceitual da expressão “corrupção”.

A escolha deve ser, portanto, compreendida, tão somente como uma estratégia de generalização e síntese de referência a posições classicamente estudadas pela literatura especializada, quais sejam: aquela pessoa que confia diretamente poderes a uma outra (“principal”); aquela que potencialmente pode corromper-se ou ser corrompida (“agente”); e aquela pessoa que pode corromper ou corroborar para o corrompimento de outra (“cliente”).

Ademais, do ponto de vista classificatório, acolhemos a recorrente práxis da literatura especializada de se aproveitar das classificações erigidas a partir da concepção de corrupção como *Unrechtsvereinbarung*. As classificações de corrupção própria e imprópria, contudo, por exemplo, diante do marco normativo-institucional não se vincam a partir de juízos sobre a natureza do “objeto vendido” mas sim em relação a juízos sobre a natureza lícita ou ilícita do dever diretamente desrespeitado pelo sujeito que realiza a corrupção.

Por derradeiro, conquanto reconheçamos que o conceito organizacional de corrupção apresente uma significação bastante ampla, sobretudo no caso da corrupção entre particulares, essa não prejudica seu acolhimento, pois o conceito de corrupção privada não deve ser confundido com sua tipificação penal. Essa última pode ser feita ou não, bem como feita em maior ou menor abrangência, tomando-se em conta aspectos político-criminais e dogmáticos, que indicarão eventuais percepções quanto à necessidade e às possibilidades de criminalização da segunda e terceira dimensões significativas da corrupção, relativas à sua faceta entre particulares.

²¹² MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit..

PARTE II: DISCUSSÃO POLÍTICO-CRIMINAL

3 A NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES

Outra discussão que se faz necessária antes de perquirirmos quanto à capacidade de rendimento dos modelos de tipificação de um delito de corrupção privada, diz respeito à percepção da necessidade de sua criminalização²¹³. Refletir sobre essa implica afastar a argumentação da presente pesquisa de um mero exercício intelectual e dogmático desconexo à realidade social e a aproximar de um estudo com caráter funcional, que vise a perscrutar situação socialmente reconhecida como um problema²¹⁴.

A possibilidade de incriminação de determinadas expressões de comportamentos somente se justifica na medida em que se vincula a objetivos de proteção da sociedade contra certas danosidades e, ao mesmo tempo, estabiliza expectativas sociais de comportamento adequado à sua proteção²¹⁵.

A investigação quanto à percepção de necessidade de criminalização, que aqui se pretende realizar, atém-se ao plano da racionalidade comunicativa. Essa seção do texto, portanto, destina-se não a um estudo empírico de medição da corrupção entre particulares, mas a uma discussão que busque refletir as pretensões dos membros da comunidade de Direito no plano comunicativo e dessas conseguir extrair conclusões.

Com isso, não pretendemos menosprezar a relevância de dados e informações de caráter empírico, que sem dúvidas subsidiam e permeiam o debate e a argumentação discursivos. Contudo, partimos de uma visão de DP em grande nível atrelado à filosofia da linguagem, de modo que compreendemos que a pertinência de uma pretensão de construção normativa é determinada, sobretudo, pelo grau de reconhecimento e aceitação dessa pelos membros da comunidade de Direito²¹⁶.

Essa aceitação, conforme ensina Galvão, evocando Habermas, advém da fundamentação racional conferida a tais normas por meio de um processo comunicativo

²¹³ BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 60.

²¹⁴ GALVÃO, Fernando, 2019, p. 258.

²¹⁵ Ibid., 260.

²¹⁶ BUSATO, Paulo Cesar, 2020, p. 15.

mediado pela linguagem²¹⁷. Busato, em sentido semelhante, em estudo histórico-jurídico voltado à compreensão da corrupção, destaca que “*las construcciones jurídicas son productos del reconocimiento social de la presencia de una quebra de expectativas sociales que reclama del Estado como mediador del conflicto*”²¹⁸.

Diante desse contexto, o texto da presente seção dedica-se a averiguar se é possível concluir pela existência de um entendimento predominante favorável à necessidade de criminalização da corrupção privada. Para tanto, as seções seguintes mostram os argumentos contrários e favoráveis a essa pretensão, construídos pela literatura especializada; e examinam diferentes movimentos e iniciativas político-criminais que encampam e consubstanciam os argumentos estudados, estrangeiros e nacionais, que possam auxiliar a investigação a que se lança este capítulo.

3.1 Argumentos contrários à criminalização da corrupção entre particulares

A literatura especializada demonstra haver setores jurídicos, econômicos e políticos da sociedade que se posicionam contrariamente à possibilidade de se reprovar e responsabilizar penalmente práticas que expressem comportamentos de corrupção privada. Muitos desses argumentos, mostram-nos Gontijo²¹⁹ e Encinar del Pozo²²⁰, referem-se a diferentes perspectivas de defesa da falta de necessidade de se criminalizar a corrupção entre particulares.

Os argumentos, em síntese, variam desde a defesa da corrupção privada como expressão de comportamentos socialmente adequados e/ou tolerados²²¹, passando pela tese de que o setor privado consegue defender-se por si só de eventuais práticas de corrupção entre particulares²²², até a alegação de que a corrupção no setor privado, ainda que socialmente negativa, possui pouca relevância²²³. Esses argumentos são apresentados com maior nível de detalhes abaixo.

²¹⁷ GALVÃO, Fernando, loc. cit..

²¹⁸ BUSATO, Paulo Cesar. Historia y perspectivas respecto de la corrupción en Brasil. **Revista Penal**, Valencia, n. 36, p. 14-35, jul.. 2015, p. 16. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=125004. Acesso em: 6 out. 2021.

²¹⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 46 et seq.

²²⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 72 et seq.

²²¹ Ibid., p. 72-73.

²²² Ibid., p. 73-74.

²²³ Ibid., p. 76.

3.1.1 A corrupção entre particulares expressa comportamentos socialmente adequados ou tolerados

Um primeiro argumento em defesa da desnecessidade de criminalização da corrupção privada, segundo Encinar del Pozo²²⁴, apoia-se na ideia de que essa forma de corrupção nada mais é do que uma tentativa de acordo voluntário e legítimo a ser realizado entre adultos²²⁵. Nesse sentido, sustenta-se que a corrupção é inerente à natureza de relações privadas, cujos termos e condições geralmente são altamente suscetíveis à negociação²²⁶.

Esse argumento, segundo Hodgson e Jiang²²⁷, desenvolve-se a partir de uma ideologia de supervalorização do indivíduo e da liberdade, segundo a qual o setor privado deve ser compreendido como uma zona de liberdade individual ilimitada. Essa corrente interpreta que a corrupção privada se manifesta como uma expressão legítima da atividade empresarial²²⁸.

O setor simpático a esse argumento compreende que, ao contrário da faceta pública, relativa ao mau uso do poder no seio de instituições estatais questionáveis, a corrupção entre particulares por si só não expressa danos, mas sim benefícios potenciais²²⁹. Argumenta que a corrupção é a “graxa das rodas” sobre as quais avança o comércio; que permite que *“empresarios y empresas se dediquen a sus actividades sin ser totalmente sofocados por los efectos de la burocracia”*²³⁰.

A corrupção privada, nessa perspectiva, seria até mesmo um desafio social. Dessarte, essa *“permite obtener recompensas informales por parte de funcionarios con bajos ingresos y tiene, en muchas ocasiones, la capacidad de aligerar la aplicación de normas demasiado estrictas”*²³¹.

Essa corrente de pensamento, inclusive, ressalta que práticas de corrupção privada estão altamente institucionalizadas em diferentes sociedades. Parte da literatura especializada que sustenta esse posicionamento dá como exemplos expressões do Oriente Médio, da China

²²⁴ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 72-73.

²²⁵ HODGSON, Geoffrey; JIANG, Shuxia, op. cit. p. 62.

²²⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 72.

²²⁷ HODGSON, Geoffrey; JIANG, Shuxia, op. cit. p. 62.

²²⁸ Ibid. p. 62.

²²⁹ Ibid. p. 62.

²³⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 73; HUNTINGTON, Samuel. **Political order in changing societies**. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 368.

²³¹ CARUSO FONTÁN, María Viviana. El concepto de corrupción. Su evolución hacia um nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. **Foro, Nueva época**, n. 9, p. 149 et seq.; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 73.

e do Brasil, como “*baksheesh*”, “*guanxi*” e “*jeitinho*”²³², respectivamente. Essas palavras geralmente abrangem, dentro de seu significado, a prática socialmente tolerada de suborno em relações privadas.

Rizzo, ao escrever um artigo em que questiona criticamente a possibilidade de criminalização da corrupção privada no Brasil, indaga retoricamente se os atores da economia já não “embutem” em seu preço, eventuais valores da corrupção de seus segmentos. Conclui que sem a tipificação da corrupção entre particulares, a concorrência pode até ser mais imoral, contudo não é menos livre²³³.

David²³⁴ nos mostra que em setores do Brasil, como o da indústria farmacêutica, a prática de subornar médicos para persuadi-los a receitar medicamentos de determinadas empresas é bastante difundida. Nesse sentido, Lima²³⁵ mostra-nos, em reportagem, que a corrupção se institucionaliza com tanta intensidade nesse setor, que chega a englobar as farmácias, “que registram os números de cadastros dos médicos perante seus conselhos em um *software* para que os laboratórios tenham o registro de que médico receita os medicamentos de determinados laboratórios”²³⁶.

D’Ávila²³⁷, antigo presidente do CFM, em sentido semelhante, alude que a prática não é exclusiva do Brasil. Faz referência à pesquisa feita em uma escola médica de Virgínia, nos EUA, em que se constatou que 97% dos residentes carregavam ao menos um brinde com identificação de empresa farmacêutica no jaleco, no momento da inspeção. Os brindes, lembra D’Ávila²³⁸, não se restringem a canetas, compreendendo geralmente, também, passagens, estadias e inscrições em congressos, jornadas e simpósios.

Por fim, um outro exemplo de corrupção privada à qual mídia e doutrina destacam ser bastante difundida no Brasil, refere-se à corrupção em condomínios, por meio da qual síndicos solicitam vantagem de empresas prestadoras de serviços de manutenção e zeladoria

²³² GOPINATH, C. Recognizing and justifying private corruption. **Journal of Business Ethics**, 82(3), p. 747-754, 2008, p. 752; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 10.

²³³ RIZZO, Beatriz Dias. Corrupção entre particulares: só agora? E por que agora?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 238, p. 12, set.. 2012, p. 12. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=96620. Acesso em: 12 out. 2021.

²³⁴ DAVID, Décio Franco, op. cit..

²³⁵ LIMA, Verônica. Indústria Farmacêutica: Relação Médico x Indústria x Farmácias. **Rádio Câmara**, 22 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/515048-INDUSTRIA-FARMACEUTICA-RELA CAO-MEDICO-X-INDUSTRIA-X-FARMACIAS-BLOCO-2.html>. Acesso em: 2 jan. 2020.

²³⁶ DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 169.

²³⁷ D’ÁVILA, Roberto Luiz. Médicos e indústria farmacêutica: a falta de limites para conflitos de interesse.

Revista Ser Médico, no 41. São Paulo: CREMESP (Conselho Regional de Medicina de Estado de São Paulo), out.-dez./2007. 2007. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=336>. Acesso em: 13 jul. 2021.

²³⁸ Ibid..

dos condomínios que gerem²³⁹. David, nesse sentido, ressalta que essa atividade é tão comum, que assembleias e estatutos de condomínios costumam criar restrições de gastos aos síndicos justamente com o intuito de limitar eventuais abusos desses²⁴⁰.

Os argumentos e exemplos acima expostos, caminham todos no sentido de destacar que, em muitos contextos, a corrupção privada é interpretada como comportamento socialmente adequado ou, pelo menos, em certa margem tolerado.

3.1.2 O setor privado já consegue proteger-se da corrupção entre particulares

Um segundo argumento contrário à criminalização da corrupção privada sustenta que essa se prolifera muito menos que aquela que envolve o setor público²⁴¹. Tal raciocínio desenvolve-se a partir da ideia de que o setor privado é muito mais eficiente que o público na defesa de seus interesses²⁴².

Esse argumento é fundamentado pela noção de que o prejuízo privado geralmente é muito mais facilmente discernível e menos difuso que o prejuízo à coisa pública²⁴³. Desse modo, se comportamentos de corrupção privada são perpetrados por empregados de uma empresa, por exemplo, é comum que logo sejam detectados e que sejam tomadas medidas pelos seus dirigentes ou sócios, para evitar o sucesso ou a continuação de tais práticas²⁴⁴.

Esse argumento acrescenta, ainda, que se os referidos atos de corrupção se configuram como prejudiciais e ineficientes ao mercado e a consumidores, cedo ou tarde, são também reprimidos por esses setores²⁴⁵. Essa linha de defesa indireta, contudo, não existe no caso da

²³⁹ REDE GLOBO. **Síndicos desviam dinheiro em jantares caros e até gastos em sex-shop**. Programa Fantástico, de 12 de junho de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/06/sindicos-desviam-dinheiro-emjantares-caros-e-ate-gastos-em-sex-shop.html>. Acesso em: 10 jul. 2019; REDE GLOBO. **Fantástico mostra síndicos que esbanjam dinheiro de moradores**. Programa Fantástico. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/06/fantastico-mostra-sindicos-queesbanjam-dinheiro-de-moradores.html>. Acesso em: 10 jul. 2019; DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 166.

²⁴⁰ DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 167.

²⁴¹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 73.

²⁴² ARGANDOÑA, Antonio. Private-to-private Corruption. **Journal of Business Ethics**. v. 47, n. 3, p. 253-267, oct, 2003, p. 1.

²⁴³ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 73.

²⁴⁴ ARGANDOÑA, Antonio. Private-to-private Corruption. **Journal of Business Ethics**. v. 47, n. 3, p. 1.

²⁴⁵ GREEN, Stuart. Official and commercial bribery: should they be distinguished? *In*: HORDER, Jeremy; ALLDRIDGE, Peter. (Editores). **Modern Bribery Law**. Comparative Perspectives. Cambridge University Press, 2013, p. 58; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 74.

corrupção do setor público, pois essa faceta de corrupção se dá, via de regra em cenários no qual o Estado não está competindo por consumidores e contra concorrentes²⁴⁶.

Em síntese, esse argumento defende que a corrupção se prolifera menos no setor privado, pois é mais facilmente por ele detectada e combatida. Isso ocorre, segundo essa argumentação, porque, diferentemente do que ocorre no setor público, no setor privado as práticas costumam deixar rastros de prejuízo menos difusos, além de serem combatidas mais rápida e eficientemente por linhas direta (empresários) e indireta (concorrentes e consumidores) de combate à corrupção que se manifeste a uma dessas prejudicial e ineficiente.

3.1.3 A corrupção entre particulares apresenta pouca relevância social

Outro argumento existente contra a criminalização da corrupção privada diz respeito a uma suposta falta de relevância e informação sobre sua magnitude e como essa se manifesta no tecido social. Segundo Encinar del Pozo²⁴⁷, esse argumento supõe é que a corrupção privada, mesmo no caso em que seja considerada socialmente prejudicial, não apresenta suficiente distribuição em termos de frequência para ensejar a criação de uma proibição penal voltada à sua repreensão.

3.2 Argumentos favoráveis à criminalização da corrupção entre particulares

A literatura especializada também apresenta argumentos de diversos atores da sociedade, que se posicionam favoravelmente à criminalização da corrupção privada. Para tanto, buscam de diferentes formas ressaltar a necessidade de sua criminalização²⁴⁸.

Os argumentos favoráveis abrangem, inclusive, a refutação daqueles contrários ora aludidos. Apontam diferentes efeitos negativos da corrupção privada, que permitem-nos

²⁴⁶ GREEN, Stuart. Official and comercial bribery: should they be distinguished? *In*: HORDER, Jeremy; ALLDRIDGE, Peter. (Editores). **Modern Bribery Law**, p. 59; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 74.

²⁴⁷ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 76.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 77; BERENQUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 61.

inferir pela dificuldade de diferentes atores do setor privado em lidar com essa faceta da corrupção²⁴⁹. E também buscam demonstrar a percepção da corrupção privada como expressão de comportamentos relevantes, inadequados e não-tolerados pela sociedade, figurando-se como problema real de relevância social digna a ensejar tratamento jurídico-penal²⁵⁰.

3.2.1 A corrupção entre particulares expressa comportamentos socialmente danosos

Um primeiro conjunto de argumentos favoráveis à criminalização da corrupção privada, endossado por autores como Boles²⁵¹ e Berenguer Pascual²⁵², busca refutar a ideia de que a corrupção no setor privado expressa, em sua maior parte, comportamentos adequados e/ou benéficos à sociedade. Nesse sentido, apontam sua danosidade em diferentes dimensões significativas, seja indicando efeitos negativos ao principal (empresário ou contratante), seja apontando a existência de efeitos negativos para terceiros, como concorrentes, mercado e consumidores.

3.2.1.1 Danosidade em relação ao principal

Nomes da doutrina, como Argandoña e Morel Berendson²⁵³, Boles²⁵⁴, Encinar del Pozo²⁵⁵ e Berenguer Pascual²⁵⁶, identificam que a corrupção privada expressa comportamentos com danosidade social apta a provocar diferentes efeitos negativos ao principal. Esses efeitos estão relacionados tanto com a redução de eficácia e eficiência do principal em satisfazer seus

²⁴⁹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 77-82; BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 61-64.

²⁵⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 84-95.

²⁵¹ BOLES, Jeffrey R. Examining the Lax Treatment of Commercial Bribery in the United States: A Prescription for Reform. **American Business Law Journal**. vol. 51, n. 1, 2014, p. 151. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2459123. Acesso em: 7 out. 2021.

²⁵² BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 77 et seq.

²⁵³ ARGANDOÑA, Antonio; MOREL BERENDSON, Ricardo. La lucha contra la corrupción: una perspectiva empresarial, *In: Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, n. 4, julio de 2009, p. 5-37, 2009, p. 12 et seq.

²⁵⁴ BOLES, Jeffrey R, op. cit..

²⁵⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 77-79.

²⁵⁶ BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 62-63.

interesses, como celebrar negócios, por exemplo, bem como a prejuízos na reputação, dignidade e na moral do principal e seus demais agentes²⁵⁷.

Em relação aos primeiros efeitos negativos citados, Boles os ilustra por meio de diferentes casos da justiça norte-americana. É típico, segundo o autor, como no caso “*Cougar Audio, Inc v. Reich, No. 99-Civ.-4498, 2000.*”, o cenário em que o agente é subornado por um fornecedor para adquirir determinado produto a um preço mais alto que aquele que se pagaria se não tivesse sido subornado²⁵⁸. Essa diferença de preço estimulada pelo suborno configura-se como um prejuízo econômico (“*economic harm*”), que é arcado pelo principal²⁵⁹.

A dimensão do *economic harm*, demarcada pela diferença entre o preço mais alto pago pelo principal, em decorrência da corrupção perpetrada entre seu agente e um terceiro, fornecedor de produtos ou prestador de serviços, por exemplo, pode ser gigantesca²⁶⁰. Nesse sentido exemplifica Boles, com o caso “*United States v. Tripp, No. 91-5129, 1991*”, em que se apurou caso de corrupção privada em que o principal pagou por um produto negociado pelo seu agente corrupto, por um preço mais de 800 vezes maior que o preço de mercado²⁶¹.

Outro exemplo nesse sentido é o caso “*United States v. Lanas, 324 F.3d 894, 897–99 (7th Cir. 2003)*”, em que se constatou caso de corrupção privada, cujo principal, um hospital, pagou US\$ 17.000 por cada ar compressor cujo valor de mercado era US\$ 300, bem como outros produtos com preços amplamente inflados, com sobrepreço de 400% a 3000%, em decorrência da corrupção privada²⁶². Boles explica que esses sobrepreços, arcados pelo principal, geralmente incluem o preço do suborno, além de uma margem de lucro para o fornecedor corruptor²⁶³.

A CIC argumenta, também, que por conta da corrupção de seus agentes, o principal enfrenta um significativo risco de adquirir produtos com um preço maior que o devido (geralmente com o objetivo, por parte do corruptor, de recuperar os custos do suborno)²⁶⁴.

Em complemento Boles expõe que, mesmo quando da corrupção entre agente e terceiro decorra venda de produto com valor de acordo com o preço de mercado, ainda assim é possível afirmar que a corrupção entre particulares causa efeito negativo ao principal. A

²⁵⁷ ARGANDOÑA, Antonio; MOREL BERENDSON, Ricardo. La lucha contra la corrupción: una perspectiva empresarial, *In: Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, n. 12; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 77-79; BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 62-63.

²⁵⁸ BOLES, Jeffrey R, op. cit., p. 151.

²⁵⁹ Ibid., p. 151.

²⁶⁰ Ibid., p. 151.

²⁶¹ Ibid., p. 151.

²⁶² Ibid., p. 151.

²⁶³ Ibid., p. 152.

²⁶⁴ Ibid., p. 151.

explicação de Boles para tanto, é que a existência do acordo corrupto evidencia a disposição do corruptor fornecedor em vender seus serviços e/ou produtos a um menor preço para o principal²⁶⁵, o que não é possível em razão da corrupção.

Ademais, além de prejuízos econômicos diretos ao principal, a corrupção privada comumente ocasiona prejuízos econômicos indiretos. Boles ilustra esse raciocínio explicando que, nos casos em que a corrupção se dá pela entrega clandestina de vantagens, às escondidas para o agente, essa causa distorções e perdas informacionais ao principal.

Essas distorções e perdas informacionais podem causar prejuízos econômicos indiretos. Pelo fato de o principal não saber, por exemplo, os reais valores em que um contrato ou acordo foi negociado em seu nome, a desinformação economicamente prejudicial pode replicar-se na celebração de outros futuros contratos, sem essa mesma informação, em um verdadeiro “efeito cascata”. Além disso, as distorções informacionais causadas pela corrupção privada podem, conforme salienta Encinar del Pozo, também gerar prejuízos econômicos indiretos decorrentes de sanções legais por falhas e problemas contábeis e fiscais, por exemplo²⁶⁶.

A corrupção entre particulares também repercute efeitos negativos à reputação, dignidade e à moral do principal²⁶⁷. No caso de uma empresa, exemplificam-nos Encinar del Pozo²⁶⁸ e Berenguer Pascual²⁶⁹, que a corrupção privada pode dar ensejo a registros em listas negras, elaboradas e mantidas por instituições como o Banco Mundial, além de repercussão negativa midiática, o que deflagra perda de confiança e retirada de acionistas e investidores.

Por fim, ainda em relação a efeitos prejudiciais reputacionais ao principal, decorrentes da corrupção privada, Encinar del Pozo explica que colaboradores e associados ao principal podem esboçar diferentes reações negativas à corrupção. Nesse sentido, é comum que, ao perceberem práticas de corrupção, alguns colaboradores tentem sacar proveitos egoísticos dessas. Outros, menos simpáticos a essas práticas, acabam baixando seu grau de rendimento e comprometimento com a empresa. Os ainda menos lenientes com a corrupção, por sua vez, abandonam a empresa, dando origem a uma fuga de capital humano da organização²⁷⁰.

A literatura especializada também mostra existir no Brasil, seja por parte do sistema normativo, seja por parte da doutrina, várias referências relativas a percepções negativas

²⁶⁵ Ibid., p. 152.

²⁶⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 78.

²⁶⁷ ANDVIG, Jens. **Remarks on Private-to-private**, 2002, p. 6. Disponível em: <https://www.files.ethz.ch/isn/27229/635.pdf>. Acesso em: 8 out. 2021.

²⁶⁸ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 78.

²⁶⁹ BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 63.

²⁷⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 78.

quanto a traições de relações de agência. Nesse sentido, sendo a tipologia principal – agente - cliente um caso especial dos problemas de agência, os argumentos pertinentes a estas por uma consequência lógica do raciocínio dedutivo cabem também àquelas.

Em um primeiro aspecto, Gontijo²⁷¹ ressalta que diferentes dispositivos no ordenamento brasileiro extrapenal evidenciam importância e salvaguarda conferidas a referências como o patrimônio e a propriedade privada na ordem econômica. Esses vão desde as disposições dos arts. 5º, XXII e 170, II e III, todos da CRFB/1988²⁷², passam por várias disposições do CC/2002, sobre coisas e bens, crédito de contratos e obrigações, etc²⁷³, e se distribuem pela variada legislação especial brasileira, como as Leis Federais n. 9.279/1996, n. 8.245/1991, n. 9.610/1998²⁷⁴.

Mais especificamente em relação às disposições penais, o mesmo autor nos relembra haver mais de 30 dispositivos dentro do CPB que se dedicam à disciplina jurídica de comportamentos atentatórios ao patrimônio. A importância dessa referência se espalha pela legislação extravagante penal, como é possível percebermos por meio das Leis Federais n. 8.137/1990, n. 7.492/1986, e a n. 14.133/2021.

Autores como Gontijo²⁷⁵ e Madeira²⁷⁶, nos mostram que, mesmo na ausência de um tipo específico, um combate alternativo à corrupção entre particulares já é feito em seara penal, utilizando-se de dispositivos como o art. 171 (Estelionato) e 168 (Apropriação indébita), ambos do CPB. Lamentam, contudo, que o tratamento jurídico-penal a essa modalidade de corrupção, por meio desse artifício resta prejudicado, na medida em que parcela significativa dos comportamentos de corrupção privada não se amoldam a todos os elementos dos tipos mencionados.

Gontijo²⁷⁷, nessa avaliação, levanta como exemplo, o caso hipotético de um agente de uma empresa fornecedora de determinado bem, que no curso de uma concorrência privada, receba dinheiro de um concorrente para descumprir prazos fixados no certame. O autor sustenta que nesse caso, o corrupto que se omite não se apropriaria de coisa da empresa na qual trabalha, não praticaria qualquer fraude de modo a induzir a empresa em que trabalha a erro. Contudo, ainda assim retirar-lhe-ia a possibilidade de competir pelo fornecimento do produto, perda de uma oportunidade que ocasionaria, por sua vez, prejuízo patrimonial.

²⁷¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 185 et seq.

²⁷² Ibid., p. 185 et seq.

²⁷³ Ibid., p. 187.

²⁷⁴ Ibid., p. 188.

²⁷⁵ Ibid., p. 189 et seq.

²⁷⁶ MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 60 et seq.

²⁷⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 189-190.

Os ataques às relações principal – agente, decorrentes de comportamentos de corrupção entre particulares, conforme já salientado, não se resumem necessariamente a perdas e prejuízos patrimoniais. Nesse sentido, no âmbito das considerações doutrinárias, autores como Reale Júnior e Gontijo²⁷⁸ salientam percepções de ofensividade a referências como fidelidade, lealdade e confiança, em comportamentos de violação de relação principal – agente e de necessidade de proteção penal em face dessa. Assim registra Reale Júnior:

Dessa forma, os interesses da companhia devem se sobrepor aos interesses pessoais, e a lealdade está em respeitar essa ordem de valores, pois há lealdade à empresa que se dirige quando em hipótese de conflito de interesses decide-se em favor da sociedade, dando-se prevalência ao atendimento dos interesses desta em face de eventuais interesses próprios (...) a infidelidade do administrador da empresa, a meu ver, mesmo diante do princípio da intervenção mínima, deve ser objeto de incriminação (...)²⁷⁹

Gontijo mostra que a ordem jurídica extrapenal possui várias disposições por meio das quais podemos concluir a relevância da higidez fiduciária de relações principal – agente e a valoração negativa em caso de sua violação²⁸⁰. No CC/2002, por exemplo, o art. 1.010 estabelece que “responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto”. O art. 1.011, do mesmo diploma, manda o administrador de sociedade ter, no exercício de suas funções, “o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”. Em sentido similar ao art. 1.010, arts. 1.013, § 2º e 1.017 do CC/2002 estabelecem responsabilização civil ao administrador que sobrepor interesses ou desviar recursos da sociedade que administra.

O mesmo autor prossegue com exemplos da Lei Federal n. 6.404/1973. Ilustra com os arts. 154, 155 e 156, da referida lei societária que o sistema normativo exige atuação leal do administrador, sendo-lhe vedados comportamentos comissivos e omissivos de ataque aos interesses, informações, e recursos a ele confiados pela sociedade anônima a qual administra. Nesse sentido, Gontijo ressalta que o aludido art. 154, em seu § 2º, configura como ilícito civil, a percepção de vantagens pessoais por administradores de sociedades anônimas²⁸¹.

²⁷⁸ Ibid., p. 150 et seq. REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., p. 2 e 10.

²⁷⁹ REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., p. 2 e 10.

²⁸⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 150 et seq.

²⁸¹ Ibid., p. 151-152.

O Direito do Trabalho, segundo o autor, da mesma forma reconhece a importância da relação principal – agente estabelecida entre empregado e empregador. Nesse sentido, importante notar que a CLT contém nas disposições do art. 482, alíneas “a”, “b”, “c” e “g”, a possibilidade de rescisão de contratos de trabalho em casos de ato de improbidade, mau comportamento, negociação habitual sem a permissão do empregador, ato de concorrência à empresa a qual trabalha, ato prejudicial ao serviço e violação de segredo da empresa.

Gontijo ressalta o fato de que, até mesmo a legislação penal brasileira, conquanto não tenha tipos penais específicos que busquem resguardar a higidez da relação principal – agente, reconhece e valora negativamente a violação dessa. Nesse sentido, o autor exemplifica com a disposição do art. 61, II, “g”, do CPB, que indica ser circunstância agravante, a prática de crime com “abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão”²⁸².

David²⁸³ e Grillo²⁸⁴ ressaltam que a corrupção de agentes não é exclusividade do setor público, mas afeta também o cotidiano de empresas brasileiras do setor privado. Nessa toada, Grillo²⁸⁵ salienta dois episódios amplamente noticiados pela mídia.

Um deles teria envolvido um grande hospital brasileiro. Esse teria demitido um de seus diretores e denunciado dois de seus médicos por suspeita de favorecimento de fornecedor em troca de comissões sobre a venda²⁸⁶.

Outro caso teria envolvido uma grande empresa do setor de telefonia e sua ex-diretora de marketing. O episódio supostamente envolvia desvios em troca da contratação de fornecedores, segundo constatação de uma apuração interna²⁸⁷. O caso posteriormente foi desmentido pela empresa e pela ex-diretora em um informe enviado a parceiros²⁸⁸. A repercussão, contudo, fez com que a empresa, após o caso, estabelecesse novas práticas de relacionamento com agências de publicidade e anunciantes²⁸⁹.

²⁸² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 154.

²⁸³ DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 177.

²⁸⁴ GRILLO, Brenno. Pressão por resultado favorece corrupção privada, dizem especialistas. **Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-17/pressao-resultado-favorece-corrupcao-privada-dizem-especialistas>. Acesso em: 12 out. 2021.

²⁸⁵ Ibid..

²⁸⁶ Ibid..

²⁸⁷ Ibid..

²⁸⁸ **VIVO isenta Cris Duclos de responsabilidade**. Empresa veio a público para negar qualquer irregularidade da ex-diretora. Revista eletrônica Meioemensagem.com.br, 2017. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2017/01/02/vivo-isenta-cris-duclos-de-responsabilidade.html>. Acesso em: 12 out. 2021.

²⁸⁹ SACCHITIELLO, Bárbara; FURTADO, Jonas. Vivo revê práticas de comunicação e marketing. **Revista eletrônica Meioemensagem.com.br**, 2016. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2016/07/25/vivo-reve-praticas-de-comunicacao-e-marketing.html>. Acesso em: 12 out. 2021.

3.2.1.2 Danosidade em relação aos concorrentes, ao mercado e ao sistema econômico

Parte da doutrina argumenta que comportamentos de corrupção entre particulares é capaz de gerar danos a concorrentes e à ordem concorrencial como um todo. A corrupção no setor privado, segundo essa vertente, reduz e distorce a concorrência²⁹⁰.

O efeito de redução da concorrência é explicado pelo fato de que há casos em que um sujeito responsável pela aquisição de produtos e serviços, por exemplo, recebe suborno de um fornecedor justamente para deixar de considerar propostas e ofertas da concorrência. Boles ilustra esse argumento com o caso *Kewaunee Scientific Corp. v. Pegram*, em que o gerente de compras da Kewaunee Scientific Corp., Roy Pegram, após ser subornado por um fornecedor, recusou-se, em contrapartida, a considerar quaisquer ofertas de concorrentes²⁹¹.

O efeito de distorção da concorrência é explicado pelo fato de que a corrupção privada interfere na dinâmica e na eficiência dos mercados²⁹². Nesse sentido, Boles e Berenguer Pascual explicam que a base da livre concorrência, expressada por critérios de mérito e eficiência, como preço mais baixo, qualidade mais alta e melhor custo-benefício, em um cenário de corrupção privada fica substituída ou distorcida pelo suborno; pela vantagem entre agente corrupto e cliente corruptor²⁹³.

Assim, conforme argumentam Boles²⁹⁴ e Encinar del Pozo²⁹⁵, determinados atores do mercado acabam ficando excluídos de transações econômicas, não pelo fato de seus produtos e serviços demonstrarem-se inferiores ou mais caros em relação aos demais, mas por não poderem ou não desejarem pagar a intermediários para conseguirem concretizar negócios. Nesse sentido, as empresas menores e aquelas com maior nível de integridade são as mais afetadas²⁹⁶.

²⁹⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 79; NIETO MARTÍN, Adán. Tema 10. Corrupción en los negocios. In: DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., DOPICO GÓMEZ- ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTÍN, Adán (auts.), **Derecho penal económico y de la empresa**, Dykinson: Madrid, 2018, p. 418.

²⁹¹ BOLES, Jeffrey R, op. cit., p. 153-154.

²⁹² ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 79.

²⁹³ BOLES, Jeffrey R, op. cit., p. 154; BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 62.

²⁹⁴ BOLES, Jeffrey R, op. cit., p. 154 et seq.

²⁹⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 79-80.

²⁹⁶ TI. **Índice de Fuentes de Soborno de Transparency International**: 2011, 2011, p. 80. Disponível em: <https://www.libertadciudadana.org/wp-content/uploads/2019/10/BPI2011.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021, p. 19; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit..

Esses efeitos na concorrência impactam o mercado e o sistema econômico como um todo, segundo Encinar del Pozo²⁹⁷, pois geram a percepção de que quem não está disposto a participar da corrupção não tem possibilidades reais de competir. Essa percepção tem como possível consequência a retração de investimentos estrangeiros.

Gómez de la Torre e Caparrós²⁹⁸ salientam que, muito embora a curto prazo o investidor estrangeiro possa valorar positivamente a facilidade de se obter uma posição vantajosa no mercado, por meio da corrupção privada, a médio e longo prazos o entorno corrupto gera um efeito “*boomerang*”. Isso ocorre pois o funcionamento do mercado fica tão condicionado à força de quem paga mais, que as vantagens inicialmente obtidas não compensam os prejuízos e dificuldades posteriormente enfrentados para manter essa dinâmica concorrencial distorcida²⁹⁹.

O reconhecimento da importância da livre concorrência, e a percepção da danosidade de comportamentos de corrupção privada, não se resumem às considerações da doutrina. A literatura especializada mostra que no plano normativo brasileiro, várias são as referências de índole extrapenal e penal que expressam a relevância da ordem concorrencial e de interesses dos concorrentes, e a percepção negativa sobre comportamentos danosos a tais referências.

Quanto à relevância da livre concorrência, a doutrina registra que a mais importante referência nesse sentido se encontra na disposição do art. 170 do texto constitucional³⁰⁰. Essa estabelece explicitamente a “livre concorrência” como princípio da ordem econômica brasileira³⁰¹.

O texto constitucional também expressa percepção negativa quanto a comportamentos danosos à livre concorrência. Nesse sentido, a disposição do art. 173, § 4º, determina que a legislação infraconstitucional reprima comportamentos de abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros³⁰².

Nessa toada, Gontijo mostra que o ordenamento infraconstitucional busca efetivar as disposições constitucionais; tanto aquelas relativas à relevância da livre concorrência, quanto àquelas relativas à repressão de comportamentos a ela danosos³⁰³.

²⁹⁷ Ibid., p. 81.

²⁹⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIAN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. **Revistas Brasileira de Ciências Criminais**, v. 17, n. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. dez./2009, p. 7-35.

²⁹⁹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 81.

³⁰⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 168.

³⁰¹ Ibid., p. 168.

³⁰² Ibid., p. 168.

³⁰³ Ibid., p. 169.

A Lei Federal n. 12.529/2011, nesse sentido, estabelece, em seu art. 3º, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência³⁰⁴. Em seu art. 36, tipifica como ilícitos concorrenciais, diversos comportamentos capazes de atacar a ordem econômica, por intermédio da afetação da liberdade concorrencial.

Gontijo sustenta que todos os comportamentos anticoncorrenciais descritos na norma do art. 36, como limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, podem ser decorrentes de comportamentos de corrupção privada³⁰⁵. Nesse sentido, o autor sustenta que, conquanto não explicitamente pela norma, os comportamentos de corrupção privada estão por ela abrangidos, na medida em que o *caput* do dispositivo consigna expressamente que deverão ser sancionados todos “os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir (...), ainda que não alcançados” as causações previstas pelos incisos do art. 36³⁰⁶.

A doutrina também faz constar juízos normativos de reprovação de comportamentos de corrupção privada existentes no ordenamento jurídico-penal. Gontijo³⁰⁷, em um primeiro momento, faz referência à Lei Federal n. 8.137/1990, que “define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo”. Essa lei, segundo o autor, mesmo não criminalizando a corrupção privada, tipifica comportamentos atentatórios à higidez concorrencial, que podem ser motivados pela celebração de acordos ilícitos e corruptos³⁰⁸.

Ainda em relação à seara penal, o autor se refere à LPI, que no âmbito da propriedade industrial, traz por meio de seu art. 195, um rol de comportamentos criminalmente sancionados, descritos conjuntamente no *caput* da norma como “crimes de concorrência desleal”³⁰⁹. Entre esses delitos, a doutrina de Pierangeli reconhece estarem, ainda que sem essas rubricas, tipificados comportamentos de corrupção ativa e passiva de empregado, respectivamente por meio das disposições dos incisos IX e X do art. 195, da aludida lei³¹⁰.

Segundo o autor, por meio do inciso IX, comete corrupção ativa de empregado, quem “dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem”³¹¹. O inciso X, por sua vez, pune por corrupção passiva de empregado, quem “recebe dinheiro ou outra utilidade, ou

³⁰⁴ Ibid., p. 169.

³⁰⁵ Ibid., p. 170.

³⁰⁶ Ibid., p. 170.

³⁰⁷ Ibid., p. 171.

³⁰⁸ Ibid., p. 171.

³⁰⁹ Ibid., p. 172.

³¹⁰ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 130-135.

³¹¹ Ibid., p. 130.

aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador”³¹².

Se por um lado, tais disposições reforçam a ideia de relevância da concorrência e valoração negativa de comportamentos a ela atentatórios, por outro não resultam mecanismos suficientes e adequados à repressão da corrupção entre particulares, sobretudo se a compreendermos como uma expressão com várias dimensões de sentido. Duas são as razões mais utilizadas para essa conclusão.

Em primeiro lugar, conforme ressalta Gontijo³¹³ e Madeira³¹⁴, ignoram comportamentos de corrupção entre particulares que não são direcionados à obtenção de vantagens, em detrimento de concorrentes. Em segundo lugar, como aduz Pierangeli³¹⁵, criminalizam comportamentos concorrencialmente desleais perpetrados tão somente por empregados, menosprezando o fato de que donos, sócios e proprietários de um negócio são plenamente capazes de promoverem comportamentos desleais à concorrência, por meio da corrupção privada, por exemplo.

Os efeitos negativos concorrenciais e ao mercado ora mencionados transcendem as valorações normativas e podem ser percebidos por meio de práticas ocorridas em diversos setores da economia. Notórios exemplos, nesse sentido, acontecem no segmento supermercadista. Nesse setor, são comuns cobranças de supermercados conhecidas como taxas e verbas de “gôndolas”³¹⁶, “rapel”, “enxoval”³¹⁷, e “aniversário”³¹⁸.

Essas se referem, de um modo ou de outro, a descontos, comissões e até mesmo fornecimentos “gratuitos”, cobrados a fornecedores por supermercados, para terem seus produtos expostos e vendidos em redes varejistas. Os fornecedores que não cedem a essa dinâmica são preteridos por aqueles que a aceitam.

³¹² Ibid., p. 133.

³¹³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 173.

³¹⁴ MADEIRA, Patrícia Queiroz, op. cit., p. 80-81.

³¹⁵ PIERANGELI, José HenriqUE, 1998., p. 132.

³¹⁶ EDWARDS, Phil. **A guerra por trás das prateleiras do mercado**. E-Commerce Brasil. 2016. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/guerra-por-tras-prateleiras-mercado/>. Acesso em: 12 out. 2021.

³¹⁷ SANTOS FILHO, Jonas Irineu dos. Formação de preços, rentabilidade e concentração no mercado de suínica brasileiro. **AgEcon Search**, 2008, p. 6. Disponível em: <https://ageconsearch.umn.edu/record/109755/>. Acesso em: 12 out. 2021.

³¹⁸ PEREIRA, Keli Cristina; ROSENBROCK, Alex; LAURINDO, Alisson Marcelo. Elementos para sistematização conceitual: um estudo sobre a relação do varejo e a marca própria no mercado brasileiro. **Administração de Empresas em Revista**, [S.l.], v. 1, n. 8, p. 112-121, dez. 2013, p. 115-116. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/710>. Acesso em: 12 out. 2021.

Nesse sentido, a PFC n. 63/2001, da Comissão de Agricultura e Política Rural da Câmara dos Deputados, confirmou denúncias de distorções na cadeia produtiva do leite³¹⁹. A aludida PFC reuniu informações e dados produzidos a partir de 6 Comissões Parlamentares de Inquérito estaduais (Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina)³²⁰, comprovando as cobranças de supermercados à indústria do leite, que repassava as perdas aos produtores, impondo-lhes baixos preços³²¹.

3.2.1.3 Danosidade em relação aos consumidores

Parcela da doutrina salienta, ainda, que a danosidade da corrupção entre particulares se estende aos consumidores³²². Essa afirmação parte da noção de que toda ou ao menos grande parte da corrupção havida ao longo da cadeia de produção e circulação de bens e serviços repercute aos consumidores³²³, geralmente como queda de qualidade ou aumento do preço de produtos e serviços³²⁴.

O efeito de queda de qualidade é sustentado pela noção de que a corrupção privada distorce a dinâmica das relações privadas, induzindo o agente a favorecer fornecedores e prestadores de serviços inferiores, a contratar pessoal menos qualificado, e a suspender a devida diligência no curso da produção e circulação de bens e serviços³²⁵. Como consequência disso, aos consumidores é dificultado ou até mesmo impedido o acesso a produtos e serviços de melhor qualidade³²⁶. A queda de qualidade, nesse sentido, pode trazer consigo até mesmo riscos à saúde e à integridade de consumidores³²⁷.

O efeito do aumento dos preços é explicado pelo fato de que a corrupção entre particulares acrescenta uma camada de custos de transação ao longo da cadeia de circulação e

³¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final**. Proposta de Fiscalização e Controle n. 63/2001, 2001, p. iv. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node08wyj3ap76rng9bs7s6xmo0ds14362350.node0?codteor=161203&filename=Tramitacao-RLF+1+CAPR+%3D%3E+PFC+63/2001. Acesso em: 11 out. 2021.

³²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final**. Proposta de Fiscalização e Controle n. 63/2001, p. iv.

³²¹ *Ibid.*, p. iv.

³²² BOLES, Jeffrey R, op. cit., p. 157; NIETO MARTÍN, Adán, 2018, p. 63.

³²³ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 80; BERENQUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 63.

³²⁴ BOLES, Jeffrey R, op. cit., p. 157; NIETO MARTÍN, Adán (auts.), **Derecho penal económico y de la empresa**, p. 418.

³²⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 80.

³²⁶ BERENQUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 63.

³²⁷ BOLES, Jeffrey R, op. cit., p. 157.

produção de bens e serviços³²⁸. Desse modo, segundo declaração de Anders, agente do DoJ dos EUA, “[w]hen a supplier bribes a retail store’s purchasing agent, that store will likely pay increased amounts for the supplier’s product, and the store’s spending increase will lower its profits, which in turn may result in higher product prices for consumers”³²⁹.

Relevância à defesa de consumidores e juízos normativos de valoração negativa sobre os efeitos que a corrupção privada gera contra aqueles podem ser extraídos do sistema normativo brasileiro. Quanto ao primeiro aspecto, é importante notarmos a existência da disposição do art. 170, V, da CRFB/1988, que estabelece a “defesa do consumidor” como um princípio a ser observado pela ordem econômica brasileira.

Quanto ao segundo aspecto, podemos citar, por exemplo, disposições do Estatuto do Torcedor (Lei Federal n. 10.671/2003)³³⁰. Esse diploma, buscando estabelecer normas de proteção e defesa do torcedor, ator social correspondente ao consumidor de entretenimento propiciado por eventos desportivos, criminaliza por meio de seus dispositivos 41-C e 41-D, comportamentos cuja doutrina reconhece como corrupção passiva e ativa no âmbito das competições esportivas³³¹. Nesse sentido, vale destacarmos que é irrelevante para a caracterização desse delito, o fato de corrupto e corruptor serem pessoas de Direito Privado.

Embora a criminalização desses comportamentos reforce o entendimento quanto à valoração negativa de efeitos da corrupção privada aos consumidores, os referidos tipos demonstram-se insuficientes para o oferecimento de um tratamento jurídico-penal à matéria, mesmo quando analisada no segmento desportivo. Isso ocorre porque o âmbito de aplicação das referidas disposições é muito estreito, limitado à alteração e ao falseamento de resultados de competição esportiva e evento a ela associado.

Tais regras esquecem que até mesmo no âmbito desportivo, a corrupção privada não se limita a tais práticas. Nesse sentido, Gonçalves de Godoi narra dois escândalos de corrupção privada no setor desportivo, envolvendo organizações brasileiras, que não são abrangidos pelos referidos tipos do Estatuto do torcedor:

Una escandalosa trama de corrupción de repercusión mundial involucrando la Confederación Brasileña de Fútbol (CBF), el Comité Organizador Local de la Copa del Mundo FIFA Brasil 2014 (COL) y la Federación Internacional del Fútbol (FIFA), en actos de pago de soborno para cesión de derechos de transmisión de los

³²⁸ Ibid., p. 157.

³²⁹ Ibid., p. 157.

³³⁰ MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 81.

³³¹ DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 138; NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, vol. 1. 12 ed., p. 993.

juegos de fútbol de la Copa del Mundo del 2014, pagos de sobornos en contratos de patrocinio diseñados para realización de partidas del equipo de fútbol nacional brasileño y de los juegos organizados por la CBF, de la Copa de las Confederaciones FIFA 2013 y de la Copa del Mundo de 2014, impactó negativamente la percepción de la corrupción en Brasil (Bruno, 2018).

Dicho escándalo no sólo develó una trama sistémica y antigua de corrupción, involucrando a sujetos privados, como también señaló para el mundo que dichos hechos no podrían ser perseguidos por las autoridades brasileñas, pues la corrupción en este sector específico no estaba inserta en la legislación nacional como crimen. Esto se tornó aún más claro y vergonzoso cuando la autoridad judicial estadounidense condenó el ex presidente de la CBF, José Maria Marin, una pena de cuatro años de prisión acumulada con multa de USD 1,2 millones, por los delitos de crimen organizado, fraude bancario y lavado de dinero, aunque en el territorio brasileño los delitos permanecieron impunes (Estern District of New York Attorney's Office, 2018).

Otra trama de corrupción en el sector privado en Brasil se volvió un escándalo internacional en 2016, involucrando el ex jefe del Comité Olímpico Brasileño (COB), Carlos Arthur Nuzman, por pago de soborno de USD 2 millones para garantizar el voto del ex presidente de la Asociación Internacional de Federaciones Atléticas (IAAF), Lamine Diack, en favor de elegir a Río de Janeiro como sede de los Juegos Olímpicos de 2016, por más que la ciudad era la que poseía las peores condiciones para recibir el evento deportivo, desmembrándose para otros fraudes en el seno de los proyectos de construcción de la Ciudad Olímpica y compras de resultados de juegos.³³²

Ademais, os efeitos negativos da corrupção privada no Brasil não se limitam ao setor desportivo. Chaves³³³ utiliza pesquisa feita entre 2002 e 2003, entre parceria feita pelas organizações não governamentais Kroll Brasil e Transparência Brasil, para extrair raciocínio semelhante ao abordado nesse tópico.

³³² Trecho original em: GONÇALVES DE GODOI, Carlos Eduardo, 2020, p. 177. Tradução nossa: “Um esquema escandaloso de corrupção com repercussões globais envolvendo a Confederação Brasileira de Futebol (CBF), o Comitê Organizador Local da Copa do Mundo FIFA Brasil 2014 (COL) e a Fédération Internationale de Football Association (FIFA), em atos de suborno para a transferência dos direitos de transmissão dos jogos de futebol da Copa do Mundo de 2014, pagamentos de suborno em contratos de patrocínio destinados a realizar jogos da seleção brasileira de futebol e jogos organizados pela CBF, a Copa das Confederações da FIFA 2013 e a Copa do Mundo 2014, impactaram negativamente a percepção da corrupção no Brasil (Bruno, 2018).

Este escândalo não apenas revelou um esquema de corrupção sistêmica e de longa data envolvendo atores privados, mas também sinalizou ao mundo que tais atos não poderiam ser processados pelas autoridades brasileiras, pois a corrupção neste setor específico não estava incluída na legislação nacional como um crime. Isto se tornou ainda mais claro e vergonhoso quando a autoridade judicial americana condenou o ex-presidente da CBF, José Maria Marin, a uma pena de prisão cumulativa de quatro anos com uma multa de 1,2 milhões de dólares, pelos crimes de extorsão, fraude bancária e lavagem de dinheiro, embora no território brasileiro os crimes permanecessem impunes (Procuradoria do Distrito de Estern, 2018). Outro esquema de corrupção do setor privado no Brasil tornou-se um escândalo internacional em 2016, envolvendo o ex-chefe do Comitê Olímpico Brasileiro (COB), Carlos Arthur Nuzman, por pagar um suborno de US\$ 2 milhões para garantir o voto do ex-presidente da Associação Internacional das Federações de Atletismo (IAAF), Lamine Diack, a favor da escolha do Rio de Janeiro para sediar os Jogos Olímpicos de 2016, embora a cidade tivesse as piores condições para receber o evento esportivo, desmembramento por outras fraudes dentro dos projetos de construção da Cidade Olímpica e compras de resultados de jogos.

³³³ CHAVES, Anna Cecília. A corrupção privada no Brasil. **Revista da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, 4, p. 247, 2014.

Embora a referida pesquisa não esteja limitada estritamente à faceta privada da corrupção, essa permite concluir a partir de estatísticas levantadas de um conjunto amostral de cerca de 4000 empresas no país, que 70% delas gastam até 3% de seu faturamento com propinas. Para 25%, esse custo se situa entre 5% a 10% do faturamento. Em conclusão a esses números, Chaves³³⁴ ressalta que “[n]ão se pode olvidar que esses custos, são, invariavelmente, repassados ao consumidor que, necessariamente, pagará mais caro pelos produtos que consome”.

Um conhecido exemplo, no Brasil, de aumento de repasse de custos a consumidores como uma consequência da corrupção privada, remete-se ao segmento de comercialização de órteses e próteses. Foram tantas as denúncias de preços inexplicavelmente altos praticados nesse setor do mercado nacional, que a Câmara dos Deputados chegou a realizar uma CPI, para investigar o que ficou conhecido como “máfia das órteses e próteses no Brasil”³³⁵.

O rf. dessa CPI trouxe declarações que mostraram variações de até 3000% no preço de próteses e órteses³³⁶, em decorrência de corrupção entre médicos e hospitais, dos setores público e privado, de um lado, e fabricantes e distribuidoras de dispositivos médicos implantáveis do outro³³⁷. Reconhecendo a danosidade das referidas práticas de corrupção entre particulares no mercado de dispositivos médicos implantáveis, aos consumidores, o rf. da CPI chegou, inclusive, a propor o PL n. 2.452/2015, que entre outras questões propõe a tipificação da corrupção de médicos, públicos ou privados³³⁸.

3.2.2 A corrupção entre particulares possui relevância e expressa comportamentos inadequados e não tolerados pela sociedade

Um segundo argumento favorável à criminalização da corrupção privada sustenta que essa se faz relevante, bem como expressa comportamentos inadequados e não tolerados

³³⁴ Ibid., p. 247.

³³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar a cartelização na fixação de preços e distribuição de órteses e próteses, inclusive, com a criação de artificial direcionamento da demanda e captura dos serviços médicos por interesses privados – máfia das órteses e próteses no Brasil. **Relatório Final**. 2015a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362241&filename=REL+2/2015+CPIORTES. Acesso em: 11 out. 2021.

³³⁶ Ibid., p. 37.

³³⁷ Ibid., p. 191 et seq.

³³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 3163/2015**, 2015b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1806128>. Acesso em 22 out. 2021.

socialmente. Desenvolve-se, sobretudo, a partir de estudos que medem a percepção e a reprovação de amostras de segmentos sociais em relação à corrupção entre particulares³³⁹.

Nos EUA, há o estudo de Green e Kugler, publicado em 2012, que mediu percepções de 52 pessoas convidadas, randomicamente, de uma plataforma de *crowdsourcing*, a Amazon's Mechanical Turk. O estudo mediu percepções dos entrevistados sobre práticas de corrupção de agentes públicos e entre particulares, perguntando-lhes quanto à reprovabilidade (com escores de “1 – nada reprovável” a “7 – muito reprovável”), se se deve ser crime ou não (“sim” ou “não”), e quanto à punibilidade adequada de pena em reação a esses comportamentos (com escores de “1 – sem punição” a “7 – punível severamente”)³⁴⁰.

Tomando a corrupção passiva como exemplo, o escore médio de reprovabilidade da faceta privada foi alto (6.06), demonstrando-se, inclusive, próximo àquele da corrupção de agente público (6.67). O percentual dos participantes que endossou a criminalização da corrupção entre particulares foi de 79,6% e a punibilidade média atingiu um escore de 4,88³⁴¹.

Na Europa, há o estudo “*Special Eurobarometer 374. Corruption*”, publicado pela Comissão Europeia, em 2012, a partir da coleta de opinião de mais de 26000 entrevistados³⁴². Essa pesquisa demonstrou que quase um terço (32%) dos europeus associam pessoas que trabalham em empresas do setor privado com o suborno para seu benefício pessoal³⁴³.

Ainda em relação à Europa, o estudo “*The Private Corruption Barometer (PCB)*”, publicado em 2018, buscou analisar a percepção valorativa sobre a corrupção privada de uma base variada de entrevistados da Alemanha, da Bulgária, da Espanha e da Itália³⁴⁴. A pesquisa concluiu que a corrupção entre particulares demonstrou alta reprovabilidade para os entrevistados dos diferentes países, com escores variando de 45% a 89,6%, considerando casos em que a corrupção reverte resultados positivos ou negativos para o principal, respectivamente³⁴⁵.

³³⁹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 92 et seq.

³⁴⁰ GREEN, Stuart; KUGLER, Matthew. Public Perceptions of White Collar Crime Culpability: Bribery, Perjury, and Fraud. **Law and Contemporary Problems**, v. 75, 2012, p. 38. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228220651_Public_Perceptions_of_White_Collar_Crime_Culpability_Bribery_Perjury_and_Fraud. Acesso em: 10 out. 2021.

³⁴¹ Ibid., p. 47 et seq.

³⁴² COMISSÃO EUROPEIA. **Special Eurobarometer 374. Corruption Report**, Comissão Europeia, 2012, p. 112. Disponível em: https://www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/03/Eurobarometer_ebs_374_en.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

³⁴³ Ibid., p. 55.

³⁴⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 3163/2015**, 2015b, p. 9. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1806128>. Acesso em 22 out. 2021.

³⁴⁵ DI NICOLA, Andrea et al, **The Private Corruption Barometer (PCB):** Drafting and piloting a model for a comparative business victimization survey on private corruption in the EU. 2019, p. 21-22. Disponível em: http://www.project-pcb.eu/pdf/eCrime_Research_Reports-04.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

Há também uma pesquisa de percepção da corrupção voltada a mercados emergentes, denominada “*Look before you leap: Navigating risks in emerging markets*”, publicada em 2012, pela Deloitte³⁴⁶. O estudo, que coletou a perspectiva de 126 executivos sobre análise de riscos de *compliance* e integridade ao se investir em mercados emergentes³⁴⁷, concluiu que para aproximadamente 75% desses, a corrupção privada era um dos três principais riscos a serem enfrentados ao se investir em mercados emergentes, e para 26% deles, era o risco mais considerável de todos³⁴⁸.

Com abrangência mundial, há o estudo “*Business Approaches to Combating Corrupt Practices*”, elaborado em 2003, pela OCDE³⁴⁹. A pesquisa foi elaborada a partir da análise de conteúdo anticorrupção do *website* das 100 maiores multinacionais voltadas à produção e circulação de bens e serviços não-financeiros, listadas na Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento - UNCTAD³⁵⁰.

Entre os resultados do estudo, esse concluiu que de todo conjunto amostral, 43 empresas possuem algum material discutindo sobre a corrupção em seus *websites*. Dessas, constatou que mais empresas discutem sobre a corrupção privada (33) do que sobre a corrupção de agentes públicos (26), o que demonstra a relevância desse tema para o segmento analisado³⁵¹.

Ainda com abrangência mundial, há a pesquisa “*Informe sobre índices de fuentes de soborno*”, feita pela TI, em 2011. Essa coletou a percepção de mais de 3000 executivos de todo o mundo, inclusive do Brasil, sobre até que ponto empresas de 28 das principais economias do mundo se envolvem em suborno ao fazer negócios no exterior³⁵².

O estudo concluiu que a percepção sobre a possibilidade de suborno entre empresas do setor privado demonstra-se “*casi tan elevada como la del soborno de funcionarios públicos en todos los sectores*”. Prosseguiu a referida pesquisa concluindo que: “*Esto demuestra que la corrupción no es tan solo un fenómeno que afecta a empleados públicos que abusan de su posición, sino que se trata de una práctica presente en la comunidad de empresas*”³⁵³.

³⁴⁶ DELOITTE. **Look before you leap**. Navigating risks in emerging markets, 2012. Disponível em: https://deloitte.wsj.com/cfo/files/2012/12/Look_Before_You_Leap_2012.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

³⁴⁷ Ibid., p. 1.

³⁴⁸ Ibid., p. 4-5.

³⁴⁹ OCDE. **Business Approaches to Combating Corrupt Practices**. **OECD Working Papers on International Investment**, OECD Publishing, 2003.

³⁵⁰ Ibid., p. 2.

³⁵¹ Ibid., p. 2.

³⁵² TI. 2011, p. 5.

³⁵³ Ibid., p. 18.

O estudo do assunto no Brasil ainda é incipiente. Há, segundo Chaves³⁵⁴, uma escassez de dados estatísticos e estimativas oficiais, o que dificulta testar o argumento ora cotejado à realidade brasileira. Os estudos e pesquisas nacionais comumente voltam-se tão somente à medição da percepção e reprovabilidade da corrupção de agentes públicos. Quando não assim o fazem, não discriminam as facetas pública e privada de corrupção, de modo que os dados ficam misturados, o que impossibilita traçarmos um panorama acerca da percepção e da reprovabilidade relativa tão somente à corrupção entre particulares³⁵⁵.

Contudo, mostra-nos Chaves a existência de um relatório estatístico feito pelas organizações não governamentais Kroll Brasil e TI, relativamente aos anos de 2002 e 2003. O estudo tinha como foco, segundo a autora, tanto a corrupção quanto a fraude interna às empresas. Nesse sentido, defende Chaves que, muito embora as estatísticas levantadas não discriminem corrupção privada de todo o espectro de comportamentos corruptos, a pesquisa ainda assim auxilia a traçar um panorama relativo aos níveis de corrupção percebidos também no setor privado³⁵⁶.

De um conjunto de 4000 empresas entrevistadas, 74% indicaram perceber a corrupção como um obstáculo muito importante para o desenvolvimento empresarial no Brasil³⁵⁷. Ato contínuo, 60% responderam que a corrupção não é aceita sequer tacitamente pelas políticas gerenciais das empresas de seu setor³⁵⁸.

3.3 A percepção pela necessidade de criminalização da corrupção entre particulares a partir da agenda internacional

A identificação de argumentos favoráveis e contrários não basta para inferirmos pela necessidade ou desnecessidade da criminalização da corrupção privada, sobretudo sob a opção metodológica que busca refletir uma racionalidade comunicativa. Para tanto, faz-se necessário prescrutarmos as intervenções discursivas de diferentes atores da comunidade jurídica num sentido ou outro, de modo a possibilitar-nos aferir qual posição atinge maior grau de reconhecimento e aceitação.

³⁵⁴ CHAVES, Anna Cecília, op. cit., p. 242.

³⁵⁵ Ibid., p. 242-243.

³⁵⁶ Ibid., p. 243.

³⁵⁷ Ibid., p. 244.

³⁵⁸ Ibid., p. 246.

A doutrina indica que o debate quanto à necessidade de incriminação de comportamentos de corrupção no setor privado começou a ganhar maior relevância a partir de uma intrincada cadeia de iniciativas supranacionais, catalisadas no fim do século XX. A análise conjunta desses movimentos reflete alto grau de adesão dos atores da comunidade jurídica internacional à percepção da corrupção privada como um grave problema social que transcende fronteiras, com necessidade de receber tratamento jurídico-penal³⁵⁹.

Se por um lado se faz importante lembrarmos que o estudo dessas iniciativas não esgota todo o universo de intervenções discursivas relativas ao tema, por outro, a doutrina tem reconhecido e se utilizado dessa estratégia como meio para estudar a dinâmica das pretensões de necessidade de criminalização da corrupção privada³⁶⁰. Berenguer Pascual³⁶¹ explicita que os instrumentos internacionais possuem, nesse sentido, grande utilidade para declarar a vontade comum de determinadas nações e blocos de se dirigir a política a uma determinada direção. Servem para comunicar à comunidade um rumo a seguir³⁶².

Diante desse contexto, buscaremos nas próximas páginas, sintetizar como diferentes argumentos favoráveis à criminalização da corrupção privada foram sendo encampados pela agenda político-criminal internacional, corroborando a formação de um entendimento predominante supranacional favorável à necessidade por um tratamento jurídico-penal da corrupção entre particulares. Ademais, esse estudo auxiliará na antecipação da compreensão dos movimentos político-criminais brasileiros respectivos à questão, haja vista se utilizarem, em grande medida, de simplificações, desdobramentos e adaptações dos argumentos entoados no debate internacional. Por fim, a presente análise servirá, também, de base para compreendermos os diferentes modelos de criminalização da corrupção privada assimilados pela literatura especializada.

³⁵⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 51-83; SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 29-51; BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 65 et seq.

³⁶⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 51 et seq.; DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 53 et seq.; CERQUEIRA, Consuello Alcon Fadul. **O delito de corrupção privada no Brasil a partir da experiência internacional**. [s.l.: s.n., s.d.]. 2020. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/04/O-delito-de-corrupcao-privada-no-Brasil-a-partir-da-experiencia-internacional.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021; ANJOS, Isabela Andreazza dos; GUARAGNI, Fábio André, op. cit., p. 4 et seq.

³⁶¹ BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 65.

³⁶² Ibid., p. 65.

3.3.1 A criminalização da corrupção transnacional como antecessor político-criminal da criminalização da corrupção entre particulares

A literatura especializada registra que as iniciativas e movimentos internacionais e supranacionais de criminalização da corrupção entre particulares deram-se em meio a um cenário de debate sobre o assunto aquecido pelo tema da corrupção transnacional³⁶³. O ponto de partida desse debate aconteceu, inicialmente, com a edição da FCPA, em 1977, pelos EUA³⁶⁴.

A repressão à corrupção para o sistema jurídico estadunidense, até então, era predominantemente voltada ao combate da corrupção de agentes do Poder Público interno³⁶⁵. Uma mescla de moralismo e interesse próprio dos EUA em acabar com a corrupção transnacional e promover seus interesses econômicos, contudo, fez o país romper com esse paradigma³⁶⁶.

Quanto ao moralismo, antes de tudo é necessário saber que duas décadas após a Segunda Grande Guerra, a autoridade moral norte-americana estava sendo paulatinamente solapada por questionáveis intervenções no âmbito externo³⁶⁷. Essas intervenções ocorriam tanto por atuações políticas diretas, como apoio a regimes ditatoriais e invasões militares em países como a Coreia e o Vietnã, como por atuações de multinacionais norte-americanas, que colaboravam com os interesses políticos do país³⁶⁸. Um exemplo disso, segundo o autor, consistiu no financiamento ilegal dado por multinacionais norte-americanas, com indicação da CIA, ao Partido Democrata Cristão da Itália, com a finalidade de evitar ascensão e vitória do Partido Comunista nesse país³⁶⁹.

Essa situação agravou-se ainda mais na década de 1970. Um exemplo paradigmático, nesse sentido, refere-se aos “Escândalos de corrupção da Lockheed” (*Lockheed bribery*

³⁶³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 51.

³⁶⁴ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 112.

³⁶⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 51.

³⁶⁶ NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). *Revista Penal*, n. 12, p. 3-26, 2003; DAVIS, Kevin E. Why Does the United States Regulate Foreign Bribery: Moralism, Self-Interest, or Altruism? *NYU Annual Survey of American Law*, vol. 57, n. 3, p. 497-511, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/256034721_Why_Does_the_United_States_Regulate_Foreign_Bribery_Moralism_Self-Interest_or_Altruism. Acesso em: 12 out. 2021; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 113.

³⁶⁷ NIETO MARTÍN, Adán, 2003, p. 6.

³⁶⁸ Ibid., p. 6.

³⁶⁹ Ibid., p. 6-7.

scandals)³⁷⁰. Trata-se do caso em que chegou ao conhecimento público o fato de que a empresa de aviação Lockheed distribuía subornos a agentes públicos de diferentes países, como Holanda, Japão e Itália³⁷¹, para conseguir êxito em competições pela venda de aeronaves.

Outro caso que catalisou ainda mais a questão foi a revelação do “Escândalo de Watergate”, em que restou descoberto um esquema ilegal de contribuições à eleição de Richard Nixon, vindas de “fundos ocultos”³⁷². Descobriu-se, em seguida, que esses fundos eram também utilizados para a corrupção de agentes políticos no exterior. Toda essa conjuntura criou uma agenda política de esforço em se resgatar a confiança nas empresas norte-americanas e no sistema de livre mercado³⁷³.

Davis mostra, nesse sentido, que relatórios produzidos pelo processo legislativo norte-americano demonstravam a percepção de que subornos corporativos a agentes públicos estrangeiros causavam problemas às relações dos EUA com outros países: constriam relações entre governos aliados, baixavam a estima dos cidadãos norte-americanos aos EUA e reforçavam suspeitas de oponentes externos de que negócios norte-americanos lhes influenciavam o processo político³⁷⁴. Nesse sentido, o autor assevera que o Congresso norte-americano buscava dar uma declaração de viés moral, preferindo pela criminalização da corrupção transnacional a alternativas não criminalizantes na época propostas³⁷⁵.

Quanto ao interesse próprio, ensinam-nos Nieto Martín e Davis, que a despeito do moralismo, os EUA não se esqueceram dos impactos econômicos em se criminalizar a corrupção transnacional³⁷⁶. Nesse sentido, contudo, relatórios oficiais demonstraram que as empresas do país conseguiriam competir em mercados estrangeiros, mesmo sem ter de se socorrerem a subornos de agentes públicos³⁷⁷.

Esses relatórios também perceberam que quase todos os esquemas de corrupção de agentes públicos estrangeiros eram feitos mediante fundos ocultos, à margem das exigências de transparência, impostas pela legislação norte-americana³⁷⁸. A criminalização da corrupção

³⁷⁰ Ibid., p. 7.

³⁷¹ Ibid., p. 7; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 39.

³⁷² NIETO MARTÍN, Adán, loc. cit.; DAVIS, Kevin E. Why Op. cit., p. 498 et seq.

³⁷³ Ibid., p. 498-499.

³⁷⁴ Ibid., p. 500.

³⁷⁵ Ibid., p. 500.

³⁷⁶ NIETO MARTÍN, Adán, 2003, p. 8; DAVIS, Kevin E. Why Op. cit., p. 501.

³⁷⁷ Ibid., p. 501.

³⁷⁸ NIETO MARTÍN, Adán, 2003, p. 8; DAVIS, Kevin E. Why Op. cit., p. 501.

transnacional, nesse sentido, contribuía para o interesse próprio dos EUA, de proteger a posição de investidores do mercado norte-americano³⁷⁹.

Em complemento às duas motivações ora expostas, foi adicionado mais tarde ao discurso norte-americano, o propósito altruísta de se buscar promover o desenvolvimento econômico dos países mais desfavorecidos, a liberalização de determinados mercados e o atingimento de certo nível de *compliance* e cultura organizacional internacional³⁸⁰. Essas foram as principais motivações pelas quais os EUA implantaram e disseminaram uma legislação de punição de empresas norte-americanas pela corrupção de agentes públicos estrangeiros.

A vigência da FCPA, contudo, como mostra Gontijo, ameaçou as empresas norte-americanas, que ficaram em uma posição de desvantagem competitiva em relação às empresas de outras sediadas em outras nações³⁸¹. Nesse sentido, esclarece o autor que em concomitância a um cenário de proibição penal nos EUA, outras nações permaneciam permitindo e até mesmo estimulando, por meio de privilégios fiscais, a corrupção de agentes públicos estrangeiros³⁸².

Por essa razão, salientam Teixeira e Berenguer Pascual, as empresas norte-americanas e os EUA realizaram pressão junto a organismos internacionais para que se instaurasse uma agenda internacional de criminalização da corrupção transnacional³⁸³. Esses movimentos resultaram em iniciativas, sobretudo a partir do final do século XX, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), de 29 de março de 1996, da OEA, e o Convênio da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, de 17 de dezembro de 1997³⁸⁴.

Ambas as iniciativas internacionais se dedicaram tão somente a prevenir e combater a corrupção de agentes públicos transnacionais. Contudo, bem lembra Teixeira que, tamanha foi a pressão norte-americana, que a Convenção da OCDE cria aos membros dela signatários, a obrigação de criminalizar a corrupção ativa de funcionários públicos³⁸⁵. O autor lembra que o Brasil assinou e ratificou, em 2002, o aludido documento, tipificando o delito de “Corrupção ativa em transação comercial internacional”, por meio do art. 337-B, do CPB³⁸⁶.

³⁷⁹ Ibid., p. 501.

³⁸⁰ DAVIS, Kevin E. *Why Op. cit.*, p. 504.

³⁸¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 51.

³⁸² Ibid., p. 51.

³⁸³ TEIXEIRA, Adriano, *op. cit.*, p. 521; BERENGUER PASCUAL, Sergio, *op. cit.*, p. 65 et seq.

³⁸⁴ TEIXEIRA, Adriano, *op. cit.*, p. 521; BERENGUER PASCUAL, Sergio, *op. cit.*, p. 65 et seq.

³⁸⁵ TEIXEIRA, Adriano, *op. cit.*, p. 521.

³⁸⁶ Ibid., p. 521.

3.3.2 Do combate à corrupção transnacional ao combate da corrupção entre particulares

FCPA americana e convenções interamericana e da OCDE, se por um lado não discutiram a corrupção privada, por outro, o seu debate acerca da criminalização da corrupção transnacional estimulou a elaboração de diversos textos sobre corrupção, de maneira geral³⁸⁷.

CremaDES³⁸⁸ ressalta que as aludidas iniciativas americana e internacionais ganharam apoio de poderosos defensores. Gontijo³⁸⁹ cita alguns deles, além das já referidas OEA e OCDE: o Banco Mundial, o FMI, a CIC, a UA, o COE, a UE e a ONU.

Esse apoio garantiu uma sucessão em cascata de normas e documentos jurídicos sobre corrupção, por meio da qual muitos Estados e outros atores adotaram e criaram instrumentos normativos³⁹⁰. Gontijo³⁹¹ lembra de Gili Pascual e Rosas Oliva, que se referem a esses movimentos como “*una cruzada internacional contra la corrupción*”³⁹².

Essa cruzada internacional, segundo Rosas Oliva³⁹³, acaba chegando ao âmbito privado. O autor destaca pelo menos dois motivos para tanto.

O primeiro refere-se à demanda político-criminal de se adotar uma estratégia global contra a corrupção cujo combate pudesse dar conta de levar em consideração a corrupção havida em todos os ângulos³⁹⁴. Rosas Oliva destaca a percepção de que a corrupção, mesmo em seu ângulo estritamente privado, ataca valores fundamentais ao desenvolvimento das relações socioeconômicas, como a confiança, a lealdade e a concorrência³⁹⁵. Nesse sentido,

³⁸⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 52-53.

³⁸⁸ CREMADES, Bernardo. *Corrupción y arbitraje de inversión*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 126-142, jul./set. 2005.

³⁸⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 53.

³⁹⁰ CREMADES, Bernardo, op. cit.; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 53.

³⁹¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 53.

³⁹² GILI PASCUAL, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico em el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007. **Revista Electrónica de Ciencia Penal e Criminología**, Granada, n. 9, 2007, p. 13. Disponível em:

<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38541>. Acesso em: 13 out. 2021; ROSAS OLIVA, Juan Ignacio.

Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 99, 2009, p. 96.

³⁹³ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 96.

³⁹⁴ Ibid., p. 96.

³⁹⁵ Ibid., p. 96-97.

Gontijo³⁹⁶ relembra a ideia de “*dilatazione al settore privato*” ventilada por Seminara³⁹⁷, ou ainda a expressão de combate à corrupção a “*360 grados*”³⁹⁸.

O segundo consiste no contexto pelo qual passavam muitos Estados que discutiam a corrupção nessa época³⁹⁹. Conforme destacam Hodgson e Jiang⁴⁰⁰, Rosas Oliva⁴⁰¹, Gontijo⁴⁰² e Encinar del Pozo⁴⁰³, a verticalização da globalização, a complexificação da dinâmica econômica empresarial e a crescente privatização, fizeram com que bens e serviços relativos a direitos fundamentais de diferentes dimensões, como saúde, educação, transporte, comunicações e outros, tornassem-se fortemente influenciados pela decisão de empresas e atores econômicos de natureza jurídica em parte ou totalmente privada.

Hodgson e Jiang⁴⁰⁴ mostram como a percepção formal da natureza jurídica pública ou privada de uma pessoa física ou jurídica, tem sido cada vez menos relevante para a manifestação da corrupção. Reforçam a contradição desse critério indagando retoricamente se a corrupção desaparece por passe de mágica em uma pessoa jurídica quando a participação estatal nessa diminui ou deixa de existir, mesmo quando essa pessoa jurídica persiste realizando atividades de interesse público⁴⁰⁵.

Mesmo em um contexto de países como o Brasil, em que os conceitos de funcionário e função públicos são extensos, para fins jurídico-penais, o argumento persiste tendo relevância. Se cada vez mais cidadãos têm seus direitos fundamentais sendo geridos e administrados por universidades, escolas, hospitais, organizações previdenciárias e outras instituições de personalidade jurídica essencialmente privada, não faz sentido limitar o conceito de corrupção a um critério formal de envolvimento de pessoa com função pública, pois a função pública já se encontra entranhada ao longo das mais diferentes instituições humanas, inclusive aquelas de personalidade jurídica essencialmente privada.

A conjugação dos dois motivos faz com que o critério formal da função pública cada vez mais deixe de ser critério para distinguir claramente situações entre o público e o privado e, conseqüentemente, perde força para definir o que é corrupto do que não o é. Esse contexto

³⁹⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 35.

³⁹⁷ SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). **La corruzione tra privati**: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma, p. 272.

³⁹⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 35.

³⁹⁹ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 97.

⁴⁰⁰ HODGSON, Geoffrey; JIANG, Shuxia, op. cit. p. 60 et seq.

⁴⁰¹ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 97.

⁴⁰² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 35.

⁴⁰³ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 82 et seq.

⁴⁰⁴ HODGSON, Geoffrey; JIANG, Shuxia, op. cit. p. 60 et seq.

⁴⁰⁵ Ibid. p. 60.

faz com que diferentes atores e organizações da comunidade internacional passem efetivamente a discutir sobre a criminalização da corrupção privada, sobretudo a partir da virada do século XIX para o XX⁴⁰⁶.

Os principais movimentos e documentos jurídicos internacionais que trazem discussão quanto à criminalização da corrupção entre particulares⁴⁰⁷ são:

- a) a Ação Comum 98/742/JAI, da UE, criada em 22 de dezembro de 1998, em Bruxelas⁴⁰⁸;
- b) a Convenção Penal sobre a corrupção (n. 173) do COE, feita em 27 de janeiro de 1999, em Estrasburgo⁴⁰⁹;
- c) a Decisão-Quadro 2003/568/JAI, do CUE, editada em 22 de julho de 2003, em Bruxelas⁴¹⁰;
- d) a Convenção sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção, da União Africana, feita em 11 de julho de 2003, em Maputo⁴¹¹; e
- e) a Convenção de combate à corrupção da ONU, subscrita em 31 de outubro de 2003, em Mérida⁴¹².

A análise dessas iniciativas se faz importante ao presente estudo por três razões. A uma, o exame dessas iniciativas permitirá compreendermos como os argumentos referentes à necessidade de criminalização da corrupção entre particulares estão sendo articulados no plano internacional.

A duas, porque à esteira do que foi apresentado na introdução da pesquisa, se sabemos que as primeiras discussões brasileiras relativas à necessidade de se criminalizar comportamentos de corrupção entre particulares foram estimuladas por discussões internacionais, resta necessário entender de que forma influenciam as discussões nacionais.

A três, porque o estudo das discussões internacionais facilitará entendermos mais como surgem os diferentes modelos de criminalização da corrupção no setor privado reconhecidos pela doutrina.

⁴⁰⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 53.

⁴⁰⁷ BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 66.

⁴⁰⁸ UE, 1998.

⁴⁰⁹ COE, 1999a.

⁴¹⁰ CUE, 1998.

⁴¹¹ UA, op. cit..

⁴¹² ONU, 2003..

3.3.3 As iniciativas supranacionais europeias

A doutrina registra que as primeiras iniciativas supranacionais voltadas à criminalização da corrupção privada ocorreram no continente europeu, por organizações supranacionais como a UE e o COE. Nesse sentido, analisamos os instrumentos e convenções europeus mais importantes, quais sejam: a Ação Comum 98/742/JAI da UE, a Convenção Penal sobre Corrupção do COE, e a Decisão-Quadro 2003/568/JAI do CUE.

3.3.3.1 A Ação Comum 98/742/JAI de Bruxelas, da UE

A literatura especializada mostra-nos que o primeiro instrumento jurídico supranacional a tratar da corrupção no setor privado foi a Ação Comum n. 742, de 22 de dezembro de 1998, no marco das “disposições relativas à cooperação nos âmbitos da justiça e dos assuntos do interior” (JAI), criada em Bruxelas, pelo Conselho da UE⁴¹³. A iniciativa, conhecida por “Ação Comum 98/742/JAI”, teve como fundamento de validade normativa o Tratado da UE, o seu art. K.1, n. 7, que estabelece a cooperação judiciária em matéria penal como interesse comum do bloco europeu, bem como seu art. K.3, n. 2, “b”, que permite o Conselho possa determinar medidas de ação comum a serem tomadas pelos seus Estados-membros⁴¹⁴.

A Ação Comum 98/742/JAI enfatizava a relevância e a gravidade da corrupção privada⁴¹⁵. Quanto à relevância, fez consignar em seu preâmbulo que os Estados-membros da UE atribuíam “especial importância à luta contra a corrupção no sector privado a nível internacional⁴¹⁶”.

⁴¹³ CERINA, Giorgio. La comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado.

IUSTITIA, n. 9, p. 95-138, 2011, p. 115-116. Disponível em:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5978959.pdf>. Acesso em: 16 out. 2021; SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 29.

⁴¹⁴ UE. **Tratado da União Europeia**. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 1992. Disponível em:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.1992.191.01.0001.01.POR&toc=OJ%3AC%3A1992%3A191%3ATO C. Acesso em: 16 out. 2021.

⁴¹⁵ UE, 1998.

⁴¹⁶ UE, 1998.

Quanto à gravidade, o instrumento supranacional registrou também em seu preâmbulo, que a “corrupção falseia a concorrência leal e compromete os princípios de abertura e liberdade dos mercados, nomeadamente o bom funcionamento do mercado interno, e é contrária à transparência e à abertura do comércio internacional”⁴¹⁷. Nesse sentido, a principal preocupação estampada no preâmbulo era com a proteção da concorrência, conforme salientam Gontijo⁴¹⁸ e Sanseverino⁴¹⁹.

A Ação Comum 98/742/JAI não deixava dúvidas quanto à determinação do Conselho pela criminalização da corrupção privada na UE. Nessa esteira, o art. 4º do documento esclarecia que condutas de autoria e participação em corrupção ativa ou passiva no setor privado deveriam ser sancionadas pelos Estados-membros da UE, com “sanções penais efetivas, proporcionais e dissuasivas, incluindo, pelo menos nos casos mais graves, penas privativas da liberdade”, que pudessem inclusive dar origem a extradição⁴²⁰.

Fala-se em determinação porque a medida era obrigatória e apresentava prazo⁴²¹. Gontijo, sobre essa questão, lembra que o art. 8º, n. 1 do documento jurídico europeu, fixava prazo máximo de 2 anos, a contar de sua entrada em vigor com a publicação no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, em 30 de dezembro de 1998, para que os componentes do bloco europeu apresentassem propostas adequadas à aplicação da Ação Comum 98/742/JAI⁴²². O art. 8º, n. 2 do diploma estabelecia ainda apreciação do Conselho quanto ao cumprimento das obrigações em até 3 anos após a entrada em vigor da referida ação comum⁴²³.

Corrupção passiva no setor privado, segundo o art. 2º, n. 1, da Ação Comum 98/742/JAI era assim definida:

Artigo 2º

Corrupção passiva no sector privado

1. Para efeitos da presente acção comum, constitui corrupção passiva no sector privado o acto deliberado de qualquer pessoa que, no exercício da sua actividade profissional, solicite ou receba, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza, ou aceite a promessa de tais vantagens, para si

⁴¹⁷ UE, 1998.; CERINA, Giorgio, op. cit., p. 117; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 55.

⁴¹⁸ Ibid., p. 55.

⁴¹⁹ SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 30.

⁴²⁰ UE, loc. cit.; CERINA, Giorgio, op. cit., p. 117.

⁴²¹ UE, loc. cit..

⁴²² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 55.

⁴²³ UE, loc. cit..

próprio ou para terceiros, a fim de, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos.⁴²⁴

A subjetividade ativa da corrupção passiva no setor privado, lembram Gontijo⁴²⁵ e Sanseverino⁴²⁶, era considerada específica, pois o texto trazia em seu art. 1º, significado próprio à expressão “pessoa”, entendendo-a como “qualquer assalariado ou outra pessoa que exerça funções de direção ou outras, por conta de uma pessoa singular ou colectiva que opere no setor privado”⁴²⁷.

Sanseverino⁴²⁸ interpreta como amplo o leque de pessoas que podem figurar como sujeito ativo segundo a redação do texto supranacional no que diz respeito à corrupção passiva no setor privado. Segundo o autor, a definição de pessoa estabelecida pela norma daria conta de abranger tanto sujeitos que detêm altos cargos em uma empresa, como membros de direção e administração, bem como empregados e contratados de uma pessoa individual ou coletiva, com ou sem vínculo empregatício, como representantes comerciais e advogados⁴²⁹.

Gontijo, por sua vez, expõe o que ele e parte da doutrina interpretam como uma primeira fragilidade da Ação Comum 98/742/JAI⁴³⁰. Entendem que a utilização na definição de corrupção passiva no setor privado, da convenção “pessoa” com o seu significado limitado, conforme os contornos dados pelo art. 1º do instrumento supranacional, excluiria do rol de possíveis autores do delito, os empresários, que segundo Gontijo “também poderiam adotar comportamentos corruptos idôneos a violar a concorrência”⁴³¹.

A corrupção ativa no setor privado, segundo o art. 3º, n. 1, por sua vez, era assim concebida pelo documento comunitário:

Artigo 3º

Corrupção activa no sector privado

1. Para efeitos da presente acção comum, constitui corrupção activa no sector privado a acção deliberada de alguém que prometa, ofereça ou dê, directamente ou por interposta pessoa, uma vantagem indevida, de qualquer natureza, a uma pessoa, para esta ou para terceiros, no exercício das actividades profissionais dessa pessoa, a

⁴²⁴ Ibid..

⁴²⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 56.

⁴²⁶ SANSEVERINO, Enrico Rillo, op. cit., p. 30-31.

⁴²⁷ UE, 1998.; CERINA, Giorgio, op. cit., p. 118.

⁴²⁸ SANSEVERINO, Enrico Rillo, op. cit., p. 30.

⁴²⁹ Ibid., p. 30.

⁴³⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 56.

⁴³¹ Ibid., p. 56.

fim de, em violação dos seus deveres, pratique ou se abstenha de praticar determinados actos.⁴³²

A subjetividade ativa da corrupção ativa no setor privado, por sua vez, lembram-nos Gontijo⁴³³ e Sanseverino⁴³⁴, era comum, porquanto não limitava o comportamento descrito como corrupção privada ao cometimento por uma “pessoa”, mas por “alguém”, expressão essa que não contava com convenção no instrumento supranacional e portanto, devia compreendida em sua semântica comum.

A redação de ambas as modalidades de corrupção no setor privado, passiva e ativa, contam com a convenção “violação do dever”, a qual a norma delega à legislação dos Estados-membros a significação⁴³⁵. Contudo, estabelece que a expressão no mínimo abrangeria “qualquer comportamento desleal que constitua violação de uma obrigação legal ou, consoante o caso, violação de instruções ou regras profissionais aplicáveis à actividade profissional de uma pessoa [...]”⁴³⁶.

Gontijo mostra que parte da doutrina tem compreendido que a supramencionada convenção se referia a obrigações que vinculam o agente ativo do crime de corrupção passiva (*agente*) a um empresário ou órgão dirigente da empresa com a qual ele mantém vínculo (*principal*), em uma interpretação de acordo com a corrente teórica agente – principal⁴³⁷. Nesse sentido, sustenta o autor que haveria mais uma incoerência na redação do texto jurídico⁴³⁸.

Isso porque, se a violação de que trata a norma refere-se a uma relação agente-principal, eventual consentimento do principal, pessoa singular ou coletiva, descaracterizaria uma série de pactos corruptos, assim compreendidos socialmente, da subsunção das disposições referentes à definição de corrupção, passiva e ativa, no setor privado⁴³⁹. De La Cuesta Arzamendi e Blanco Cordeiro⁴⁴⁰, compartilhando dessa compreensão, sustentam que a

⁴³² UE, 1998.

⁴³³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 59.

⁴³⁴ SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 33.

⁴³⁵ UE, 1998.

⁴³⁶ Ibid..

⁴³⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 57.

⁴³⁸ Ibid., p. 57 et seq.

⁴³⁹ Ibid., p. 57.

⁴⁴⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español? In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F., (Eds.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al Profesor Dr. Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 263.

autorização do empregador deixa o agente livre para adotar comportamentos usualmente compreendido como corruptos, mesmo que atentatórios à concorrência.

Rosas Oliva⁴⁴¹ e Gontijo⁴⁴² mostram que a redação contida no texto supranacional, nas disposições dos art. 2º, n. 2, e art. 3º, n. 2, estabelecia que corrupções passiva e ativa no setor privado deveriam constituir crimes, na medida em que implicassem ou pudessem implicar distorções à concorrência e, ainda, resultassem ou pudessem resultar a prejuízos econômicos para terceiros em virtude de indevida celebração ou execução de um contrato⁴⁴³.

Diante dos dispositivos da Ação Comum 98/742/JAI, Faraldo Cabana identifica que as corrupções ativa e passiva no setor privado esboçam comportamentos necessariamente pluriofensivos⁴⁴⁴. Buscava-se proteger, ao mesmo tempo, a concorrência como interesse supraindividual, as pretensões do empresário que espera uma atuação leal de seus agentes, e a ordem econômica em sentido amplo, entendida como conjunto de relações que abrangem produção, distribuição e consumo de bens e serviços⁴⁴⁵.

Gontijo salienta, nesse sentido, que parte majoritária da doutrina interpreta que o instrumento supranacional analisado visava proteger múltiplos interesses⁴⁴⁶. Defende o autor, que a medida da comunidade europeia visava coibir comportamentos que fizessem surgir de um lado, perigo abstrato à concorrência, e de outro, perigo abstrato à ocorrência de prejuízos econômicos de terceiros, ainda que alheios ao acordo corrupto (principal, concorrentes, consumidores, etc)⁴⁴⁷.

Discordamos da corrente que interpreta na definição “violação de dever” uma proteção à lealdade da relação principal – agente. Parte da doutrina, inclusive Gontijo, parece se utilizar da tradução oficial espanhola da Ação Comum 98/742/JAI. Essa versão contém grave erro de tradução, ao utilizar a expressão “*incumplimiento de las obligaciones*”, no lugar de “violação de dever”, como dispõe a norma em sua versão no idioma português, ou “*breach of duty*”, como dispõe a versão em inglês⁴⁴⁸. A leitura da definição no art. 1º, do aludido instrumento supranacional, contudo, deixa claro em qualquer dos idiomas, que essa se refere a um

⁴⁴¹ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 337.

⁴⁴² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 57-58.

⁴⁴³ UE, 1998.

⁴⁴⁴ FARALDO CABANA, Patrícia. Hacia un delito de corrupción en el sector privado. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago, n. 23, 2001, p. 72-73.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 74.

⁴⁴⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 58.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 58.

⁴⁴⁸ As versões oficiais da Ação Comum 98/742/JAI traduzidas nos diferentes idiomas da UE podem ser acessadas por meio do seguinte sítio eletrônico: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e924646a-a992-40d3-ba8b-03bddcdc7149/language-pt>. Acesso em: 3 nov. 2021.

comportamento que constitui violação de uma obrigação legal ou de instruções ou regras profissionais, aplicáveis à atividade de uma pessoa⁴⁴⁹.

Se por um lado, não podemos dizer que a norma impede que sejam também protegidos interesses de empresários em uma relação principal – agente, sobretudo no que diz respeito ao possível significado de “instruções ou regras profissionais aplicáveis à atividade profissional de uma pessoa”, por outro, parece limitada a interpretação que identifica em toda a definição a necessária significação correspondente a uma violação da relação principal – agente. Obrigações legais e regras profissionais, por exemplo, podem existir a despeito de uma relação principal – agente, como já tratado na seção respectiva aos diferentes modelos conceituais de corrupção.

Dessa forma, afastada a ideia de necessária ofensividade à relação principal – agente, interpretamos que o texto supranacional estampava preocupação com a terceira dimensão significativa de corrupção no setor privado, conforme explicitado no capítulo referentes aos modelos conceituais de corrupção. Outrossim, a Ação Comum 98/742/JAI preocupava-se em coibir a corrupção entre particulares que pudesse ser compreendida como uma violação de deveres que implicasse ou pudesse implicar distorções à concorrência, e que ao mesmo tempo resultasse ou pudesse resultar prejuízos econômicos a terceiros em virtude da indevida celebração ou indevida execução de um contrato.

Tratar-se-ia de uma proteção da concorrência interpretada conjuntamente de um ponto de vista macroeconômico (como ordem concorrencial) e de um ponto de vista microeconômico (como interesses econômicos dos atores da ordem concorrencial). É bem precisa, nesse sentido, a interpretação de Militello:

*A fronte di una simile ampiezza della previsione dell'atto adottato in violazione di un dovere, il disvalore delle condotte viene però riferito ad una offesa descritta con riferimento non ad interesse interni alla persona fisica o giuridica privata per conto della quale il soggetto attivo opera, ma piuttosto a quella esterni: le condotte di qui si richiede l'incriminazione sono solo quelle che possano o alterare la concorrenza o comunque produrre danni economici a terzi mediante una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzioni di un contratto.*⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ UE, 1998.

⁴⁵⁰ Trecho original em: MILITELLO, Vincenzo. Corruzione tra privati e schelte di incriminazione: le incertezze del nuevo reato societario. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di reforma**. Milano: Giuffrè, 2003, p. 361. Tradução nossa:

Um outro aspecto interessante refere-se ao significado de “vantagem indevida”. Embora a norma não nos diga o que deve ser interpretado como vantagem indevida no âmbito do setor privado, é interessante notar que vantagens de qualquer natureza poderiam ser objeto de troca visado por um comportamento de corrupção privada passiva ou ativa⁴⁵¹. Nesse sentido, salienta Gontijo⁴⁵², que eram reprimidos pelo texto supranacional aqueles acordos corruptos que tivessem como base favores sexuais ou vantagens profissionais, desde que se conformassem às definições e exigências dos arts. 2º ou 3º do instrumento supranacional⁴⁵³.

A disposição do art. 8º da Ação Comum 98/742/JAI, estipulava prazo de dois anos a partir do início de sua vigência, para que os Estados-membros apresentassem propostas de aplicação do instrumento supranacional em seu âmbito interno restou inobservada por vários países⁴⁵⁴. Palomo del Arco⁴⁵⁵ e Cerina⁴⁵⁶ ressaltam, contudo, que ao final do aludido prazo, cinco Estados-membros sequer tinham tipificado o delito de corrupção no setor privado. Outros tantos tinham normas que não se ajustavam aos padrões mínimos estabelecidos pela Ação Comum 98/742/JAI⁴⁵⁷.

A falta de eficácia do instrumento jurídico ora cotejado e a evolução das formas jurídicas de iniciativas comunitárias fizeram com que a norma fosse em 2003 revogada e substituída pela Decisão-Quadro 2003/558/JAI⁴⁵⁸. Antes de analisarmos a referida proposta, contudo, faz-se necessário analisar outra iniciativa realizada quase que concomitantemente à Ação Comum 98/742/JAI: a Convenção Penal sobre a Corrupção, do COE.

“Diante de um escopo tão amplo da disposição do ato adotado em violação de um dever, o valor da conduta é, no entanto, referido a uma ofensa descrita com referência não aos interesses internos da pessoa física ou jurídica privada em nome da qual o sujeito ativo opera, mas aos interesses externos: a conduta exigida para ser incriminada é apenas aquela que pode alterar a concorrência ou, em qualquer caso, causar dano econômico a terceiros por meio de uma adjudicação ou execução incorreta de um contrato.”

⁴⁵¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 59.

⁴⁵² Ibid., p. 59.

⁴⁵³ Ibid., p. 59.

⁴⁵⁴ CERINA, Giorgio, op. cit., p. 118.

⁴⁵⁵ PALOMO DEL ARCO, Andrés. El delito de corrupción en el sector privado como ejemplo de incidencia del Derecho comunitario en el Derecho penal de los Estados Miembros. **Revista General de Derecho Penal**, n. 1, mayo, 2004.

⁴⁵⁶ CERINA, Giorgio, op. cit., p. 119.

⁴⁵⁷ PALOMO DEL ARCO, Andrés, op. cit..

⁴⁵⁸ CERINA, Giorgio, op. cit., p. 119; PÉREZ CEPEDA, Ana; BENITO SANCHÉZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Libertadores (Coords.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Lope, 2012. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5367896/mod_resource/content/2/Estudios%20sobre%20%20corrupcio%CC%81n.pdf. Acesso em: 17 out. 2021; p. 25-26; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 60.

3.3.3.2 A Convenção Penal de Estrasburgo sobre a Corrupção de 1999, do COE

O COE é a maior e mais antiga organização integrada por países europeus⁴⁵⁹. Não se confunde com o CUE, órgão que editou a Ação Comum 98/742/JAI. Nesse sentido, faz-se importante neste momento, destacarmos as diferenças entre tais referências.

O primeiro se trata de uma organização internacional, sediada em Estrasburgo, e composta por 47 países da Europa, com o objetivo de promover democracia e proteger direitos humanos e o estado de direito na Europa⁴⁶⁰. O segundo se trata de uma instituição da UE, composta pelos chefes dos 27 Estados-membros e o presidente do bloco, com o objetivo de promover uma integração política⁴⁶¹. Explicitadas as diferenças, podemos avançar nos estudos.

Um destacamento do COE denominado Conselho de Ministros de Justiça Europeu, realizou uma conferência em 1994, na cidade de Valletta, em Malta, na qual registraram ser a corrupção uma séria ameaça à democracia, ao estado de direito e aos direitos humanos⁴⁶². O COE, cujos propósitos traduzem-se na defesa desses valores, foi dessa maneira instado a reagir a essa ameaça⁴⁶³.

Um Grupo Multidisciplinar voltado ao estudo do tema Corrupção (GMC) foi criado pelo Conselho de Ministros de Justiça Europeu, com o objetivo de lhes oferecer propostas para a formulação de um programa internacional de combate à corrupção⁴⁶⁴. Incluiu-se dentro do escopo do desenvolvimento desse programa, a elaboração de uma convenção internacional sobre o combate à corrupção⁴⁶⁵.

Uma série de medidas foram realizadas pelas referidas instituições (GMC, Conselho de Ministros de Justiça Europeu e COE), dentre as quais se destacam duas, conforme menciona Gontijo⁴⁶⁶. A primeira se refere à estruturação do GRECO, encarregado de monitorar, por avaliação e persuasão, a observância das principais diretivas adotadas pelo programa internacional de combate à corrupção, por parte dos ordenamentos jurídicos dos

⁴⁵⁹ WEBB, Philippa. The United Nations Convention Against Corruption: global achievement or missed opportunity? *Journal of International Economic Law*. Oxford, v. 8, n. 1, p. 191-229, 2005, p. 198; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 60.

⁴⁶⁰ WEBB, Philippa, op. cit., p. 198.

⁴⁶¹ Informações extraídas do sítio eletrônico: <https://www.coe.int/bg/web/about-us/do-not-get-confused>. Acesso em: 3 nov. 2021.

⁴⁶² COE, 1999a, p. 2; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 60.

⁴⁶³ COE. loc. cit..

⁴⁶⁴ Ibid., p. 2; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit..

⁴⁶⁵ COE. loc. cit.; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit..

⁴⁶⁶ Ibid., p. 60-61.

membros do COE⁴⁶⁷. Esse grupo é importante na medida em que emite opiniões e avaliações quanto ao grau de harmonização e sistemas normativos europeus a demandas comunitárias de combate à corrupção⁴⁶⁸.

A segunda se refere à Convenção Penal sobre Corrupção, subscrita em Estrasburgo, em 29 de janeiro de 1999, pouco depois de um mês após a criação da Ação Comum 98/742/JAI⁴⁶⁹. Essa Convenção esboça, em seu preâmbulo, o propósito de estabelecer “uma política penal comum que visa a proteção da sociedade contra a corrupção, incluindo a adoção de medidas legislativas e preventivas adequadas”⁴⁷⁰.

Diferentemente da Ação Comum 98/742/JAI, a Convenção de Estrasburgo já nasce com um propósito mais abrangente. Possui disposições que têm como objetivo, a promoção da harmonização “da repressão a comportamentos corruptos, dentre os quais prevê de forma expressa, aqueles praticados no setor privado”⁴⁷¹.

Diferentemente da Ação Comum 98/742/JAI, a Convenção de Estrasburgo, permite, por meio de seu art. 37, que Estados signatários, quando da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, façam reservas, de modo a não adotar, ou adotar parcialmente, algumas das disposições da Convenção de Estrasburgo⁴⁷². Entre essas, incluem-se as disposições relativas à criminalização da corrupção entre particulares⁴⁷³.

O texto da Convenção de Estrasburgo destaca a danosidade da corrupção já em seu preâmbulo. Consigna que essa “constitui uma ameaça para o Estado de Direito, a democracia e os direitos humanos, mina os princípios de boa administração, de equidade e de justiça social, falseia a concorrência, entrava o desenvolvimento económico e faz perigar à estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade”⁴⁷⁴.

Não obstante o direito à reserva já explicitado, a Convenção de Estrasburgo, assim como faz a Ação Comum 98/742/JAI, também determina que seus Estados signatários criminalizem modalidades ativa e passiva da corrupção no setor privado. Assim estabelece em seus arts. 7º e 8º, recomendações de criminalização de corrupção ativa e corrupção passiva, no setor privado:

⁴⁶⁷ COE, 1999a, p. 4; WEBB, Philippa, op. cit., p. 200.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 200.

⁴⁶⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 61; SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 34.

⁴⁷⁰ COE, 1999a, p. 1.

⁴⁷¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit.; SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 34.

⁴⁷² COE, 1999a, p. 19.

⁴⁷³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit..

⁴⁷⁴ COE, 1999a, p. 1; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit..

Artigo 7.º

Corrupção activa no sector privado

Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias para classificar como infracção penal, nos termos do seu direito interno, o facto de uma pessoa, intencionalmente, no âmbito de uma actividade comercial, prometer oferecer ou entregar, directa ou indirectamente, qualquer vantagem indevida a qualquer pessoa que seja dirigente ou que trabalhe para entidades do sector privado, em benefício próprio ou de terceiros, para que essa pessoa pratique ou se abstenha de praticar um acto com violação dos seus deveres.

Artigo 8.º

Corrupção passiva no sector privado

Cada parte adoptará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias para classificar como infracção penal, nos termos do seu direito interno, o facto de uma pessoa, intencionalmente, no âmbito de uma actividade comercial, que seja dirigente ou trabalhe em entidades do sector privado, solicitar ou receber, directamente ou por intermédio de terceiro, uma vantagem indevida ou aceitar uma oferta ou a promessa de oferta, em benefício próprio ou de terceiro, para que pratique ou se abstenha de praticar um acto em violação dos seus deveres.⁴⁷⁵

As razões para a criminalização de corrupções ativa e passiva no setor privado são esclarecidas no relatório explicativo (*Explanatory Report*)⁴⁷⁶ a respeito da Convenção de Estrasburgo, também emitido pelo COE. O documento aponta três razões, quais sejam: a corrupção no setor privado vilipendia valores como confiança e lealdade, necessários para a manutenção e para o desenvolvimento das relações sociais e econômicas; desrespeita a livre concorrência e prejudica o processo de privatização⁴⁷⁷. Gontijo bem conclui, nesse sentido, que o texto do *Explanatory Report* justifica a criminalização da corrupção entre particulares com argumentos relacionados à proteção de interesses individuais, bem como interesses supraindividuais⁴⁷⁸.

Quanto às disposições propriamente ditas, importante se faz esclarecermos alguns aspectos. Os arts. 7º e 8º da Convenção de Estrasburgo, ao estabelecerem em suas descrições a referência “actividade comercial”, delimitaram o âmbito de criminalização de corrupções passiva e ativa no setor privado ao campo das atividades empresariais, assim compreendidas de maneira ampla⁴⁷⁹. Contudo, esclarece o *Explanatory Report*, não estão incluídas no âmbito da aplicação dos dispositivos, as atividades de âmbito não-lucrativo, como aquelas performadas por organizações não-governamentais, por exemplo⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ COE, 1999a, p. 5.

⁴⁷⁶ COE. **Criminal Law Convention on Corruption (Explanatory Report)**. 1999b. Disponível em: <https://rm.coe.int/16800cce44>. Acesso em: 17 out. 2021.

⁴⁷⁷ COE, 1999b, p. 11; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 61-62; SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 34-35.

⁴⁷⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 62.

⁴⁷⁹ COE, 1999b, p. 11.

⁴⁸⁰ SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 35.

Essa restrição se justifica, segundo o *Explanatory Report*, por opção político-criminal de se focar na criminalização da corrupção ao setor privado a ela mais vulnerável, qual seja, o empresarial, no entendimento do COE⁴⁸¹. A criminalização da corrupção privada no setor das atividades não-lucrativas, complementa o *Explanatory Report*, não estaria contudo proibida, mas sim facultada àqueles Estados que compreendessem por abrangê-las no âmbito de aplicação das normas incriminadoras de combate à corrupção entre particulares⁴⁸².

A subjetividade ativa dos comportamentos relativos à corrupção ativa no setor privado é ampla, assim como já previa a Ação Comum 98/742/JAI. Dessa maneira, a Convenção de Estrasburgo determina que todo Estado signatário criminalize o comportamento de realizar intencionalmente no curso de uma atividade comercial, promessa, oferta ou doação internacional, direta ou indireta, de vantagem indevida a pessoa que dirija ou trabalhe, de qualquer forma, para uma entidade privada para agir ou deixar de agir em violação de seus deveres⁴⁸³.

A subjetividade ativa dos comportamentos de corrupção passiva no setor privado, por sua vez, é detalhada de modo mais amplo na Convenção de Estrasburgo do que na Ação Comum 98/742/JAI. Dessa forma, a Convenção de Estrasburgo determina que todo Estado signatário criminalize o comportamento de uma pessoa que, intencionalmente, no âmbito de uma atividade comercial, que seja dirigente ou trabalhe em entidades do setor privado, solicite ou receba, diretamente ou por intermédio de terceiro, vantagem indevida para aceitar uma oferta ou promessa de oferta, em benefício próprio ou de terceiro, para que pratique ou se abstenha de praticar ato em violação aos seus deveres⁴⁸⁴.

O *Explanatory Report* explica que o texto supranacional do COE abrange por meio de suas disposições dos arts. 7º e 8º, uma disposição ampla de potenciais recebedores de vantagem indevida⁴⁸⁵. Assim, estariam abrangidos pelas disposições diretores, membros do Conselho de Administração, sócios, advogados, agentes externos que tratem de relações públicas, assessores, bem como quaisquer outros sujeitos com os quais exista uma relação pautada nos interesses do principal⁴⁸⁶.

Sanseverino expõe debate doutrinário acerca da extensão da subjetividade ativa dos comportamentos de corrupção privada passiva aos quais a Convenção de Estrasburgo pretendeu criminalizar. Para Mongillo, o art. 8º não abrangeria no âmbito dos sujeitos ativos,

⁴⁸¹ COE. loc. cit..

⁴⁸² Ibid., p. 11.

⁴⁸³ COE, 1999a, p. 5.

⁴⁸⁴ Ibid., p. 5.

⁴⁸⁵ COE, 1999b, p. 11.

⁴⁸⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 63.

acionistas e sócios de uma sociedade⁴⁸⁷. Para Arzamendi e Blanco Cordero, ao revés, consideram que muito embora os acionistas estejam excluídos, os sócios estariam a princípio incluídos no âmbito de aplicação da disposição⁴⁸⁸.

Em relação a este debate, posicionamo-nos no sentido de que, independentemente da posição formalmente ostentada por um sujeito, este poderá incorrer nos comportamentos proscritos pela Convenção toda vez que seja dirigente ou trabalhe para uma entidade do setor privado. Isso pode ocorrer, a princípio, tanto para acionistas, quanto para sócios.

O que importa não é a posição formal ostentada pelo sujeito, mas sua posição material. Toda vez que se constatar que um sujeito dirija uma entidade do setor privado ou nela trabalhe, poderá incidir nos comportamentos penalmente relevantes dispostos no art. 8º da Convenção.

Compartilhamos da posição de Sanseverino no que diz respeito aos sócios e acionistas que tão apenas dispõem de participação societária em uma entidade do setor privado. Se não a dirigem, tampouco nela trabalham ou possuem ou deveriam possuir conhecimento sobre as ações e decisões tomadas na entidade do setor privado que se figura como principal, não há que se falar, em qualquer hipótese, em incidência no crime de corrupção privada passiva por esses atores⁴⁸⁹.

A expressão “entidade do setor privado”, constante nas disposições dos arts. 7º e 8º da Convenção de Estrasburgo, prossegue o *Explanatory Report*, também deve ser interpretada extensivamente⁴⁹⁰. Assim, a expressão abrange em significado não só pessoas coletivas, mas também pessoas individuais e coletivas que exerçam atividade comercial, ainda que sem personalidade jurídica reconhecida⁴⁹¹.

A análise das disposições da Convenção de Estrasburgo deixa evidente, diante dos aspectos ora destacados, que o referido instrumento supranacional dá maior destaque à corrupção privada havida no contexto da relação principal – agente. Uma evidência ainda mais clara nesse sentido, resta na significação ampla dada à expressão “violação de um dever”, dada pelo texto supranacional. Assim expõe o *Explanatory Report*:

Criminalisation of bribery in the private sector seeks to protect the trust, the confidence and the loyalty that are indispensable for private relationships to exist.

⁴⁸⁷ SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 36.

⁴⁸⁸ Ibid., p. 36.

⁴⁸⁹ SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 37.

⁴⁹⁰ COE, 1999b, p. 12.

⁴⁹¹ Ibid., p. 12.

Rights and obligations related to those relationships are governed by private law and, to a great extent, determined by contracts. The employee, the agent, the lawyer is expected to perform his functions in accordance with his contract, which will include, expressly or implicitly, a general obligation of loyalty towards his principal, a general obligation not to act to the detriment of his interests. Such an obligation can be laid down, for example, in codes of conduct that private companies are increasingly developing. The expression, “in breach of their duties” does not aim Only at ensuring respect for specific contractual obligations but rather to guarantee that there will be no breach of the general duty of loyalty in relation to the principal’s affairs or business. The employee, partner, managing director who accepts a bribe to act or refrain from acting in a manner that is contrary to his principal’s interest, will be betraying the trust placed upon him, the loyalty owed to his principal. This justifies the inclusion of private sector corruption as a criminal offence. The Convention, in Article 7, retained this philosophy and requires the additional element of “breach of duty” in order to criminalise private sector corruption. The notion of “breach of duty” can also be linked to that of “secrecy”, that is the acceptance of the gift to the detriment of the employer or principal and without obtaining his authorisation or approval. It is the secrecy of the Benefit rather than the Benefit itself that is the essence of the offence. Such a secret behaviour threatens the interests of the private sector entity and makes it dangerous.⁴⁹²

Segundo a explicação acima, a expressão “violação de dever”, no documento da Convenção de Estrasburgo, não deve ser compreendida restritivamente, como violação específica de determinadas obrigações contratuais⁴⁹³. A expressão, ao revés, deve ser compreendida de modo mais amplo, como uma quebra do dever geral de confiança que jaz na relação entre principal e agente, em relação a assuntos e negócios que o primeiro tem atribuído ao segundo⁴⁹⁴.

O *Explanatory Report* ainda esclarece que a noção de “violação de dever” pode ser vinculada à ideia de “clandestinidade” na aceitação de uma vantagem em detrimento do principal, sem sua aceitação ou autorização⁴⁹⁵. O aludido relatório chega a dizer que essa “clandestinidade” é a “essência” do crime; que ameaça os interesses da relação principal – agente, tornando-a perigosa⁴⁹⁶.

Toda essa explicação conduz a doutrina a interpretar que muito embora Convenção de Estrasburgo e *Explanatory Report* identifiquem a corrupção como um comportamento pluriofensivo, no que diz respeito à corrupção no setor privado, o principal âmbito protetivo da norma incriminadora diz respeito justamente à confiança e à lealdade necessárias à subsistência hígida das relações privadas⁴⁹⁷.

⁴⁹² Ibid., p. 12.

⁴⁹³ Ibid., p. 12.

⁴⁹⁴ Ibid., p. 12; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 64 et seq.

⁴⁹⁵ COE. loc. cit.

⁴⁹⁶ Ibid., p. 12.

⁴⁹⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit..

Mais claro é dizer que a Convenção de Estrasburgo só estabelece como penalmente relevante a infração de deveres que implique violação de lealdade ou confiança no âmbito de uma relação principal – agente⁴⁹⁸. Gontijo bem registra que, vez inexistente a infração de deveres, nesses moldes concebidos, irrelevante se faz um ato socialmente reconhecido como corrupto para efeitos de subsunção à descrição dos comportamentos para a Convenção⁴⁹⁹.

Do raciocínio ora extraído do *Explanatory Report*, podemos concluir que o recebimento de vantagens, ainda que prejudicial à concorrência, a consumidores e terceiros, se autorizado ou aprovado pelo principal, não deve ser contemplado como delito de corrupção no setor privado. Dessa forma, a corrupção privada penalmente relevante para a Convenção de Estrasburgo é aquela que exprime comportamentos pertencentes à segunda dimensão significativa do conceito de corrupção. O texto supranacional adota, portanto, uma perspectiva essencialmente privatística de criminalização da corrupção no setor privado.

O texto supranacional e seu *Explanatory Report* ainda comportam outros aspectos interessantes, usualmente destacados pela doutrina. A Convenção de Estrasburgo, em seu art. 19.1, esclarece que em resposta às infrações previstas pelo texto supranacional, inclusive em relação àquelas de corrupção ativa e passiva no setor privado, os Estados signatários deverão estabelecer a aplicação de sanções e medidas efetivas, proporcionais e dissuasoras, incluindo penas privativas de liberdade e passíveis de extradição⁵⁰⁰.

O *Explanatory Report*, por outro lado, enfatiza a flexibilidade das normas que determinam a criminalização de condutas de corrupção privada, esclarecendo que no significado de “vantagem indevida”, não devem estar contempladas aquelas vantagens permitidas pelo sistema normativo⁵⁰¹. Também não devem estar abrangidas pela aludida expressão, aqueles presentes e hospitalidades de “valor irrisório” ou “socialmente aceitáveis”⁵⁰².

⁴⁹⁸ Ibid., p. 64.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 64.

⁵⁰⁰ COE, 1999a, p. 10.

⁵⁰¹ COE, 1999b, p. 8.

⁵⁰² Ibid., p. 8; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 65.

3.3.3.3 A Decisão-Quadro 2003/568/JAI de Bruxelas, do CUE

A literatura especializada suscita que ao fim do prazo estabelecido pela Ação Comum 98/742/JAI para que os Estados-membros dessem cumprimento às suas determinações, constatou-se que vários países ainda não haviam criminalizado a corrupção privada de acordo com as exigências do aludido instrumento supranacional⁵⁰³. Alguns sequer tinham tipificado um delito nesse sentido⁵⁰⁴.

A doutrina também mostra que o Tratado de Amsterdã, da UE, suprimiu as Ações Comuns como instrumentos normativos supranacionais, substituindo-as pelas “Decisões-Quadro”⁵⁰⁵. Essas assemelhavam-se àquelas, todavia obrigavam os Estados-membros da UE tão somente a atingir determinados objetivos, sem, contudo, determinar, de modo vinculante, forma e meios para o seu alcance⁵⁰⁶.

Diante dessa nova realidade, aos 2 de agosto de 2002, o Reino da Dinamarca propôs que se renovasse o pacto supranacional pela criminalização da corrupção privada, agora por meio de uma Decisão-Quadro⁵⁰⁷. O CUE, nesse sentido, aprovou em 22 de julho de 2003, em Bruxelas, a Decisão-Quadro 2003/568/JAI, que em seu art. 8º, revogou a Ação Comum 98/742/JAI, e se estabeleceu como o mais novo e relevante instrumento jurídico supranacional no plano comunitário europeu, sobre o tema da criminalização da corrupção no setor privado⁵⁰⁸.

Semelhantemente à Ação Comum 98/742/JAI, a Decisão-Quadro 2003/568/JAI enfatiza a relevância e a gravidade da corrupção entre particulares. Em seu preâmbulo, destaca em relação à relevância, que os Estados-membros da UE atribuem especial importância ao combate à corrupção no setor privado⁵⁰⁹.

Quanto à gravidade, o instrumento supranacional registra, também em seu preâmbulo, que a “corrupção constitui uma ameaça para uma sociedade cumpridora da lei, podendo conduzir a distorções da concorrência em relação à aquisição de bens ou serviços comerciais e prejudicar um são desenvolvimento económico”⁵¹⁰. Nesse sentido, autores como Muñoz

⁵⁰³ CERINA, Giorgio, op. cit., p. 119.

⁵⁰⁴ PALOMO DEL ARCO, Andrés, op. cit..

⁵⁰⁵ CERINA, Giorgio, op. cit., p. 115-116.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 115-116.

⁵⁰⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 65-66.

⁵⁰⁸ Ibid., p. 65.

⁵⁰⁹ CUE, 1998.

⁵¹⁰ Ibid..

Conde⁵¹¹, Rosas Oliva⁵¹², Gontijo⁵¹³ e Sanseverino⁵¹⁴ aduzem que o preâmbulo do novo documento persiste apontando a distorção da concorrência como um dos principais efeitos negativos provocados pela corrupção no setor privado.

A Decisão-Quadro 2003/568/JAI reforça em seu art. 9º, assim como fazia o art. 4º da Ação Comum 98/742/JAI, que suas determinações deveriam ser cumpridas pelos Estados-membros⁵¹⁵. Nesse sentido, a Decisão-Quadro estabeleceu como limite para o cumprimento de suas disposições, a data de 22 de julho de 2005. Nessa data, de acordo com o instrumento jurídico supranacional, os Estados-membros deveriam informar ao CUE quanto às medidas tomadas para o cumprimento da Decisão-Quadro⁵¹⁶.

A Decisão-Quadro, também de maneira semelhante à Ação Comum 742/98/JAI, determina que seus Estados-membros tomem medidas voltadas à criminalização de corrupções ativa e passiva no setor privado. Assim estabelece quanto ao conteúdo desses comportamentos:

Artigo 2º

Corrupção activa e passiva no sector privado

1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que sejam consideradas infracção penal as seguintes condutas voluntárias, praticadas no exercício de actividades profissionais:

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

Artigo 3º

Instigação, auxílio e cumplicidade

⁵¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte especial. 18. ed. ver. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 529.

⁵¹² ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 340.

⁵¹³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 66.

⁵¹⁴ SANSEVERINO, Enrico Rillo, op. cit., p. 26.

⁵¹⁵ CUE, 1998.

⁵¹⁶ Ibid..

Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que a instigação, o auxílio e a cumplicidade relativas à conduta referida no artigo 2.º sejam considerados infracção penal.⁵¹⁷

De acordo com as disposições acima, os comportamentos referentes à corrupção ativa no setor privado podem ser realizados por qualquer um⁵¹⁸. Os comportamentos relativos à corrupção privada passiva, por sua vez, podem ser realizados por aqueles que a qualquer título dirijam ou trabalhem em uma entidade do setor privado, e em razão dessa posição, possuam deveres aplicáveis à sua atividade profissional.

As disposições acima também se utilizam da convenção “violação do dever”, com o mesmo significado que o estabelecido na antiga Ação Comum⁵¹⁹. A mesma tradução à referência “violação do dever” é feita para a tradução oficial espanhola da Decisão-Quadro 2003/568/JAI. Por conseguinte, Gontijo repercute novamente corrente doutrinária que interpreta a referência “violação de dever” (na tradução espanhola, “*incumplimiento de las obligaciones*”⁵²⁰ como uma expressão que se relaciona à violação de obrigações entre agente e principal, embora conclua em uma interpretação sistêmica, ter adotado a Decisão-Quadro uma argumentação mista (publicística e privatística)⁵²¹.

Embora essa interpretação do significado de “violação do dever” esteja amparada por diversos nomes da doutrina, como mostra Gontijo, discordamos dessa interpretação por argumentos análogos àqueles expostos na análise da Ação Comum 98/742/JAI. A definição de “violação de dever” ou “*incumplimiento de las obligaciones*”, dada pela Decisão-Quadro 2003/568/JAI, em seu art. 1º não permite essa interpretação restrita do significado da aludida expressão.

A definição deixa claro em qualquer dos idiomas que se entende como “violação de dever”, no mínimo, “qualquer comportamento desleal que constitua violação de uma obrigação legal ou, consoante o caso, violação de instruções ou regras profissionais aplicáveis à actividade profissional de uma pessoa, que a qualquer título, dirija uma empresa do sector privado ou nela trabalhe”⁵²². Nesse sentido, ainda que por violação de “instruções ou regras profissionais aplicáveis à atividade profissional” seja possível compreensão por violação a instruções ou regras privadas estabelecidas no seio de uma relação principal – agente, soa

⁵¹⁷ Ibid..

⁵¹⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 67.

⁵¹⁹ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 341.

⁵²⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 187.

⁵²¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 68; SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 46.

⁵²² CUE, 1998.

demasiadamente restrita a interpretação que reduza toda a definição de “violação de dever” a uma traição principal – agente.

Gómez de la Torre e Cerina, nesse sentido, deixam claro que a dimensão de corrupção privada penalmente relevante para a Decisão-Quadro diz respeito também a um caráter público⁵²³. Nesse sentido, o instrumento supranacional em questão identifica como deveres a necessidade de cumprimento da lei e regulamentos profissionais aplicáveis ao setor de atividade de um sujeito.

Conteúdo de preâmbulo e disposições da Decisão-Quadro revela um cenário de referências cruzadas. Enquanto o preâmbulo deixa depreender que a medida de criminalização da corrupção entre particulares surge em decorrência dos efeitos negativos provenientes de sua dimensão publicística, as disposições de definições e de mandados de criminalização permitem depreender por uma perspectiva híbrida. A solução que entendemos que compatibiliza essa aparente contradição é compreender que a Decisão-Quadro veicula uma pretensão de necessidade de cariz misto ou híbrido⁵²⁴.

A criminalização determinada pelo instrumento supranacional em questão permite que violação a deveres decorrentes de instrumentos públicos ou privados possam servir como pressuposto à configuração de corrupção. A violação de dever decorrente de obrigação decorrente de acordo ou instrumento privado, contudo, só será penalmente relevante se dessa vier a decorrer danosidade a interesses ou à ordem concorrencial.

A disposição do art. 2º, 3. da Decisão-Quadro reforça a noção compreendida em seu preâmbulo, de que a salvaguarda da concorrência é a principal preocupação do documento supranacional em questão. Essa permitia que os Estados-membros restringissem o âmbito dos comportamentos proscritos pela Decisão-Quadro àquelas práticas de corrupção relacionadas com a aquisição de bens ou serviços comerciais, que impliquem ou possam implicar distorção da concorrência.

Quanto a essa disposição, a doutrina faz apontamentos que ressaltam a diferença do instrumento supranacional de 2003 em relação ao seu predecessor de 1998. Segundo Sanseverino, a Decisão-Quadro 2003/568/JAI abandonou a referência ao prejuízo econômico de terceiros como requisito para a configuração da corrupção privada penalmente relevante⁵²⁵. Para Gontijo⁵²⁶, a aludida disposição reforça a compreensão preambular do documento de que

⁵²³ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 188.

⁵²⁴ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 343.

⁵²⁵ SANSEVERINO, Enrico Rillo, op. cit., p. 42.

⁵²⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 66 et. seq..

a corrupção no setor privado penalmente relevante para a UE deve ser aquela que periga ou afeta a regularidade concorrencial.

A disposição do art. 2º, 3. da Decisão-Quadro, segundo a doutrina, era vista como uma regra que possibilitava que os Estados restringissem o âmbito da corrupção no setor privado penalmente relevante àqueles comportamentos que implicassem perigo concreto de distorção da concorrência⁵²⁷. A aludida disposição, contudo, perdeu validade, conforme estabeleceu a disposição do art. 2º, 4, da Decisão-Quadro. Nesse sentido, prevalece a noção de que a Decisão-Quadro 2003/568/JAI demanda que os comportamentos penalmente relevantes de corrupção privada sejam punidos simplesmente por representarem um perigo abstrato⁵²⁸.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao fato de que a Decisão-Quadro 2003/568/JAI diverge explicitamente da Convenção de Estrasburgo, ao dispor que a incriminação dos comportamentos de corrupção no setor privado deve se estender às atividades profissionais no âmbito de entidades sem fins lucrativos⁵²⁹. Nesse sentido, Sanseverino demonstra-se favorável a essa diferença trazida pela Decisão-Quadro. Aponta, por meio de recentes escândalos de organizações sem fins lucrativos do segmento desportivo, que a corrupção privada não se adstringe ao âmbito das atividades com fins lucrativos⁵³⁰.

Quanto às sanções, as disposições do art. 4º do aludido diploma supranacional estabelecem que os Estados-membros devem tomar as medidas necessárias para que os comportamentos de corrupção no setor privado descritos pelo texto da Decisão-Quadro sejam punidos com sanções penais efetivas, proporcionais e dissuasivas, de prisão variando entre um e três anos⁵³¹. Estabelecem, ainda, que pelo menos nos casos em que o sujeito ativo do delito ocupe posição dominante em uma organização, esse deve ficar temporariamente proibido do exercício da atividade profissional a qual estava exercendo e outras a essa comparáveis⁵³².

A entrada em vigor da aludida Decisão-Quadro foi responsável por um movimento legiferante em prol da criminalização da corrupção privada em diversos países. Contudo, conforme Gontijo⁵³³ explica, as diferenças interpretativas, bem como a ampla margem de discricionariedade à qual cada país dispõe para a criminalização da corrupção entre particulares, fizeram com que na definição das estruturas típicas, surgissem o que hoje a literatura especializada chama de modelos de criminalização. A grande variação desses

⁵²⁷ SANSEVERINO, Enrico Rilho. loc. cit..

⁵²⁸ Ibid., p. 43-44.

⁵²⁹ Ibid., p. 41.

⁵³⁰ Ibid., p. 41-42.

⁵³¹ CUE, 1998.

⁵³² Ibid..

⁵³³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 68.

modelos, segundo o autor, prejudica um harmonioso combate à corrupção no continente europeu.

3.3.4 A Convenção de Maputo sobre Corrupção, da UA

As iniciativas supranacionais de um combate concertado entre países de um continente ou região do globo para o combate à corrupção privada não se limitam ao continente europeu. Na África, movimento político-criminal semelhante àqueles realizados pela UE e pelo COE, na Europa, é realizado pela UA, bloco composto por todos os 55 Estados do continente africano que visa a integração desses países, por meio de objetivos em comum como a promoção da paz, da segurança e da estabilidade no referido continente, e a promoção e a proteção de direitos humanos.

Nesse sentido, a UA realizou no dia 11 de julho de 2003, em Maputo, Moçambique, a “Convenção da União Africana sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção”⁵³⁴. Essa Convenção, em seu preâmbulo, evidencia a preocupação do bloco com “o impacto negativo da corrupção e da impunidade na estabilidade política, económica, social e cultural dos Estados Africanos e os seus efeitos devastadores sobre o desenvolvimento económico e social dos povos de África”⁵³⁵.

O preâmbulo da Convenção de Maputo consigna ainda que os Estados-partes da UA estão convencidos “da necessidade de formular e prosseguir, como questão prioritária, uma política penal comum com vista a proteger a sociedade da corrupção, incluindo a adopção de uma legislação apropriada e de medidas preventivas adequadas”⁵³⁶. Nesse sentido, como lembra Gontijo, a Convenção de Maputo estabelece como um de seus objetivos “coordenar e harmonizar as políticas e legislações entre os Estados Parte, com o objetivo de impedir, detectar, punir e erradicar a corrupção no Continente”⁵³⁷.

Entre as medidas estabelecidas no corpo do texto da Convenção de Maputo encontra-se justamente o combate à corrupção no setor privado. O art. 11º do documento supranacional dispõe que:

Artigo 11º

⁵³⁴ WEBB, Philippa, op. cit., p. 202; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 75.

⁵³⁵ Ibid., p. 75.

⁵³⁶ UA, op. cit., p. 2.

⁵³⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 76.

O Sector Privado

Os Estados Parte comprometem-se a:

1. Adoptar medidas legislativas e outras para impedir e combater os actos de corrupção e as infracções relacionadas cometidos pelo sector privado e pelos funcionários deste sector.
2. Estabelecer mecanismos para encorajar a participação do sector privado na luta contra a concorrência desleal, e para assegurar o respeito pelos contratos e os direitos de propriedade.
3. Adoptar quaisquer outras medidas julgadas necessárias para impedir que as companhias paguem subornos com o objetivo de ganhar contratos ou adjudicações.⁵³⁸

De maneira mais específica, o art. 4º, 1., “e”, da Convenção de Maputo, compreende comportamentos de corrupção privada ativa e passiva como “actos de corrupção e infracções relacionadas”⁵³⁹. Sem estabelecer a rubrica “corrupção privada”, assim descreve o aludido dispositivo, como atos de corrupção:

Artigo 4º

Âmbito de Aplicação

1. A presente Convenção aplica-se aos seguintes actos de corrupção e infracções relacionadas:

(...)

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

(f) a oferta, a entrega, a solicitação ou a aceitação, directa ou indirecta, ou da promessa de qualquer vantagem indevida a/ou por qualquer pessoa que afirme ou confirme que ele(a) é capaz de influenciar de forma irregular a tomada de decisão de uma pessoa que exerce funções no sector público ou privado em contrapartida desta vantagem, seja ela destinada a ele(a) próprio(a), ou a outra pessoa, bem como o pedido, o recebimento ou a outra pessoa, bem como o pedido, o recebimento ou a aceitação da oferta ou da promessa de uma tal vantagem, em compensação dessa influência, quer ela tenha efetivamente sido exercida quer ela tenha sido ou não determinada para obter o resultado pretendido;⁵⁴⁰

O art. 5º, 1, por sua vez, evidencia a opção do bloco africano pela solução penal criminalizante dos comportamentos acima citados⁵⁴¹. Assim estabelece a disposição:

⁵³⁸ UA, op. cit., p. 14.

⁵³⁹ Ibid., p. 7.

⁵⁴⁰ UA, op. cit., p. 7-8.

⁵⁴¹ Ibid., p. 9.

Artigo 5º

Medidas Legislativas e Outras

Para fins de aplicação do Artigo 2 da presente Convenção, os Estados Parte comprometem-se a:

1. Adotar as medidas legislativas e outras medidas necessárias para definir como crimes penais, os actos mencionados no artigo 4, parágrafo 1, da presente Convenção. [...] ⁵⁴²

Os comportamentos descritos pelo art. 4º, “e” e “f”, que abrangem não só relações entre público e privado, mas também entre particulares, devem ser criminalizados. Contudo, ao contrário das iniciativas europeias, a Convenção de Maputo não esclarece pelo seu texto ou por relatório anexo o que se compreende por “violação de deveres”⁵⁴³.

Gontijo afirma ser a redação da Convenção de Maputo “confusa e lacônica”⁵⁴⁴. Lacônica por, conforme explicitado, inexistir conceituação jurídica dos deveres cujo desrespeito caracterizaria corrupção. Confusa na medida em que, se por um lado o preâmbulo da Convenção de Maputo aponta preocupação inicial com a dimensão publicística da corrupção, como a regularidade concorrencial, por outro lado, entende que a redação do art. 11º, 3. do texto supranacional indicaria que por “dever” o texto da Convenção de Maputo diz respeito às obrigações firmadas no âmbito de uma relação principal – agente.

O autor afirma de maneira um tanto quanto apodítica que uma análise sistemática da Convenção de Maputo permitiria afirmar que os deveres cujo desrespeito, na forma dos dispositivos do art. 4º, “e” e “f”, implica corrupção, referem-se àqueles estabelecidos no âmbito da relação principal – agente. Discordamos, contudo, de sua posição.

Gontijo tem razão ao dizer que o instrumento supranacional africano possui uma redação lacônica. Contudo, a leitura do art. 11º, que trata mais detidamente do setor privado, parece apontar por meio de seu inciso “2.” que devem ser considerados “violação de dever” tanto comportamentos prejudiciais à concorrência, como ao patrimônio de terceiros decorrentes de direitos de propriedade, como ainda à fidúcia estabelecida por meio de contratos⁵⁴⁵.

Sustentamos dessa forma, contrariamente à posição de Gontijo, que a expressão “violação de deveres” deve ser interpretada extensivamente, de modo a estarem compreendidas nessa tanto violação de regras preestabelecidas por leis e regulamentos, como violação de regras preestabelecidas por contratos e outros documentos de natureza privada.

⁵⁴² Ibid., p. 9.

⁵⁴³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 76.

⁵⁴⁴ Ibid., p. 76.

⁵⁴⁵ UA, op. cit., p. 14.

Nesse sentido, compreendemos que uma análise conjunta de preâmbulo e dispositivos como o art. 11º, 2. da Convenção, permite concluir pela criminalização de ambas as dimensões significativas da corrupção privada, tanto a privatística como a publicística, alternativamente.

3.3.5 A Convenção de Mérida contra a Corrupção, da ONU

As iniciativas político-criminais voltadas à tipificação de um delito de corrupção privada não se restringem à realização de convenções e edição de instrumentos jurídicos por órgãos supranacionais de âmbito regional ou continental. Reverberam-se em um nível verdadeiramente global⁵⁴⁶. A maior expressão dessa afirmação encontra suporte em discussões encampadas pela ONU⁵⁴⁷.

A ONU, criada em 1945, hoje forma a maior associação de Estados no mundo, por meio de uma organização internacional composta de 191 Estados-partes⁵⁴⁸. Seus objetivos, conforme adscritos ao art. 1º de sua carta de formação, são: manter a paz e a segurança internacionais, desenvolver o bom relacionamento entre nações, desenvolver o bom relacionamento entre as nações, promover a cooperação internacional para solução de problemas econômicos, sociais, culturais e humanitários, e ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos.

Tendo isso em vista, a ONU, por meio da Assembleia Geral, seu principal órgão deliberativo, editou em 22 de janeiro de 2001, o documento intitulado Resolução 55/61: “[u]n instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción”⁵⁴⁹. Em seu conteúdo, a Assembleia Geral, além de registrar perceber o efeito corrosivo da corrupção na democracia, no desenvolvimento, no Estado de Direito e na atividade econômica, decide iniciar a elaboração de um amplo instrumento jurídico internacional voltado ao combate da corrupção⁵⁵⁰.

Gontijo registra que depois de mais de trinta reuniões, a ONU aprovou em dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México, a “Convenção das Nações Unidas contra a

⁵⁴⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 79.

⁵⁴⁷ Ibid., p. 79.

⁵⁴⁸ WEBB, Philippa, op. cit., p. 192; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 78.

⁵⁴⁹ ONU. **Resolución aprobada por la Asamblea General**: sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/55/593), 2001. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/RES/55/61>. Acesso em: 26 dez. 2021.

⁵⁵⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 78.

Corrupção”⁵⁵¹. Essa, segundo Gómez de la torre e Cerina⁵⁵², Gontijo⁵⁵³ e Sanseverino⁵⁵⁴, é considerada como o instrumento jurídico internacional mais completo e relevante sobre o tema de combate à corrupção⁵⁵⁵.

Mais completo, segundo Gontijo, porque além de dispor de mandados de criminalização e outras medidas de repressão à corrupção, também dispõe de mecanismos de prevenção às mais diferentes formas de corrupção⁵⁵⁶. Mais relevante, segundo o mesmo autor, pois, ao contrário dos instrumentos internacionais anteriores, a Convenção de Mérida possui abrangência verdadeiramente global, decorrente da ONU, a mais representativa organização supraestatal existente⁵⁵⁷. Nesse sentido, informações da ONU revelam que 188 de seus Estados-partes assinaram e ratificaram a Convenção no âmbito de seus sistemas jurídico-normativos internos⁵⁵⁸.

A Convenção de Mérida, em seu preâmbulo, da mesma forma que os anteriores instrumentos já cotejados, também destaca preocupação de seus Estados-partes. Segundo essa, demonstram-se:

Os Estados Partes da presente convenção,
Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito;
Preocupados também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro;
Preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos;
Convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela [...],⁵⁵⁹

⁵⁵¹ Ibid., p. 78.

⁵⁵² GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 189.

⁵⁵³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 79.

⁵⁵⁴ SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 47.

⁵⁵⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit..

⁵⁵⁶ Ibid., p. 79.

⁵⁵⁷ Ibid., p. 79.

⁵⁵⁸ Vide mapa atual de Estados-partes que assinaram e ratificaram a Convenção de Mérida: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>. Acesso em: 4 nov. 2021.

⁵⁵⁹ ONU, 2003 p. 4.

O texto registra que os Estados-partes da Convenção de Mérida se mostram preocupados quanto à gravidade dos problemas e ameaças da corrupção às estabilidade e segurança das sociedades, na medida em que essa mina instituições e valores da democracia, valores éticos e justiça, bem como compromete o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito.

Apesar das preocupações supramencionadas, registram Gómez de la Torre e Cerina⁵⁶⁰ que a Convenção da ONU não chegou a estabelecer um conceito propriamente dito de corrupção ou de corrupção privada. Apesar de diferentes delegações de países terem propugnado propostas de definições, não conseguiram chegar a um acordo⁵⁶¹.

A Convenção, nesse sentido, seguiu, segundo Gómez de la Torre e Cerina, um método indutivo, conforme proposto desde o início das tratativas do documento, pela Colômbia. Segundo manifestação do país, “*si no se podía llegar a un acuerdo sobre una definición suficientemente amplia, la Convención no debería incluir una definición de la corrupción, sino que debería concretar y penalizar actos de corrupción en el capítulo dedicado a la penalización*”⁵⁶².

A despeito da falta de conclusão quanto ao conceito de corrupção, uma das minutas geradas no curso das discussões de elaboração do documento final da Convenção revela que:

*Durante la primera lectura del proyecto de texto en el primer período de sesiones del Comité Especial, la mayor parte de las delegaciones dijo que la Convención estaría incompleta si no contenía una disposición sobre la corrupción en el sector privado y abogó por que se incluyera este artículo (Artículo 32. Penalización de los actos de corrupción cometidos en el sector privado), dado que abordaba un fenómeno de de especial importancia en la era de la mundialización, cuyas ramificaciones se extendían a aspectos cada vez más numerosos de las esferas económica y social.*⁵⁶³

⁵⁶⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 189 et seq.

⁵⁶¹ Ibid., p. 190.

⁵⁶² Ibid., p. 190.

⁵⁶³ Trecho original em: ONU. **Travaux préparatoires**: de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2012, p. 220. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Travaux/Travaux_Preparatoires_-_UNCAC_S.pdf. Acesso em: 28 dez. 2021. Tradução nossa:

“Durante a primeira leitura do texto preliminar na primeira sessão do Comitê Ad Hoc, a maioria das delegações declarou que a Convenção estaria incompleta sem uma disposição sobre corrupção no setor privado e defendeu a inclusão deste artigo (Artigo 32. Criminalização de atos de corrupção cometidos no setor privado), uma vez que abordou um fenômeno de particular importância na era da globalização, cujas ramificações se estenderam a aspectos crescentes das esferas econômica e social.”

Nesse sentido, mostram Gontijo⁵⁶⁴ e Sanseverino⁵⁶⁵, que assim estabelece a Convenção de Mérida, em seu art. 21, quanto aos comportamentos de corrupção privada cujos Estados-partes devem considerar a possibilidade de criminalização:

Article 21.

Bribery in the private sector

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

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

(b) The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting.⁵⁶⁶

Dessa forma, como salienta Gontijo⁵⁶⁷, a disposição do art. 21, “a” compreende como comportamentos de corrupção privada ativa penalmente relevantes: a promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de uma vantagem indevida que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando aos seus deveres, atue ou se abstenha de atuar.

A disposição do art. 21, “b”, por sua vez, compreende como comportamentos de corrupção privada penalmente relevantes: a solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função

⁵⁶⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 81.

⁵⁶⁵ SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 47.

⁵⁶⁶ Trecho original em: ONU. **United Nations Convention Against Corruption**, New York, 2004, p. 19. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf. Acesso em: 28 dez. 2021. Segundo tradução da ONU: “Artigo 21. Suborno no setor privado. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais: a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar; b) A solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.”; ONU, 2003, op. cit., p. 21-22.

⁵⁶⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 81-82.

nela, de uma vantagem indevida que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando aos seus deveres, atue ou se abstenha de atuar⁵⁶⁸.

As disposições do art. 21 da Convenção de Mérida, relativas à corrupção (ou “suborno”) no setor privado, ensina Sanseverino⁵⁶⁹, apresentam uma obrigação aos Estados-partes bastante peculiar, se comparada às obrigações estabelecidas nos demais instrumentos e convenções analisados.

A Convenção da ONU não estabelece, na disposição de seu art. 21, uma obrigação direta de criminalização da corrupção entre particulares aos Estados-partes, como faz no caso da corrupção envolvendo agentes públicos nacionais, em seu art 15⁵⁷⁰. Nesse, o texto se utiliza da expressão “[e]ach State **shall adopt** (...)”, de modo a expressar obrigação direta de que os Estados-partes qualifiquem a corrupção envolvendo agentes públicos nacionais como delito⁵⁷¹.

Por outro lado, a disposição de seu art. 21 também não deve ser interpretada como mera recomendação, como faz no caso da criminalização da tentativa e da preparação de delitos de corrupção, nas disposições do art. 27, ns. 2 e 3⁵⁷². Nessas, o texto se utiliza da expressão “[e]ach State Party **may adopt** (...)”, de modo a expressar mera recomendação de que os Estados-partes venham a qualificar como delito, a tentativa ou preparação de delitos de corrupção⁵⁷³.

A leitura da disposição do art. 21 da Convenção de Mérida reflete, segundo Gómez de la Torre e Cerina⁵⁷⁴, e Sanseverino⁵⁷⁵, um terceiro modelo de redação. A Convenção da ONU, nesse sentido, estabelece que “[e]ach State Party **shall consider adopting** (...)”, de maneira a expressar um grau de obrigação intermediário àqueles apresentados nas disposições dos arts. 21 e 27, ns. 2 e 3.

Gómez de la Torre e Cerina⁵⁷⁶, e Sanseverino⁵⁷⁷, nesse sentido, defendem que a disposição exige que os Estados-partes consubstanciem discussão pela possibilidade de criminalização da corrupção privada. O cumprimento dessa obrigação poderia ser contatado, na lição desses autores, na medida em que os Estados-partes pelo menos submetessem à

⁵⁶⁸ Ibid., p. 82.

⁵⁶⁹ SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 47-48.

⁵⁷⁰ ONU, 2003 p. 17; SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 48.

⁵⁷¹ ONU. loc. cit.; SANSEVERINO, Enrico Rilho. loc. cit..

⁵⁷² ONU, 2003 p. 22.

⁵⁷³ SANSEVERINO, Enrico Rilho. loc. cit..

⁵⁷⁴ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 191 et seq.

⁵⁷⁵ SANSEVERINO, Enrico Rilho. loc. cit.

⁵⁷⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio. loc. cit..

⁵⁷⁷ SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 47-48.

discussão de seus órgãos legislativos competentes, a possibilidade de criminalização da corrupção no setor privado no âmbito legislativo interno, ainda que essa seja ao final rejeitada⁵⁷⁸.

A razão para essa peculiar redação da Convenção, segundo Gontijo⁵⁷⁹, decorre da pressão dos EUA que se contrapuseram à exigência comunitária de que os comportamentos de corrupção no setor privado fossem criminalizados no âmbito da legislação nacional de cada país. Embora diversos estados dos EUA contemplem a corrupção no setor privado como hipótese de crime estadual, a legislação federal norte-americana não possui propriamente um delito de corrupção privada.

Expondo a posição estadunidense, Gontijo salienta que oficiais do país alegavam, em síntese, que essa modalidade de corrupção não poderia ser equiparada penalmente à corrupção envolvendo agentes públicos, na medida em que sua danosidade se restringe ao âmbito de interesses exclusivamente privados⁵⁸⁰. Dessa forma, muito embora a Convenção de Mérida tenha disposição que obrigue seus Estados-partes a adotarem medidas para prevenção da corrupção no setor privado, prevendo sanções civis, administrativas ou penais, no que tange especificamente à criminalização, o instrumento internacional tão somente obriga os Estados-partes a considerarem sua criminalização⁵⁸¹.

Quanto aos argumentos utilizados para a fundamentação da criminalização da corrupção privada pela Convenção de Mérida, a doutrina esboça diferentes posicionamentos.

Por um lado, autores como Gontijo defendem que o texto teria adotado uma perspectiva eminentemente privatística de corrupção, buscando evitar a violação de deveres (“*breach of duties*”) estabelecidos no âmbito de relações principal – agente⁵⁸². Nesse sentido, o autor destaca trecho de um documento intitulado “*Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*” (Guia legislativa), emitido pela própria ONU⁵⁸³, que como o nome mostra, se refere a um guia de auxílio à aplicação da Convenção de Mérida.

⁵⁷⁸ Ibid., p. 48.

⁵⁷⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 80-81.

⁵⁸⁰ Ibid., p. 80.

⁵⁸¹ Ibid., p. 81.

⁵⁸² Ibid., p. 82.

⁵⁸³ ONU. **Guia legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**. Segunda Edición Revisada. Naciones Unidas: Nueva York, 2012. Disponível: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf. Acesso em: 5 nov. 2021.

Embora o próprio documento ressalte que “*la Guía no tiene por finalidad ofrecer una interpretación jurídica definitiva de los artículos de la Convención*”⁵⁸⁴ e que “*la Guía no tiene fuerza legal*”⁵⁸⁵, autores como Gómez de la Torre e Cerina⁵⁸⁶ reconhecem que o documento “*tiene un indudable valor interpretativo*”.

Nesse sentido, Gontijo destaca o fato de que Convenção da ONU e Guia legislativa não fazem qualquer relação explícita quanto à disposição de criminalização da corrupção privada e eventual necessidade de salvaguarda à concorrência⁵⁸⁷. Complementa que o Guia legislativa esclarece necessidades de que essa criminalização ocorra, em busca do aprimoramento da “*integridade y honestidad en las actividades económicas, financieras o comerciales*”⁵⁸⁸.

A opinião que prevalece, contudo é outra, conforme registra Sanseverino⁵⁸⁹. Autores como Militello⁵⁹⁰ e Gómez de la Torre e Cerina⁵⁹¹ sustentam que a Convenção de Mérida teria privilegiado uma perspectiva híbrida que contempla a criminalização da corrupção privada tanto por necessidades de cariz publicístico, como as alegadas pelo preâmbulo do documento jurídico internacional, quanto de índole privatística, como é possível extrair da interpretação dada pela Guia legislativa.

Essa perspectiva parece ser a mais coerente, na medida em que o texto final do art. 21 da Convenção da ONU não limita o âmbito de significado estabelecido pela referência “*violação de deveres*” (“*breach of duties*”) a atos de infidelidade ao principal ou atos anticoncorrenciais⁵⁹². Desse modo, por exemplo, entende a maior parte da doutrina, que a expressão “*violação de deveres*” deve ser interpretada extensivamente, como violação de deveres que decorram de leis e regulamentos, em uma perspectiva publicística, bem como contratos, códigos de conduta e até mesmo instruções, em uma perspectiva privatística⁵⁹³.

A disposição relativa à obrigatoriedade de se considerar a criminalização da corrupção privada abrange não somente o setor das atividades empresariais (comerciais), mas também as atividades econômicas e financeiras⁵⁹⁴. Gómez de la Torre e Cerina, nesse sentido, apontam

⁵⁸⁴ Ibid., p. iv.

⁵⁸⁵ Ibid., p. iv.

⁵⁸⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 194.

⁵⁸⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 82.

⁵⁸⁸ Ibid., p. 82.

⁵⁸⁹ SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 48-52.

⁵⁹⁰ MILITELLO, Vincenzo, 2003, p. 368.

⁵⁹¹ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio. loc. cit..

⁵⁹² ONU, 2003.

⁵⁹³ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 195; SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 51-52.

⁵⁹⁴ SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 48.

que tais referências não esclarecem se em determinadas atividades sem fins lucrativos poderia ocorrer corrupção privada penalmente relevante. Esses autores concluem que essa questão depende de complemento legislativo ou jurisprudencial no âmbito interno de cada Estado-parte⁵⁹⁵.

3.4 Movimentos doutrinários estrangeiros e internacionais de criminalização da corrupção entre particulares

A literatura especializada registra que além de movimentos políticos, setores doutrinários estrangeiros e internacionais esboçam a necessidade e adequabilidade da criminalização da corrupção entre particulares. Duas propostas doutrinárias comumente referenciadas nesse sentido são: o *Model Penal Code*, nos EUA⁵⁹⁶, e a proposta dos *Eurodelitos*, na Europa⁵⁹⁷.

3.4.1 Model Penal Code, nos EUA

A primeira proposta doutrinária referida, o *Model Penal Code* (MPC), dá-se nos EUA. No país, há 52 códigos penais, referentes ao CP federal, ao CP do Distrito de Columbia e a 50 outros CPs, cada um de um dos 50 estados dos EUA⁵⁹⁸. Nesse sentido, a doutrina norte-americana, em uma aproximação histórico-jurídica, avalia criticamente que até meados do século XX, a maioria dos códigos penais estaduais dos EUA poderia ser considerada tão somente emaranhados de leis deflagradas para o cuidado de emergências que surgiam de tempos em tempos⁵⁹⁹.

Em meio a essa situação, existe o *American Law Institute* (ALI), uma organização não-governamental composta por juízes, advogados e professores de Direito nos EUA⁶⁰⁰. Esse

⁵⁹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, loc. cit..

⁵⁹⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 47.

⁵⁹⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 70-73. DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 108.

⁵⁹⁸ ROBINSON, Paul; DUBBER, Markus. An Introduction to the Model Penal Code of the American Law Institute. *SSRN Electronic Journal*. 2005, p. 1.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 3.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 3.

instituto tipicamente emite publicações acadêmicas intituladas “*Restatements of the Law*” (“Ajustes” ou “Correções” do Direito), voltadas a promover um guia para aplicadores da lei, resumizando e uniformizando princípios e regras de leis e ramos do Direito norte-americano⁶⁰¹.

A situação ainda mais caótica e assistemática do DP norte-americano fez com que o ALI não tentasse sumarizar e uniformizar as regras e princípios desse ramo do ordenamento, mas sim propor um CP modelo (“*Model Penal Code*”), desenhado a partir um exame e síntese das melhores práticas legislativas dos sistemas penais norte-americanos, com o objetivo de estimular a padronização do DP desse país⁶⁰². Assim ocorreu, e após um período de vários anos de elaboração (1951-1962), foi publicado o MPC⁶⁰³.

Segundo Robinson e Dubber⁶⁰⁴, o MPC é “*the closest thing to being an American criminal code*”. Segundo os autores, é possível afirmar isso em decorrência do caráter demasiadamente assistemático e incompleto do CP federal americano⁶⁰⁵.

Dentro do conteúdo do MPC, encontra-se no artigo 224 (*Forgery and Fraudulent Practices – Falsificação e Práticas Fraudulentas*), a seção 224.8 de *Commercial Bribery and Breach of Duty to Act Disinterestedly – Corrupção privada e violação do dever de agir desinteressadamente*. O texto da seção assim dispõe:

Section 224.8 Commercial Bribery and Breach of Duty to Act Disinterestedly.
 (1) *A person commits a misdemeanor if he solicits, accepts or agrees to accept any benefit as consideration for knowingly violating or agreeing to violate a duty of fidelity to which he is subject as:*
 (a) *partner, agent, or employee of another;*
 (b) *trustee, guardian, or other fiduciary;*
 (c) *lawyer, physician, accountant, appraiser, or other professional adviser or informant;*
 (d) *officer, director, manager or other participant in the direction of the affairs of an incorporated or unincorporated association; or*
 (e) *arbitrator or other purportedly disinterested adjudicator or referee.*
 (2) *A person who holds himself out to the public as being engaged in the business of making disinterested selection, appraisal, or criticism of commodities or services commits a misdemeanor if he solicits, accepts or agrees to accept any benefit to influence his selection, appraisal or criticism.*
 (3) *A person commits a misdemeanor if he confers, or offers or agrees to confer, any benefit the acceptance of which would be criminal under this Section.*⁶⁰⁶

⁶⁰¹ Ibid., p. 3.

⁶⁰² Ibid., p. 3.

⁶⁰³ ALI. **Model Penal Code**. Filadélfia: American Law Institute, 1962.

⁶⁰⁴ ROBINSON, Paul; DUBBER, Markus. loc. cit..

⁶⁰⁵ Ibid., p. 2.

As disposições, em sua redação, buscam incriminar comportamentos de corrupção passiva e ativa entre particulares, tanto em uma perspectiva essencialmente privatística como em uma perspectiva publicística.

A subseção 224.8.(1) está relacionada com a perspectiva privatística de corrupção passiva no setor privado, como violação de um dever de fidelidade estabelecido numa relação do tipo principal – agente. Conforme esclarecem as notas explicativas do MPC, o dispositivo busca criminalizar comportamentos da pessoa que solicite, receba ou aceite receber vantagem em razão por conscientemente violar ou aceitar violar dever de fidelidade⁶⁰⁷. Nesse sentido, a regra estabelece uma série de personagens que possuem deveres de fidelidade, como o sócio, o mandatário, o empregado, o guardião, o advogado, o médico, o contador, o publicitário, etc⁶⁰⁸.

A literatura especializada, contudo, mostra que a seção 224 do MPC não adstringe a corrupção privada às relações de tipologia principal – agente. A subseção 224.8.(2), dessa maneira, está relacionada com a perspectiva publicística de corrupção passiva no setor privado. Nessa esteira, como mostram as notas explicativas do MPC, a referida disposição busca criminalizar comportamentos da pessoa que se apresenta ao público como alguém que faz avaliações ou críticas desinteressadas, mas que aceita remuneração para influenciar seu comportamento⁶⁰⁹.

A subseção 224.8.(3), por fim, complementa ambas as disposições das seções 224.8, (1) e (2), criminalizando as respectivas figuras ativas de corrupção privada. Nessa esteira, busca responsabilizar penalmente aquele que oferece ou entrega vantagem cuja aceitação seria criminosa de acordo com as demais subseções da seção 224.

⁶⁰⁶ Trecho original em: ALI. **Model Penal Code**, op. cit.. Tradução nossa:

“Seção 224.8 Suborno Comercial e Violação do Dever de Agir Desinteressadamente.

(1) Uma pessoa comete um delito se solicitar, aceitar ou concordar em aceitar qualquer benefício como consideração por violar conscientemente ou concordar em violar um dever de fidelidade ao qual está sujeita como:

(a) sócio, agente ou funcionário de outra pessoa;

(b) fiduciário, guardião, ou outro fiduciário;

(c) advogado, médico, contador, avaliador, ou outro conselheiro ou informante profissional;

(d) dirigente, diretor, gerente ou outro participante na direção dos assuntos de uma entidade regularmente registrada ou não; ou

(e) árbitro ou outro suposto árbitro ou árbitro imparcial.

(2) Uma pessoa que se mantém publicamente como estando envolvido no negócio de fazer seleção, avaliação ou crítica desinteressada de mercadorias ou serviços comete uma contravenção se solicitar, aceitar ou concordar em aceitar qualquer benefício para influenciar sua seleção, avaliação ou crítica.

(3) Uma pessoa comete um delito se ela conferir, oferecer ou concordar em conferir, qualquer benefício cuja aceitação seria criminosa nos termos desta Seção.”

⁶⁰⁷ Ibid., p. 156.

⁶⁰⁸ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 247.

⁶⁰⁹ ALI. **Model Penal Code**, op. cit., p. 156.

A doutrina revela que, desde 1962, mais da metade dos estados dos EUA editaram códigos penais com forte inspiração no MPC publicado pelo ALI. Em relação à corrupção privada, cerca de 38 dos 50 estados norte-americanos dispõem de estatutos que a criminalizam⁶¹⁰.

Essas normas, contudo, ainda se encontram bastante divididas entre disposições que se aplicam a um amplo contexto empresarial, como faz o MPC, e disposições que criminalizam tão somente a corrupção privada havida em determinados âmbitos e atividades, como nos setores bancário, desportivo e de transporte⁶¹¹.

3.4.2 Eurodelitos, na Europa

Uma outra proposta doutrinária bastante conhecida pela literatura especializada refere-se aos Eurodelitos. Trata-se de uma proposta criada no ano de 2002⁶¹², por um grupo de juristas, envolvendo nomes como Vogel, Schünemann, Nieto Martín, Foffani, e sob a direção de Tiedemann⁶¹³.

O projeto, conforme ensina Gontijo⁶¹⁴, buscou promover maior efetividade à repressão de determinados delitos que afligem de maneira mais agressiva os interesses comunitários na criação de um espaço de “liberdade, segurança e justiça”, como propugna o Tratado da UE. A proposta focou-se no tratamento de delitos econômicos e contra a administração pública. Nesse sentido, tratou de delitos de lavagem de dinheiro, abuso de funções públicas, e o tema desse texto, o delito de corrupção privada⁶¹⁵.

A percepção de Tiedemann era de que, muito embora a criminalização da corrupção privada fosse objeto de discussão de instrumentos como a Ação Comum 98/742/JAI e a Convenção Penal sobre a Corrupção de 1999, seu tratamento político-criminal persistia assistemático⁶¹⁶. No projeto dos Eurodelitos, foi previsto em capítulo relativo à tutela penal da concorrência, o art. 36, denominado “*Cohecho activo y passivo en el tráfico económico*”, o

⁶¹⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 250 et seq.

⁶¹¹ Ibid., p. 250.

⁶¹² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 71.

⁶¹³ TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.). **Eurodelitos**: el derecho penal económico en la Unión Europea: Cuenca: UCLM, 2004.

⁶¹⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 70-71.

⁶¹⁵ Ibid., p. 71.

⁶¹⁶ Ibid., p. 71.

que materialmente se corresponde ao delito de corrupção entre particulares. Assim seu texto dispôs:

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

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

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

2. Con la misma pena será sancionado el empleado o encargado de una empresa comercial que, en el tráfico económico, por sí sólo o mediante persona interpuesta, reciba, solicite o acepte la promesa de obtener una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero con el fin de favorecerle frente a otros en la adquisición de mercancías o servicios profesionales.⁶¹⁷

O art. 36. (1), como ensina Gontijo, refere-se ao ato de prometer, oferecer ou conceder a empregados ou encarregados de empresa comercial, no âmbito do tráfico econômico, vantagem indevida de qualquer natureza, para que haja favorecimento de competidor frente a outros agentes do mercado, na aquisição de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais prestados em um regime de concorrência. Trata-se, conforme entendimento do autor, ao delito de corrupção privada ativa⁶¹⁸.

O art. 36. (2), por sua vez, refere-se ao “recebimento, a solicitação e a aceitação de promessa de vantagem indevida, por empregados ou encarregados de empresas comerciais, quando tal comportamento tem como contrapartida o favorecimento de certos agentes no mercado em detrimento dos demais, na aquisição de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais”. Esse dispositivo, segundo Gontijo, trata da modalidade passiva da corrupção privada⁶¹⁹.

⁶¹⁷ Trecho original em: TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.), op. cit. Tradução nossa:

“2. Proteção criminal da concorrência (...).

36. Suborno ativo e passivo em transações comerciais

1. quem, sozinho ou através de um intermediário, prometer, oferecer ou conceder aos empregados ou gerentes de uma empresa comercial, no curso do comércio, uma vantagem indevida para si ou para terceiros como contrapartida por favorecê-lo ou a terceiros na compra de bens ou serviços profissionais que prestam num ambiente competitivo, será punido por (...) 2. A mesma penalidade será imposta a qualquer funcionário ou gerente de uma empresa comercial que, no curso dos negócios, sozinho ou através de um intermediário, receba, solicite ou aceite uma promessa de obter uma vantagem indevida para si ou para terceiros, a fim de favorecê-lo em relação a outros na aquisição de bens ou serviços profissionais.”

⁶¹⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 73.

⁶¹⁹ Ibid., p. 73.

A análise do dispositivo permite concluir que a proposta interpreta como penalmente relevantes corrupções ativa e passiva no setor privado em sua dimensão publicística de danosidade relativa a interesses de competidores e concorrentes. Nesse sentido, é importante notar que para a configuração do delito de *[c]ohecho activo y passivo em el tráfico económico* não se faz relevante a violação de deveres no âmbito de uma relação principal – agente.

A proposta, nesse sentido, sequer traz consigo a comum referência da “violação de deveres”, utilizada em outros documentos e propostas de criminalização da corrupção privada. Desse modo, como salienta Gontijo⁶²⁰, citando Arroyo Zapatero e Nieto Martín, a proposta dos Eurodelitos contempla uma perspectiva de criminalização da corrupção privada voltada à salvaguarda dos mercados competitivos.

Gontijo, focando-se na modalidade passiva, faz crítica à redação do delito de corrupção privada, apresentada pelo projeto dos Eurodelitos. Argumenta que o dispositivo restringe o rol de sujeitos ativos do delito a empregados e encarregados, excluindo da proibição penal, a prática de comportamentos similares perpetradas pelos proprietários e administradores de uma empresa⁶²¹.

A crítica, contudo, não procede. A expressão “*encargados de una empresa comercial*” parece-nos conseguir alcançar, sem qualquer problema, sócios e administradores da entidade, se assim estiverem dela encarregados. Nesse sentido, compreendemos que a expressão não alcança tão somente aqueles sócios e administradores passivos, que não determinam nem concorrem, de maneira comissiva ou omissiva, para os comportamentos contemplados pelo art. 36 da proposta.

A análise feita até aqui permite percebermos que o debate sobre a corrupção privada nasce no plano estrangeiro, como desdobramento de uma discussão voltada ao combate à criminalização da corrupção transnacional. A partir de então, variadas movimentações internacionais buscaram tratar sobre o tema.

Conquanto discrepem nos argumentos utilizados, é possível afirmarmos que tais iniciativas convergem no sentido de sustentarem a necessidade de criminalização da corrupção entre particulares. Resta sabermos, para o propósito ao qual se volta a presente pesquisa, se o debate sobre o tema tem sido feito também no Brasil. Ademais, faz-se necessário sabermos se a percepção pela necessidade de criminalização da corrupção privada também tem encontrado amparo em movimentos e iniciativas nacionais.

⁶²⁰ Ibid., p. 75.

⁶²¹ Ibid., p. 73-74.

Por opções metodológicas, buscamos nos próximos tópicos mostrar as iniciativas nacionais e as informações por elas trazidas que nos auxiliem a concluir pela existência ou não, de percepção pela necessidade de criminalização da corrupção privada no país. A discussão dogmática e quanto às forças e fragilidades de cada uma dessas iniciativas será feita oportunamente, em seção posterior.

3.5 Da internalização do debate à proliferação de iniciativas brasileiras

Apontamentos feitos nos tópicos acima mostram que a doutrina reconhece que, apesar de não ser tratada formalmente como “corrupção privada”, uma parcela de comportamentos discutidos pelas iniciativas internacionais é social e normativamente reconhecida e negativamente reprovada pelo sistema jurídico brasileiro⁶²². As disposições dos incisos IX e X do art. 195 da LPI, e dos arts. 41-C e 41-D do Estatuto do Torcedor servem de exemplo nesse sentido⁶²³.

A comunidade jurídica brasileira só passou a tratar tais comportamentos expressamente como “corrupção entre particulares” e expressões análogas, quando as discussões sobre a criminalização da corrupção privada alçaram abrangência global, com as discussões realizadas pela Convenção de Mérida, em 2003⁶²⁴. O Brasil, que assinou a aludida convenção no ano de sua realização, a internalizou por meio do Decreto n. 5.687/2006⁶²⁵.

Essa internalização trouxe consigo o compromisso constante no art. 21 do documento internacional, já analisado anteriormente, que fazia referência à obrigação de que cada Estado-parte da Convenção ao menos considerasse a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles, necessárias a tipificação penal da corrupção privada (pela versão traduzida e promulgada pela Convenção “[s]uborno no setor privado”)⁶²⁶.

Embora o desconhecimento quanto à corrupção privada ainda habite grande parte do setor doutrinário da América Latina⁶²⁷, cuja tradição jurídica demonstra ter se apegado à

⁶²² PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro, op. cit., p. 3.

⁶²³ CERQUEIRA, Consuello Alcon Fadul, op. cit., p. 10-11.

⁶²⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 79.

⁶²⁵ BRASIL. **DECRETO N. 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006**; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 79; GONÇALVES DE GODOI, Carlos Eduardo, 2020, p. 176; MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 62.

⁶²⁶ BRASIL. **DECRETO N. 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006**; GONÇALVES DE GODOI, Carlos Eduardo, 2020, p. 179.

⁶²⁷ ANJOS, Isabela Andreazza dos; GUARAGNI, Fábio André, op. cit., p. 1.

primeira dimensão significativa da corrupção, é possível percebermos, desde o início dos anos 2000, manifestação doutrinária sustentando a necessidade da criminalização da corrupção privada no Brasil⁶²⁸. Ainda nesse sentido, destaca-se a explícita defesa de Reale Júnior, autor que declarou, ainda em 2004, filiar-se “à diretriz européia no sentido da necessidade e relevo de se criminalizar a corrupção privada”⁶²⁹.

Apesar da aludida internalização da Convenção de Mérida e da existência de algumas manifestações doutrinárias em defesa da necessidade de criminalização da corrupção privada, o Governo Federal, como nos lembra Gonçalves de Godoi, permaneceu inerte, sem externalizar qualquer medida no sentido de dar cumprimento à referida obrigação⁶³⁰. O silêncio por parte do Governo Federal não impediu, contudo, que iniciativas em diversas ocasiões viessem a deflagrar a discussão no cenário nacional⁶³¹.

Uma primeira iniciativa nesse sentido foi realizada pela ENCCLA. A rede de articulação, composta por mais de 80 órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, das esferas federal, estadual e em alguns casos, municipal, e pelo MP de diferentes esferas, promove, por meio de discussões organizadas ao longo de períodos de um ano, as denominadas “Ações”; trabalhos e estudos com o objetivo de formulação de políticas públicas e soluções voltadas a temas de corrupção e lavagem de dinheiro⁶³².

Em 2010, a ENCCLA iniciou por meio da “Ação 02/2010”, discussões voltadas à elaboração de “propostas de tipos penais ainda não existentes no ordenamento jurídico, a fim de atender aos Tratados e Convenções já internalizados”. O sítio eletrônico da referida rede de articulações destaca que a ação foi conduzida sob a responsabilidade da CGU. Ademais, a referida medida contou com a participação de vários órgãos, quais sejam: “DPF, MPF, FEBRABAN, CONCP, BACEN, AJUFE, MP/BA ANAUNI, AGU, CVM, MP/RJ, MP/SP, PGFN, COAF, SNJ, AECI/MJ, AMAERJ, MRE, TRF 2, GNCOC, SAL/MJ, MPDFT”⁶³³. A abrangência de diferentes órgãos, nesse sentido, é notada como indício de interesse sobre a questão.

As discussões da Ação 02/2010 se estenderam para o ano seguinte, por meio da “Ação 06/2011”. Essa, diferente da anterior, foi coordenada conjuntamente, além da CGU, pela AJUFE. Nas discussões dessa ação, os seguintes órgãos colaboraram para as discussões:

⁶²⁸ OLIVEIRA, William Terra de; RIBEIRO, Darci Guimarães. Corrupción en el sector privado: Brasil. **Revista Penal**, p. 160.

⁶²⁹ REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., p. 19.

⁶³⁰ GONÇALVES DE GODOI, Carlos Eduardo, 2020, p. 182.

⁶³¹ MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 62 et seq.

⁶³² Informações presentes no sítio eletrônico: <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁶³³ Informações presentes no sítio eletrônico: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-para-2010>. Acesso em: 1 nov. 2021.

“MPF, DPF, CONJUR/MJ, SAL/MJ, AMAERJ, PGFN, STF, CNJ, MP/RJ, CNMP e ABIN”⁶³⁴.

A Ação 06/2011 teve como resultado, ao seu fim, a divulgação de um Anteprojeto de Lei (APL), por meio do qual a ENCCLA sugeria a inserção de um tipo penal de “suborno” (adotando expressão conforme à nomenclatura de corrupção adotada pelo Decreto n. 5.687), correspondente à corrupção privada. O proposto art. 177-A, cuja alocação sistemática propugnada busca aloca-lo no CPB, no título referente aos crimes contra o patrimônio, no capítulo relativo ao estelionato e outras fraudes, apresenta a seguinte redação:

Art. 177-A. Comete crime de suborno aquele que:

I - Oferece, promete ou concede, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente de pessoa jurídica de direito privado, nacional ou estrangeira, a fim de que este proporcione benefício para si ou para outrem; ou

II- recebe, solicita, exige ou aceita, direta ou indiretamente, vantagem indevida ou promessa de tal vantagem, na condição de agente de pessoa jurídica de direito privado, nacional ou estrangeira, para proporcionar benefício para si ou para outrem.

Pena – Reclusão de 2 a 12 anos, e multa.

Parágrafo Único: Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se agente o empregado, sócio, mandatário, preposto, diretor, administrador e representante de pessoa jurídica de direito privado, bem como aquele que a ela preste serviços sem vínculo de emprego, ainda que em decorrência de relação empregatícia com pessoa jurídica interposta.⁶³⁵

Conquanto estudos e materiais trocados entre os órgãos para a elaboração do aludido APL não tenham sido publicados, podemos inferir, a partir da ementa das Ações 02/2010 e 06/2011, que o principal argumento de necessidade alegado pela ENCCLA, para a tipificação proposta, consistiu na necessidade de cumprimento de um compromisso assumido pelo Brasil diante do plano comunitário internacional.

Outra iniciativa relativa à criminalização da corrupção entre particulares diz respeito à nova proposta de CPB, propugnada pelo PLS n. 236/2012 do Senado Federal⁶³⁶. O projeto, que recebeu duas emendas substitutivas do Relator, Senador Vital do Rego, tem em todas as

⁶³⁴ Informações presentes no sítio eletrônico: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2011>. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁶³⁵ MPPR. Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. **Corrupção privada. Proposta voltada à sua tipificação (Ação n. 5 de 2018 da ENCCLA)**. Curitiba. 2018, p. 4. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Corrupcao_Privada_-_CAOP_Crim_-_MPPR_-_versao_final.pdf. Acesso em 1º nov. 2021.

⁶³⁶ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 236**. Atual Relator: Senador Rodrigo Pacheco. Segunda emenda substitutiva do Senador Vital do Rego. Versão final apresentada em 17 de dezembro de 2014. 2014. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3518180&ts=1560373276323&disposition=inline>. Acesso em 3 ago. 2019.

suas versões a proposição de um tipo penal de “[c]orrupção entre particulares”. Sistemáticamente alocada dentro do título referente aos crimes contra o patrimônio, a disposição do art. 172 do PLS n. 236/2012 conta com a seguinte redação:

Corrupção entre particulares

Art. 172. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como empregado ou representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições:

Pena – prisão, de um a quatro anos.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao empregado ou representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.

§2º As penas serão aumentadas de um sexto até a metade se, em razão da conduta do agente, a empresa ou instituição privada sofrer prejuízo patrimonial.⁶³⁷

A proposta de tipificação penal da corrupção entre particulares do PLS n. 236/2012, não dispõe de texto em apartado que ressalte os argumentos alegados para a necessidade da referida criminalização propugnada. O que chama a atenção de propostas como o APL de 2011, proposto pela ENCCCLA, e o art. 172, proposto pelo PLS n. 236/2012, é o fato de que propugnam a criação de um tipo penal de corrupção entre particulares (ou “suborno”) compreendido como delito contra o patrimônio.

Essa característica destoa dos argumentos de necessidade invocados pelos diferentes documentos jurídicos supranacionais, conforme já analisado anteriormente⁶³⁸. Nesse sentido, Gontijo lembra que não há qualquer documento jurídico nos planos internacional e supranacional que entenda ser necessária a tipificação penal da corrupção privada do ponto de vista patrimonial em seu primeiro plano⁶³⁹.

O finado Professor Gomes, quando ainda deputado federal, analisou como relator do PL n. 3.163/2015, várias propostas que buscam tipificar a corrupção privada como crime contra o patrimônio (PL n. 3.438/2015 e PL n. 6.122/2016), reputando a estratégia como inadequada⁶⁴⁰. O referido autor entende que tal compreensão restringe indevidamente o

⁶³⁷ Ibid..

⁶³⁸ MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 74.

⁶³⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 191.

⁶⁴⁰ BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 3163, de 2015** (Relatório). 2019g. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1802798&filename=Parecer-CCJC-04-09-2019. Acesso em: 1º nov. 2021.

verdadeiro alcance normativo intencionado ao combate à corrupção privada pela maior parte das discussões nacionais e internacionais.

As discussões voltadas à necessidade de criminalização da corrupção privada catalisaram-se, contudo, não em decorrência da internalização da Convenção de Mérida no sistema jurídico brasileiro, mas a partir da ocorrência de uma série de escândalos de grande repercussão. Nesse sentido, faz-se importante lembrar os casos de corrupção privada ocorridos nos setores da saúde e do esporte⁶⁴¹, apurados, respectivamente, pela CPI da “máfia das órteses e próteses no Brasil” e pelas CPIs da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, relativas à “máfia do futebol”⁶⁴².

A primeira das CPIs mencionadas, conforme já tratado no tópico de argumentos favoráveis à criminalização da corrupção entre particulares, diz respeito à apuração de vários casos de denúncias de negociações realizadas, de um lado, por distribuidores e fabricantes de dispositivos médicos, como órteses e próteses, e de outro, médicos, hospitais e profissionais de regulação/fiscalização. Os primeiros ofertavam, davam ou concordavam em dar, vantagens de diferentes naturezas aos últimos, para que de diferentes formas fossem favorecidos, garantindo ou facilitando que seus produtos chegassem e fossem adquiridos pelos pacientes consumidores.

A CPI da “máfia das órteses e próteses” concluiu, em seu rf., ser necessária a criminalização desses comportamentos⁶⁴³. Para tanto, elaborou uma proposta de tipificação de um delito de “corrupção privada”, que foi deflagrada na Câmara dos Deputados por meio do PL n. 2.452/2015⁶⁴⁴, que assim tipifica na redação seu art. 2º, o delito de “corrupção privada”:

Corrupção privada

⁶⁴¹ GONÇALVES DE GODOI, Carlos Eduardo, 2020., p. 177.

⁶⁴² MACEDO DO PRADO, Rodolfo. **Clawback, Corrupção Privada e as Novas Medidas Contra a Corrupção - CONSULTOR PENAL**. CONSULTOR PENAL, 2018. Disponível em: <https://consultorpenal.com.br/clawback-corrupcao-privada-e-as-novas-medidas-contr-a-corrupcao/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁶⁴³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar a cartelização na fixação de preços e distribuição de órteses e próteses, inclusive, com a criação de artificial direcionamento da demanda e captura dos serviços médicos por interesses privados – máfia das órteses e próteses no Brasil. **Relatório Final**. 2015a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362241&filename=REL+2/2015+CPIORTES. Acesso em: 11 out. 2021.

⁶⁴⁴ Id. **Projeto de Lei n. 2.452, de 17 de julho de 2015**. Criminaliza as condutas perpetradas pela “Máfia das Órteses e Próteses”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015d. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1363473&filename=PL+2452/2015. Acesso em: 11 out. 2021.

Art. 2º Aceitar, solicitar ou exigir o profissional da saúde, em sua atividade profissional, vantagem financeira indevida de fabricante ou distribuidor de dispositivo médico implantável para utilização de seus produtos

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§1º Incorre nas mesmas penas quem paga, oferece ou promete a indevida vantagem financeira ao profissional da saúde.

§2º Equiparam-se a profissional da saúde, para efeitos deste artigo, as pessoas que estejam de qualquer forma vinculadas aos estabelecimentos dotados de características hospitalares.⁶⁴⁵

O texto da justificção do aludido PL se utiliza de argumentos que salientam a importância do combate às práticas de corrupção privada nos setores de saúde e de comercialização de dispositivos médicos implantáveis. Segundo o aludido texto, ao invés de o setor médico “zelar pela vida de seus pacientes”, estaria sendo responsável, junto com fabricantes, distribuidores e hospitais, por um “cenário grotesco e pernicioso que macula a saúde dos brasileiros”⁶⁴⁶.

Os argumentos trazidos demonstram uma perspectiva de necessidade de criminalização da corrupção privada em busca de oferecer defesa a interesses dos consumidores. Nesse sentido, é importante notar a preocupação com a dimensão pública da corrupção entre particulares ocorrida no setor de comercialização de dispositivos médicos implantáveis.

As CPIs relativas à “máfia do futebol”, buscaram apurar, separadamente na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a ocorrência de comportamentos de corrupção privada ocorridos no setor desportivo. Foram noticiados no ano de 2015 a ocorrência de esquemas de recebimento de propina a dirigentes de cúpula de organizações desportivas, por parte de empresas de material e marketing desportivo, para a aquisição de acordos de direitos de publicidade, mídia e marketing em torneios realizados por organizações como FIFA e CBF.

Em ambas as CPIs, foram apresentados relatórios finais nos quais, dentre as recomendações, constavam propugnações da tipificação penal de comportamentos de corrupção privada. Embora a CPI da Câmara dos Deputados tenha se encerrado sem que seu rf. fosse submetido à votação, a CPI do Senado Federal teve seu rf. aprovado, e teve a recomendação de criminalização da corrupção privada convertida em proposição legislativa, qual seja, o PLS 455/2016.

A proposta legislativa encampada pela CPI do futebol realizada pelo Senado se demonstrou muito mais abrangente que aquela apresentada pela CPI relativa à máfia das

⁶⁴⁵ Ibid..

⁶⁴⁶ Ibid., p. 4.

órteses e próteses. Ao invés de limitar o escopo de sua proposta ao setor desportivo, o PLS 455/2016 busca criminalizar comportamentos de corrupção entre particulares praticados por todo o setor privado. A proposta que se encontra em trâmite, busca inserir no título dos crimes contra a propriedade imaterial, do CP, o art. 196, de rubrica “[c]orrupção privada”, e com a seguinte redação:

Corrupção privada

Art. 196-A. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, o diretor, o administrador, o membro de conselho ou de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto, o representante ou o empregado da empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições:

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

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, a vantagem indevida.⁶⁴⁷

O texto do rf. da CPI do Senado que faz a recomendação pela criação dessa figura delitiva, salienta que apesar de haver dispositivos de *lege lata*, como os incisos IX e X do art. 195 da LPI, e de *lege ferenda*, como o art. 172, do PLS n. 236/2012, que se prestam a punir atos de corrupção entre particulares⁶⁴⁸. O aludido rf., contudo, sustenta que nenhum dos dispositivos citados tutela a concorrência e os interesses supraindividuais da sociedade⁶⁴⁹. Sustenta que a postura do legislador, até o momento:

demonstra desconsideração dos efeitos danosos advindos da prática de atos desleais, que se referem não apenas aos interesses dos empresários, mas também, e em maior medida, ao interesse coletivo dos consumidores e ao próprio interesse público do Estado, no que tange à manutenção de uma ordem concorrencial devidamente sanada.⁶⁵⁰

Alegando ser insuficiente o paradigma jurídico-penal de combate à corrupção existente até então, o rf. esclarece que a criminalização da corrupção privada por ele defendida se faz necessária, sobretudo pela necessidade de se tutelar a lealdade na

⁶⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 455, de 2016**, 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127764>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁴⁸ Id.. **CPI do Futebol**. Relatório final, 2015f, p. 185-186. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=1928&tp=4>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁴⁹ Ibid., p. 185-186.

⁶⁵⁰ Ibid., p. 185-186.

concorrência⁶⁵¹. Nesse sentido, fica demonstrada a encampação do argumento de necessidade pela danosidade a concorrentes, encampado pela aludida proposta.

Escândalos envolvendo práticas de corrupção privada não se limitaram àqueles apurados pelas referidas CPIs. Outro exemplo já citado anteriormente e que merece ser lembrado, segundo Gonçalves de Godoi, diz respeito à ocasião em que o ex-chefe do COB teria comprado votos de um integrante do COI, por meio de um suborno de cerca de US\$ 2 milhões, para garantir que o Rio de Janeiro fosse eleito como sede dos Jogos Olímpicos de 2016⁶⁵².

Seguiu, após os referidos escândalos e suas apurações, uma série de proposições nas casas legislativas brasileiras. Madeira⁶⁵³, nessa esteira, entabula mais de 10 projetos legislativos voltados à criminalização da corrupção privada que se encontram em tramite ou apensados a outros projetos em trâmite.

Além das propostas já citadas, duas outras propostas, publicadas no ano de 2018, e feitas por organizações vinculadas à sociedade civil e ao Poder Público, merecem ser mencionadas. Essas são a as “Novas Medidas Contra a Corrupção”⁶⁵⁴ e a “Ação 05/2018”⁶⁵⁵.

As “Novas Medidas Contra a Corrupção” trata-se de um movimento coordenado pela TI Brasil e pelas Escolas de Direito Rio e São Paulo da Fundação Getúlio Vargas⁶⁵⁶. Fruto da participação de mais de 200 organizações e indivíduos pareceristas com experiência em diversas áreas⁶⁵⁷, o projeto buscava retomar e ampliar reflexões sobre reformas anticorrupção inicialmente concebidas por um projeto criado pelo Ministério Público Federal: o “Dez Medidas Contra a Corrupção”⁶⁵⁸.

As “Novas Medidas Contra a Corrupção”, conforme sustenta o seu próprio texto, constitui-se no “maior pacote anticorrupção já desenvolvido no mundo”⁶⁵⁹. Reúne 70 medidas, incluindo anteprojetos de lei, propostas de emenda à Constituição, projetos de resolução e outras normas voltadas ao controle da corrupção⁶⁶⁰.

⁶⁵¹ Ibid., p. 186.

⁶⁵² GONÇALVES DE GODOI, Carlos Eduardo, 2020, p. 177.

⁶⁵³ MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 67 et seq.

⁶⁵⁴ MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno (Orgs.), op. cit., p. 65; MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 65.

⁶⁵⁵ ENCCLA. **ANTEPROJETO DE LEI**: tipifica a corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Disponível em: http://enccla.camara.leg.br/acoes/copy_of_ENCCLA2018Ao5Tipificaopenaldecorrupoprivada.pdf. Acesso em: 21 mar. 2021; MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 65.

⁶⁵⁶ MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno (Orgs.), op. cit., p. 12.

⁶⁵⁷ Ibid., p. 12.

⁶⁵⁸ Ibid., p. 4.

⁶⁵⁹ Ibid., p. 4.

⁶⁶⁰ Ibid., p. 4.

Uma das medidas apresentadas pela aludida iniciativa diz respeito justamente à criminalização da corrupção privada⁶⁶¹. O texto, em sua medida de n. 46, apresentou um APL, cuja redação assim propõe a tipificação penal da corrupção privada:

Art. 1º. Constitui crime de corrupção privada exigir, solicitar ou receber vantagem indevida, como sócio, dirigente, administrador, empregado ou representante de pessoa jurídica de direito privado, para beneficiar a si ou a terceiro, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de tal vantagem, a fim de realizar ou omitir ato em violação dos seus deveres funcionais.

Pena: reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem oferece, promete ou entrega, direta ou indiretamente, vantagem indevida a dirigente, administrador, empregado ou representante de pessoa jurídica de direito privado, a fim de realizar ou omitir ato em violação dos deveres funcionais.⁶⁶²

O texto, diferente das outras várias propostas, possui uma justificativa com fundamentação mais substancial. Entre seus argumentos para a justificação do APL, faz alusão ao art. 21 da Convenção de Mérida⁶⁶³. Apesar de a compreender como uma recomendação, sem qualquer vinculação obrigacional aos países signatários, busca salientar que diversos países com os quais o Brasil possui importantes relações comerciais já implementaram em suas legislações nacionais a criminalização da corrupção privada⁶⁶⁴.

O APL em questão também se refere aos efeitos negativos da corrupção privada reconhecidos pela Decisão-Quadro 2003/568/JAI, do CUE⁶⁶⁵. Nesse sentido relembra que a corrupção no setor privado possui efeitos deletérios a toda a sociedade cumpridora da lei⁶⁶⁶.

Em desenvolvimento próprio, o texto do APL argumenta que se faz necessário reconhecer que os efeitos negativos da corrupção privada extrapolam os limites dos aspectos patrimoniais, podendo gerar efeitos mais amplos. São exemplos citados pela justificativa do APL: “aumento de preços, perda de eficiência comercial, aumento artificial e desarrazoado de poder de mercado, dentre outros, que em última análise, ofendem a lealdade na concorrência”⁶⁶⁷.

⁶⁶¹ DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 147; MADEIRA, Patricia Queiroz. loc. cit..

⁶⁶² MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno (Orgs.), op. cit., p. 427.

⁶⁶³ Ibid., p. 427-428.

⁶⁶⁴ Ibid., p. 427-428.

⁶⁶⁵ Ibid., p. 428.

⁶⁶⁶ Ibid., p. 428.

⁶⁶⁷ Ibid., p. 428.

Com base nesses argumentos, o APL sustenta ser necessária a criminalização da corrupção privada por essa manifestar danosidade tanto em uma dimensão privatística, quanto em uma dimensão publicística. O delito de corrupção privada, nas palavras do APL deveria ser compreendido como um crime pluriofensivo⁶⁶⁸.

Outra iniciativa publicada no mesmo ano e de grande relevo é a Ação 05/2018, da ENCCLA. A mesma rede de articulação que foi pioneira na apresentação de propostas pela tipificação penal da corrupção privada, com as Ações 02/2010 e 06/2011, conduziu uma nova ação de 2018, com o objetivo específico de elaborar propostas de medidas voltadas ao combate da corrupção privada.

A proposta coordenada pelo MPF e pelo CNMP, contou com os seguintes órgãos colaboradores: ABIN, ADPF, AGU, AJUFE, ANAPE, AMPCON, ANPR, BCB, BNDES, CADE, CGE/MG, CGM/SP, CGU, CONACI, CVM, CJF, DREI, FEBRABAN, GNCOC, MDIC, MPDFT, MP/ GO, MP/PR, PGFN, PF, PG/DF, PREVIC, REDE e SUSEP⁶⁶⁹.

Ao final dos trabalhos, um dos resultados da Ação 05/2018 foi justamente a elaboração de um novo APL, com uma proposta de tipificação penal da corrupção privada. A redação do aludido APL assim dispõe sobre a criação de um tipo penal de corrupção privada:

Art. 1º A Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º-A. Constitui crime de corrupção privada exigir, solicitar ou receber vantagem indevida de qualquer natureza, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de tal vantagem, como sócio, conselheiro, dirigente, administrador, empregado, representante, colaborador ou indivíduo que, a qualquer título, exerça atividade em pessoa jurídica de direito privado, a fim de praticar, omitir ou retardar ato em violação aos seus deveres funcionais.
Pena – reclusão, de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem oferece, promete ou entrega, direta ou indiretamente, vantagem indevida, de qualquer natureza, a sócio, conselheiro, dirigente, administrador, empregado, representante, colaborador ou indivíduo que, a qualquer título, exerça atividade em pessoa jurídica de direito privado, para determina-lo a praticar, omitir ou retardar ato em violação aos seus deveres funcionais.”⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ Ibid., p. 428.

⁶⁶⁹ Informações presentes no sítio eletrônico: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2018-1>. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁶⁷⁰ ENCCLA, op. cit..

O APL de 2018 da ENCCLA, diferentemente das “Novas Medidas Contra a Corrupção”, não carrega consigo um texto de justificação. O que se consegue perceber é que a proposta da Ação 05/2018 aloca o tipo penal de corrupção privada dentro do capítulo relativo aos crimes contra a economia e as relações de consumo, da Lei n. 8.137/1990⁶⁷¹.

Dessa forma, segundo entendimento de Madeira⁶⁷², é possível compreendermos que a preocupação se criminalizar a corrupção entre particulares no Brasil estaria direcionada à prevenção da danosidade da corrupção privada não só de um ponto de vista individualista, em sua dimensão eminentemente privatística, mas também em sua dimensão publicística, sobretudo aquela que exprime danosidade às relações de consumo.

Além das iniciativas mais notórias, acima citadas, outras várias propostas de criminalização da corrupção privada foram deflagradas nas casas legislativas brasileiras desde os anos 2010. São exemplos nesse sentido: PL n. 3.163/2015⁶⁷³, PL n. 3.438/2015⁶⁷⁴, PL n. 6.122/2016⁶⁷⁵, PL n. 11.093/2018⁶⁷⁶, PL n. 11.171/2018⁶⁷⁷, PL n. 70/2019⁶⁷⁸, PL n. 181/2019⁶⁷⁹, PL n. 219/2019⁶⁸⁰, PL n. 709/2019⁶⁸¹, e PL n. 4.480/2020⁶⁸².

Esses projetos sustentam diferentes necessidades para a criminalização da corrupção privada, que variam desde a prevenção de que comportamentos de corrupção entre particulares promovam quebra de confiança de relações necessárias ao desenvolvimento econômico, causem prejuízos às empresas, deturpem a concorrência e prejudiquem interesses de consumidores.

⁶⁷¹ MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 65.

⁶⁷² Ibid., p. 65.

⁶⁷³ BRASIL. Câmara dos Deputados. 2015b.

⁶⁷⁴ Id.. **PL n. 3438/2015**, 2015c. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025092>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁷⁵ Id.. **PL n. 6122/2016**. Versão final apresentada em 4 de setembro de 2019. 2019c. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01849xtr948zxdidydsy2tz2451044056.node0?codteor=1802798&filename=Parecer-CCJC-04-09-2019. Acesso em 3 ago. 2021.

⁶⁷⁶ Id.. **PL n. 11093/2018**, 2018a. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2187930>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁷⁷ Id.. **PL n. 11171/2018**, 2018b. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2189007>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁷⁸ Id.. **PL n. 70/2019**, 2019d. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190512>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁷⁹ Id.. **PL n. 181/2019**, 2019a. Disponível

em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190684>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁸⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 219/2019**, 2019b. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190727>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁸¹ Id.. **PL n. 709/2019**, 2019e. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191837>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁸² Id.. **PL n. 4480/2020**, 2020a. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262112>. Acesso em: 22 out. 2021.

Chaves afirma que ainda existe certa escassez de dados estatísticos e estimativas oficiais, bem como pesquisas acadêmicas que versem sobre o assunto da corrupção privada no Brasil⁶⁸³. As causas para tanto são desconhecidas, sobretudo se tivermos em conta o número e a abrangência de órgãos envolvidos na produção de propostas e iniciativas voltadas à tipificação penal da corrupção entre particulares no Brasil⁶⁸⁴.

A despeito desse aparente descompasso doutrinário, é necessário observar que a produção acadêmica nacional relativa ao assunto tem aumentado consideravelmente a partir da década passada. Pode ser citado como exemplo disso, o “17º Seminário Internacional de Direito Penal”, realizado pelo IBCCrim, uma das maiores associações sobre DP no país⁶⁸⁵. O tema do aludido seminário foi “[a] corrupção no setor privado”, o que mostra o aumento de interesse da doutrina nacional em relação ao tema.

Se no início dos anos 2000, o tema contava com estudos isolados de autores brasileiros como Oliveira e Ribeiro⁶⁸⁶ e Reale Júnior⁶⁸⁷, a partir da década seguinte, vários trabalhos nacionais foram publicados em relação ao tema. Nesse sentido, sem pretensão exauriente, podemos citar os seguintes autores: Furtado⁶⁸⁸, Rizzo⁶⁸⁹, Brito⁶⁹⁰, Chaves⁶⁹¹, Ferreira⁶⁹², Gomes Junior⁶⁹³, Gontijo⁶⁹⁴, Prado e Rossetto⁶⁹⁵, Terra⁶⁹⁶, Camargo⁶⁹⁷, Sanseverino⁶⁹⁸,

⁶⁸³ CHAVES, Anna Cecília, op. cit., p. 234.

⁶⁸⁴ MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 61.

⁶⁸⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 131.

⁶⁸⁶ Cf. OLIVEIRA, William Terra de; RIBEIRO, Darci Guimarães. *Corrupción en el sector privado: Brasil. Revista Penal*.

⁶⁸⁷ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit..

⁶⁸⁸ Cf. FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. O combate à corrupção no setor privado - o crime de corrupção entre particulares do Art. 286 bis do Código Penal espanhol. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 221, p. 4-5, abr.. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=85941. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁶⁸⁹ Cf. RIZZO, Beatriz Dias. Corrupção entre particulares: só agora? E por que agora?. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 238, p. 12, set.. 2012. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=96620. Acesso em: 12 out. 2021.

⁶⁹⁰ Cf. BRITO, Alexis Couto de Brito. Brasil. In: PAUL WASSMER, Martin *et al.* *Sistemas penales comparados - corrupción en el sector público y privado (corruption in public and private sector): Alemania, Argentina, Brasil, Costa Rica, España, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Polonia, Turquía, Uruguay, Venezuela. Revista Penal*, Valencia, n. 32, p. 283-330, jul.. 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=101153. Acesso em: 22 dez. 2021.

⁶⁹¹ Cf. CHAVES, Anna Cecília, op. cit..

⁶⁹² Cf. FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 15, p. 140-177, jan./abr.. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128999. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁶⁹³ Cf. GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. Projeto de Código Penal em debate: o crime de corrupção privada e o PLS 236/2012. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 260, p. 17-19, jul.. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105255. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁶⁹⁴ Cf. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015.; Id.. É necessária a criminalização da "corrupção privada"? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 299, p. 2, out.. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138324. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁹⁵ Cf. PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro, op. cit..

Teixeira⁶⁹⁹, David⁷⁰⁰, Vieira⁷⁰¹, Cerqueira⁷⁰², Dos Anjos e Guaragni⁷⁰³, Gonçalves de Godoi⁷⁰⁴ e Madeira⁷⁰⁵.

Uma minoria, aqui exemplificada por Rizzo⁷⁰⁶ e Terra, demonstra-se explicitamente contrária à necessidade de criminalização da corrupção privada no Brasil. Segundo Rizzo⁷⁰⁷, “vivemos bem, desde sempre, sem esta incriminação. Há outras formas de reprovar e prevenir a corrupção entre particulares; há o Direito do Trabalho e há o Direito Civil”. Terra, por sua vez, justifica que falta dados empíricos e estatísticos acerca da corrupção entre particulares no Brasil⁷⁰⁸. Complementa que o que se faz necessário no país, em relação ao assunto, não é a criação de um novo tipo penal, mas o incremento da efetividade das normas penais incriminadoras já vigentes⁷⁰⁹.

Ao contrário dessas opiniões minoritárias, hoje a maior parte dos autores que escrevem sobre o assunto no país defende a necessidade de se proceder à criminalização da corrupção privada. Além do já citado Reale Júnior⁷¹⁰, são exemplos de autores que destacam explicitamente a necessidade de criminalização de comportamentos de corrupção privada no país: Chaves⁷¹¹, Gontijo⁷¹², Sanseverino⁷¹³, David⁷¹⁴ e Cerqueira⁷¹⁵. Desses, alguns chegam,

⁶⁹⁶ Cf. TERRA, William. É necessária a criminalização da "corrupção privada"?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 299, p. 3, out.. 2017. Disponível em:

http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138326. Acesso em: 22 out. 2021.

⁶⁹⁷ Cf. CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; LIMA, Vinicius e Melo. Sobre a criminalização da corrupção entre particulares e a tutela dos direitos humanos e fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 219-265, ago.. 2017.

⁶⁹⁸ Cf. SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit..

⁶⁹⁹ Cf. TEIXEIRA, Adriano, op. cit..

⁷⁰⁰ Cf. DAVID, Décio Franco, op. cit..

⁷⁰¹ Cf. VIEIRA, Guilherme Siqueira. Considerações acerca da política criminal comunitária europeia sobre o delito de corrupção privada e o interesse penalmente tutelado por ele. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 18-19, set.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153023. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁷⁰² Cf. CERQUEIRA, Consuello Alcon Fadul, op. cit..

⁷⁰³ Cf. ANJOS, Isabela Andreaza dos; GUARAGNI, Fábio André, op. cit..

⁷⁰⁴ Cf. GONÇALVES DE GODOI, Carlos Eduardo, 2020; Id.. El tratamiento jurídico-penal brasileño de la corrupción privada a partir de un análisis de derecho comparado. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, [S.l.], p. 685-732, mar. 2021. ISSN 2448-4873. Disponível em:

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/15633>. Acesso em: 1º nov. 2021.

⁷⁰⁵ Cf. MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 65.

⁷⁰⁶ Cf. RIZZO, Beatriz Dias. Corrupção entre particulares: só agora? E por que agora?. **Boletim IBCCRIM**, p. 12.

⁷⁰⁷ Ibid., p. 12.

⁷⁰⁸ Cf. TERRA, William. É necessária a criminalização da "corrupção privada"?. **Boletim IBCCRIM**, p. 3.

⁷⁰⁹ Ibid., p. 3.

⁷¹⁰ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., p. 19.

⁷¹¹ Cf. CHAVES, Anna Cecília, op. cit., p. 256-257.

⁷¹² Cf. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2017, p. 2.

⁷¹³ Cf. SANSEVERINO, Enrico Rilho, op. cit., p. 64-68.

⁷¹⁴ Cf. DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 6.

⁷¹⁵ Cf. CERQUEIRA, Consuello Alcon Fadul, op. cit., p. 12.

inclusive, a realizar proposição quanto à formatação da redação de um tipo penal de corrupção privada. São os casos de Reale Júnior⁷¹⁶, Gontijo⁷¹⁷ e David⁷¹⁸.

3.6 Síntese da parte II e conclusão parcial: predomina o entendimento pela necessidade de criminalização da corrupção entre particulares

Em **síntese**, embora seja necessário lembrar que persiste escassez de estudos empíricos e estatísticos sobre o tema, do ponto de vista discursivo, os argumentos favoráveis à necessidade de criminalização da corrupção privada não só conseguem rebater os argumentos contrários. Encontram, também, suporte em diversas intervenções discursivas capazes de representar um alinhamento político-criminal supranacional de amplitude global, no sentido de expressar reconhecimento e aceitação fáticos quanto à necessidade de criminalização da corrupção entre particulares.

No presente capítulo, pudemos observar que o tema em questão surgiu a partir de uma pressão estadunidense para que a corrupção transnacional fosse combatida no plano internacional. Por meio dessa empreitada, os EUA buscavam recuperar a reputação do país, abalada por escândalos após a Segunda Grande Guerra, sem que para tanto seus interesses econômicos tivessem de ser prejudicados.

Apesar desses aspectos oportunistas, percebemos que a discussão internacional logo superou a pauta inicialmente estabelecida pelos EUA. Várias e reiteradas manifestações políticas e doutrinárias passaram a defender a necessidade de reformulações do conceito e do tratamento jurídico-penal relativo à corrupção, de modo que esses passassem a contemplar, também, comportamentos perpetrados no âmbito de relações havidas entre particulares.

Os argumentos alegados para tanto discrepam entre si. Partem desde preocupações com efeitos negativos da corrupção privada à relação entre principal e agente; perpassam por uma preocupação maior com a danosidade à ordem concorrencial e às relações de consumo; e algumas chegam até a combinar, cumulativa ou alternativamente essas diferentes perspectivas.

⁷¹⁶ Cf. GONTIJO, Conrado. O crime de corrupção no setor privado: aspectos gerais e as propostas de sua tipificação na ordem jurídica brasileira. In: **LIVRO homenagem a Miguel Reale Júnior**. Coordenação de Janaína Conceição PASCHOAL, Renato de Mello Jorge SILVEIRA. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. 775 p., p. 131 et seq.

⁷¹⁷ Cf. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 206-228.

⁷¹⁸ Cf. DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 149-164.

A despeito dessa variedade argumentativa, as intervenções discursivas das associações de Estados e organizações internacionais mais relevantes contribuem para a percepção de formação de entendimento predominante, de abrangência mundial, quanto à necessidade de se promover um tratamento jurídico-penal a comportamentos de corrupção entre particulares.

No Brasil, notamos que o debate sobre a necessidade de criminalização da corrupção privada foi deflagrado principalmente pela assunção do compromisso internacional assumido a partir da Convenção de Mérida. Embora nenhum dos Poderes da República tenha manifestado expressamente qualquer iniciativa institucional no sentido de dar cumprimento ao aludido compromisso firmado no plano internacional, diferentes órgãos e entidades do setor público e da sociedade civil paulatinamente promoveram e promovem iniciativas que caminham no sentido de acolher os argumentos propalados no plano internacional.

As primeiras iniciativas nacionais denotam uma peculiar valoração quanto aos efeitos negativos da corrupção privada. Diferentemente do plano internacional, propostas como a da Ação 06/2011, da ENCCLA, e a do PLS n. 236/2012 do Senado Federal, buscaram elaborar tipos penais destinados ao tratamento jurídico-penal da corrupção em função de seus efeitos negativos ao patrimônio de empresas e instituições privadas.

Após a deflagração de escândalos de corrupção privada com grandes repercussões política e social, como a “máfia das órteses e próteses” e a “máfia do futebol”, propostas que destacam a necessidade de criminalização em função de efeitos negativos a concorrentes e consumidores foram feitas e ganharam destaque. Nesse sentido, o texto do PL n. 2.452/2015 salienta os efeitos negativos da corrupção entre médicos e fabricantes de órteses a pacientes, e o PLS n. 455/2016, por sua vez, ressalta o perigo da corrupção privada à salvaguarda da lealdade concorrencial.

Recentemente, novas propostas de criminalização da corrupção privada foram divulgadas por diferentes órgãos e entidades do Poder Público e da sociedade civil. Enquanto a Ação 05/2018 da ENCCLA busca estabelecer uma proposta voltada à salvaguarda da higidez das relações entre agente e principal, uma outra proposta, da iniciativa “Novas Medidas Contra a Corrupção” destaca a necessidade de que seja criado um tipo penal para a corrupção privada, em decorrência de seus efeitos danosos não só ao patrimônio de empresas, mas também a interesses de consumidores, da ordem econômica e da livre concorrência.

Por parte da literatura especializada, enquanto ainda é possível sentir a carência da doutrina pela realização de estudos empíricos e estatísticos que forneçam maior amparo ao plano discursivo, a percepção majoritária é de que a criminalização da corrupção privada se faz necessária. Assim como as propostas políticas internacionais e nacionais, bem como as

propostas doutrinárias internacionais, também divergem no que diz respeito ao argumento de necessidade que se faz mais importante, ou ainda quanto à melhor forma de se estabelecer um tratamento jurídico-penal a essa faceta da corrupção.

Diante do exposto, **concluimos** que no Brasil, de maneira semelhante ao que ocorre no exterior, diferentes intervenções discursivas indicam, em sua vasta maioria, pelo reconhecimento e aceitação da pretensão de que seja criado um tratamento jurídico-penal à corrupção privada. A conclusão positiva quanto à questão que indaga se se faz necessária a criminalização da corrupção privada no Brasil, abre margem a uma questão de ainda maior dificuldade de solução: como se deve criminalizar a corrupção privada?

A literatura especializada nos mostra que a priorização de um ou mais de um dos diferentes argumentos que endossam a necessidade de criminalização levará a formulações de tipos penais com características fortemente diferentes entre si. Nesse sentido, o presente texto se aproveita do maior período de experiência de sistemas normativos estrangeiros com a questão da criminalização da corrupção privada, para tentar concluir quanto à capacidade de rendimento das diferentes formas de criminalização da corrupção privada reconhecidas pela doutrina.

PARTE III: DISCUSSÃO DOGMÁTICA

4 MODELOS E PROPOSTAS DE CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES

Os estudos registrados nos capítulos anteriores demonstram que manifestações de *lege lata* e *lege ferenda* no Brasil indicam compatibilidade do discurso jurídico-penal contemporâneo à adoção de um conceito normativo-institucional de corrupção. Ademais, intervenções discursivas nacionais reproduzem o entendimento predominante político-criminal internacional, que compreende como necessária a criminalização da corrupção privada.

Esses aspectos sinalizam tendência de nosso país pelo acolhimento de contributos conceituais e político-criminais desenvolvidos pela literatura especializada estrangeira e internacional. Nesse contexto, é natural que surja questão que penetre o eixo de uma discussão não só político-criminal mas também dogmática, qual seja: os modelos criminalizantes, desenvolvidos e estudados pela literatura especializada estrangeira, são capazes de inspirar adequada tipificação penal da corrupção entre particulares?

Quando do estudo das iniciativas internacionais, mostramos que muito embora as diferentes organizações e associações de Estados congreguem coro pela necessidade de tipificação, essas divergem quanto aos argumentos que fundamentam essa necessidade⁷¹⁹. A doutrina ensina que no plano nacional de variados sistemas jurídicos, essas divergências se afiguram de maneira ainda mais pronunciada⁷²⁰.

A literatura especializada registra que, muito antes das discussões supranacionais, diversas nações já criminalizaram a corrupção entre particulares. Apenas para exemplificar, Inglaterra, Alemanha e França assim o fizeram no início do século XX, em 1906, 1909 e 1919, respectivamente⁷²¹. Outros exemplos, como Holanda, Suécia e Áustria, também antes das discussões supranacionais, criminalizaram a corrupção privada em 1967, 1978 e 1984⁷²². Um estudo do Instituto Max Planck de Friburgo, na Alemanha, mostra que já em 1997, antes

⁷¹⁹ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 209.

⁷²⁰ ANJOS, Isabela Andreazza dos; GUARAGNI, Fábio André, op. cit., p. 14.

⁷²¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 31. ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 163.

⁷²² Ibid., p. 31.

das iniciativas comunitárias europeias, a criminalização da corrupção privada na UE era regra, e não exceção⁷²³.

A literatura especializada sustenta, nesse sentido, que o processo de tipificação penal da corrupção privada se deu de maneira bastante fragmentada, descentralizada, variada e heterogênea entre as nações⁷²⁴. Os mais diferentes argumentos foram entoados para fundamentar e limitar a construção de tipos penais incriminadores⁷²⁵.

Gontijo⁷²⁶ exemplifica que na Alemanha se priorizou um tratamento jurídico-penal voltado à proteção da concorrência. Em França, por outro lado, buscou-se proteger lealdade e confiança das relações particulares. A Itália, por sua vez, preocupou-se em tipificar a corrupção privada buscando proteger o patrimônio empresarial em face de concretas lesões.

Teixeira⁷²⁷ ensina que as diferentes formas de se enxergar o âmbito protetivo para o qual a norma incriminadora deve ser produzida provocaram consequências diversas para a formação dos tipos penais de corrupção privada. A literatura especializada percebe, nesse sentido, que as estratégias e estruturas típicas utilizadas no processo de criminalização, a despeito de suas diferenças, compartilham traços comuns a partir de argumentos que lhe servem de justificação e se demonstram similares, de modo a comporem o que a doutrina chama de modelos de criminalização⁷²⁸.

Em decorrência desses aspectos, essas referências são comumente interpretadas sob o manto da noção de bem jurídico. A doutrina voltada ao estudo da criminalização da corrupção privada, salvo exceções⁷²⁹, realiza a promoção dessas referências ao posto de bens jurídicos de maneira um tanto quanto apodítica, ao passo que podem abrir margem a certas dúvidas de como é possível fazer essa operação.

Buscando fundamentar como é possível compreendermos as aludidas referências como possíveis bens jurídicos para a tipificação penal da corrupção privada, dedicamos algumas linhas para explicar o conceito adotado de bem jurídico no presente estudo, e como os bens jurídicos servem para estudar estratégias e estruturas usuais de tipificação penal da corrupção privada, por meio dos modelos criminalizantes.

⁷²³ FOFFANI, Luigi, 2009, p. 51; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 209; ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 326; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 163-164.

⁷²⁴ FOFFANI, Luigi, 2009, p. 151; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 15; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 164; DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 78.

⁷²⁵ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 326.

⁷²⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 32-33.

⁷²⁷ TEIXEIRA, Adriano, op. cit., p. 523.

⁷²⁸ Ibid., p. 523.

⁷²⁹ DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 44-46.

Após elucidarmos essas questões preliminares, analisaremos criticamente de maneira indutiva, os referidos modelos criminalizantes por meio de suas variantes mais conhecidas. Essa análise nos permitirá identificar qualidades e fragilidades de cada um dos modelos, que em seguida servirão para balizar um exame das principais propostas de *lege ferenda* brasileiras, e concluir pela capacidade dos modelos criminalizantes em renderem ou não, adequada tipificação penal da corrupção entre particulares.

4.1 Concepção procedimental de bem jurídico

A ideia de bem jurídico surge, segundo Schünemann⁷³⁰ e Galvão⁷³¹, atrelada ao reconhecimento da doutrina, de que a tipicidade não deve comportar tão somente uma dimensão formal expressa pela adequação entre descrição legal e comportamentos, mas também uma dimensão material, relativa à pretensão de prevenção de danos sociais. Essas ideias mencionadas de dimensão material e de “danosidade social”, segundo Busato⁷³², costumam estar sintetizadas de diferentes modos pela expressão “bem jurídico”.

Embora a noção de bem jurídico encontre grande acolhida por parte dos doutrinadores nacionais, sobretudo por carregar consigo uma função de limitação do poder punitivo estatal, Galvão ensina haver forte divergência quanto ao conteúdo material dessa expressão⁷³³. Várias perspectivas foram ofertadas pela doutrina, contudo, uma que ganhou maior destaque entre os penalistas brasileiros, é aquela que interpreta o bem jurídico como um objeto ideal de proteção⁷³⁴.

Essa perspectiva visa estabelecer um conteúdo ao bem jurídico transcendental ao Direito positivo⁷³⁵. Por meio de diferentes construções, segmentos doutrinários conceituam o bem jurídico como uma idealidade abstrata e pré-jurídica, caracterizada por certos traços definidores – o objeto ideal de proteção da norma penal incriminadora⁷³⁶.

⁷³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **¡El Derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!** Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007, p. 254.

⁷³¹ GALVÃO, Fernando, 2019, p. 227.

⁷³² BUSATO, Paulo Cesar, 2020, p. 509.

⁷³³ GALVÃO, Fernando, 2019, p. 228.

⁷³⁴ Ibid., p. 234.

⁷³⁵ Ibid., p. 234.

⁷³⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, op. cit., p. 827.

Ocorre que de modo paradoxal ao intento de tornar o conceito de bem jurídico objetivo, Vives Antón alerta que diferentes compreensões que compartilham da ideia de objeto de proteção costumam se utilizar de conceitos vagos e imprecisos⁷³⁷. Nessa toada, o bem jurídico, sob uma perspectiva de objeto de proteção, já foi qualificado como “interesse jurídico”, “valor jurídico”, “bem vital reconhecido socialmente como valioso”, “estado de coisas valioso, tutelável e lesionável”, “unidade funcional valiosa”, etc⁷³⁸.

Vives Antón mostra que apesar de a doutrina comumente oferecer definições retóricas e vazias para o bem jurídico, a evolução doutrinária alçou o instituto a uma posição nuclear no DP⁷³⁹. Sob o prisma de concepções que buscam conferir maior funcionalidade à teoria do delito, afastando-a de dogmas autoritários, sedimentou-se a compreensão de que o DP tem como missão a proteção subsidiária de bens jurídicos, quando todos os outros mecanismos do Direito se demonstrarem inefetivos para tanto⁷⁴⁰.

Essa funcionalização do bem jurídico atrela-o ao conceito material de delito, estabelecendo a lesão de um bem jurídico como pressuposto para a legitimidade de uma intervenção punitiva na seara penal. Nesse sentido, pretendeu-se atribuir função garantista ao instituto, de modo a impedir que comportamentos que não causassem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico fossem criminalizados.

Conforme pontifica Vives Antón⁷⁴¹, por meio da noção de objeto ideal de proteção, a doutrina acabou conferindo ao bem jurídico um papel de máxima importância, tanto como base da construção dogmática (conceito material do delito), quanto como limite do poder punitivo do Estado (função crítica). Essas funções foram atribuídas ao bem jurídico, sem que seu conceito, sob a perspectiva de objeto de proteção, contudo, conseguisse as suportar⁷⁴².

De acordo com o professor espanhol, essa inaptidão conceitual às funções para as quais o instituto é projetado se deve à impossibilidade de reunir diferentes referências, como o “interesse do Estado na vida humana” e o regular “funcionamento da administração pública”, por exemplo, em um único conceito de objeto de proteção⁷⁴³.

Seguindo perspectivas de bem jurídico como objeto de proteção, parcela da doutrina pôde interpretar não ser possível considerar referências tão diversas como “patrimônio”, “lealdade e confiança” e “ordem concorrencial”, utilizadas para a criminalização da corrupção

⁷³⁷ Ibid., p. 827.

⁷³⁸ Ibid., p. 827.

⁷³⁹ Ibid., p. 827.

⁷⁴⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, p. 51.

⁷⁴¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, op. cit., p. 827-828.

⁷⁴² Ibid., p. 828.

⁷⁴³ Ibid., p. 828.

privada, sob o guarda-chuva de uma mesma idealidade pré-jurídica. Isso porque tais “valores”, “interesses”, etc, dificilmente compartilhariam de características em comum de modo a possibilitar a compreensão de que todas as referências ora aludidas possam pertencer a uma mesma classe de “objetos de proteção”.

As limitações dessas perspectivas de bem jurídico como objeto de proteção têm sido cada vez mais criticadas pela doutrina. Busato⁷⁴⁴, nesse sentido, sustenta que tais perspectivas comumente resultam em uma de duas configurações indesejáveis: ou acabam por prestigiar a função limitadora do bem jurídico, com conceitos precisos e críticos, porém alheios às necessidades práticas e legítimas do DP contemporâneo; ou acabam por construir conceitos mais práticos e úteis à realidade, porém vagos e inconsistentes, menoscabando a função crítica para a qual o bem jurídico é projetado a cumprir.

Galvão, também em tom crítico, salienta que o contexto de uma sociedade atual, democrática e plural, faz despontar necessidades de proteção estatal a “direitos”, “interesses” e “valores” dos mais diversos. Nesse sentido, deve ser possível compreender como bens jurídicos, não apenas referenciais ontológicos e com maior nível de concreção, mas também referenciais normativos e abstratos, à esteira do que ocorre com bens jurídicos difusos ou coletivos, por exemplo, como o equilíbrio ecológico do meio ambiente, a liberdade de concorrência e a salvaguarda à fé pública na circulação da moeda⁷⁴⁵.

As dificuldades de aproximações conceituais de bem jurídico como objeto ideal de proteção, segundo Vives Antón, decorrem de uma inadequação metodológica linguística. Essas perspectivas, segundo o autor, induzem o intérprete a certas confusões, quais sejam: (i) a de que os bens jurídicos formariam uma “idealidade pré-jurídica”, que serviria de base para a construção do ordenamento jurídico; (ii) a de que todos os assim denominados bens jurídicos respeitariam determinados caracteres, de modo que pertenceriam a uma mesma classe, podendo-se, assim, formular um conceito válido para todos e cada um deles; e (iii) a uma inadequada planificação de nível entre diferentes bens jurídicos⁷⁴⁶.

Essas dificuldades fazem com que Vives Antón⁷⁴⁷ busque reformular a compreensão a respeito da noção de bem jurídico. O autor propõe que interpretemos o significado dessa expressão, não como um objeto ideal e abstrato de proteção, mas em termos de justificação

⁷⁴⁴ BUSATO, Paulo Cesar, 2020, p. 528-529.

⁷⁴⁵ GALVÃO, Fernando, 2019, p. 236.

⁷⁴⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. loc. cit..

⁷⁴⁷ Ibid., p. 829.

argumentativa, como “*momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad*”⁷⁴⁸.

De modo mais detalhado, o autor propugna que o bem jurídico seja compreendido como um primeiro tópico indispensável da argumentação em torno da validade da norma, em sua pretensão de ofensividade, por meio da qual se busca apontar as razões que justificam a elaboração da figura delitiva e de sua respectiva pena⁷⁴⁹. Essa compreensão é tratada pelo autor como concepção procedimental de bem jurídico⁷⁵⁰.

A concepção procedimental, segundo Vives Antón, dispõe de um rendimento teórico capaz de se livrar de diversas contradições incorridas pela perspectiva de bem jurídico como objeto de proteção⁷⁵¹. Diferentemente dessa, a compreensão procedimental não se amarra à tarefa (compreendida por Vives Antón como uma impossibilidade) de formular um conceito genérico de bem jurídico sob a perspectiva objeto-designação⁷⁵².

Desse modo, o fato de referências como “lealdade e confiança”, “concorrência” e “patrimônio” expressarem ideias que compartilhem de pouca ou nenhuma similitude, não lhes impede de serem consideradas todas como bens jurídicos, se expressarem um momento do processo de justificação racional de construção de tipos penais incriminadores.

A concepção procedimental, conforme esclarece Vives Antón⁷⁵³, também é capaz de se desamarrar de um estrito transcendentalismo que demanda a caracterização de um bem jurídico prévio ao Direito, sem se converter em uma concepção metodológica, que resume o bem jurídico a um fundamento meramente teleológico do tipo concreto. Nesse sentido, o professor espanhol esclarece que a concepção procedimental demanda justificação construída a partir de valorações jurídicas, mas essas devem ser construídas em conformidade ao conteúdo de direitos fundamentais e demais referências constitucionais⁷⁵⁴.

As vantagens metodológicas da compreensão procedimental de bem jurídico são adotadas pelo presente estudo. Admitimos, conforme salienta Busato, que uma maior exigência de concreção do bem jurídico acaba por aproximar seu conceito ao de objeto material e por o afastar das necessidades práticas da contemporaneidade, em que não apenas argumentos baseados no direito do outro são protegidos, mas também instituições, unidades e sobretudo, como demonstraremos a seguir, funções sociais que se revelam como referenciais

⁷⁴⁸ Ibid., p. 829.

⁷⁴⁹ Ibid., p. 830.

⁷⁵⁰ Ibid., p. 829.

⁷⁵¹ Ibid., p. 829 et seq.

⁷⁵² Ibid., p. 829.

⁷⁵³ Ibid., p. 830-831.

⁷⁵⁴ Ibid., p. 831.

argumentativos fundamentadores de figuras delitivas, como acontece para o caso de diferentes tipos incriminadores do delito de corrupção privada⁷⁵⁵.

Se a perspectiva procedimental dispensa essa maior concreção, aceitando a impossibilidade de que o bem jurídico seja entendido como um dado conceitual⁷⁵⁶, por outro lado, não deixa que a compreensão de bem jurídico atinja perfil abstrato e alheio às expectativas e previsões constitucionais. A concepção procedimental preserva no bem jurídico congruência com a interpretação garantista decorrente da aplicação dos princípios limitadores do DP, que deverão ser contemplados no processo social comunicativo de justificação para a elaboração de um tipo penal que imponha privação de liberdade em caso de violação da norma.

Os fatos de a concepção procedimental conseguir fornecer um conteúdo material do delito (momento de justificação da intervenção punitiva) e preservar sua função limitadora (pela exigência de exercício argumentativo e fundamentação pautada em referências constitucionais), somado ao fato de conseguir superar fragilidades da concepção de objeto de proteção⁷⁵⁷, fazem com que essa pesquisa realize opção metodológica de compreender o bem jurídico sob a perspectiva procedimental.

Sob essa compreensão, resta facilitada a explicação de como os referenciais argumentativos de necessidade de criminalização da corrupção entre particulares podem ser relacionados à noção de bem jurídico do delito de corrupção privada. Esses referenciais serão alçados à condição de bens jurídicos toda vez que servirem à fundamentação argumentativa que busca justificar a criação de um tipo penal.

4.2 Modelos criminalizantes

Os trabalhos doutrinários que buscam estudar as diferentes estratégias e técnicas de tipificação penal da corrupção privada deparam-se com um cenário de grande heterogeneidade entre as estruturas e elementos que perfazem a redação dos tipos incriminadores de diferentes sistemas jurídicos. Essa situação faz com sejam desenvolvidos métodos de análise orientados à viabilização do estudo conjunto de diferentes tipificações.

⁷⁵⁵ BUSATO, Paulo Cesar. loc. cit..

⁷⁵⁶ Ibid., p. 529.

⁷⁵⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, op. cit., p. 831-832.

Um método usualmente empregado para tanto consiste em classificar os diferentes tipos penais e suas estruturas no que a literatura especializada denomina de modelos de incriminação⁷⁵⁸, tipificação⁷⁵⁹, ou criminalização⁷⁶⁰ da corrupção entre particulares.

O principal critério utilizado para a composição e distinção desses modelos refere-se aos contornos básicos do bem jurídico que fundamenta a tipificação penal da corrupção entre particulares⁷⁶¹. Nesse sentido, o método empregado pela doutrina corrobora o entendimento da concepção procedimental de bem jurídico, segundo a qual “*el bien jurídico se erige en el primer momento em el proceso de justificación de la intervención penal*”⁷⁶².

Vale salientarmos que embora essa estratégia de estudo das técnicas e estratégias de tipificação seja bastante comum na doutrina a partir desses modelos, não há uma forma rígida de composição e discriminação desses. Nessa esteira, a doutrina propõe diferentes nomenclaturas, limites e distinções referentes a esses modelos.

Uma discriminação bastante utilizada pela doutrina⁷⁶³ se refere àquela difundida pelos pesquisadores Eser, Überhofen e Huber, do Instituto Max Planck, em 1997 (ESER; ÜBERHOFEN; HUBER, 1997)⁷⁶⁴. Esse estudo defende existir até 4 modelos criminalizantes de corrupção privada na Europa, quais sejam: (i) um primeiro, calcado a partir de bens jurídicos de cunho juslaboral (França); (ii) um segundo, formatado a partir de bens jurídicos relativos à tutela concorrencial (Alemanha); (iii) um terceiro, voltado à proteção de aspectos patrimoniais (Itália); e (iv) um quarto, bastante peculiar⁷⁶⁵ e adotado exclusivamente pela legislação sueca, que se formata a partir de argumentos que buscam proteger interesses patrimoniais de usuários de serviços públicos e consumidores, ambos os interesses por meio de uma única tipificação.

Outra classificação bastante utilizada pela doutrina⁷⁶⁶ refere-se àquela descrita por Heine e Rose (2003)⁷⁶⁷, em um trabalho resultante de uma colaboração entre o Instituto Max

⁷⁵⁸ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 326 et seq.; PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro, op. cit., p. 3 et seq.

⁷⁵⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015..

⁷⁶⁰ TEIXEIRA, Adriano, op. cit..

⁷⁶¹ WALTHER, Felix, 2011, p. 59.

⁷⁶² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal económico y de la empresa**. 3. ed. Tirant lo Blanch: Valencia. 2011, p. 139 et seq.

⁷⁶³ NIETO MARTÍN, Adán, 2003, p. 56 et seq.; ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 326; TEIXEIRA, Adriano, op. cit., p. 523.

⁷⁶⁴ ESER, Albin; ÜBERHOFEN, Michael; HUBER, Barbara. **Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht: ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz**. Freiburg i. Br.: edition iuscrim.. 1997.

⁷⁶⁵ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 329.

⁷⁶⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015.; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit.; BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 52.

Planck e a CIC, em 2003. Segundo esse estudo, é possível discriminar as estratégias e técnicas de tipificação penal da corrupção privada em três modelos básicos: (i) um primeiro voltado à tutela patrimonial; (ii) um segundo voltado à tutela de vínculos fiduciários; e (iii) um terceiro, voltado à tutela de aspectos concorrenciais.

Há ainda outras divisões e classificações mais fragmentárias, como a de 5 (cinco) grupos, conforme assim o faz a tese de David⁷⁶⁸; a divisão em 6 (seis) vertentes, conforme estudo de Bidino⁷⁶⁹ sobre o tema; e a de 7 (sete) modelos, suscitada por estudo de Laufer⁷⁷⁰.

O que verificamos a partir das diferentes classificações, é que não há uma forma mais ou menos “adequada” ou “precisa” de se classificar as técnicas e estruturas de tipificação do delito de corrupção privada. As diferentes alternativas e classificações dos modelos de criminalização nada mais são que disposições diferentes de referenciais argumentativos que muitas vezes se justapõem, se combinam, ou se aglutinam, de modo a gerarem específicas justificações a cada tipo incriminador formatado, a depender das peculiaridades do processo de justificação e construção do tipo penal em cada sistema normativo.

Sem a pretensão de refutar a validade das demais classificações anteriormente ofertadas pela doutrina, prosseguiremos a uma análise crítica dos modelos criminalizantes, por meio das variantes de cada um dos modelos mais conhecidas. Para que possamos prosseguir, por motivo de conveniência, optamos por analisar as diferentes estruturas de criminalização da corrupção privada, discriminando-as entre os seguintes modelos: (i) modelo de tutela patrimonial; (ii) modelo de tutela lealístico-fiduciária; e (iii) modelo de tutela concorrencial.

Passamos, dessa forma, a analisar os modelos, bem como suas principais variantes. As principais vertentes analisadas não serão necessariamente as que vigem atualmente em seus respectivos países, mas as que permitem traçar as principais características de cada um dos modelos criminalizantes. Por meio dessa estratégia, conseguiremos identificar a capacidade de rendimento desses diferentes modelos criminalizantes, seja por meio de suas variantes estrangeiras mais conhecidas, seja por meio das proposições nacionais relativas ao tema.

⁷⁶⁷ HUBER, Barbara; HEINE, Günter; ROSE, Thomas. **Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures.** Freiburg i. Br. and Paris: edition iuscrim in co-operation with the International Chamber of Commerce, Paris.

⁷⁶⁸ DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 82.

⁷⁶⁹ BIDINO, Claudio. **O problema específico da corrupção no setor privado no Brasil e em Portugal.** Coimbra. Coimbra Editora, 2009, p. 220. Disponível em: <http://bidinotortima.com.br/o-problema-especifico-da-corrupcao-no-setor-privado-no-brasil-e-em-portugal/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁷⁷⁰ DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 78.

5 MODELO DE TUTELA PATRIMONIAL

O modelo de tutela patrimonial da criminalização da corrupção privada, como o próprio nome indica, refere-se ao conjunto de tipificações cujas opções criminalizantes são justificadas por bens jurídicos voltados à proteção de interesses, bens e/ou direitos patrimoniais do principal. Nesse sentido, é possível percebermos que esse modelo revela preocupação estritamente com a dimensão privatística da corrupção entre particulares e seus efeitos negativos de cariz patrimonial.

Esse modelo apresenta duas variantes principais, uma desenvolvida pela Áustria, no final da década de 1980, e outra desenvolvida pela Itália, no início dos anos 2000. Em razão disso, nesse momento nos dedicamos a estudar essas duas variantes.

5.1 Variante clássica austríaca: proteção da lealdade patrimonial

Uma primeira vertente do modelo de tutela patrimonial foi desenvolvida na Áustria, em 1987. O país, conforme registra a literatura especializada, enfrentava à época, frequentes casos de corrupção tanto na esfera pública, quanto no âmbito de empresas privadas⁷⁷¹.

Quanto ao contexto, é importante ressaltarmos que o Poder Judiciário austríaco tentava fazer frente a esses casos. Para tanto, tentava interpretar casos de corrupção subsumindo-os ao tipo penal de infidelidade (*Untreue*), do § 153 öStGB⁷⁷².

Essa figura delitativa, contudo, trata-se de um tipo penal de infidelidade patrimonial, voltado a sancionar criminalmente aquele que, ostentando posição especial de representação de bens, direitos e/ou obrigações de outra pessoa, abusasse intencionalmente desse poder, causando-lhe prejuízo. A adequação típica de casos de corrupção a esse tipo penal se deparava, contudo, com a dificuldade da exigência típica de que houvesse dano ao patrimônio do representado.

Ensina Migliorini⁷⁷³ que essa dificuldade fez com que a jurisprudência austríaca comesse a desenvolver verdadeira prática hermenêutica de se interpretar o não-repasse de

⁷⁷¹ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 48.

⁷⁷² Ibid., p. 48.

uma vantagem percebida por meio de suborno como uma forma oculta de redução patrimonial do representado.

Essa interpretação, contudo, foi e é bastante criticada pela doutrina, que avalia a tarefa de comprovação dessa compreensão como uma *probatio diabólica* de difícil produção⁷⁷⁴. Mais claro é dizer: ainda que se identificasse a percepção de vantagens por parte do representante, persistiria a difícil tarefa de se comprovar que, caso o representante não recebesse tal vantagem, essa viria a integrar o patrimônio do representado.

Esse esgarçamento hermenêutico do tipo de infidelidade, promovido pela jurisprudência austríaca, resultou em casos cujo prejuízo patrimonial ao representado, decorrente do suborno recebido pelo representante, passasse a ser simplesmente presumido. O maior exemplo disso se refere ao julgamento de um escândalo de corrupção relativo à construção do Hospital Geral de Viena.

Na ocasião, La Rosa⁷⁷⁵ e Migliorini⁷⁷⁶ registram que um dos diretores da empresa encarregada pela execução das obras de construção do hospital havia recebido vultuosas vantagens em troca da subcontratação de alguns contratos. Esse diretor foi condenado a 8 anos de prisão, por cometer o crime do § 153 öStGB. Gestores de oito empresas em que provas do pagamento de propinas foram obtidas também foram condenados, a título de cumplicidade, pelo mesmo delito⁷⁷⁷.

La Rosa⁷⁷⁸ e Migliorini⁷⁷⁹ comentam que uma correta aplicação do aludido dispositivo demandaria ao menos uma avaliação da real relação entre as comissões aceitas pelo representante e um aumento de custos à empresa à qual ele representava, bem como um exame quanto à consciência de que tais recebimentos implicariam aumento de custos à empresa. A OGH, contudo, não abordou essas questões, e preferiu por inferir automaticamente que o recebimento de vantagens pelo representante ocasionou danos aos interesses patrimoniais da empresa representada⁷⁸⁰.

⁷⁷³ MIGLIORINI, Fabio. **Il delitto di Corruzione tra privati**. Profili criminologici, dogmatici e politico-criminali. 2020, p. 49.

⁷⁷⁴ FOFFANI, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societário: un primo passo a un'occasione mancata? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Milano: Giuffè, 2003b, p. 387; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 129.

⁷⁷⁵ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 49.

⁷⁷⁶ MIGLIORINI, Fabio, op. cit., 2020, p. 50.

⁷⁷⁷ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 49.

⁷⁷⁸ Ibid., p. 49.

⁷⁷⁹ MIGLIORINI, Fabio, op. cit., p. 50.

⁷⁸⁰ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 49; MIGLIORINI, Fabio. loc. cit..

Casos como esse estimularam que uma reforma da legislação penal (*Strafrechtsänderungsgesetz*) fosse feita na Áustria, em 1987⁷⁸¹. La Rosa⁷⁸² esclarece que a intenção era se opor a orientações jurisprudenciais da OGH excessivamente elásticas, que no combate à corrupção acabavam por desrespeitar os contornos típicos do § 153 öStGB. Ao mesmo tempo, essa reforma da legislação penal austríaca se demonstrava sensível ao combate à corrupção, não intencionando por inviabilizá-lo.

Uma das novidades trazidas pela aludida reforma trata-se da introdução da figura do § 153a, intitulada “[a]ceitação de vantagens indevidas pelo representante” (*Geschenkannahme durch Machthaber*), localizado sistematicamente na Seção Seis (Ofensas contra o patrimônio de outras pessoas), da Parte Especial do öStGB, logo abaixo do tipo do § 153 öStGB. Assim dispõe sua redação atual, essencialmente igual à redação à qual a norma foi inicialmente introduzida:

Geschenkannahme durch Machthaber
 §153a. Wer für die Ausübung der ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, einen nicht bloß geringfügigen Vermögensvorteil angenommen hat und pflichtwidrig nicht abführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.⁷⁸³

Conforme a redação acima, qualquer pessoa que, no exercício de poder de representação que lhe for conferido por lei, por ordem oficial, por procuração ou negócio jurídico, para dispor sobre os bens e obrigações de outra pessoa, aceite uma vantagem patrimonial não insignificante e viole dever de a repassar para seu representado, pode sofrer pena de prisão de até um ano, ou multa de até 720 taxas diárias.

A figura delitiva do § 153a öStGB, conquanto não receba a rubrica de “corrupção privada”, expressa materialmente comportamentos dessa faceta de corrupção. Nesse sentido, é

⁷⁸¹ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 50.

⁷⁸² Ibid., p. 49.

⁷⁸³ Texto original: RECTHSINFORMATIONSSYSTEM DES BUNDES. **Strafgesetzbuch § 153a - Bundesrecht konsolidiert**. Bka.gv.at. Disponível em: <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/1974/60/P153a/NOR12029699>. Acesso em: 26 dez. 2021. Tradução nossa: “Aceitação de um presente por uma pessoa no poder. §153a. Qualquer pessoa que, ao exercer o poder que lhe é concedido por lei, ordem oficial ou transação legal para dispor dos bens de outra pessoa ou vincular outra pessoa, aceitou uma vantagem pecuniária não insignificante e não a pagou em violação a seu dever será responsável por uma pena de prisão não superior a um ano ou por uma pena pecuniária não superior a 720 unidades de penalidade diária.”

entendimento pacífico da doutrina que o tipo abrange uma vertente de tratamento jurídico a comportamentos de corrupção privada sob uma aproximação de tutela patrimonial⁷⁸⁴.

Quanto ao bem jurídico, a doutrina é uníssona ao afirmar que sistema jurídico austríaco parte de uma perspectiva pautada em uma argumentação referenciada na lealdade patrimonial entre representante (*Machthaber*) e representado (*Machtgeber*)⁷⁸⁵.

Diz-se lealdade patrimonial pelas seguintes razões:

Em relação ao referencial “patrimônio”, porque o tipo penal foi criado num contexto de proteção aos interesses patrimoniais do representado. Nesse sentido, conforme já salientado, a criação do tipo penal decorre de um reconhecimento legal ao desenvolvimento hermenêutico jurisprudencial relativo à necessidade de se encarar o recebimento de vantagens por parte do representante, num contexto de corrupção, como uma violação de dever em si, e um comportamento lesivo ao patrimônio do representado. Ademais, o delito se localiza topologicamente dentro da parte do öStGB relativa aos crimes contra o patrimônio.

Em relação ao referencial “lealdade”, porque o aludido tipo penal decorre de um desdobramento do tipo penal de infidelidade, do § 153 öStGB. Interpreta como penalmente relevante algo anterior a um comportamento concretamente danoso ao patrimônio do representado. Desse modo, o tipo penal do § 153a öStGB presume que o representante tem um verdadeiro dever de lealdade patrimonial para com o seu representado.

Quanto à violação de dever penalmente relevante, faz-se importante ressaltarmos que, quando o representante recebe vantagens de terceiros e deixa de as repassar ao seu representado, viola dever de lealdade patrimonial e é, por isso, criminalmente responsabilizado. Nesse sentido, torna-se irrelevante saber se o representante é pago para fazer ou deixar de fazer ato lícito e de acordo com as regras de onde trabalha ou não⁷⁸⁶. Isso ocorre porque a corrupção, no caso do § 153a öStGB é, por definição, sempre uma corrupção própria, na medida em que o não repasse de todo e qualquer valor não insignificante, recebido por terceiros no curso das atividades de representação, é visto como um dever violado pelo representante.

⁷⁸⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 48 et seq.; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 46 et seq.; WESS, Norbert; KISPERT, Bernhard. Austria. **Bribery & Corruption**, 4 ed. Viena, 2017, p. 16-23. Disponível em: https://www.wkk.law/fileadmin/inhalte/Publikationen/Bribery_and_Corruption_4th_Edition_2017.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021, p. 16; HERRERO GIMÉNEZ, Rubén. **El tipo de injusto en el delito de corrupción entre particulares**. 2018, Tesis Doctoral (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, p. 152; MIGLIORINI, Fabio, op. cit., p. 48 et seq.

⁷⁸⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro, op. cit., p. 274; OTERO GONÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares (Delito de), **Eunomia. Revista en cultura de la Legalidad**, núm. 3, septiembre 2012 – febrero 2013, 2013; p. 178; HERRERO GIMÉNEZ, Rubén, op. cit., p. 152.

⁷⁸⁶ BERTEL Christian; SCHWAIGHOFER Klaus. **Österreichisches Strafrecht**. BT. §§ 75 bis 168b StGB, Wien-New York, 2004, p. 281.

Quanto à estrutura do delito, Foffani e Nieto Martín⁷⁸⁷, e La Rosa⁷⁸⁸, sustentam que a figura delitiva do § 153a öStGB possui uma peculiar estrutura bifásica, composta por um momento positivo, assim compreendido como a aceitação da utilidade patrimonial pelo representante, (ii) e um outro negativo, assim compreendido como o não repasse dessa ao representado.

A consequência mais interessante dessa estrutura é o estabelecimento de uma ponte que permite o retorno do representante à situação de atipicidade pelo arrependimento em relação à retenção imediata da utilidade patrimonial, por ele aceita, de terceiro. Nesse sentido, o tipo possibilita, conforme registra La Rosa⁷⁸⁹, uma “porta aberta” para um arrependimento por parte do representante, capaz de excluir a tipicidade penal de seu comportamento.

Essa porta, contudo, precisamos lembrar que se fecha rapidamente. Bertel e Schwaighofer⁷⁹⁰ salientam, nesse sentido, que o delito se consuma assim que o representante aceita e não transfere imediatamente a vantagem recebida para o seu representado.

Essa estrutura reforça a predominância de um argumento de cariz patrimonialista, preterindo o protagonismo da infidelidade ou da violação de deveres. Depreende-se que a corrupção, em última instância, não reside no recebimento oculto de vantagem patrimonial pelo representante, mas sim no seu não-repasse imediato ao representado.

Em relação a essa possibilidade de exclusão da tipicidade, a doutrina faz referência à semelhança da possibilidade com o efeito produzido pela ciência do empregador, como ocorria com a previsão típica do revogado art. 152-6, do *Code du travail* francês, centrado no modelo trabalhista de criminalização da corrupção privada⁷⁹¹. Existe, todavia, diferença entre o enfoque laboral e o enfoque patrimonialista.

Nesse sentido, é importante ressaltar que para a ocorrência do arrependimento ativo da vertente clássica austríaca, não basta que o representado de alguma forma tenha conhecimento sobre a aceitação de que o representante esteja recebendo vantagens patrimoniais particulares. A ponte para a atipicidade, de acordo com a vertente austríaca, só se perfaz com a entrega da vantagem, ou ao menos com a realização de sérios esforços para a compensação do dano patrimonial.

Apesar de essa estrutura bifásica ter conseguido em plano abstrato promover uma maior diferenciação do tipo previsto pelo § 153a öStGB, em relação àquele de infidelidade,

⁷⁸⁷ FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán. Corporate governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo. **Revista de Derecho Penal y Proceso**, n. 11, 2004, p. 132.

⁷⁸⁸ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 51.

⁷⁸⁹ Ibid., p. 51-52.

⁷⁹⁰ BERTEL Christian; SCHWAIGHOFER Klaus, op. cit., p. 282.

⁷⁹¹ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 51.

previsto pelo § 153 öStGB⁷⁹², ela é criticada pela doutrina por ter afastado a figura delitiva do § 153a öStGB de aspectos criminológicos e conceituais próprios da corrupção.

É possível interpretarmos que o tipo penal se aproxima muito mais, em estrutura, a um delito de apropriação indébita do que de um tipo de corrupção privada, na medida em que o centro de gravidade do delito se situa, a bem da verdade, na fase omissiva por meio da qual o representante deixa de repassar utilidades recebidas para o seu representado.

A doutrina costuma reputar essa estrutura do delito do § 153a öStGB como excessivamente artificiosa⁷⁹³. Isso acontece porque ao mesmo tempo que deixa de cobrir diversas outras formas de aparição de comportamentos de corrupção entre particulares, por outro, antecipa demais a tutela patrimonial para alguns comportamentos com potencialidade de se tornarem práticas de infidelidade patrimonial.

Nesse sentido, grande parte da doutrina salienta que a referida figura delitiva pode ser compreendida como um crime-meio do delito de infidelidade, do § 153 öStGB. Potenciais comportamentos de infidelidade que antes, ao menos em uma interpretação atida às elementares dessa figura, seriam impuníveis, passaram depois da criação do § 153a öStGB, a ostentar dignidade penal.

Essa antecipação da tutela penal fica ainda mais evidente a partir de suas aplicação e interpretação por parte da comunidade jurídica austríaca. Nesse sentido, conforme esclarecem Bertel e Schwaighofer⁷⁹⁴, doutrina e jurisprudência do país compreendem que a exigência de vantagens ou aceitação de promessa de vantagens pecuniárias podem ser punidas a título de tentativa.

A estrutura típica do § 153a öStGB deixa claro o intento conciliatório do legislador austríaco: de um lado, diminui significativamente a punibilidade de comportamentos que antecedem práticas correspondentes à descrição do delito de infidelidade, freando a exasperação hermenêutico-punitivista austríaca⁷⁹⁵. De outro, ainda assim legitima o raciocínio jurisprudencial, consubstanciando-o por meio de uma figura delitiva autônoma.

Esse rearranjo austríaco é, contudo, bastante criticado pela doutrina, que identifica no delito do § 153a öStGB um verdadeiro exemplo de antecipação da tutela patrimonial⁷⁹⁶. La Rosa⁷⁹⁷, dessarte, sustenta que, se o dano patrimonial concreto é estabelecido como elementar

⁷⁹² FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán, op. cit., p. 132.

⁷⁹³ FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán, op. cit., p. 132-133; LA ROSA, Emanuele. loc. cit..

⁷⁹⁴ BERTEL Christian; SCHWAIGHOFER Klaus. loc. cit..

⁷⁹⁵ FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán, op. cit., p. 132.

⁷⁹⁶ loc. cit.; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 52.

⁷⁹⁷ Ibid., p. 52.

do delito do § 153 öStGB, no caso do § 153a öStGB, o limiar de punibilidade é ativado a partir de um mero perigo abstrato⁷⁹⁸.

Quanto aos sujeitos do delito, a redação do § 153a öStGB abre margem a dois aspectos dignos de críticas. Um primeiro aspecto diz respeito à delimitação dos sujeitos ativos no âmbito da corrupção privada passiva. A estratégia de se limitar a subjetividade ativa do delito ao domínio das pessoas que ostentam poder de representação de direitos ou obrigações de uma outra, individual ou coletiva, parece estreitar demasiadamente o círculo de possíveis sujeitos ativos.

Nomes como Reale Júnior e Gomes Junior⁷⁹⁹ ressaltam que a corrupção privada pouco ou nada tem a ver com um determinado posto de representação da empresa, podendo ocorrer ao longo dos mais variados níveis e posições ocupados no âmbito de uma pessoa coletiva, por exemplo. A infidelidade para obter vantagem em detrimento de uma empresa na qual se trabalha, nesse sentido, pode ser realizada até mesmo “por parte do almoxarife, que faz o elenco de produtos a serem comprados ou por parte do controlador de qualidade dos insumos recebidos ou pelo presidente da sociedade que compra um terreno com sobrepreço”⁸⁰⁰.

Um segundo aspecto, ainda mais intrigante, diz respeito à delimitação, ou melhor, à ausência de delimitação no âmbito da corrupção entre particulares ativa. A redação do tipo derivada de um argumento que gira em torno da fidelidade patrimonial acabou por estabelecer expressamente apenas a punição ao representante corrupto.

Diferentemente das regras em relação ao tratamento penal da corrupção pública, que expressamente tratam não só da punibilidade de condutas de corrupção passiva (*Vorteilsannahme* - § 305 öStGB) como também de condutas de corrupção ativa (*Bestechung* - § 307 öStGB), o § 153a öStGB é silente quanto à punibilidade de condutas de corrupção privada ativa. Esse silêncio divide a doutrina, que ora encampa posicionamentos favoráveis, ora contrários à possibilidade de se punir o corruptor por meio de regras de extensão de punibilidade, relativas ao concurso de pessoas⁸⁰¹.

Autores de um setor doutrinário sustentam pela razoabilidade da restrição subjetiva derivada desse silêncio da norma, na medida em que a criminalização da corrupção privada fundamentada sob o argumento de proteção da lealdade patrimonial não condiz com a punibilidade do corruptor. Nesse sentido caminha a posição de Bertel e Schwaighofer, que sustentam ser da legítima liberdade de atores econômicos, sobretudo em um contexto

⁷⁹⁸ FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán, op. cit., p. 132.

⁷⁹⁹ GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles, op. cit., p. 18.

⁸⁰⁰ Ibid., p. 18.

⁸⁰¹ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 50.

caracterizado pela forte concorrência, a busca pela concretização de negócios a eles favoráveis, ainda que com o oferecimento de provisões e utilidades a representantes de terceiros⁸⁰².

Não se pode deixar de perceber que, do ponto de vista argumentativo, o bem jurídico voltado à proteção da lealdade patrimonial entre representante e representado de fato dificulta a fundamentação da punibilidade do corruptor. Isso ocorre porque o corruptor não apresenta, via de regra, qualquer vínculo ou dever de representação preestabelecido com representado de terceiro com o qual estabelece pacto corrupto. Nesse sentido, não haveria que se falar em deslealdade patrimonial do ponto de vista do corruptor.

Ademais, quando o corruptor é representante ou agente de um principal, o cenário em que ele se utiliza de pagamento de vantagem patrimonial ao representante de terceiro acontece com o objetivo de garantir a concretização de negócio em vantagem para o seu principal. Desse modo, o corruptor, além de não figurar como representante do sujeito passivo do delito do § 153a StGBa, seu ato, se guiado para o objetivo de assegurar o sucesso de um negócio para o seu principal, só pode ser encarado, sob essa perspectiva, como um verdadeiro ato de lealdade patrimonial.

Em contrapartida, outro setor doutrinário compreende como prejudicial o cenário em que não se estenda a aplicação da figura delitiva aos corruptores, haja vista que a missão de repressão do fenômeno da corrupção no tecido econômico não pode restar-se dissociada da punição do corruptor⁸⁰³. De acordo com essa parcela doutrinária, a punibilidade do corruptor pode plenamente ocorrer, em conformidade com a regra de extensão de punibilidade do concurso pessoal de agentes que contribuam de alguma forma para o delito, regra essa prevista pelo § 12 öStGB (“Tratamento de todos os envolvidos como autores” - *Behandlung aller Beteiligten als Täter*).

A posição favorável à punibilidade do corruptor, por intermédio da regra de concurso de agentes, fia na intervenção delitiva a título de indução e instigação, para fundamentar a legitimidade de aplicação do tipo às condutas de corrupção privada ativa. Essa perspectiva, se por um lado guarda respeito ao bem jurídico que fundamenta a elaboração do tipo, por outro lado acaba por subordinar a punibilidade do corruptor à punibilidade do corrupto, sobretudo em função de aquela ocorrer tão somente por intermédio de uma regra de extensão de punibilidade, e não pela previsão de um tipo autônomo.

⁸⁰² Ibid., p. 50-51.

⁸⁰³ Ibid., p. 51.

Quanto ao recebimento de vantagens descrito pelo tipo penal do § 153a öStGB, tal estrutura também recebe críticas por parte da doutrina, que entende tratar-se de um recorte de abrangência muito restrita. Por se tratar de um crime-meio ao delito de infidelidade patrimonial, o tipo penal do § 153a öStGB se volta à proibição de vantagens não desprezíveis e patrimoniais em um sentido amplo (dotadas de economicidade), como dinheiro, itens físicos, estadias de férias custeadas, etc.

Nesse sentido, a redação do aludido tipo penal parece ignorar o fato de que a vantagem negociada na corrupção muitas vezes não envolve o recebimento de vantagem necessariamente dotadas de economicidade. Esses são os casos, por exemplo, de vantagens como apoio profissional, atribuição de prestígio, ou até mesmo sexo, como objeto de troca para a celebração de um pacto corrupto.

A descrição típica restrita, contudo não é observada em sua literalidade. Nesse sentido, Wess e Kispert⁸⁰⁴ nos ensinam a OGH já se pronunciou reiteradamente no sentido de dar interpretação extensiva às vantagens de que trata o § 153a öStGB, de modo a estarem contempladas no significado da expressão também vantagens não dotadas de economicidade.

Ainda em relação ao caráter não desprezível da vantagem, é importante ressaltar que a doutrina estabelece diferentes valores que demarcam o limiar entre o “desprezível” e o “não desprezível”. Enquanto Bertel e Schwaighofer⁸⁰⁵ afirmam ser o valor de 300 euros, Wess e Kispert⁸⁰⁶ sustentam ser o valor de 100 euros.

Em conclusão quanto à vertente austríaca, é possível percebermos que o delito do § 153a öStGB nasce como uma proposta legislativa de cunho conciliatório, em que ao mesmo tempo em que se reconhece e positiva um exercício hermenêutico jurisprudencial que estende o tratamento jurídico-penal a casos de corrupção privada, também busca conter a exasperação punitivista de tal exercício hermenêutico, diminuindo a punibilidade para tais casos.

O delito do § 153a öStGB, em razão desse contexto, toma o caráter de um crime-meio ao delito de infidelidade patrimonial, muito próximo em essência a um delito de apropriação indébita. Por essa razão, sua estrutura típica infelizmente apresenta diversas fragilidades.

Nesse sentido, destaca-se uma visão muito restrita de corrupção privada penalmente punível, limitada ao âmbito de violação de deveres de lealdade patrimonial entre representante

⁸⁰⁴ WESS, Norbert; KISPert, Bernhard; BACHMANN, Dietmar. Austria. **Bribery & Corruption**, 2 ed. Viena, p. 1-37. 2015?, p. 32. Disponível em: https://www.wkk.law/fileadmin/inhalte/Publikationen/Norbert_Bernhard_GLI-B_C2-Austria.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

⁸⁰⁵ BERTEL Christian; SCHWAIGHOFER Klaus, op. cit., p. 281.

⁸⁰⁶ WESS, Norbert; KISPert, Bernhard; BACHMANN, Dietmar. Austria. **Bribery & Corruption**, 2 ed., p. 34.

e representado, numa acolhida bastante estrita do modelo de corrupção de tipologia principal – agente.

Ao mesmo tempo que a figura delitiva, dessa forma, ignora a dimensão publicística da corrupção entre particulares, ignora também aquela no âmbito da relação de agência que envolva a violação de outros deveres que não essencialmente os de lealdade patrimonial (como o dever de respeitar e zelar pelos demais interesses de seu principal). Ademais, também antecipa demasiadamente a tutela patrimonial, compreendendo a corrupção como um delito de perigo abstrato.

Outra fragilidade bastante destacada pela doutrina consiste na visão muito restrita de sujeitos ativos do delito, promovida pela redação do tipo do § 153a öStGB. Nesse sentido, não só o círculo de sujeitos ativos do delito de corrupção privada em sua modalidade passiva se figura demasiadamente restrito, como a figura do corruptor não é contemplada expressamente pelo modelo típico ora cotejado.

Por fim, a vertente austríaca sinaliza grande deficiência ao dispor explicitamente tão somente quanto à vantagem de cunho econômico, como idônea a gerar a violação de dever de infidelidade patrimonial que possibilita a responsabilização penal desse modelo de criminalização da corrupção privada. Conquanto a jurisprudência elasteça o conceito, por meio de interpretações extensivas, certo é que a redação expressa evidencia a insuficiência dessa vertente.

5.2 Variante clássica italiana: proteção do patrimônio social

Uma outra variante fundamental para o entendimento dos perfis de tipificação da corrupção privada a partir do modelo de tutela patrimonial, foi aquela desenvolvida na Itália, principalmente entre os anos de 2002 e 2017.

Quanto ao contexto, a doutrina registra serem dois os fatores principais que deflagram a criminalização da corrupção privada na Itália no início dos anos 2000. O primeiro se refere às iniciativas supranacionais já analisadas anteriormente, que vinham fomentando a discussão sobre a necessidade de tipificação penal de comportamentos da corrupção entre particulares na Europa⁸⁰⁷. O segundo fator se refere a um processo de privatização massiva⁸⁰⁸

⁸⁰⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 123-124.

de importantes companhias italianas prestadoras de serviços públicos que vinha acontecendo na época, como “*Ferrovie dello Stato*”, em 1993, e “*Poste Italiane*”, em 1998⁸⁰⁹.

Diante dessa conjuntura, instalou-se no ano de 1998 na Itália, uma comissão legislativa voltada a promover atualizações nas normas do Direito Societário do país: a “Comissão Mirone”. Gontijo, nesse sentido, destaca que entre os objetivos expressos dessa comissão, constava a necessidade de uma nova modalidade de delito de corrupção “*che esporta in campo privatistico societario, con gli opportuni adattamenti, il tradizionale modello punitivo della corruzione (própria) di pubblico ufficiale*”⁸¹⁰.

A doutrina de Gontijo mostra que a partir dessa comissão, surgiram os primeiros contornos típicos que mais tarde seriam instituídos no sistema jurídico italiano em face da corrupção privada. O autor registra que ao longo dos trabalhos da Comissão Mirone, a corrupção entre particulares foi caracterizada sobretudo em decorrência do recebimento ou aceitação de vantagem indevida, por algumas classes de atores de sociedades empresárias, como administradores, diretores, etc.

Gontijo⁸¹¹ esclarece que no transcurso das discussões legislativas, o modelo adotado pela Comissão Mirone logo se afastou dos argumentos mais pronunciados pelas iniciativas supranacionais, que priorizavam a necessidade de se combater a corrupção entre particulares em face de seus reflexos negativos à concorrência ou à lealdade e à confiança entre agente e principal. A Comissão Mirone, ao revés, buscou desenvolver uma opção mais discreta de combate à corrupção privada, um pouco mais próxima à vertente de tutela patrimonial desenvolvida pela Áustria, em seu § 153a öStGB⁸¹².

As reflexões legislativas da Comissão Mirone, mesclando as discussões pela reforma do Direito Societário italiano a uma maior atenção à necessidade de se combater à corrupção entre particulares em decorrência de seus efeitos negativos ao patrimônio de empresas, acabaram por sedimentar uma argumentação pautada na proteção do patrimônio de sociedades empresárias.

Ao fim das discussões, foi editado o Decreto Legislativo n. 61/2002, que introduziu nas disposições penais do Código Civil italiano, o delito do art. 2635, de rubrica “*infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*” (infidelidade após dação ou promessa de

⁸⁰⁸ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 6.

⁸⁰⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit..

⁸¹⁰ Ibid., p. 124.

⁸¹¹ Ibid., p. 125.

⁸¹² LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 294-295.

utilidade)⁸¹³. Embora a Itália posteriormente tenha alterado algumas vezes a redação desse tipo e abandonado a perspectiva de proteção patrimonial, a sua versão de 2002 se revela importante para a caracterização do modelo de tutela patrimonial, razão por qual essa e não posteriores versões será estudada.

Sua redação assim dispunha:

Art. 2635 c.c.: "Infidelidade após dação ou promessa de utilidade"

1. Os administradores, os diretores gerais, os síndicos, os liquidantes e os responsáveis pela revisão, os quais, depois da dação ou da promessa de utilidade, realizem ou deixem de realizar atos, em violação das obrigações inerentes ao seu ofício, e causam dano à sociedade [empresária], são punidos com reclusão de até três anos.

2. A mesma pena aplica-se a quem dá ou promete a utilidade.⁸¹⁴

De acordo com essas disposições, era punido com sanção de reclusão de até três anos, o fato de administradores, diretores gerais, síndicos, liquidantes e responsáveis por revisão que, após promessa ou recebimento de utilidade, se omitissem ou cumprissem atos em violação das obrigações inerentes ao seu ofício, e causassem prejuízo à sociedade para a qual trabalham. Quem desse ou promettesse utilidade às pessoas referidas acima, também incorria na mesma pena.

Quanto ao bem jurídico, Foffani⁸¹⁵ esclarece que a figura delitiva italiana em estudo foi construída “*nitidamente orientada a la protección del patrimonio social*”. Migliorini⁸¹⁶, no mesmo sentido, mostra que o parágrafo 1.5 do Relatório sobre o Decreto n. 61/2002 confirma que esse referencial argumentativo orientou a tipificação penal do art. 2635 do Código Civil italiano, ao dizer que “*l’intervento penale è polarizzato intorno alla tutela di interessi ben definiti (patrimônio, integrità del capitale sociale e regole funzionamento degli organi sociali)*”⁸¹⁷.

Quanto à violação de dever penalmente relevante, é importante notarmos que, diferentemente do modelo austríaco, para o tipo penal italiano se faz relevante que o ato negociado por promessa, recebimento ou entrega de utilidade, consista em um desrespeito a

⁸¹³ MACRI, Francesco. A corrupção privada no Direito Penal italiano. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, vol. 9, n. 2, 2021, p. 867.

⁸¹⁴ Ibid., p. 867-868.

⁸¹⁵ FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado. **Revista Penal**, Valencia, n. 12, p. 61-71, jul. 2003a, p. 67. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=43929. Acesso em: 10 nov. 2021.

⁸¹⁶ MIGLIORINI, Fabio, op. cit., p. 117.

⁸¹⁷ Ibid., p. 117.

alguma obrigação inerente ao ofício do sujeito dentro da sociedade em que exerce função. Nesse sentido, só se fazem penalmente relevantes aqueles comportamentos de corrupção própria.

Esse aspecto é um pouco contraditório com a tutela do bem jurídico patrimônio social. Por qual razão se deve condicionar a configuração do delito à violação das obrigações inerentes ao ofício do agente, se esse delito visa proteger o patrimônio social?

A corrupção decorrente de cobranças por um agente, pela intermediação de atos a serem realizados em conformidade com os deveres de ofício, a despeito da redação restritiva do tipo penal italiano, também parece ter o condão de causar danos ao patrimônio de sociedades empresárias. Nesse sentido, a exigência típica de que o agente pratique ou deixa de praticar ato, causando violação inerente ao seu ofício parece impor uma limitação desnecessária ao âmbito de aplicação da norma penal em comento, considerando o seu bem jurídico de tutela patrimonial.

Quanto à estrutura do delito, faz-se importante percebermos, também, que a redação italiana não demanda tão somente a existência da aceitação ou realização de uma promessa de troca de vantagens, mas a violação de deveres mencionada acima com consequente dano patrimonial à sociedade empresária a qual o corrupto trabalha. A doutrina faz diversas críticas em relação a essa construção.

Gontijo⁸¹⁸, por exemplo, sustenta que o legislador italiano, ao condicionar a configuração do delito à violação de obrigações inerentes às atividades do corrupto, teria acabado por criar uma figura delitiva distante da clássica estrutura dogmática da corrupção. Nesse sentido, o autor defende que a execução ou não da violação de um a obrigação não deve ser nota caracterizadora da existência da corrupção, mas sim o acordo, solicitação ou promessa ilícita que geralmente a antecede⁸¹⁹.

Spena⁸²⁰, no mesmo sentido, esclarece que a construção se revela como uma impropriedade dogmática, na medida em que a execução do objeto da promessa ou do acordo corrupto não deveria interferir na consumação do crime, mas significar mero exaurimento. O cumprimento ou não do que foi estabelecido num ato ou negócio corrupto, por exemplo, deveria ser, segundo esse autor, circunstância irrelevante para a definição dos contornos elementares de uma figura delitiva voltada ao combate da corrupção⁸²¹.

⁸¹⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 128.

⁸¹⁹ Ibid., p. 128.

⁸²⁰ SPENA, Alessandro, op. cit., p. 813.

⁸²¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 128.

Migliorini⁸²², sobre outro aspecto da estrutura do delito, esclarece, ainda, que a redação do tipo penal italiano acaba estabelecendo que a violação de dever causadora de dano patrimonial à sociedade necessariamente ocorra supervenientemente à aceitação de utilidade ou promessa de utilidade. Ocorre que essa construção não faz sentido em um tipo penal voltado à proteção do patrimônio social, pois comportamentos de corrupção subsequente, em que a violação de dever antecede à aceitação de vantagem, possuem a mesma idoneidade que atos de corrupção antecedente para promoverem danos patrimoniais.

Ainda sobre a estrutura do delito, em tom crítico, La Rosa⁸²³ registra que, embora o tipo penal italiano tenha se utilizado de bem jurídico de cariz patrimonial similarmente à opção austríaca, por outro lado, não seguiu caminho semelhante no que diz respeito à estrutura do delito. Isso ocorre porque, diferentemente da Áustria, que estruturou um tipo penal autônomo de perigo abstrato, de modo a permitir e facilitar um tratamento jurídico-penal a comportamentos de corrupção privada antecedentes a comportamentos de infidelidade patrimonial, a Itália preferiu por seguir caminho inverso, construindo o que a doutrina denomina criticamente de “caso podrômico de punição de condutas de gestão infiel”⁸²⁴.

Essa crítica é feita porque a Itália também possui um tipo propriamente voltado ao tratamento jurídico-penal de casos de infidelidade patrimonial, conforme dispõe o art. 2634, de seu Código Civil⁸²⁵. As elementares desse tipo estão contidas na redação do art. 2635, inclusive a exigência de ocorrência de dano patrimonial. Dessa forma, o tipo do art. 2635 do Código Civil italiano pode ser interpretado como um caso de infidelidade patrimonial qualificada por recebimento ou promessa de utilidade.

O mais curioso de tudo isso é que, apesar de o país ter optado por uma construção do tipo penal do art. 2635 do Código Civil Italiano como um delito de dano, com maior nível de exigências típicas que o delito do art. 2634 do mesmo diploma, a pena daquele é menor do que a desse⁸²⁶. Essas fragilidades dogmáticas fizeram com que a doutrina interpretasse a variante clássica italiana como uma construção normativa de pouca racionalidade e meramente simbólica⁸²⁷.

Quanto aos sujeitos do delito, o tipo penal italiano estabelece taxativamente o círculo de sujeitos ativos em sua modalidade passiva. Nesse sentido, Gontijo ressalta que a referida construção normativa contrariava documentos internacionais e supranacionais assinados pelo

⁸²² MIGLIORINI, Fabio, op. cit., p. 118.

⁸²³ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 295.

⁸²⁴ Ibid., p. 295.

⁸²⁵ Ibid., p. 295.

⁸²⁶ Ibid., p. 295.

⁸²⁷ FOFFANI, Luigi, 2003a, p. 68; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 296.

país, os quais indicavam a necessidade de que os atos de corrupção privada fossem punidos por sujeitos dos mais diferentes níveis e posições hierárquicas. A despeito das obrigações firmadas em sede de documentos jurídicos supranacionais, a Itália estabeleceu uma tipificação cujos sujeitos ativos da modalidade passiva só poderiam ser ocupantes de determinados cargos de uma organização.

A modalidade ativa não estabelecia a mesma restrição aos sujeitos ativos do delito, conquanto dessem ou promettessem vantagem ao círculo restrito definido para a modalidade passiva. A punibilidade da corrupção ativa, contudo, era por alguns nomes da doutrina, enxergada como uma espécie de crime plurissubjetivo, de concurso necessário com a modalidade passiva⁸²⁸. Isso ocorre porque se a modalidade passiva só é punível a partir do dano patrimonial, necessariamente assim deve ocorrer com a modalidade ativa. Ademais, para se punir a modalidade ativa, se fazia necessária a identificação do recebedor ou potencial recebedor da utilidade dada ou prometida.

Por fim, ainda em relação aos sujeitos ativos do delito do art. 2635 do Código Civil italiano, é importante notarmos que seu âmbito de aplicação está intrinsecamente delimitado ao universo das sociedades empresárias, sobretudo se considerarmos o seu bem jurídico, que está voltado à proteção não de qualquer patrimônio, mas ao patrimônio de sociedades empresárias. Nesse sentido, faz-se necessário lembrarmos, que muito embora a corrupção geralmente ocorra de maneira mais pronunciada no contexto de atividades tocadas por sociedades empresárias, nada impede que a corrupção de efeitos patrimoniais negativos se dê também em face de pessoas físicas individuais e não empresárias.

Em conclusão sobre a vertente italiana, é possível dizermos que o tipo penal ora cotejado apresenta diversas fragilidades político-criminais e dogmáticas. Do ponto de vista político-criminal, a argumentação italiana voltada estritamente ao âmbito da proteção do patrimônio social ignora toda a dimensão publicística da corrupção entre particulares, desrespeitando determinações e recomendações supranacionais a partir das quais o país tinha obrigações assumidas de conferir tratamento jurídico-penal à corrupção entre particulares, também em sua perspectiva publicística.

Conquanto existam fragilidades político-criminais, é no âmbito dogmático onde o tipo penal italiano examinado suscita maiores críticas. A redação típica exige que a utilidade dada ou prometida seja antecedente à violação de dever e que haja a realização de um ato em

⁸²⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 128.

violação de dever prejudique não só a efetividade do tipo penal italiano, o que o afasta do que habitualmente se compreende como delito de corrupção do ponto de vista dogmático.

A restrição dos sujeitos ativos do delito a determinados postos dentro de uma sociedade empresária, além de ignorar que a corrupção também possa ocorrer entre indivíduos, também ignora que altos e baixos escalões das mais diferentes posições de uma empresa consigam provocar danos patrimoniais a essa, por meio de acordos corruptos.

Por fim, a construção normativa que atrela a modalidade ativa à necessária ocorrência da modalidade passiva (em razão da necessidade de violação de dever com causação de dano patrimonial) retrocede os avanços conceituais e dogmáticos que há muito já superaram a tese de necessária bilateralidade nos delitos de corrupção.

5.3 Síntese crítica do modelo de tutela patrimonial

É possível percebermos que o modelo criminalizante da corrupção privada com base em bens jurídicos de cariz patrimonial varia bastante em relação às suas principais vertentes. A análise dessas variantes, a despeito de suas diferenças, permite sintetizarmos alguns aspectos comuns de críticas ao modelo de tutela patrimonial.

O modelo de tutela patrimonial oferece proteção desnecessária ao patrimônio.

Autores como Gontijo e Rosas Oliva tecem críticas a esse modelo de criminalização da corrupção entre particulares, por partir de um referencial argumentativo que não deve servir como bem jurídico da tipificação penal da corrupção privada. Nesse sentido, Gontijo salienta que a proteção ao patrimônio privado nunca teve acolhida de iniciativas internacionais e cada vez é menos amparado por sistemas jurídicos estrangeiros⁸²⁹.

Rosas Oliva complementa que os referenciais relativos a interesses patrimoniais, nos mais diversos sistemas jurídicos da contemporaneidade já contam com uma variada gama de tipos penais voltados à sua proteção. Desse modo, a proteção contra a corrupção privada em face de seus efeitos negativos estritamente patrimoniais já contaria com ferramental jurídico-penal disponível para tanto.

O modelo de tutela patrimonial não enxerga a danosidade da dimensão publicística da corrupção entre particulares. Se por um lado bens jurídicos baseados em

⁸²⁹ Ibid., p. 192.

referências a interesses patrimoniais já contam com uma variada gama de tipos penais a oferecerem proteção, por outro lado, outros interesses, princípios e direitos dignos a servirem de fundamentação para a tipificação penal da corrupção entre particulares, como aqueles de concorrentes e consumidores da ordem econômica são totalmente menosprezados pelo modelo de tutela patrimonial.

É possível afirmarmos isso, na medida em que o modelo ignora toda a dimensão publicística da corrupção entre particulares. Nesse sentido, Kindhäuser e Gontijo afirmam que em muitos casos a danosidade mais grave é dirigida justamente em face de terceiros como competidores, por exemplo, que ficam prejudicados em decorrência do estreito enfoque dado pelo modelo de criminalização da corrupção privada formatado a partir de bens jurídicos típicos do modelo de tutela patrimonial⁸³⁰.

O modelo de tutela patrimonial oferece proteção deficiente às relações de agência.

Mesmo no caso em que nos importemos tão somente com a dimensão privatística da corrupção entre particulares, ainda assim o modelo de tutela patrimonial manifesta uma proteção deficiente. A proteção é deficiente porque em muitos casos, mesmo em se considerando tão somente os efeitos negativos ao principal, a corrupção entre particulares expressa outros efeitos negativos, que não tão somente aqueles de cariz patrimonial.

Nesse sentido, a corrupção entre particulares pode causar uma série de efeitos negativos reputacionais e morais para o principal e seus demais agentes. Prejuízos dessa e de outras ordens, que não aquelas essencialmente patrimoniais, não conseguem ser abrangidas pelo modelo criminalizante de tutela patrimonial.

O modelo de tutela patrimonial não consegue legitimar a punibilidade do corruptor. Gontijo⁸³¹ registra que o modelo de tutela patrimonial não confere legitimidade à punibilidade do corruptor. Nesse sentido, é interessante compreendermos que, sob o viés do bem jurídico de “proteção da lealdade patrimonial”, é necessário dizer que o corruptor via de regra não deve lealdade, tampouco lealdade patrimonial, ao principal de terceiro com quem negocia. Em algumas ocasiões em que o corruptor busca subornar terceiro, pode-se até falar em lealdade patrimonial, se estiver empreendendo tais esforços para garantir contratação para um principal para o qual atue na qualidade de agente.

Sob o viés do bem jurídico de “proteção do patrimônio social”, por sua vez, faz-se importante notarmos que atos de corrupção privada ativa *per se* não têm o condão de causar qualquer lesão tampouco expor a perigo de lesão patrimônio alheio. Quem faz isso é o agente,

⁸³⁰ Ibid., p. 192.

⁸³¹ Ibid., p. 192.

quando para intermediar atos lícitos ou ilícitos, desvia recursos que originalmente seriam transmitidos ao seu principal.

Dessa forma, a punibilidade do corruptor só resta legitimada no modelo de tutela patrimonial, como uma punibilidade acessória, a título de participação ao comportamento realizado pelo corrupto. Contudo, desse modo, o modelo de tutela patrimonial acaba recaindo em um regresso conceitual e dogmático da corrupção como um comportamento necessariamente bilateral, como uma espécie de acordo ilícito.

O modelo de tutela patrimonial se desdobra em estruturas típicas que se afastam do conceito e da relevância dogmática dada aos casos de corrupção privada. Como podemos observar a partir das vertentes austríaca e italiana, o modelo de tutela patrimonial se consubstancia por meio de estruturas típicas que não refletem o conceito e a relevância geralmente dada, dogmaticamente, aos comportamentos de corrupção privada.

Desse modo, os tipos penais construídos a partir do modelo de tutela patrimonial geralmente incorrem em uma espécie de burla de etiquetas. Os comportamentos e resultados previstos pelos tipos incriminadores desse modelo geralmente não se correspondem com os comportamentos e resultados dogmaticamente compreendidos e endereçados como os mais relevantes da corrupção entre particulares.

O que os tipos penais amoldados a partir do modelo de tutela patrimonial punem, a bem da verdade, não é a corrupção entre particulares, mas a má gestão antecipada, uma espécie de apropriação indébita de patrimônio do principal presumido, ou ainda uma infidelidade patrimonial qualificada pela corrupção.

O modelo de tutela patrimonial é incoerente ao buscar proteger a perda de uma chance. Esse tipo de crítica se volta sobretudo às construções normativas mais próximas àquela elaborada pela vertente italiana.

Nesse sentido, bens jurídicos como o dessa vertente estão projetados à defesa do *status quo* patrimonial, de modo que apresentam dificuldades de se amoldarem àquelas situações frequentes de corrupção entre particulares nas quais, conforme salienta Kindhäuser⁸³², não há resultado negativo para o patrimônio do ente cujo *intraneus* corrupto está vinculado. Em situações como essa, em que há perda de uma chance, e não perda patrimonial propriamente dita, torna-se artificioso o argumento de salvaguarda a danos patrimoniais.

⁸³² KINDHÄUSER, Urs, op. cit., p. 12 et seq.

6 MODELO DE TUTELA LEALÍSTICO-FIDUCIÁRIA

Uma segunda perspectiva criminalizante diz respeito ao modelo de tutela lealístico-fiduciária, que se refere ao conjunto de tipificações cujas opções são justificadas por bens jurídicos voltados à proteção de deveres de lealdade e confiança estabelecidos entre agentes e principais⁸³³. Esse modelo, conforme ensina-nos Spena⁸³⁴, está fortemente atrelado aos pressupostos da perspectiva conceitual que compreende a corrupção como um ato de abuso de um poder estabelecido numa relação principal – agente.

Spena⁸³⁵ e Walther⁸³⁶ especificam, ainda em um momento abstrato, que o modelo de tutela lealístico-fiduciária pode ser subclassificado a partir da forma com a qual se define argumentativamente o que significa um ato penalmente relevante contra a lealdade ou a confiança. Nesse sentido, Spena divide o referido modelo em dois submodelos: um de caráter objetivo, pessoal de conduta (*personal/conduct model*)⁸³⁷ ou também tratado como de proteção à lealdade nos atos (*deeds-loyalty*); e um outro de traço marcadamente subjetivo, pessoal de influência (*personal/influence model*)⁸³⁸, ou também tratado como submodelo de proteção à lealdade nas razões (*reasons-loyalty*).

O submodelo *deeds-loyalty* compreende que a criminalização da corrupção privada deve abranger tão somente aqueles atos que impliquem violação à lealdade e à confiança da relação principal – agente, aferível num plano objetivo⁸³⁹. De modo mais claro, o que importa para ser leal, para esse submodelo, é que a conduta do agente seja objetivamente compatível aos melhores interesses do principal. Ser leal, nesse sentido, é “fazer a coisa certa”, independentemente da razão que motiva a conduta do agente⁸⁴⁰.

O submodelo *reasons-loyalty*, por sua vez, defende uma adesão moral do agente à causa do principal⁸⁴¹. Sustenta que a criminalização da corrupção privada deve abranger aqueles atos que impliquem violação à lealdade e à confiança da relação principal – agente,

⁸³³ WALTHER, Felix, 2011, p. 18; ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 327; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 147 et seq.

⁸³⁴ SPENA, Alessandro, op. cit., p. 820 et seq.

⁸³⁵ Ibid..

⁸³⁶ WALTHER, Felix, 2011.

⁸³⁷ Ibid., p. 28.

⁸³⁸ LAW COMMISSION, 2007, p. 28.

⁸³⁹ SPENA, Alessandro, op. cit., p. 821-822.

⁸⁴⁰ Ibid., p. 822.

⁸⁴¹ Ibid., p. 821.

aferível ainda num plano subjetivo⁸⁴². Outrossim, para essa perspectiva, ser leal significa ser fiel ao melhor interesse do principal, tomando esse como razão decisiva para a realização de uma conduta⁸⁴³. Para esse submodelo, um agente pode incorrer em corrupção punível mesmo quando “faz a coisa certa” se essa conduta for guiada por interesses outros que não os do principal⁸⁴⁴.

Tendo em vista esses submodelos, Spina⁸⁴⁵ assevera que as variantes clássicas lealístico-fiduciárias assumem, via de regra, o submodelo *reasons-loyalty*, na medida em que criminalizam a corrupção imprópria, isto é, a corrupção havida na situação em que um agente expressa comportamento objetivamente conforme seus poderes e deveres para com o principal, porém tem essa atuação governada por razões egoísticas, alheias ao melhor interesse do principal⁸⁴⁶.

Além dos submodelos ora explicitados, Gontijo nos mostra que os argumentos lealístico-fiduciários podem também variar em extensão de sujeitos aos quais as tipificações são projetadas. Um primeiro submodelo, mais restrito, busca criminalizar a corrupção havida num contexto laboral⁸⁴⁷. Um segundo submodelo, mais amplo, busca criminalizar a corrupção entre particulares ocorrida em um âmbito de relações contratuais mais amplas, ainda que não-laborais⁸⁴⁸.

Nesse sentido, distinguem-se entre si, as duas principais variantes do modelo de tutela lealístico-fiduciária, quais sejam: uma mais ampla, que foi introduzida na Inglaterra no início do século XX⁸⁴⁹ e perdurou até o ano de 2009⁸⁵⁰, e uma outra mais restrita, de cunho juslaboral, consolidada em França, a partir de 1994 e vigente até os dias atuais⁸⁵¹.

⁸⁴² Ibid., p. 821.

⁸⁴³ Ibid., p. 821.

⁸⁴⁴ Ibid., p. 821.

⁸⁴⁵ Ibid., p. 822.

⁸⁴⁶ Ibid., p. 822.

⁸⁴⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 110.

⁸⁴⁸ Ibid., p. 84 et seq.

⁸⁴⁹ Ibid., p. 84-85.

⁸⁵⁰ Ibid., p. 90.

⁸⁵¹ Ibid., p. 112-113.

6.1 Variante clássica inglesa: proteção da lealdade do agente para com o seu principal

A primeira vertente do modelo de tutela lealístico-fiduciária foi introduzida na Inglaterra, bem no início do século XX, em 1906. A literatura especializada, contudo, registra que o reconhecimento e a percepção negativa em relação a comportamentos de corrupção privada nessa nação, já aconteciam desde o final do século XVIII.

Quanto ao contexto, insta salientarmos que na Inglaterra, uma das nações em que o liberalismo econômico ganhou maior expressão, com a agudização de empreendimentos privados coletivos pela burguesia, problemas típicos da vida empresarial como a infidelidade patrimonial e a corrupção privada se proliferaram.

Com as revoluções industriais e a ascensão da burguesia, teve maior propulsão o desenvolvimento do capitalismo, por meio do qual arranjos coletivos de sociedades empresárias e corporações alavancaram empreendimentos que buscavam satisfazer a necessidade de investimentos cada vez mais vultuosos. Esses empreendimentos coletivos deflagraram um processo de separação entre as pessoas que aplicavam seu capital nesses empreendimentos e as pessoas que exerciam a gestão organizada desses.

Com a separação das pessoas que exerciam essas funções, rapidamente percebeu-se a proliferação de conflitos de interesses entre os investidores que compunham essas sociedades empresárias e os agentes que deveriam atuar em prol dos interesses daqueles. As palavras de Smith, em 1776, já retratavam esses conflitos de interesses entre agentes e principais:

The directors of such companies, however, being the managers rather of other people's money than of their own, it cannot well be expected, that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a private frequently watch over their own. Like the stewards of a rich man, they are apt to consider attention to small matters as not for their master's honour, and very easily give themselves a dispensation from having it. Negligence and profusion, therefore, must always prevail, more or less, in the management of the affairs of such a company.⁸⁵²

⁸⁵² Trecho original em: SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Chicago: Univ. Chicago Press. 1977, p. 990. Tradução nossa:

“Dos diretores dessas empresa, entretanto, sendo os gerentes do dinheiro de terceiros e não do dinheiro próprio, não se pode esperar que cuidem dele com a mesma vigilância ansiosa com que os sócios de uma sociedade privada zelam pelo próprio dinheiro. Como os mordomos de um homem rico, eles tendem a dar atenção às pequenas questões que não favorecem o patrão e, facilmente, tendem a se aproveitar dele. Portanto, a negligência

Em 1877, o jornal “Times” publicou um artigo, que mostrava que os comportamentos corruptos haviam se difundido nas mais diferentes atividades econômicas da sociedade inglesa, empresariais ou não, de representação ou não, trabalhistas ou não:

First came solicitors, accused of betraying the trust of their employers, and leaguings with third parties to divide fees to which they had no sort of just claim. Then followed bankers, auctioneers, architects, insurance agents, and accountants. There does not seem, in short, to be any end to the ramification of this canker, which has grown to such a height as to threaten the extinction of honest plain-dealing altogether. It may be traced, indeed, through a much wider ramification than the correspondence we have published has as yet disclosed, and through all shades of question-ableness, from direct bribery of the most corrupt kind, such as that of the architect or engineer, who receives douceurs from the contractors and tradesmen, whom he is bound to overlook, to the more venial, but still not justifiable, gifts or 'discounts,' or 'half-commissions,' which nominally unpaid agents, such as bankers, may receive from a broker.⁸⁵³

Em 1898 foi publicado um relatório pelo *Secret Commissions Committee of the London Chamber of Commerce*, que concluiu pela proliferação de pactos corruptos de maneira geral, nas relações privadas da nação inglesa, e pela danosidade social dessas práticas. Em meio aos trabalhos legislativos do Parlamento Britânico, surgiu discussão sobre uma extensão da punição penal aplicável à corrupção pública à corrupção do setor privado.

Nesse sentido, em 1899, Lord Russel of Killowen conclamou seus pares para que aprovassem um projeto legislativo para estabelecer a criminalização da entrega e do recebimento de “comissões secretas” (*secret commissions*):

e a profusão devem sempre prevalecer, para mais ou para menos, na administração dos assuntos de uma empresa desse tipo”.

⁸⁵³ Trecho original em: UK PARLIAMENT. **Illicit Secret Commissions Bill**. Volume 70: debated on Thursday 20 April 1899 - **Hansard - UK Parliament**. Parliament.uk. 1899. Disponível em:

<https://hansard.parliament.uk/Lords/1899-04-20/debates/4119a6de-f6da-42f9-af4c-c612ec1c8e1a/IllicitSecretCommissionsBill>. Acesso em: 12 nov. 2021. Tradução nossa:

“Primeiro surgiram os advogados, acusados de trair a confiança de seus empregadores, e de se associarem a terceiros para dividir honorários aos quais não tinham qualquer tipo de reivindicação justa. Depois seguiram banqueiros, leiloeiros, arquitetos, agentes de seguros e contadores. Em suma, não parece haver fim para a ramificação deste cancro, que atingiu tal altura a ponto de ameaçar a total extinção da honestidade das negociações. Ele pode ser traçado, de fato, por meio de uma ramificação muito mais ampla do que a correspondência que temos publicado até agora, e por meio de todos os matizes de questionamento, desde subornos diretos do tipo mais corrupto, como o do arquiteto ou engenheiro, que recebe ‘pagamentos’ de empreiteiros e comerciantes, para fazer ‘vistas grossas’, até os mais veniais, mas ainda não justificáveis, presentes ou ‘descontos’, ou ‘meias comissões’, que nominalmente agentes não-pagos, como os banqueiros, podem receber de um intermediador”.

I desire your Lordships to remove the limitation which restricts that law merely to the case of public bodies. We are dealing with the case of transactions where the commission is illicit, illegal, and could have been recovered by action from the man who received it, and in respect of which a civil action could also have been brought against the man who paid it. Those are the cases in which I seek to make the giving and receiving of commissions a criminal act. I beg your Lordships to bear in mind that anyone who might come under the operation of this Bill, if it becomes an Act, can relieve himself of all dread of punishment under it if only he is open and above board. For instance, if a servant says to his master, "I am getting a commission from the coachbuilder," or from this or that tradesman, and the master consents to it, it is well and good, and so in the case of any other commission. The vice of this thing is its secrecy. I cannot better explain the objects of Bill than I have done in the opening sentence of the Explanatory Memorandum which accompanies the Bill, and which says:— The object of the Bill may be shortly stated as an effort to check, by making them criminal, a large number of inequitable and illegal secret payments, all of which are dishonest, and tend to shake confidence between man and man, and to discourage honest trade and enterprise.⁸⁵⁴

Após discussões legislativas, em 1906 foi introduzida na ordem jurídica inglesa a *Prevention of Corruption Act*, lei por meio da qual foi tipificado, de forma inédita na história, o delito de corrupção privada, sob a rubrica “punição de transações corruptas com agentes” (*[p]unishment of corrupt transactions with agents*).

Assim dispunha a referida norma sobre o delito:

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

⁸⁵⁴ Ibid. (Trecho original). Tradução nossa:

“Gostaria que Vossas Excelências removessem a limitação que restringe essa Lei apenas para o caso que envolva órgãos públicos. Estamos tratando do caso de transações em que a comissão é ilícita, ilegal, e poderia ter sido recuperada por ação do homem que a recebeu, e em relação às quais uma ação civil também poderia ter sido movida contra o homem que a pagou. Estes são os casos em que procuro tornar oferta e recebimento de comissões comportamentos criminosos. Peço a Vossas Excelências que tenham em mente que qualquer pessoa sob o âmbito de aplicação deste Projeto de Lei, se ele se tornar uma lei, pode se livrar de todo o receio de punição sob ele se apenas ele estiver se comportando honestamente. Por exemplo, se um servo diz a seu mestre: ‘Estou recebendo uma comissão do fabricante’, ou deste ou daquele comerciante, e o mestre consente, está bem e bom, e assim no caso de qualquer outra comissão. O vício desta coisa é seu sigilo. Não posso explicar melhor os objetos do Projeto de Lei do que o fiz na frase inicial da Exposição de Motivos que acompanha o Projeto de Lei, e que diz: - O objeto do Projeto de Lei pode ser declarado em breve como um esforço para verificar, tornando criminoso, um grande número de pagamentos secretos injustos e ilegais, todos eles são desonestos, e tendem a abalar a confiança entre o homem e o homem, e a desencorajar o comércio honesto e o empreendimento.”

principal's affairs or business, or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person in relation to his principal's affairs or business ; or If any person knowingly gives to any agent, or if any agent knowingly uses with intent to deceive his principal, any receipt, account, or other document in respect of which the principal is interested, and which contains any statement which is false or erroneous or defective in any material particular, and which to his knowledge is intended to mislead the principal;

he shall be guilty of a misdemeanour, and shall be liable on conviction on indictment to imprisonment, with or without hard labour, for a term not exceeding two years, or to a fine not exceeding five hundred pounds, or to both such imprisonment and such fine, or on summary conviction to imprisonment, with or without hard labour, for a term not exceeding four months, or to a fine not exceeding fifty pounds, or to both such imprisonment and such fine.

(2) For the purposes of this Act the expression " consideration " includes valuable consideration of any kind ; the expression " agent" includes any person employed by or acting for another; and the expression "principal" includes an employer.

(3)A person serving under the Crown or under any corporation or any municipal, borough, county, or district council, or any board of guardians, is an agent within the meaning of this Act.⁸⁵⁵

A partir da introdução da *Prevention of Corruption Act*, foi instituído na Inglaterra um delito geral de corrupção, por meio do qual passaram a estar submetidas ao mesmo tratamento jurídico-penal, práticas de corrupção pública e de corrupção privada⁸⁵⁶. Para que isso fosse possível, compreendia-se como sujeito ativo do delito em sua modalidade passiva, o “*agent*”, terminologia que compreendia qualquer pessoa que estivesse empregada por ou atuando para

⁸⁵⁵ Id.. **Prevention of Corruption Act 1906 (repealed)**. Disponível em:

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/34/section/1/1991-02-01>. Acesso em: 22 dez. 2021 (Trecho original). Tradução nossa:

“1 Punição por transações corruptas com agentes.

(1) Se qualquer agente aceitar ou obter de forma corrupta, ou concordar em aceitar ou tentar obter, de qualquer pessoa, para si ou para qualquer outra pessoa, qualquer presente ou consideração como um incentivo ou recompensa por fazer ou abster-se de fazer, ou, após a aprovação desta Lei, por ter feito ou deixar de ter feito qualquer ato em relação aos negócios ou negócios de seu principal, ou por mostrar ou se abster de mostrar favor ou desfavor, a qualquer pessoa em relação aos assuntos ou negócios de seu principal; ou

Se qualquer pessoa der ou concordar em dar ou oferecer qualquer presente ou consideração a qualquer agente como um incentivo ou recompensa por fazer ou se abster de fazer, ou, após a aprovação desta Lei, por ter feito ou deixar de ter feito qualquer ato em relação aos assuntos ou negócios de seu principal, ou para mostrar ou se abster de mostrar favor ou desfavor a qualquer pessoa em relação aos assuntos ou negócios de seu principal; ou Se qualquer pessoa conscientemente der a qualquer agente, ou se qualquer agente usar intencionalmente com a intenção de enganar seu principal, qualquer recibo, conta ou outro documento em que o principal esteja interessado, e que contenha qualquer declaração falsa ou errônea ou defeituoso em qualquer particularidade material, e que, ao seu conhecimento, tenha a intenção de enganar o principal;

ele será culpado de contravenção e será condenado em acusação de prisão, com ou sem trabalhos forçados, por um período não superior a dois anos, ou a uma multa não superior a quinhentas libras, ou a ambos prisão e tal multa, ou por condenação sumária à prisão, com ou sem trabalhos forçados, por um período não superior a quatro meses, ou a uma multa não superior a cinquenta libras, ou tanto a tal prisão como a tal multa.

(2) Para os fins desta Lei, a expressão "consideração" inclui consideração valiosa de qualquer tipo; a expressão "agente" inclui qualquer pessoa empregada ou agindo por conta de outrem; e a expressão "principal" inclui um empregador.

(3) Uma pessoa servindo à Coroa ou a qualquer corporação ou a qualquer município, distrito, condado ou conselho distrital, ou a qualquer conselho de tutores, é um agente dentro do significado desta Lei.”.

⁸⁵⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 88.

outra pessoa, bem como qualquer pessoa que atuasse em serviço à Coroa ou ao Poder Público (em conjunto, compreendidos indistintamente como “*principals*”)⁸⁵⁷.

Na primeira parte da seção 1(1) do tipo penal, encontrava-se disposta a descrição do delito geral de corrupção passiva⁸⁵⁸. Esse restava configurado se o agente “corruptamente” aceitasse ou obtivesse, ou aceitasse em receber, ou tentasse obter, de qualquer pessoa, para si ou para outrem, qualquer presente ou vantagem como induzimento ou recompensa por fazer ou deixar de fazer, ou ter feito ou deixado de ter feito, qualquer ato relacionado aos interesses e negócios do principal⁸⁵⁹.

Subsequentemente, na segunda parte da seção 1(1), encontrava-se descrito o delito geral de corrupção ativa⁸⁶⁰. Segundo a descrição da aludida disposição, restava configurado o delito quando alguém “corruptamente” desse, aceitasse em dar ou oferecesse qualquer presente ou vantagem para qualquer agente, como induzimento ou recompensa para fazer ou deixar de fazer, ou ter feito ou deixar de ter feito qualquer ato relativo aos interesses e negócios do principal⁸⁶¹.

Numa terceira parte da mesma seção 1(1), foram descritos explicitamente como passíveis de sanções penais, os comportamentos de dar recibos ou qualquer outro documento com informações falsas ou equivocadas que pudessem causar prejuízo ao principal, bem como a utilização de documento ou recibo contendo informações falsas ou equivocadas⁸⁶².

Quanto ao bem jurídico, embora as discussões havidas à época da tipificação não sigam um raciocínio linear, é facilmente possível identificar como fundamento prevalente à tipificação do delito geral de corrupção, como sendo a necessidade de se proteger a integridade da relação de agência entre agente e principal⁸⁶³. Buscava-se por meio de uma previsão penal evitar que um agente agisse deslealmente, sobrepondo, no âmbito de suas relações com o principal, interesses próprios em detrimento aos interesses do principal⁸⁶⁴.

Nesse sentido, ressalta Gontijo que, diferentemente do modelo de tutela patrimonial, era completamente despicienda a ocorrência ou comprovação de qualquer aspecto relacionado a um prejuízo de cunho patrimonial.

Quanto à violação de dever penalmente relevante, a Law Commission esclarece ser a quebra de uma confiança pessoalmente estabelecida entre principal e agente o fundamento

⁸⁵⁷ Ibid., p. 86.

⁸⁵⁸ Ibid., p. 87.

⁸⁵⁹ Ibid., p. 87.

⁸⁶⁰ Ibid., p. 87-88.

⁸⁶¹ Ibid., p. 87-88.

⁸⁶² Ibid., p. 88.

⁸⁶³ Ibid., p. 87.

⁸⁶⁴ Ibid., p. 87.

da incriminação da corrupção privada. Nesse sentido, a comissão inglesa salienta que a lei de 1906 estampa uma aproximação de cunho subjetivo, *personal/influence*, no qual mesmo a corrupção imprópria é penalmente relevante. Dessa forma, exemplifica:

It would be naive to suppose that there is no harm in A paying B to comply with B's duty to C: if B is free to accept such payments, there is an obvious incentive to insist on them as a precondition for the performance of the duty – in other words, an incentive to act in breach of the duty if payment is not forthcoming. Indeed, it may be that the only reason why A is prepared to pay for the performance of B's duty is that that is the only way to secure it.⁸⁶⁵

A Law Commission deixa explícito que a quebra de confiança penalmente relevante da corrupção, de que trata a *Prevention of Corruption Act*, é a decorrente da intenção de (terceiro) influenciar ou (do agente) ser influenciado em uma conduta relacionada aos interesses ou negócios do principal.

Essa aproximação incorre no grave de erro de cair em uma forte tendência moralista, com potencial de criminalizar condutas que não trazem qualquer danosidade efetiva, até mesmo se considerarmos a confiança estabelecida na relação principal – agente. Um exemplo claro de tendência moralista dessa aproximação é o citado pela Law Commission:

Another example of a bribe which is corrupt although the interests of the agent's principal are not prejudiced is the case where, of a range of choices open to the agent, two or more appear equally advantageous to the principal, and the agent is bribed to choose one of these acceptable options rather than another. For example, where from the principal's point of view there is nothing to choose between two tenders for a contract, the agent may be bribed to select one of them. The agent's decision, though not clearly furthering the principal's interests better than the alternatives, is not contrary to those interests either. But in our view it is still corrupt, and should be criminal. For these reasons we have concluded that a definitions couched in terms of breach of duty, or even in terms of the principal's best interests as the agent perceives them, would be too narrow.⁸⁶⁶

⁸⁶⁵ LAW COMMISSION. **Legislating the criminal code**: corruption, law com no 248, 1998, p. 54. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/235565/0524.pdf. Acesso em: 5 out. 2021.

⁸⁶⁶ Ibid., p. 54-55 (Trecho original). Tradução nossa: “Outro exemplo de corrupção, embora os interesses do principal do agente não sejam prejudicados, é o caso em que, de uma gama de escolhas abertas ao agente, duas ou mais parecem igualmente vantajosas para o principal, o agente é subornado para escolher uma dessas opções aceitáveis em vez de outra. Por exemplo, quando do ponto

Como é possível percebermos, segundo a variante clássica inglesa, mesmo não havendo qualquer dano ou prejuízo concreto para o principal, a mera influência em uma conduta de agente deve ser considerada como violação de dever fiduciário, penalmente relevante a fim de caracterizar o delito de corrupção proscrito pela lei. Nesse contexto, contudo, é possível que o principal consinta expressa ou tacitamente com a conduta do agente, como nos casos em que aceite ou participe da corrupção perpetrada pelo seu agente.

Nesses casos, não haveria que se falar, a princípio, de uma violação de deveres de lealdade desse agente para com o seu principal, e por conseguinte não se poderia falar, via de regra, na prática do delito de corrupção. Uma exceção em que ainda assim se poderia cogitar na configuração do delito de corrupção seria a hipótese em que houvesse uma relação de agência desse principal com uma outra pessoa. Nessa situação o principal em questão figuraria como agente dessa outra pessoa, e poderia incorrer, portanto, no delito de corrupção sob a formação lealístico-fiduciária.

Quanto à estrutura do delito, é possível percebermos que comportamentos unilaterais e bilaterais, de corrupção ativa e passiva, própria e imprópria, bem como antecedente e subsequente, são proscritos pela Lei de 1906. Nesse sentido, a *Prevention of Corruption Act* estabelece um escopo bem amplo e diversificado de comportamentos tipificados.

Uma questão relevante a se pensar na estrutura do delito de corrupção da Lei inglesa de 1906 se refere às condutas de corrupção ativa e passiva relativas à corrupção subsequente não combinada, isto é, em que um agente obtenha recompensa de um terceiro sem ter havido uma prévia combinação ou oferta. A descrição dos delitos tem o elemento normativo “corruptamente”, o que abre margem às mais diferentes interpretações sobre o seu significado.

A interpretação que pareceu prevalecer nas opiniões emanadas pela Law Commission, é que a lei de 1906 criminalizava comportamentos de aceitação ou oferta de recompensa, quando esboçassem, ainda que unilateralmente e sem combinação prévia, uma “tendência de corromper”, “de influenciar”, ainda que sem vinculação determinada, futuros comportamentos

de vista do principal não há nada para escolher entre duas propostas para um contrato, o agente pode ser subornado para escolher uma delas. A decisão do agente, embora não favoreça claramente os interesses do principal, também não é contrária a esses interesses. Mas, em nossa opinião, ela ainda é corrupta e deve ser criminosa. Por isso, concluímos que uma definição em termos de violação do dever, ou mesmo em termos dos melhores interesses do principal como o agente os percebe, seria muito restrita.”

de traição à lealdade nas razões⁸⁶⁷. Não há, contudo, critério claro de como se aferir essa “tendência de corromper”.

Quanto aos sujeitos do delito, a seção 1(2) da Lei inglesa estabelece como sujeito ativo da modalidade passiva, a figura do “*agent*”, que significa qualquer pessoa que seja empregada ou atue para outra pessoa. Como sujeito passivo, por sua vez, a mesma disposição estabelece a figura do “*principal*”, que significa empregador ou contratante, em uma perspectiva conceitual ampla.

Muito embora essa delimitação de sujeitos ativo e passivo seja mais ampla que aquelas ofertadas pelos tipos do modelo de tutela patrimonial, e consiga lidar razoavelmente bem com vários casos de corrupção, em alguns cenários, essa perspectiva se demonstra ainda bastante restritiva.

O grande problema dessa construção dos sujeitos ativo e passivo do tipo inglês ocorre em razão da perspectiva conceitual de corrupção que adota. Por entender necessariamente a corrupção sob um arranjo tipológico *principal – agent – client*, o tipo penal inglês não só prevê a subjetividade ativa como própria, mas também a subjetividade passiva de modo análogo, como sendo própria⁸⁶⁸. A construção inglesa, dessa forma, necessariamente interpreta o principal como sendo a vítima do delito de corrupção, o que nem sempre acontece na prática⁸⁶⁹.

Aqui se fazem pertinentes as mesmas críticas dirigidas à limitação dos modelos conceituais de corrupção construídos a partir da tipologia *principal – agent – client*. Com essa limitação, o tipo penal inglês recai em esdrúxulos cenários de impunibilidade a casos de corrupção com alta danosidade social por não perceber a dimensão publicística da corrupção entre particulares. São exemplos, nesse sentido, as situações mencionadas no capítulo de discussão sobre o conceito de corrupção, relativos aos casos em que o principal “aponta” para a pessoa errada (*cases where “principal” points to the wrong person*), e os casos de corrupção entre principais (*principal to principal bribery*).

Por fim, além dos casos mais explícitos de impunibilidade, a delimitação de sujeitos sob uma perspectiva conceitual de corrupção como problema de agência leva a cenários confusos, como o comum caso em que diretores de uma empresa são subornados para garantirem o sucesso de contratação de um determinado fornecedor.

⁸⁶⁷ Ibid., p. 81.

⁸⁶⁸ LAW COMMISSION, 2007, p. 31.

⁸⁶⁹ Ibid., p. 31.

Na medida em que tais diretores sejam a “mente diretiva” (*directing mind*) da empresa, mesmo podendo com esse comportamento corrupto, causar uma série de danosidades não só a concorrentes, mas também a investidores da própria empresa, há setor doutrinário que interpreta que a vontade desses se confunde com a da empresa, tratando-se de caso impunível de corrupção entre principais. Outro setor doutrinário compreende que, ainda que a vontade desses não se confunda com a da empresa, acabam atuando sob consentimento dessa, o que torna de igual modo, impunível a corrupção por eles praticada⁸⁷⁰.

Quanto à escolha por unificação do tratamento jurídico-penal dispensado às corrupções pública e privada, Gontijo⁸⁷¹ salienta existir diversas críticas doutrinárias, as quais entendem imprescindível a diferenciação de tratamento entre crimes de corrupção pública e crimes de corrupção privada.

As críticas a essa estratégia, por parte da doutrina denominada de “modelo unitário”, “modelo unificador”, ou “modelo omnicompreensivo”, variam entre basicamente entre três argumentos. O primeiro sustenta o fato de que a corrupção privada é dotada de menor gravidade social que a corrupção pública. Nesse sentido, Rosas Oliva⁸⁷² destaca, em nossa perspectiva acertadamente, que estratégias de tratamento jurídico-penal unificado às corrupções pública e privada ignoram que à corrupção pública geralmente é percebida com maior desvalor, por afetação de valores como a probidade e o bom funcionamento da Administração Pública, o que não ocorre no caso da corrupção entre particulares. O segundo defende que o setor privado estaria menos vulnerável às práticas de corrupção. O terceiro aduz que as atividades do setor privado não estão sujeitas a determinações éticas e normativas que aquelas dirigidas ao setor público⁸⁷³.

Muito embora a redação do delito de corrupção da Inglaterra tenha sofrido fortes alterações em termos argumentativos, persiste sendo adotado um tipo geral do delito de corrupção. Para tanto, o legislador inglês compreende que cada vez mais se torna difícil a separação entre a atuação do poder público e do poder privado e, em razão disso, opta pela opção político-criminal que submete esferas pública e privada à mesma punição no que se refere ao delito de corrupção.

⁸⁷⁰ Ibid., p. 33.

⁸⁷¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 92

⁸⁷² ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 335.

⁸⁷³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa, loc. cit..

6.2 Variante clássica francesa: proteção da lealdade do empregado e do diretor para com o seu empregador

Uma outra vertente de relevância para o entendimento dos perfis de tipificação da corrupção entre particulares a partir do modelo de tutela lealístico-fiduciária foi aquela desenvolvida em França, e que perdurou no país de 1994 até 2005.

Quanto ao contexto, é importante destacarmos que a literatura especializada registra existir desde de 1919, um tipo penal no país voltado à corrupção privada. Nesse sentido, punia-se o suborno de empregado, por meio do art. 177, do CP Francês (*Codé penal*)⁸⁷⁴. A existência da figura delitiva de corrupção privada àquela época estava relacionada ao cenário político-econômico após a Primeira Grande Guerra⁸⁷⁵.

Ensina-nos Gontijo que a França, assim como outros países participantes da referida guerra, sofreu com a escassez de produtos essenciais⁸⁷⁶. Diante de um cenário generalizado de desabastecimento, surgiu a comum prática de empregados de empresas se aproveitarem de suas posições para manipular o mercado, o que se desdobrava em danosas distorções na produção e distribuição de bens e serviços⁸⁷⁷.

Com uma perspectiva voltada à promoção do regular funcionamento dos processos econômicos necessários ao desenvolvimento social, o tipo penal francês supramencionado esboçava forte viés publicístico⁸⁷⁸. Tanto é assim que era alocado no mesmo capítulo em que figurava o crime de corrupção de funcionários públicos, qual seja “*De la corruption des fonctionnaires publics et des employés des entreprises privées*”⁸⁷⁹.

Punia-se, por meio do art. 177, tão somente a modalidade passiva da corrupção privada, de empregados, prepostos, assalariados ou agentes que solicitassem ou aceitassem, diretamente ou por meio de um intermediário, sem o conhecimento e sem o consentimento de seu chefe, doações, presentes, comissões, descontos ou prêmios para que praticassem ou se

⁸⁷⁴ RIFFAULT-SILK, Jacqueline. La lutte contre la corruption nationale et internationale par les moyens du droit pénal, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, n° 2, 2002, p. 640; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 189; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 55.

⁸⁷⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 111. DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 88-89.

⁸⁷⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 111.

⁸⁷⁷ Ibid., p. 111.

⁸⁷⁸ Ibid., p. 111.

⁸⁷⁹ Ibid., p. 111-112.

abstivessem de praticar atos próprios às suas atribuições laborais⁸⁸⁰. Não havia previsão para a punição autônoma de comportamentos de corrupção privada ativa⁸⁸¹.

Com o passar dos anos, a conjuntura de escassez dos mercados foi superada, e a preocupação com a corrupção privada deixou de estar relacionada a uma perspectiva publicística, passando a ganhar referencial argumentativo de viés privatístico, relacionado à tutela da lealdade e da confiança no âmbito das relações privadas⁸⁸².

A maior evidência dessa alteração de preocupação quanto à danosidade da corrupção privada ocorre com a revogação do art. 177 do CP Francês, seguida da introdução, em 1994, de um tipo penal de corrupção privada no Código de Trabalho Francês (*Code du travail*), localizado na parte de penalidades do contrato de trabalho. A nova disposição penal contava com a seguinte redação:

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 200 000 F (1) d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative.

*Dans les cas prévus au présent article, le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal.*⁸⁸³

Conforme mostra a redação do tipo penal em questão, a primeira parte descrevia comportamentos de corrupção privada passiva. Punia-se com dois anos de prisão, multa de 200.000 francos e inibição de direitos cívicos, civis e familiares, o diretor ou empregado que

⁸⁸⁰ Ibid., p. 112.

⁸⁸¹ Ibid., p. 112.

⁸⁸² Ibid., p. 112.; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 55 et seq.

⁸⁸³ Trecho original em: FRANCE. Article L152-6 – **Code du travail**. Legifrance.gouv.fr. 1994. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006646586. Acesso em: 12 nov. 2021. Tradução nossa:

“Artigo L152-6

O fato, realizado por qualquer diretor ou empregado, de solicitar ou concordar, direta ou indiretamente, sem o conhecimento ou autorização de seu empregador, ofertas ou promessas, presentes, descontos ou bônus para realizar ou se abster de realizar um ato relacionado a sua função ou facilitado por sua função, será punido com dois anos de prisão e uma multa de 200.000 francos (1).

As mesmas penalidades se aplicam a qualquer pessoa que ceda ou inicie as solicitações definidas no parágrafo anterior.

Nos casos previstos neste artigo, o tribunal também poderá pronunciar, como pena adicional, por um período de até cinco anos, a desqualificação dos direitos civis, civis e familiares prevista no artigo 131-26 do Código Penal”.

solicitasse ou concordasse, direta ou indiretamente, sem o conhecimento ou autorização do seu empregador, com ofertas ou promessas, presentes, descontos ou bônus, para realizar ou abster-se de realizar um ato da sua função, ou facilitável por sua função⁸⁸⁴.

A segunda parte da figura delitiva em questão ficava a cargo de punir comportamentos de corrupção privada ativa. Punia-se com as mesmas penas, a pessoa que cedesse às solicitações ou deflagrasse os comportamentos supracitados no parágrafo anterior.

Quanto ao bem jurídico, a doutrina é pacífica em compreender que se trata da necessidade de se salvaguardar a confiança das relações entre diretores e empregados de um lado, e empregadores de outro⁸⁸⁵. Nesse sentido, a legislação partia do fato de que a vulneração da confiança da relação empregado – empregador produz uma lesão aos interesses de empresas e ofendem o dever de honestidade que deve ser observado pelos trabalhadores⁸⁸⁶.

Quanto à violação de deveres penalmente relevante, a jurisprudência francesa, conforme ensina Encinar del Pozo⁸⁸⁷, entendia que se tratava do desrespeito às regras e obrigações que derivavam do contrato de trabalho, dos regramentos próprios da empresa, dos usos da profissão e, em geral, de legislação e regulamento próprio do ofício do empregado. Por estampar bem jurídico voltado à proteção da confiança nas relações trabalhistas e por vincular os deveres cujo desrespeito enseja corrupção ao contrato e outras fontes de deveres típicas do Direito Trabalhista, essa vertente ficou conhecida como *juslaboral*⁸⁸⁸.

Autores como Gontijo e La Rosa mostram que a doutrina francesa costuma apontar a existência de três situações fáticas clássicas que eram comumente tratadas por essa figura delitiva. A primeira, segundo o autor, estava relacionada à solicitação de suborno e vantagem, por parte dos subordinados a terceiros fornecedores, quando da aquisição de mercadorias ou contratação de serviços⁸⁸⁹.

A segunda situação fática comumente punida pelo tipo penal francês se referia à prática de demissão selvagem, comportamento de um empregado que, mediante aceitação ou recebimento de vantagem oferecida por concorrente do empregador, pedia demissão repentina, deixando de cumprir aviso prévio e, dessarte, gerava dificuldades à empresa. Nesse

⁸⁸⁴ RIFFAULT-SILK, Jacqueline Op. cit., p. 641; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 114. ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 191.

⁸⁸⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 113. ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 192; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 57; TEIXEIRA, Adriano, op. cit., p. 527.

⁸⁸⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 192.

⁸⁸⁷ Ibid., p. 192.

⁸⁸⁸ Ibid., p. 192.

⁸⁸⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 114; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 57.

sentido, Gontijo esclarece que o desrespeito ao aviso prévio era equiparado com a prática irregular de um ato da função do trabalhador⁸⁹⁰.

A terceira situação fática, por sua vez, se refere a atos de espionagem comercial, em que empregados vendiam para concorrentes informações relevantes sobre o empregador aos quais estivessem vinculados⁸⁹¹.

Ainda em relação aos deveres penalmente relevantes, Teixeira⁸⁹² mostra que essa vertente do modelo lealístico-fiduciário é bastante criticada. O autor, nesse sentido, destaca críticas da doutrina relacionadas a essa questão.

A primeira sustenta a ausência de dignidade penal e o desrespeito à *ultima ratio* de um modelo calcado na necessidade de salvaguarda de deveres trabalhistas. Nesse sentido, a crítica sustenta que a relação entre chefe e empregado não é algo que interessa ao DP, pois se trata somente de uma questão civil ou trabalhista⁸⁹³.

A segunda crítica aponta que uma norma incriminadora que faça a punibilidade depender da infração de um dever trabalhista do empregado a documentos como contrato de trabalho e regras internas corporativas viola o princípio da legalidade, mais especificamente um de seus corolários: o mandato de determinação⁸⁹⁴. Nesse sentido, Teixeira ressalta que quem acaba definindo os deveres penalmente relevantes é o empregador e não o Estado. Sustenta, desse modo, que em razão disso a aplicação da lei penal torna-se “privatizada e imprevisível”⁸⁹⁵.

Por fim, podemos apontar também a procedente crítica de Rosas Oliva⁸⁹⁶. O autor entende ser incoerente o recorte juslaboral, como acontece com a variante francesa, na medida em que compreende não existir fundamento claro o suficiente para que se possa de um lado responsabilizar criminalmente até mesmo meras infrações de contrato de trabalho, e de outro lado, ao mesmo tempo, negar a extensão dessa proteção a outros contratos, como o de compra e venda, o de arrendamento, o de obra, etc⁸⁹⁷. Essa razão permite-nos dizer que a variante juslaboral padece tanto de excesso quanto de insuficiência no que diz respeito à proteção penal.

⁸⁹⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 115; LA ROSA, loc. cit..

⁸⁹¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit.; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 192; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 57.

⁸⁹² TEIXEIRA, Adriano, op. cit., p. 527-528.

⁸⁹³ Ibid., p. 528.

⁸⁹⁴ Ibid., p. 528.

⁸⁹⁵ Ibid., p. 528.

⁸⁹⁶ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 334.

⁸⁹⁷ Ibid., p. 334.

Quanto à estrutura do delito, faz-se importante percebermos que de modo expresse, a disposição penal francesa estabelece o conhecimento ou o consentimento do empregador como excludente de tipicidade, de modo que só se fazem penalmente relevantes os comportamentos de corrupção privada secretos e não-autorizados⁸⁹⁸.

Outra importante questão relativa à estrutura do delito diz respeito à exigência típica de que a oferta, solicitação ou transmissão da vantagem se desse anteriormente à realização de ato relativo à função do empregado ou do diretor. Nesse sentido, o tipo penal francês só sancionava criminalmente a corrupção privada antecedente⁸⁹⁹. Essa restrição, segundo La Rosa, dificultou bastante a aplicação da norma, que na prática acabou tendo sua aplicação substituída por outras previsões penais, como a incidência em receptação ou cumplicidade em *abus des biens, du crédit, des pouvoirs et des voix de la société*, dos arts. L. 241-3 e L. 242-6 do “*Code de commerce*”⁹⁰⁰.

Quanto aos sujeitos do delito, o tipo penal francês adotava uma estratégia mais estreita que a adotada pela vertente inglesa, que aglutina de maneira geral, principais e agentes, públicos e privados, como sujeitos passivos e ativos do delito, respectivamente.

De maneira mais restrita, o tipo francês compreendia como sujeito ativo do delito o diretor (*directeur*) ou empregado (*salarié*)⁹⁰¹. Esses termos, segundo Gontijo⁹⁰², Encinar del Pozo⁹⁰³ e La Rosa⁹⁰⁴, deveriam ser compreendidos de maneira ampla, de modo que estavam abrangidos por essas expressões todo aquele que prestasse trabalho em troca de uma remuneração e estivesse sujeito a uma subordinação jurídica a seu empregador, que o pudesse dar instruções e diretivas, controlar a execução e a prestação dos serviços, etc⁹⁰⁵.

Apesar dessa interpretação ampla, é inevitável destacar novamente que a vertente francesa, além de recair no mesmo erro conceitual incorrido pelo tipo penal inglês, de fechar os olhos para a dimensão publicística da corrupção entre particulares, retrocede no sentido de fechar ainda mais o seu escopo de aplicação, ignorando que a corrupção não é um problema adstrito às relações de trabalho.

Quanto à compreensão da corrupção privada como um delito juslaboral, autores como Gontijo⁹⁰⁶ e La Rosa⁹⁰⁷ salientam o insucesso da estratégia francesa, de deslocar o delito

⁸⁹⁸ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 192; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 59.

⁸⁹⁹ Ibid., p. 59.

⁹⁰⁰ Ibid., p. 59.

⁹⁰¹ Ibid., p. 58.

⁹⁰² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 114.

⁹⁰³ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 191.

⁹⁰⁴ LA ROSA, Emanuele. loc. cit..

⁹⁰⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. loc. cit..

⁹⁰⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 115.

do CP francês para o *Code du travail*. Nesse sentido, La Rosa esclarece que quanto ao enfoque antigo (tutela publicística), casos de condenação por corrupção privada eram frequentes.

Com o deslocamento de *sedes materiae* do delito, sua aplicação tornou-se cada vez mais esporádica, a tal ponto que a figura delitiva, salvo em raras exceções, teria desaparecido do repertório jurisprudencial. La Rosa, contudo, esclarece que a causa para tanto não se deve ao desaparecimento dos casos de corrupção privada, os quais ressalta sempre terem sido bastante frequentes na França.

As causas para a pouca aplicação do tipo penal, segundo autores como Gontijo⁹⁰⁸ e La Rosa⁹⁰⁹, são várias. Uma se refere à falta de conhecimento da figura delitiva por parte dos cidadãos e até mesmo por parte dos operadores do Direito. Nesse sentido, a doutrina salienta que em parte isso aconteceu em razão do deslocamento da disposição para o *Code du travail*, o que terminou por passar a ideia de uma espécie de bagatelarização do delito⁹¹⁰.

Outra causa salientada pela literatura especializada, se referia à brevidade do prazo para prescrição do delito, que era de 3 anos, e cujo termo inicial se contava a partir da realização do comportamento corrupto. Nesse sentido, La Rosa⁹¹¹ esclarece que em muitos casos acontecia de a prescrição ocorrer sem que a notícia a respeito da corrupção sequer tivesse chegado ao conhecimento das autoridades judiciais.

Por fim, a estrutura do delito que só punia a corrupção antecedente, o medo das empresas em revelar escândalos de corrupção e terem a reputação abalada⁹¹², e as dificuldades probatórias relativas à identificação dos fatos e dos envolvidos inviabilizaram sobremaneira a aplicação do tipo penal francês⁹¹³.

⁹⁰⁷ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 59.

⁹⁰⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit..

⁹⁰⁹ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 59-60.

⁹¹⁰ Ibid., p. 60.

⁹¹¹ Ibid., p. 60.

⁹¹² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit..

⁹¹³ LA ROSA, loc. cit..

6.3 Síntese crítica ao modelo de tutela lealístico-fiduciária

Assim como fizemos para o modelo de tutela patrimonial, a análise das variantes mais relevantes de tutela lealístico-fiduciária permite-nos realizar uma síntese crítica desse modelo criminalizante.

O modelo de tutela lealístico-fiduciária viola princípios político-criminais de intervenção penal. Gontijo registra que parcela significativa da doutrina que estuda os modelos criminalizantes entende que o modelo de tutela lealístico-fiduciária apresenta fortes incompatibilidades com alguns cânones de limitação do *ius puniendi*.

Nesse sentido, Seminara⁹¹⁴, por exemplo, entende que valores como lealdade e probidade não ostentam dignidade para servirem como bens jurídico-penais. Parte da doutrina sustenta que a adoção dessas referências implica criminalização moralista, que abre margem a indevida ingerência estatal na definição de parâmetros morais de atuação de agentes do setor privado⁹¹⁵.

O modelo de tutela lealístico-fiduciária ignora a dimensão publicística da corrupção entre particulares. Autores como Gómez de la Torre e Cerina⁹¹⁶ ressaltam que a principal danosidade da corrupção entre particulares, em muitos casos, não se corresponde a ataques e traições à lealdade e à confiança de relações principal – agente, mas a ataques e traições à lealdade e à confiança, bem como interesses, direitos e valores de outros atores sociais, como competidores e consumidores do principal⁹¹⁷.

O modelo de tutela lealístico-fiduciária estimula a irresponsabilidade de principais. Em parcela significativa dos casos de corrupção, registra a doutrina, o principal se comporta “sem princípios”, fazendo uma conotação com o fato de que o principal também pode agir isolada ou conjuntamente com seus agentes, para a realização de comportamentos de corrupção. Ao não contemplar a responsabilização penal de principais, o modelo de tutela lealístico-fiduciária demonstra-se limitado e pouco eficaz ao combate da corrupção, que muitas vezes é praticada justamente por ou entre principais.

⁹¹⁴ SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**, p. 274.

⁹¹⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 155.

⁹¹⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 168.

⁹¹⁷ Ibid., p. 168.

O modelo de tutela lealístico-fiduciária não consegue explicar a punibilidade do corruptor. Conforme esclarece Gontijo⁹¹⁸, o corruptor, ao oferecer ou conceder vantagem indevida ao agente ou empregado, não viola *per se*, qualquer dever de lealdade e confiança para com o principal do agente ou o empregador do empregado. Nesse sentido, autores como De la Cuesta Arzamendi e Blanco Cordero⁹¹⁹ interpretam ser difícil fundamentar a punibilidade autônoma do corruptor em tipificações com base no modelo de tutela da lealdade e da confiança.

O modelo de tutela lealístico-fiduciária relega a criminalização da corrupção privada ao principal. Autores como Walther⁹²⁰, Teixeira⁹²¹ salientam que sob construções do modelo de tutela lealístico-fiduciária, a punibilidade passa a depender da infração de um dever de agente ou empregado, por meio de ordens, instruções e documentos estabelecidos pelo principal ou empregador.

Nesse sentido, como salienta Teixeira⁹²², há grande perigo de que o DP se torne “privatizado e imprevisível” com a introdução de um tipo penal de corrupção privada que se utilize do modelo de tutela da lealdade e da confiança. Como vimos, o poder do principal nesse tipo de criminalização se torna bastante amplo, na medida em que além de gerar deveres penalmente relevantes, por meio das obrigações que estabelece ao seu agente, também pode tornar comportamentos corruptos atípicos, sempre que consinta ou participe junto com o agente, da prática corrupta.

⁹¹⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 159.

⁹¹⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro, op. cit., p. 278.

⁹²⁰ WALTHER, Felix, 2011, p. 278 et seq.

⁹²¹ TEIXEIRA, Adriano, op. cit., p. 527-528.

⁹²² Ibid., p. 528.

7 MODELO DE TUTELA CONCORRENCIAL

Outra perspectiva criminalizante diz respeito ao modelo de tutela concorrencial, que se refere ao conjunto de tipificações cujas opções são justificadas pela necessidade de se criminalizar a corrupção entre particulares em razão de seus possíveis efeitos sobre a concorrência e sobre a dinâmica do mercado livre⁹²³. Esse modelo, assim como os demais, também comporta variações argumentativas das quais se engendram diferentes submodelos⁹²⁴.

Nesse sentido, Spena⁹²⁵ classifica o modelo de tutela concorrencial em essencialmente dois submodelos: um microeconômico e outro macroeconômico.

Em relação à perspectiva microeconômica, ensinam-nos Spena⁹²⁶ e La Rosa⁹²⁷ que a concorrência é protegida indiretamente por meio de um maior enfoque à proteção de certos interesses de determinadas categorias coletivas de indivíduos da economia, quais sejam: a dos empreendedores competidores e a dos consumidores⁹²⁸. No que tange aos empreendedores competidores é possível apontarmos que a defesa da concorrência é necessária para a salvaguarda de dois interesses⁹²⁹.

O primeiro do competidor é inserir-se livremente no mercado e dele participar⁹³⁰. Evidente que esse interesse se manifesta sobretudo naqueles que ainda não estão internalizados na participação de determinado segmento⁹³¹.

Uma vez que consigam ingressar e participar de um mercado, esse interesse se converte em um desinteresse em relação a terceiros⁹³². Aqueles que já participam de um determinado mercado tendem a desejar um menor número de concorrentes, visando em última instância, a disponibilidade de uma maior porção do mercado⁹³³.

Os empreendedores competidores que participam de determinado mercado, geralmente, possuem um segundo interesse que se refere à existência de uma ordem concorrencial. O mercado, apesar de livre, não pode ser um espaço anômico e apartado das

⁹²³ SPENA, Alessandro, op. cit., p. 826; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 85.

⁹²⁴ SPENA, Alessandro. loc. cit.; WALTHER, Felix, 2011, p. 16-17; LA ROSA, Emanuele. loc. cit..

⁹²⁵ SPENA, Alessandro, op. cit., p. 828.

⁹²⁶ Ibid., p. 828 et seq.

⁹²⁷ LA ROSA, Emanuele. loc. cit..

⁹²⁸ Ibid., p. 85.

⁹²⁹ SPENA, Alessandro, op. cit., p. 829 et seq.

⁹³⁰ Ibid., p. 829-830.

⁹³¹ Ibid., p. 829.

⁹³² Ibid., p. 829.

⁹³³ Ibid., p. 829.

regras do ordenamento jurídico⁹³⁴. Em outras palavras, a livre concorrência que interessa aos competidores não é necessariamente aquela em que impera a ausência de quaisquer regras, senão a livre concorrência leal ao Direito e suas regras. Nesse sentido, é interesse dos empreendedores que haja a restrição normativa de determinados comportamentos assim compreendidos como injustos⁹³⁵.

Em relação aos consumidores, Spina ressalta que a defesa da concorrência lhes protege o interesse de poderem, na busca de satisfazerem suas necessidades, escolherem entre diferentes soluções ou ofertas, aquela que de fato melhor se adapte aos seus desejos. A regulação da livre concorrência deve garantir aos consumidores uma real liberdade de escolhas e não apenas uma liberdade formal.⁹³⁶

A perspectiva macroeconômica dos modelos concorrenciais, por sua vez, contempla a necessidade de se tutelar a concorrência na qualidade de instituição digna de proteção penal⁹³⁷. Nesse sentido, a argumentação não é projetada para a proteção de interesses de uma ou outra classe de sujeitos determinados, ainda que os tenha em consideração, por ricochete, mas sim para a manutenção das condições normais de funcionamento dos mercados, necessárias à higidez da ordem concorrencial e ao desenvolvimento socioeconômico⁹³⁸.

Dois grandes exemplos dessas variações argumentativas são as figuras do delito de corrupção privada dos ordenamentos alemão e espanhol⁹³⁹. Enquanto no primeiro se desenvolveu uma variação de enfoque macroeconômico, do qual deriva a qualificação do delito de corrupção privada como um crime de perigo presumido⁹⁴⁰, no segundo, a formulação se vincula a uma argumentação com enfoque microeconômico, mais preocupada com os interesses finais dos empreendedores competidores e dos consumidores⁹⁴¹.

⁹³⁴ Ibid., p. 829-830.

⁹³⁵ Ibid., p. 829-830.

⁹³⁶ Ibid., p. 830.

⁹³⁷ Ibid., p. 831.

⁹³⁸ Ibid., p. 831.

⁹³⁹ SPINA, Alessandro, op. cit., p. 828; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 85.

⁹⁴⁰ Ibid., p. 85.

⁹⁴¹ Ibid., p. 85.

7.1 Variante clássica alemã: proteção macroeconômica à livre concorrência

Uma primeira vertente do modelo de tutela concorrencial foi desenvolvida na Alemanha.

Quanto ao contexto, Walther⁹⁴² e Schmid⁹⁴³ salientam que no início do século XX, o “problema do suborno” (*Problem des „Schmiergeldunwesens”*) na vida empresarial alemã, assim conhecido na época, já chamava a atenção do legislador penal.

Walther narra que com a rápida industrialização europeia, eram cada vez mais numerosas as operações econômicas, e cada vez mais administradas por estruturas corporativas maiores, nas quais os empresários delegavam funções a seus empregados⁹⁴⁴. A conjugação desse desenvolvimento econômico, do aumento do poder de decisão de empregados e da falta de regras de concorrência fez com que o pagamento de subornos se tornasse um comum método de negociação⁹⁴⁵.

Nesse sentido, o autor destaca que era comum encontrar, à época, anúncios em jornais com ofertas de “comissões”⁹⁴⁶. Peritos judiciais descreviam pagamentos de propina como “costume comercial”⁹⁴⁷.

Ainda na virada do século XIX para o XX, a doutrina registra existirem autores que já defendiam a tipificação de comportamentos de corrupção entre particulares no marco da UWG de 1896⁹⁴⁸. Com a criminalização da corrupção privada na Inglaterra em 1906⁹⁴⁹, apesar de a maioria das associações de comerciantes alemães se opor à tipificação em seu país⁹⁵⁰, as vozes de setores econômicos e políticos prevaleceram a favor da criminalização de subornos na Alemanha, por meio de uma reforma da UWG em 1909⁹⁵¹.

⁹⁴² WALTHER, Felix, 2011, p. 14.

⁹⁴³ SCHMID, David. **Korruption durch Bonuszuwendungen**. Strafbarkeit der (Media-)Agentur als Beauftragte im Sinne von § 299 Abs. 1 StGB, p. 25.

⁹⁴⁴ WALTHER, Felix. loc. cit..

⁹⁴⁵ Ibid., p. 14.

⁹⁴⁶ Ibid., p. 14.

⁹⁴⁷ Ibid., p. 14.

⁹⁴⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 206; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 99.

⁹⁴⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro, op. cit., p. 271; WALTHER, Felix, 2011, p. 14.

⁹⁵⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. loc. cit.; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 205.

⁹⁵¹ WALTHER, Felix, 2011, p. 14; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 85.

Nessa ocasião, mostram Gómez de la Torre e Cerina⁹⁵², e Gontijo⁹⁵³, foi tipificado o delito de corrupção de empregados (*Algestelltenbestechung*) na ordem jurídica alemã. Conquanto o tipo já ostentasse a perspectiva de proteger a livre concorrência⁹⁵⁴, pelas circunstâncias de a persecução estar submetida à iniciativa privada⁹⁵⁵ e a sociedade estampar reservas por o compreender como indevida ingerência estatal no desenvolvimento econômico⁹⁵⁶, o delito teve escassa significação prática por décadas⁹⁵⁷.

A doutrina destaca que maior relevo foi dado à matéria somente no final do século XX, quando dois fatores se combinaram, quais sejam: a realização de movimentos e iniciativas internacionais sobre a necessidade de criminalização da corrupção entre particulares (que contaram inclusive com a subscrição da Alemanha), e a divulgação de escândalos corporativos de corrupção ocorridos nos mais importantes segmentos econômicos da Alemanha.

Kindhäuser⁹⁵⁸, Gontijo⁹⁵⁹, Gómez-Jara Díez⁹⁶⁰ e David⁹⁶¹ exemplificam a profusão dos casos de corrupção no tráfico comercial do país tedesco em empresas como Ikea, Siemens, Allianz Arena, Colonia e Thyssen-Krupp. Dois casos, contudo, de maior repercussão ocorreram com as automobilísticas Opel e BMW. Quanto à Opel, descobriu-se que um fornecedor da indústria, por período de mais de 10 anos, garantiu renovações contratuais mediante o pagamento de vantagens a membros de cúpula da referida companhia automobilística. Quanto à BMW, descobriu-se que o fornecedor francês Faurencia havia realizado pagamentos que cumulavam quase um milhão de euros a distintos trabalhadores da BMW, para que essa preferisse peças da empresa francesa.

Gontijo⁹⁶² cita que essa conjugação de fatores fez com que a parte da doutrina alemã, como Vogel, por exemplo, reconhecesse que a corrupção privada tinha o potencial de gerar consequências socioeconômicas devastadoras ao país. Nessa esteira, com alterações entre os anos de 1997 e 2002, iniciadas pelo BMJV, a figura delitiva de corrupção privada foi deslocada do § 12 UWG e passou a incorporar o § 299 do StGB, com o *nomen iuris* de

⁹⁵² GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 205.

⁹⁵³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 100.

⁹⁵⁴ Ibid., p. 100.

⁹⁵⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 171.

⁹⁵⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit..

⁹⁵⁷ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. loc. cit.; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 87.

⁹⁵⁸ KINDHÄUSER, Urs, op. cit., p. 1-2.

⁹⁵⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 101-102.

⁹⁶⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y/o administración desleal? **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, v. 23, n. 29, p. 107-124, jan./jul.. 2016, p. 117-118. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143464. Acesso em: 15 nov. 2021.

⁹⁶¹ DAVID, Décio Franco, op. cit., p. 97-98.

⁹⁶² GOTINJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 101.

“corrupção ativa e passiva no tráfico econômico” (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*), no capítulo que dispõe sobre os crimes contra a concorrência (*Straftaten gegen den Wettbewerb*)⁹⁶³.

O tipo do § 299 StGB contava com redação essencialmente igual àquela do § 12 UWG, com as diferenças de que figurava como crime de ação pública e que abrangia relações jurídicas verificadas no plano internacional. Assim dispunha sua redação:

Capítulo 26: Delitos Contra la Competencia

§ 299. Cohecho pasivo y cohecho activo en el tráfico económico:

(1) Quien como empleado o encargado de una empresa comercial exija, admita el ofrecimiento o acepte para si mismo o para un tercero una ventaja en el tráfico económico como contraprestación para favorecer a otro de manera desleal en una situación de competencia económica en relación al suministro de mercancías o servicios comerciales será castigado con prisión de hasta tres años o con multa.

*(2) Con las mismas penas será castigado quien en el tráfico económico con fines competitivos prometa o conceda una ventaja a un empleado o encargado de una empresa comercial con el fin de que lo prefiera a otro en relación al suministro de mercancías o servicios comerciales.*⁹⁶⁴

Conforme é possível depreender, o § 299(1) StGB trata de comportamentos de corrupção privada passiva. Dispõe que qualquer pessoa que, como empregado ou encarregado de uma empresa comercial, em negociações comerciais, exija, admita promessa ou aceite, para si ou para terceiro, uma vantagem, para si ou para terceiro, como contraprestação por/para favorecer a outro, de maneira desleal, em uma situação de concorrência relativa à aquisição de bens ou serviços comerciais, será punida com pena de prisão de até três anos ou multa⁹⁶⁵.

O § 299(2) StGB, por sua vez, dispõe sobre comportamentos de corrupção privada ativa. Estabelece que nas mesmas penas incide qualquer pessoa que, no tráfico econômico com finalidade competitiva, ofereça ou proporcione vantagem a um empregado ou

⁹⁶³ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 85-87.

⁹⁶⁴ Trecho extraído de: GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 103. Tradução nossa:

“Capítulo 26: Ofensas contra a concorrência

§ Corrupção ativa e passiva no tráfico econômico:

(1) Quem, como empregado ou encarregado de uma empresa comercial, exigir, admitir a oferta ou aceitar para si ou para terceiros uma vantagem no tráfego econômico como consideração por favorecer deslealmente outra pessoa em situação de concorrência econômica em relação ao fornecimento de bens ou serviços comerciais, será punido com prisão de até três anos ou com multa.

(2) As mesmas penalidades se aplicam a qualquer pessoa que prometa ou conceda uma vantagem a um empregado ou encarregado de uma empresa comercial, a fim de fazê-lo preferir a outro em relação ao fornecimento de bens ou serviços comerciais no curso dos negócios para fins competitivos.”

⁹⁶⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 175; BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 169-170.

encarregado de uma empresa comercial, ou terceiro, como contraprestação por/para favorecer à pessoa ou a outro, na aquisição de bens ou serviços comerciais⁹⁶⁶.

Quanto ao bem jurídico, na medida em que o § 299 StGB se trata praticamente de um deslocamento de dispositivo da UWG ao StGB, a doutrina se dedica a estudar qual o bem jurídico do § 12 UWG. Lampe, nesse sentido, ressalta que tal tipo é baseado em uma combinação de diferentes aspectos que não foram totalmente esclarecidos⁹⁶⁷.

Walther salienta que existem diferentes opiniões na literatura especializada alemã: a de defesa da livre e leal concorrência como “princípio básico norteador da constituição econômica alemã”; a defesa de interesses de concorrentes; a defesa de interesses de principais; a defesa de interesse de consumidores; etc. O autor ressalta que a jurisprudência do país já oscilou entre as opiniões, avançando no sentido de se adotar a concorrência leal como bem jurídico do § 299 StGB⁹⁶⁸.

Walther ressalta não ser possível negar seriamente que o tipo penal alemão tem referencial argumentativo que justifica sua elaboração com base na proteção da livre e leal concorrência⁹⁶⁹. Nesse sentido, o autor não só ressalta a topologia da norma dentro do capítulo de ofensas contra a concorrência, mas também ressalta que a modificação legislativa que lhe transpôs da UWG para o StGB deixou claro que a disposição devia proteger a “livre concorrência”⁹⁷⁰.

O bem jurídico de livre e leal concorrência, na esteira da argumentação do autor, deve ser compreendido não como uma referência à necessidade de proteção de interesses individuais de concorrentes e/ou consumidores, no caso do § 299 StGB, mas de maneira geral, sob a ótica do raciocínio de que as decisões comerciais numa ordem econômico-concorrencial devem ter como maior referência a ideia de desempenho, e não de suborno (*„Leistungsprinzips als Maßstab für Bezugsentscheidungen“*). Essa compreensão de bem jurídico, segundo Gontijo⁹⁷¹ e Encinar del Pozo⁹⁷², revela-se majoritária, e é compreendida na doutrina de Spena⁹⁷³, como versão de tutela da concorrência em sua perspectiva macroeconômica.

⁹⁶⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 181; BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 170.

⁹⁶⁷ WALTHER, Felix, 2011, p. 59.

⁹⁶⁸ Ibid., p. 61.

⁹⁶⁹ Ibid., p. 61.

⁹⁷⁰ Ibid., p. 61-62.

⁹⁷¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 104.

⁹⁷² ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 174.

⁹⁷³ SPENA, Alessandro, op. cit., p. 831.

Quanto à estrutura do delito, Encinar del Pozo⁹⁷⁴ destaca o fato de que a vantagem recebida ou entregue deve ter como finalidade a “contraprestação” de um “favorecimento desleal” num contexto de tráfico econômico marcado pela competição para aquisição de bens ou serviços comerciais.

Nesse sentido, o autor salienta que ao estipular que a vantagem deve mirar uma contraprestação, a doutrina entende a vantagem deve estar relacionada, finalisticamente, a um favorecimento que constitua uma ação determinada. Outrossim, o tipo penal tedesco não visa punir o contexto em que uma vantagem é transmitida para assegurar uma disposição favorável em geral, o que Encinar del Pozo chama de “*crear un buen clima de negocios*”⁹⁷⁵. A vantagem, nesse sentido, desvinculada da finalidade de se obter ou realizar uma ação determinada de favorecimento desleal não cumpre o requisito criado pela estrutura da “contraprestação”, presente no § 299 StGB.

Ademais, a expressão “favorecimento desleal” deve ser compreendida não como uma estrutura do tipo que faça referência à violação de dever entre agente e principal, como é comum em outros modelos criminalizantes⁹⁷⁶. Ao revés, dando enfoque à danosidade relativa à dimensão publicística da corrupção privada, o § 299 StGB entende como favorecimento desleal a decisão do empregado ou encarregado a favor ou contra determinados fornecedores ou compradores pelo enviesamento relacionado à promessa ou à entrega de vantagem⁹⁷⁷.

Esse deslocamento de atenção do modelo criminalizante de tutela concorrencial da variante alemã faz com que se torne irrelevante a ciência ou o consentimento do empresário em relação a determinada conduta de favorecimento desleal praticada por seu empregado ou agente, para fins de punibilidade desses últimos⁹⁷⁸.

Quanto aos sujeitos do delito, Encinar del Pozo⁹⁷⁹ salienta que a construção normativa tedesca não revela maiores dúvidas quanto ao sujeito ativo da modalidade ativa de corrupção privada do § 299(2), na medida em que se revela um crime comum. Nesse sentido, Gontijo⁹⁸⁰ apenas esclarece que a vantagem prometida ou concedida pelo corruptor deve estar vinculada a um contexto de burla concorrencial. Caso não esteja, não há que se falar no delito do § 299(2) StGB.

⁹⁷⁴ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 181-182.

⁹⁷⁵ Ibid., p. 181.

⁹⁷⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 181.

⁹⁷⁷ Ibid., p. 181-182.

⁹⁷⁸ Ibid., p. 182.

⁹⁷⁹ Ibid., p. 175.

⁹⁸⁰ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 104.

Quanto à modalidade passiva do § 299(1) StGB, contudo, há maior discussão, pois se trata de delito próprio, cujos sujeitos ativos são as figuras do “empregado” (*Angestellter*) e do “encarregado” (*Beauftragter*) de “uma empresa comercial”⁹⁸¹. Encinar del Pozo⁹⁸² nos ensina o significado das aludidas referências.

A expressão “empresa comercial” deve ser compreendida como a entidade constituída de maneira permanente que, com ânimo de lucro, participa da circulação de bens e serviços no tráfico comercial⁹⁸³.

A referência “empregado”, ao seu turno, deve ser compreendida como a pessoa que tem relação de emprego, ainda que fática, com o dono de um negócio e está submetida às suas ordens; além disso, essa pessoa deve ter em suas atividades, a capacidade de influenciar o andamento de uma operação comercial⁹⁸⁴.

Por sua vez, o termo “encarregado” deve ser compreendido como aquele que, sem ser empregado, tem poder ou faculdade para representar o dono do negócio e ocupa uma posição na empresa pela qual se compromete a realizar operações comerciais⁹⁸⁵. O termo “encarregado” não abrange o proprietário da empresa, e sim alguém que esteja autorizado para representar ou de modo análogo intervir em uma operação comercial, com capacidade de exercer influência sobre a decisão corporativa.

É possível percebermos que a figura do empresário, dono do negócio, não está compreendida nas definições dos sujeitos ativos do delito de corrupção passiva entre particulares. A doutrina alemã majoritária, nesse sentido, como mostra Encinar del Pozo⁹⁸⁶, sustenta que o delito não pode ser cometido pelo proprietário da empresa, de acordo com as referências do § 299(1) StGB.

Essa questão é interpretada por parte da literatura especializada como um primeiro grande problema do tipo alemão⁹⁸⁷. Isso acontece porque, como mostra Gontijo, ao mesmo tempo em que o tipo penal tedesco busca reprimir ataques à livre e leal concorrência, admite que propinas sejam pagas aos donos do negócio, ainda que se revertam em graves violações à livre e leal concorrência⁹⁸⁸.

A exclusão do empresário ao rol de sujeitos ativos do delito de corrupção passiva é interpretada, dessa forma, como um equívoco de elaboração legislativa e dá origem ao que

⁹⁸¹ Ibid., p. 105; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 175.

⁹⁸² Ibid., p. 175.

⁹⁸³ Ibid., p. 176.

⁹⁸⁴ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 176.

⁹⁸⁵ Ibid., p. 176.

⁹⁸⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 175 et seq..

⁹⁸⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 106.

⁹⁸⁸ Ibid., p. 106.

nomes da doutrina, como Teixeira⁹⁸⁹, chamam de “problemas dogmáticos fundamentais” dos modelos criminalizantes de tutela concorrencial.

Quanto aos problemas dogmáticos fundamentais das variantes de tutela concorrencial, ressaltam-se três, segundo Teixeira⁹⁹⁰: a (im)punibilidade do dono da empresa; a (ir)relevância de seu consentimento; e a (im)punibilidade do direcionamento da vantagem para a empresa ou para o empresário.

A primeira questão, segundo Teixeira, se refere à escolha pela possibilidade ou não, da punibilidade do empresário⁹⁹¹. Teixeira ressalta que a impunibilidade do empresário resulta em incoerência para um modelo de tutela concorrencial que pretenda ser puro. O autor sustenta isso na medida em que o empresário é tão capaz (e na maioria das vezes muito mais capaz) de violar o princípio do desempenho ou da eficiência a que se remete o referencial da livre e leal concorrência⁹⁹².

De outro lado, Teixeira⁹⁹³ compreende que a opção pela punibilidade do empresário, nesse caso, tende a atentar contra sua liberdade econômica. O autor sustenta que o proprietário do capital, do negócio, da empresa, a princípio deveria ser livre para dispor de seu patrimônio como quisesse⁹⁹⁴. Complementa, nesse sentido, que a ordem jurídica não pode impor ao empresário que escolha o parceiro comercial mais eficiente. A ordem jurídica, nas palavras de Teixeira, não poderia proibir o empresário de “realizar maus negócios”⁹⁹⁵.

Tentando reforçar seu argumento, Teixeira⁹⁹⁶ se utiliza da tipologia *principal – agent – client* para criticar a hipótese da punibilidade do empresário. Sustenta que no recebimento de vantagens pelo empresário, não haveria, a bem da verdade, corrupção, na medida em que não existiria relação triangular, tampouco abuso de agente contra seu principal⁹⁹⁷.

Esse raciocínio de Teixeira parece refletir um posicionamento de Kindhäuser, que interpreta a impunibilidade do empresário não como uma incongruência da estrutura típica em relação ao bem jurídico, senão como um problema que tem a ver com as formas de agressão de um bem jurídico⁹⁹⁸. Frías e Bosch⁹⁹⁹, nesse sentido, resumem a postura de Kindhäuser.

⁹⁸⁹ TEIXEIRA, Adriano, op. cit., p. 529.

⁹⁹⁰ Ibid., p. 529.

⁹⁹¹ Ibid., p. 530-531.

⁹⁹² Ibid., p. 530.

⁹⁹³ Ibid., p. 530.

⁹⁹⁴ Ibid., p. 530.

⁹⁹⁵ Ibid., p. 530.

⁹⁹⁶ Ibid., p. 530-531.

⁹⁹⁷ Ibid., p. 530.

⁹⁹⁸ NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V. Corrupción entre particulares y tutela del mercado. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, v. 23, n. 29, p. 167-204, jan./jul. 2016, p. 182. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143470. Acesso em: 15 nov. 2021.

Explicam que o autor parte da concepção conceitual de que a corrupção se refere tão somente a comportamentos havidos no âmbito de relações triangulares, como as já explicitadas relações *principal – agent – client*.

Sob essa perspectiva, o comportamento de recebimento de vantagem por parte do empresário para o favorecimento desleal de um fornecedor em detrimento de outros, em uma situação de concorrência não seria delito de corrupção privada por sequer se referir a um comportamento que possa ser de qualquer forma interpretado como corrupção. O hipotético comportamento do empresário ora narrado apenas tratar-se-ia, segundo o raciocínio de autores como Kindhäuser e Teixeira, de uma relação bilateral, de cooperação, na medida em que o empresário só representa a si mesmo, e ele poderia gozar das vantagens e suportar eventuais desvantagens de suas escolhas¹⁰⁰⁰.

Discordamos da argumentação de Teixeira por duas razões. Que o empresário dispõe de certa margem de liberdade econômica, disso não discordamos, mas realizar uma automática correspondência entre isso e a impunibilidade do empresário no caso de recebimento de propinas parece um salto lógico.

A bem da verdade, não há liberdade irrestrita para qualquer sujeito na ordem jurídica, tampouco ao empresário. Na maioria dos ordenamentos essa liberdade (a do empresário) encontra-se limitada à função social da propriedade e aos interesses e expectativas juridicamente tutelados de outros. A impunibilidade do empresário, no caso do tipo alemão, não decorreria da defesa da liberdade do empresário, senão da mais direta conclusão pelo equívoco legislativo, que falhou ao não incluir a figura do sócio-proprietário no rol de sujeitos ativos do delito.

Quanto ao segundo argumento sustentado por Teixeira, é forçoso lembrarmos que a figura do empresário não deve ser confundida com a figura da sociedade empresária, ainda que esse seja seu único sócio. Isso ocorre na medida em que Direito avançou no sentido de reconhecer a autonomia da personalidade jurídica de pessoas físicas e jurídicas.

Ademais, como já abordamos na discussão conceitual da presente pesquisa, os modelos conceituais que interpretam a corrupção como uma tipologia *principal – agent – client* revelam-se ultrapassados por não conseguirem explicar cenários de corrupção que há muito são percebidos social e normativamente. Nesse sentido, como Gómez de la Torre e Cerina¹⁰⁰¹ lembram, a compreensão da corrupção como um problema de agência negligencia o

⁹⁹⁹ Ibid., p. 182.

¹⁰⁰⁰ TEIXEIRA, Adriano, op. cit., p. 530-531.

¹⁰⁰¹ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio, op. cit., p. 168.

fato de que a expressão abrange também uma dimensão publicística, em que interesses de terceiros, bem como valores e princípios metaindividuais são resguardados. Nesse último caso, podemos fazer relação justamente com o tipo penal do § 299 StGB, que esboça posição do legislador alemão de, em certos casos, priorizar a livre concorrência em detrimento da liberdade absoluta, pelo menos para as figuras do empregado e do encarregado.

A segunda questão levantada por Teixeira¹⁰⁰², refere-se à (ir)relevância do consentimento do empresário. Essa, sustenta o autor, revela-se como a questão dogmática mais discutida sobre o delito de corrupção entre particulares na Alemanha.

O autor nos lembra que essa questão já foi tratada pelo *Reichsgericht* (Tribunal do Império Alemão), que firmou posição de que o consentimento do sócio-proprietário é irrelevante, e desse modo não elimina a punibilidade do empregado ou encarregado que comete o delito de corrupção privada passiva¹⁰⁰³. Isso pode ser visto no já tratado *Korkengeld-Fall*¹⁰⁰⁴. Teixeira registra que a doutrina até hoje se alinha à posição do *Reichsgericht*.

O autor critica tal posicionamento encampado por jurisprudência e doutrina alemãs¹⁰⁰⁵. Sustenta que ignorar o consentimento do empresário equipara-se a ignorar sua liberdade econômica, na medida em que uma ação do empregado consentida pelo empresário pode ser equiparada a uma ação do próprio empresário¹⁰⁰⁶. Ao tentar rebater a posição majoritária da doutrina, o autor complementa, utilizando-se da concepção de corrupção como um problema de agência, que no caso de ação consentida pelo empresário, sequer há abuso de poder confiado¹⁰⁰⁷.

Mais uma vez discordamos de Teixeira. Primeiramente porque compreendemos que o empresário sócio-proprietário de um negócio não detém absoluta liberdade econômica. Essa pode ser justamente restringida pela ordem jurídica, direta ou indiretamente.

No caso em questão, o consentimento do empresário, em nossa perspectiva, deve ser interpretado não como uma ação capaz de se sobrepor à proibição penal do § 299 StGB, mas no sentido de possível comportamento omissivo penalmente relevante de participação no injusto do empregado ou encarregado¹⁰⁰⁸. Ademais, se há ou não abuso de confiança de poder confiando, essa questão parece irrelevante na perspectiva normativo-institucional de

¹⁰⁰² TEIXEIRA, Adriano, op. cit., p. 531.

¹⁰⁰³ Ibid., p. 531.

¹⁰⁰⁴ Cf. tópico 2.2.2 da presente dissertação.

¹⁰⁰⁵ Ibid., p. 531.

¹⁰⁰⁶ Ibid., p. 531.

¹⁰⁰⁷ Ibid., p. 531.

¹⁰⁰⁸ NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V, op. cit., p. 200; OTERO GONZÁLEZ, Pilar. La progresiva ampliación del ámbito típico del delito de corrupción privada., *Indret* 4.2019, p. 32-33.

corrupção, que ao menos em parte parece acolhida pelo tipo alemão, na medida em que o bem jurídico demonstra preocupação com a dimensão publicística da corrupção entre particulares.

A terceira questão suscitada por Teixeira¹⁰⁰⁹ refere-se à (im)punibilidade do direcionamento da vantagem para a empresa ou para o empresário. O autor sustenta que se não é possível existir a punibilidade do sócio-proprietário de uma empresa por um ato de corrupção privada passiva, não deveria ser punível também, a corrupção privada realizada pelo empregado ou encarregado que é, em seguida, dirigida à empresa ou ao empresário¹⁰¹⁰.

Também discordamos dessa perspectiva. Tendo em vista ser o bem jurídico da norma alemã a proteção da livre e leal concorrência. Nesse sentido, o maior problema da redação do tipo alemão quanto à exclusão do empresário não se encontra na punibilidade do empregado ou encarregado, mas na impunibilidade do empresário. Na nossa perspectiva, a punibilidade do sócio-proprietário que atua isoladamente em atos de corrupção privada passiva só não deve ocorrer por estrita falta de previsão legal do § 299 StGB, evidente equívoco de esquecimento, por parte do legislador ordinário¹⁰¹¹.

Ao revés, as figuras do empregado e do encarregado estão previstas pelo tipo como sujeitos ativos do delito. O direcionamento ou não da vantagem obtida com a corrupção por parte desses à empresa ou ao empresário se demonstra irrelevante ao fim protetivo do tipo penal alemão, qual seja, a proteção da livre e leal concorrência.

7.2 Variante clássica espanhola: proteção microeconômica à leal concorrência

Outra importante variante para o entendimento do perfil de tipificação da corrupção entre particulares a partir do modelo de tutela concorrencial refere-se àquela desenvolvida na Espanha.

Quanto ao contexto, a doutrina salienta que, apesar de a Espanha ter sido signatária de todos os documentos jurídicos supranacionais, foi uma das últimas nações da Europa a criminalizar a corrupção entre particulares¹⁰¹². O descumprimento de obrigações

¹⁰⁰⁹ TEIXEIRA, Adriano, op. cit., p. 532.

¹⁰¹⁰ Ibid., p. 532.

¹⁰¹¹ NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V, op. cit., p. 184.

¹⁰¹² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y/o administración desleal? *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 23, n. 29, p. 112; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 135.

internacionais, nesse sentido, era objeto de críticas por parte da doutrina e de organismos internacionais, como o GRECO¹⁰¹³.

Segundo a literatura especializada, eram duas as principais razões para a inércia de Espanha: a falta de compreensão acerca do conceito de corrupção privada¹⁰¹⁴, bem como a existência de legislação suficiente à proteção da concorrência, um dos âmbitos de danosidade da corrupção privada mais propalados pelas iniciativas internacionais¹⁰¹⁵. Nesse sentido, inclusive, parte da doutrina espanhola acusava a pretensão da elaboração de um novo tipo penal de corrupção privada como um dos reflexos do expansionismo penal e da vulneração à *ultima ratio*¹⁰¹⁶.

Essa perspectiva de suficiência da legislação extrapenal, segundo Gontijo, deixou de existir com o passar do tempo¹⁰¹⁷. A pressão dos movimentos supranacionais na defesa da necessidade de criminalização da corrupção entre particulares foi abraçada por diferentes nomes da doutrina¹⁰¹⁸, que argumentavam pela falta de eficácia dos mecanismos extrapenais de proteção à concorrência¹⁰¹⁹.

Nessa conjuntura, os anteprojetos de reforma do CP espanhol passaram a contemplar o delito de corrupção entre particulares (*corrupción entre particulares*) e em 2010, por meio da LO n. 5/2010, o delito foi introduzido no art. 286-bis do CP espanhol¹⁰²⁰. Localizado no título de delitos contra o patrimônio e a ordem socioeconômica, e mais especificamente no capítulo de delitos relativos à propriedade intelectual e industrial, ao mercado e aos consumidores, assim dispunha sua redação:

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

¹⁰¹³ Ibid., p. 135-136.

¹⁰¹⁴ Ibid., p. 136; NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V, op. cit., p. 168; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 136; BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 81.

¹⁰¹⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 136.

¹⁰¹⁶ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 323-324.

¹⁰¹⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 137-138; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 109.

¹⁰¹⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y/o administración desleal? **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, v. 23, n. 29, p. 114; ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 321-322.

¹⁰¹⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 138.

¹⁰²⁰ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 344; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 138; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 110.

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 a la multa a su prudente arbitrio.¹⁰²¹

A redação da norma, ensina Encinar del Pozo, reconhecia três modalidades típicas. A primeira referia-se ao delito de corrupção privada ativa (número 1), que consistia em prometer ou conceder a outro benefício ou vantagem para que esse outro fizesse ou deixasse de fazer algo¹⁰²². A segunda referia-se ao delito de corrupção privada passiva (número 2), que consistia em solicitar ou receber de outro benefício ou vantagem para fazer ou deixar de fazer algo¹⁰²³. A terceira, por sua vez, referia-se a uma modalidade atenuada (número 3), aplicável aos casos anteriores, em razão do valor do benefício ou vantagem envolvido, ou da importância da função de quem recebesse o suborno¹⁰²⁴.

¹⁰²¹ Trecho original em: ESPAÑA. **Ley Orgánica 5/2010**, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 2010. Disponível em:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>. Acesso em: 12 nov. 2021. Tradução nossa:

“1. Qualquer pessoa que promete, oferece ou concede aos diretores, administradores, empregados ou colaboradores de uma empresa comercial ou de uma empresa, associação, fundação ou organização um benefício ou vantagem injustificada de qualquer tipo, a fim de favorecer a ele ou a terceiros em detrimento de outros, seja por si ou através de um intermediário, em violação de suas obrigações na compra ou venda de bens ou na contratação de serviços profissionais, será punido com prisão de seis meses a quatro anos, desqualificação especial do exercício da indústria ou comércio por um período de um a seis anos e multa de três vezes o valor do benefício ou vantagem.

2. As mesmas penalidades se aplicam a qualquer diretor, administrador, empregado ou colaborador de uma empresa comercial, ou de uma empresa, associação, fundação ou organização que, por si ou através de um intermediário, receba, solicite ou aceite um benefício ou vantagem injustificada de qualquer tipo com o objetivo de favorecer contra terceiros a pessoa que concede o benefício ou vantagem ou de quem espera, em violação de suas obrigações na aquisição ou venda de bens ou na contratação de serviços profissionais.

3. Os juízes e tribunais, levando em conta o montante do benefício ou o valor da vantagem e a importância das funções do culpado, podem impor a pena menor em grau e reduzir a multa a seu critério prudente.”

¹⁰²² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 143; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y/o administración desleal? **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, v. 23, n. 29, p. 114-115; NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V, op. cit., p. 170; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 54.

¹⁰²³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 144; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y/o administración desleal? **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, v. 23, n. 29, p. 115; NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V, op. cit., p. 170; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 55.

¹⁰²⁴ Ibid., p. 55.

Quanto ao bem jurídico, Encinar del Pozo¹⁰²⁵ nos mostra que a LO n. 5/2010, a qual introduziu o delito no sistema normativo espanhol, justifica expressamente que a inclusão desse delito era necessária porque “*la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas, de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho*”¹⁰²⁶. Também registra que se tipifica a corrupção privada “*porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado*”¹⁰²⁷.

Diante da argumentação apresentada pela LO n. 5/2010, grande parte dos doutrinadores espanhóis sustentam que o bem jurídico que justificou a tipificação penal da corrupção entre particulares na Espanha foi a danosidade à regularidade concorrencial¹⁰²⁸.

Apesar de ser essa a argumentação evocada na parte de exposição dos motivos do aludido instrumento legal, diferentes nomes da doutrina salientam haver várias incoerências entre a redação do tipo penal espanhol e a decisão político-criminal estampada pelo legislador ordinário espanhol. Gontijo ressalta o fato de não haver no texto legal qualquer menção explícita à danosidade concorrencial dos comportamentos de corrupção entre particulares, tampouco estrutura que permita depreender o aludido foco político-criminal do tipo na salvaguarda da concorrência.

O autor, nesse sentido, mostra que a incidência do tipo penal de corrupção privada ativa e passiva ficava condicionada à exigência de que a promessa ou aceitação de benefício ou vantagem para o favorecimento em uma situação de concorrência estivesse também dirigida ao descumprimento de obrigações (*incumplimiento de obligaciones*) daquele para o qual o benefício ou a vantagem é endereçado. A delimitação do significado dessa referência dividiu a doutrina espanhola.

Conquanto concordemos com Gontijo¹⁰²⁹, no sentido de que não era clara a opção do legislador espanhol, discordamos quanto à sua conclusão por não haver no texto legal qualquer menção à danosidade concorrencial dos comportamentos de corrupção entre particulares. A estrutura típica de ambas as modalidades passiva e ativa de corrupção entre particulares explicita como exigência típica que a vantagem prometida ou solicitada ocorra pra que um ou outro seja favorecido frente a terceiros. Essa estrutura, ao nosso ver, evidencia

¹⁰²⁵ Ibid., p. 55.

¹⁰²⁶ Ibid., p. 55; BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 79.

¹⁰²⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 139.

¹⁰²⁸ NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V, op. cit., p. 170.

¹⁰²⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 139 et seq..

a consubstanciação do bem jurídico formulado para a fundamentação do tipo espanhol ora analisado.

Quanto ao “descumprimento de obrigações”, Fernández Castejón¹⁰³⁰ esclarece que o referido conteúdo do tipo (*incumplimiento de obligaciones*) era interpretado de forma distinta por dois grandes setores doutrinários, orientados cada um por uma distinta compreensão do bem jurídico protegido pelo delito espanhol.

Uma primeira posição considerava que as obrigações a que se referia a norma do art. 286-bis do CP espanhol não eram outras senão aquelas estritamente relacionadas aos deveres fiduciários que um agente tem para com o seu principal¹⁰³¹. Nesse sentido, as obrigações impostas pelo preceito do aludido tipo penal eram as obrigações *ad intra* do agente¹⁰³².

Esse setor doutrinário tinha a interpretação de que o bem jurídico do tipo penal do art. 286-bis era pluriofensivo, qual seja: a “leal competência tão somente na medida em que também se trai a lealdade para com o principal”¹⁰³³. O delito de corrupção entre particulares, segundo essa vertente doutrinária, portanto, deveria ser interpretado como um modelo misto de administração desleal *ad intra* e de competência desleal *ad extra*¹⁰³⁴.

Uma segunda posição, por sua vez, interpretava que o elemento normativo “*incumplimiento de obligaciones*” deveria ser conformado estritamente pela tutela à concorrência leal¹⁰³⁵. Dessa forma, as obrigações cujo desrespeito geraria responsabilidade penal seriam aquelas relativas às obrigações *ad extra* de respeito à concorrência na aquisição de bens ou serviços comerciais¹⁰³⁶.

Inobstante o debate, a opção mais adequada nos parece clara. A segunda posição é a única que harmoniza a argumentação apresentada na exposição de motivos, que salienta a concorrência e nada diz acerca da lealdade principal – agente, com a estrutura do delito. Admitir a primeira posição impediria, em grande parte, a eficácia do tipo penal espanhol, na medida em que o tipo se converteria em uma variante de tutela lealístico-fiduciária. Isso ocorreria pois o consentimento do empresário teria o condão de tornar a conduta atípica, na medida em que o comportamento não poderia configurar “*incumplimiento de obligaciones*”.

¹⁰³⁰ FERNÁNDEZ CASTEJÓN, Elena Beatriz. Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios. **Revista Penal México**, v. 6, n. 11-12, p. 69-78, 5 sep. 2016, p. 72 et seq.

¹⁰³¹ NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V, op. cit., p. 189; FERNÁNDEZ CASTEJÓN, Elena Beatriz, op. cit., p. 73-74.

¹⁰³² FERNÁNDEZ CASTEJÓN, Elena Beatriz, op. cit., p. 74.

¹⁰³³ Ibid., p. 74.

¹⁰³⁴ Ibid., p. 74.

¹⁰³⁵ Ibid., p. 74.

¹⁰³⁶ Ibid., p. 74.

Quanto à estrutura do delito, o tipo penal espanhol tipificava tão somente a corrupção antecedente (*para que le favorezca*). Desse modo, ficava fora do âmbito delitivo a entrega ou solicitação de vantagens como recompensa pelos atos de favorecimento já realizados.

Outra limitação decorrente da estrutura do delito é que somente a corrupção própria era punível (ao exigir que o favorecimento se configure como um *incumplimiento de obligaciones*). Nesse sentido, a interpretação majoritária do significado à expressão ora aludida prejudicava bastante a aplicação da norma incriminadora, na medida em que o favorecimento concorrencial, caso não implicasse descumprimento de regras do sujeito *ad intra* à organização que integrasse, não estaria configurado o delito de corrupção entre particulares.

Por fim, nada obstante o bem jurídico esteja voltado à salvaguarda da concorrência, a estrutura típica do delito foi interpretada por grande parte da doutrina espanhola como configuradora de um delito de perigo concreto, na medida em que se exige o favorecimento frente a terceiros¹⁰³⁷. La Rosa esclarece que a conclusão por um crime de perigo abstrato ou concreto, nesse sentido, depende muito do sentido e do alcance que se atribuem à expressão “*para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios ou en las relaciones comerciales*”.

O que se discute aqui é se a expressão em comento teria relevância tão somente a nível de imputação subjetiva ou se também deveria comportar uma avaliação objetiva quanto à idoneidade *ex ante* da conduta no sentido de favorecer determinados concorrentes em detrimento de outros¹⁰³⁸. Essa questão fica mais clara no seguinte exemplo: imaginemos uma disputa por contratos de publicidade da empresa X, em que o diretor da agência de publicidade Y ofereça vantagens a um empregado graduado dessa empresa X, para ter sua oferta favorecida ante às demais. Ocorre que sua oferta é evidentemente a mais favorável para a empresa X, ao menos em uma perspectiva *ex ante* à execução do contrato¹⁰³⁹.

Se assumirmos uma perspectiva meramente subjetiva, o caso pode receber adequação típica do tipo de corrupção entre particulares, ao menos no que se refere à estrutura típica analisada¹⁰⁴⁰. Se assumirmos a segunda perspectiva, que leva em consideração também um

¹⁰³⁷ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 119.

¹⁰³⁸ Ibid., p. 119-120.

¹⁰³⁹ Ibid., p. 119-120.

¹⁰⁴⁰ Ibid., p. 120-120.

exame objetivo de idoneidade da conduta no sentido de buscar efetivamente favorecer um frente aos demais, não estaria cumprida a exigência típica¹⁰⁴¹.

A maior parte da doutrina parece assumir essa segunda perspectiva. Nesse sentido, são exemplos Spena¹⁰⁴², Frías e Bosch¹⁰⁴³, e La Rosa¹⁰⁴⁴.

Frías e Bosch¹⁰⁴⁵ argumentam que a segunda perspectiva era a mais razoável. Mostram que sequer o Direito Administrativo anticoncorrencial espanhol pune condutas de perigo abstrato, de modo que o DP espanhol, considerando seu caráter de *ultima ratio*, menos ainda deveria se preocupar com bagatelas inidôneas à concreta afetação da concorrência.

La Rosa¹⁰⁴⁶ também se filia à segunda perspectiva. Segundo o autor, a melhor inteligência da redação do tipo espanhol seria aquela que buscasse atender ao princípio da ofensividade. Nesse sentido, a conduta sem aptidão objetiva aferida por um juízo prognóstico de afetar uma situação concorrencial não deveria ter relevo penal.

Essa interpretação do tipo penal espanhol como um delito de perigo concreto o diferencia do tipo penal alemão, que segundo Spena¹⁰⁴⁷ e La Rosa¹⁰⁴⁸ se referiria tão somente a um delito de perigo abstrato. Nesse sentido, esses autores interpretam que a estrutura do tipo espanhol evidenciaria que o legislador assume uma perspectiva instrumental de concorrência como conjunto de regras que assistem aos interesses de concorrentes, e não como instituição ou princípio abstrato que compõe a ordem econômica¹⁰⁴⁹.

Quanto aos sujeitos do delito, a maior parte da doutrina entende que o tipo penal de corrupção privada ativa da LO n. 5/2010 se referia a um crime comum¹⁰⁵⁰, na medida em que não fazia constar expressamente qualquer exigência específica quanto às características do sujeito ativo do delito, que podia ser qualquer indivíduo¹⁰⁵¹. Uma menor parcela da doutrina, contudo, compreende que a exigência de que o corruptor promettesse, oferecesse ou concedesse benefício ou vantagem com o intuito de favorecimento frente a outro, delimitaria os sujeitos ativos do delito tão somente aqueles sujeitos que figurassem como concorrentes ou pessoas que atuassem no âmbito concorrencial¹⁰⁵².

¹⁰⁴¹ Ibid., p. 119-120.

¹⁰⁴² SPENA, Alessandro, op. cit..

¹⁰⁴³ NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V, op. cit..

¹⁰⁴⁴ LA ROSA, Emanuele, op. cit..

¹⁰⁴⁵ NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V, op. cit., p. 192 et seq.

¹⁰⁴⁶ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 120.

¹⁰⁴⁷ SPENA, Alessandro, op. cit., p. 831.

¹⁰⁴⁸ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 85.

¹⁰⁴⁹ SPENA, Alessandro, op. cit., p. 829; LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 85.

¹⁰⁵⁰ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 113.

¹⁰⁵¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 142.

¹⁰⁵² Ibid., p. 142.

Em relação à modalidade passiva do delito, há entendimento predominante doutrinário no sentido de que o tipo penal do art. 286-bis (2) se referia a um delito especial¹⁰⁵³, que só podia ser cometido como a redação expressamente prevê, por diretores, administradores, empregados ou colaboradores de pessoas jurídicas de Direito Privado¹⁰⁵⁴.

Essa delimitação dos sujeitos ativos da modalidade passiva comportava um problema frequentemente apontado pela doutrina: refere-se ao fato de o tipo penal relativo ao delito de corrupção privada passiva não fazer remissão às figuras do sócio ou acionista como sujeitos ativos.

O sócio ou acionista, como esclarecem Frías e Bosch¹⁰⁵⁵, salvo quando exerça determinadas funções na empresa, não é *per se* “*directivo, empleado, administrador y, ni siquiera, colaborador del empresario*”. Nesse sentido, tais autores¹⁰⁵⁶ complementam que, salvo interpretação exageradamente elástica do termo “colaborador”, as figuras do sócio e do acionista parecem estar excluídas de responsabilização penal por eventual realização de comportamentos de corrupção privada passiva.

A despeito de raciocínios como os de Kindhäuser e Teixeira no caso da vertente alemã, e que poderiam ser transpostos para a variante espanhola ora analisada, esse aspecto de exclusão do empresário do rol de sujeitos ativos do delito de corrupção privada passiva é visto como um problema para substancial parte da doutrina. Isso ocorre porque, segundo Rosas Oliva¹⁰⁵⁷ e Gontijo¹⁰⁵⁸, de maneira geral é na esfera de atribuições do empresário que ficam concentradas as mais importantes decisões comerciais relativas à compra e venda de mercadorias e à contratação de serviços profissionais, que nem sempre podem acontecer de maneira a observar a regular competição econômica.

Nesse sentido, é importante percebermos que não só a responsabilização de comportamentos relativos à modalidade passiva do delito, bem como também comportamentos de corrupção privada ativa ficam com sua incidência restringida. Isso ocorre porque a disposição que descreve os comportamentos de corrupção ativa narra taxativamente os destinatários de benefício ou vantagem que permitem a incidência do tipo penal espanhol.

¹⁰⁵³ NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V, op. cit., p. 174

¹⁰⁵⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. loc. cit..

¹⁰⁵⁵ NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V, op. cit., p. 176.

¹⁰⁵⁶ Ibid., p. 176.

¹⁰⁵⁷ ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, op. cit., p. 335.

¹⁰⁵⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 142.

7.3 Síntese crítica ao modelo de tutela concorrencial

A análise das variantes acima expostas, a despeito de suas diferenças, permite sintetizarmos alguns aspectos comuns do modelo de tutela concorrencial.

O modelo de tutela concorrencial representa escolha mais compatível com movimentos internacionais favoráveis à criminalização. Em sentido positivo, a doutrina sustenta que o modelo de tutela concorrencial caminha mais próximo aos argumentos de necessidade de criminalização da corrupção entre particulares alegados no plano internacional.

O modelo de tutela concorrencial tende a não enxergar a danosidade da dimensão privatística da corrupção entre particulares. Se por um lado bens jurídicos baseados em referências à concorrência institucional ou relativa a interesses de concorrentes é resguardada pelo modelo de tutela concorrencial, esse mesmo modelo tende a ignorar a corrupção entre particulares *interna corporis*, havida entre agente e principal.

Nesse sentido, salienta Gontijo¹⁰⁵⁹, o modelo de tutela concorrencial recebe críticas pelo fato de deixar fora do espectro de abrangência do tratamento jurídico-penal da corrupção, comportamentos corruptos que, embora não atinjam interesses e aspectos concorrenciais, afetam outros valores e interesses juridicamente relevantes, como a lealdade e a confiança entre agente e principal.

Dois interessantes exemplos podem ser pensados a partir de hipóteses feitas por Gontijo¹⁰⁶⁰ nesse sentido: num primeiro, o responsável pelo setor de aquisição de matéria-prima de pessoa jurídica de Direito Privado, estimulado por vantagem pecuniária do melhor e mais barato fornecedor, decide em situação de concorrência comprar produtos em quantidade excessiva. Em uma variação desse, ocorre o segundo exemplo, o melhor e mais barato fornecedor aumenta o valor original das negociações, até o instante anterior à equiparação do praticado por demais concorrentes.

É interessante notar que sob o modelo de tutela concorrencial, não há que se falar em delito de corrupção entre particulares. Isso ocorre pois, como bem argumenta Gontijo, a racionalidade concorrencial de escolha ao melhor e mais barato concorrente persiste preservada¹⁰⁶¹. Nesse sentido, mesmo que o cenário de corrupção seja claramente perceptível

¹⁰⁵⁹ Ibid., p. 174.

¹⁰⁶⁰ Ibid., p. 178-179.

¹⁰⁶¹ Ibid., p. 179.

do ponto de vista conceitual, o modelo de tutela concorrencial ignora a gravidade e a danosidade de comportamentos como o exemplificado.

O modelo de tutela concorrencial tem dificuldades em determinar a matéria proibida. Parte da doutrina, como Vogel, salienta que o modelo de tutela concorrencial apresenta dificuldade de diferenciação entre o lícito e o ilícito¹⁰⁶². Em muitos casos, tende a criminalizar condutas que não possuem ofensividade, utilizando-se de técnicas legislativas e interpretativas de presunção, como a caracterização de tipos de perigo abstratos ou a prognose, no caso de tipos de perigo concreto.

Spina¹⁰⁶³ salienta que, salvo casos de mega-corrupção, é de fato difícil imaginar que condutas singulares de corrupção tenham o condão de afetar a concorrência. Com essa argumentação, entende que o perigo à concorrência deriva não de um único “fato de corrupção”, mas quando esse se torna habitual¹⁰⁶⁴.

Ademais, como bem exemplifica Cooter e Ulen¹⁰⁶⁵, há cenários em que o mercado preestabelecido não se encontra em uma situação concorrencial, trata-se dos monopólios legalmente instituídos ou, ainda, de fato existentes. Em cenários monopolísticos, torna-se difícil definir a partir de quando o comportamento corrupto apresenta dano ou até mesmo perigo à concorrência.

Kindhäuser¹⁰⁶⁶, nesse sentido, sustenta que o modelo de tutela concorrencial tem como pressuposto necessário a existência de um mercado competitivo, integrado por vários participantes. Nessa esteira, cenários monopolísticos ou quase monopolísticos ficariam de fora do âmbito protetivo da norma.

Gontijo¹⁰⁶⁷, contudo, esclarece bem, que a observância desse pressuposto abre margem para que nos setores monopolizados a corrupção ocorra de maneira impune. O empregado, como exemplifica o autor, vinculado a entidade monopolista, ainda que motivado pelo recebimento de vantagem indevida, causasse prejuízo ao seu empregador, não deveria ser punido sob a perspectiva de uma tutela eminentemente concorrencial da corrupção privada.

Outros segmentos como o de serviços intelectuais ou de consultoria jurídica, por exemplo, também poderiam, a depender do contexto, encontrar brechas sob o modelo de tutela concorrencial. Nesses segmentos, esclarece Gontijo, não são raros os contextos em que

¹⁰⁶² Ibid., p. 177.

¹⁰⁶³ SPINA, Alessandro, op. cit., p. 833.

¹⁰⁶⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 178.

¹⁰⁶⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 52.

¹⁰⁶⁶ KINDHÄUSER, Urs, op. cit., p. 13.

¹⁰⁶⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 178 et seq..

inexiste concorrência ou em que os critérios para aferição do melhor contratante não são estritamente objetivos¹⁰⁶⁸.

Nesse sentido, a tutela concorrencial que geralmente se utiliza de princípios como o do desempenho, do mais baixo preço ou do melhor custo-benefício, tem dificuldades em determinar os cenários em que se pode falar objetivamente de um favorecimento que afeta a concorrência.

¹⁰⁶⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 176 et seq..

8 TENDÊNCIA DE OCASO DOS MODELOS CRIMINALIZANTES “PUROS”

O estudo das variantes mais conhecidas de tipificação penal da corrupção entre particulares mostra um cenário de frustração doutrinária em vista das diversas fragilidades político-criminais e dogmáticas dos modelos criminalizantes. Diante disso, podemos nos perguntar o que a evolução desses sistemas jurídicos pode nos revelar.

Ao analisarmos a situação contemporânea desses ordenamentos, podemos discriminá-los em 2 situações distintas: um cenário de preservação do modelo inicialmente desenvolvido, ou um cenário de mudança do modelo, seja pelo abandono do inicialmente acolhido, seja pelo acolhimento de mais de um modelo. Abaixo apresentamos brevemente cada uma dessas situações:

8.1 Preservação de modelos criminalizantes “puros”

Dos seis sistemas jurídicos que deram origem às mais conhecidas variantes dos modelos de criminalização da corrupção entre particulares, apenas dois persistem adotando estratégias condizentes com apenas um modelo de criminalização. Esses países são França e a Espanha, que persistem adotando modelos de criminalização de tutela à lealdade e à confiança e à concorrência, respectivamente.

8.1.1 Estratégia de tipificação lealístico-fiduciária pura – variante moderna francesa

Quanto à França, importa-nos dizer que o delito de corrupção entre particulares foi novamente trazido, sob a rubrica “[d]a corrupção passiva e ativa de pessoas que não exercem uma função pública (*De la corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique*), para os arts. 445-1 e 445-2, do *Codé penal* francês, dentro do título dos atentados à confiança pública, por meio de uma inicial modificação legislativa realizada no ano de 2005.

Os dispositivos do art. 445 do CP francês passaram por sucessivas modificações a partir de 2005, com pontuais alterações, como a conquista de efetiva autonomia da modalidade ativa, antes tratada como acessória à modalidade passiva de corrupção entre particulares. A doutrina, contudo, é unânime em sustentar que o modelo francês persistiu com uma tipificação fiel ao modelo de tutela lealístico-fiduciária de matriz juslaboral¹⁰⁶⁹.

Assim dispõe a atual redação:

Article 445-1

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, 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 (...)

Article 445-2

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

¹⁰⁶⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 119-120; BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 53-54.

Article 445-2-1 (...) ¹⁰⁷⁰

Nesse sentido, todas as críticas já realizadas quando da análise da variante francesa clássica e do modelo de tutela lealístico-fiduciária permanecem válidas. A tipificação contemporânea francesa, muito embora tenha mudado de localização e tenha tornado autônomo o delito de corrupção privada ativa, permanece ignorando a dimensão pública de significado e danosidade da corrupção entre particulares¹⁰⁷¹.

Ademais, permanece perigando o princípio da legalidade, ao prever de maneira aberta, a finalidade de descumprimento contratual em contraprestação à oferta ou ao recebimento de vantagem, como violação de dever penalmente relevante e idônea para a configuração do delito de corrupção entre particulares.

¹⁰⁷⁰ Trecho original em: FRANCE. **Code pénal**. Legifrance.gouv.fr. 2021. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149858/#LEGISCTA000006149858. Acesso em: 12 nov. 2021. Tradução nossa:

“Artigo 445-1

Será punido com cinco anos de prisão e uma multa de 500.000 euros, que poderá ser aumentada para o dobro do valor do produto do crime, o fato realizado por que qualquer pessoa no sentido de oferecer, sem direito, a qualquer momento, direta ou indiretamente, a uma pessoa que, sem ser representante da autoridade pública, ou encarregada de uma missão de serviço público, ou investida de um mandato público eletivo, realize, no contexto de uma atividade profissional ou social uma função ou trabalho de administração para uma pessoa física ou jurídica ou para qualquer organização, ofertas, promessas, presentes, presentes ou vantagens de qualquer tipo, para si ou para outra pessoa, de modo que ele ou ela realize ou se abstenha de realizar, ou porque tenha realizado ou se absteve de realizar, um ato de sua atividade ou função ou facilitado por sua atividade ou função, em violação de suas obrigações legais, contratuais ou profissionais.

As mesmas penalidades serão aplicadas a qualquer pessoa que, a qualquer momento, direta ou indiretamente, solicite, sem direito, ofertas, promessas, presentes, presentes ou vantagens de qualquer tipo a uma pessoa referida no parágrafo anterior, para realizar ou ter realizado, ou para se abster de realizar, um ato referido no referido parágrafo, em violação de suas obrigações legais, contratuais ou profissionais.

Artigo 445-1-1 (...)

Artigo 445-2

É punível com cinco anos de prisão e uma multa de 500.000 euros, cujo valor pode ser aumentado para o dobro do produto da ofensa, o fato realizado por uma pessoa que, sem ser representante da autoridade pública, ou encarregada de uma missão de serviço público, ou investida de um mandato público eletivo, exerce, no âmbito de uma atividade profissional ou social, uma função gerencial ou de trabalho para uma pessoa física ou jurídica ou para qualquer organização solicitar ou aceitar, sem direito, a qualquer momento, direta ou indiretamente, ofertas, promessas, presentes, presentes ou vantagens de qualquer tipo, para si ou para outra pessoa, a fim de realizar ou ter realizado, ou se abster de realizar ou ter se abster de realizar, um ato de sua atividade ou função ou facilitado por sua atividade ou função, em violação de suas obrigações legais, contratuais ou profissionais. Artigo 445-2-1 (...).”

¹⁰⁷¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. 2015, p. 119.

8.1.2 Estrategia de tipificação concorrencial pura – variante moderna espanhola

Quanto à Espanha, conforme já suscitado, o tipo do art. 286-bis de seu CP demandava que a aceitação de promessa ou recebimento de vantagem tivesse, como contraprestação intencionada, o favorecimento de um frente a outros (referência típica de um modelo de tutela concorrencial), ocasionando o incumprimento de obrigações (referência típica de um modelo de tutela lealístico-fiduciário). Essa redação era alvo de muitas críticas, pois a combinação de tais referências permitia a interpretação por um modelo misto cumulativo de eficácia bastante limitada, na medida em que muitos casos de corrupção poderiam ocorrer impunemente, por não satisfazerem conjuntamente ambas as exigências supracitadas.

Essas críticas fizeram com que o legislador buscasse reparar tais “defeitos técnicos”¹⁰⁷². Nesse sentido, o país ibérico promoveu duas modificações legislativas nos preceitos do aludido dispositivo, quais sejam, as LOs n. 1/2015 e 1/2019¹⁰⁷³.

Assim dispõe a atual redação do delito de corrupção entre particulares:

Artículo 286 bis.

1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, 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 triple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado 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, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. (...)

¹⁰⁷² OTERO GONZÁLEZ, Pilar, 2019, p. 2; BERENQUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 82 et seq.

¹⁰⁷³ OTERO GONZÁLEZ, Pilar, 2019, p. 1; BERENQUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 86.

5. *A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.*¹⁰⁷⁴

Duas foram as principais alterações de conteúdo: uma primeira refere-se a uma ampliação de escopo de aplicação do delito¹⁰⁷⁵. Esse passou a ser aplicável não só a serviços profissionais e venda e aquisição de mercadorias, mas a toda espécie de serviço e toda relação comercial¹⁰⁷⁶.

A segunda modificação, contudo, é mais relevante para responder à pergunta formulada nesse excuro. Foi removida a exigência de “descumprimento de obrigações” do delito espanhol de corrupção entre particulares¹⁰⁷⁷.

Dessa forma, eliminando a exigência típica que permitia a interpretação por um sistema misto, o legislador espanhol acolheu a tese doutrinária de que o sistema normativo espanhol teria optado por um modelo de tutela concorrencial puro¹⁰⁷⁸.

As críticas à aludida figura delitiva, contudo, permanecem em grande parte válidas. As questões dogmáticas fundamentais, relativas à punibilidade do empresário e à relevância de seu consentimento, permanecem sendo objeto de discussão na doutrina espanhola, sem tratamento expresso pelo legislador espanhol.

Ademais, parte da dimensão privatística da corrupção entre particulares resta negligenciada. Se por um lado é verdade que na Espanha existe o delito de administração

¹⁰⁷⁴ Trecho original em: ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995**, de 23 de noviembre, del Código Penal. 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 12 nov. 2021. Tradução nossa:

“1. Qualquer gerente, administrador, empregado ou colaborador de uma empresa comercial ou empresa que, pessoalmente ou através de um intermediário, receba, solicite ou aceite um benefício ou vantagem injustificada de qualquer tipo, ou uma oferta ou promessa de obtê-lo, para si ou para terceiros, como contrapartida por favorecer indevidamente outra pessoa na aquisição ou venda de bens, ou na contratação de serviços ou em relações comerciais, será punido com uma pena de prisão de seis meses a quatro anos, desqualificação especial para o exercício da indústria ou comércio por um período de um a seis anos e uma multa de seis meses a quatro anos e uma multa de seis meses a seis meses, ou na contratação de serviços ou em relações comerciais, serão punidos com uma pena de prisão de seis meses a quatro anos, desqualificação especial para o exercício da indústria ou comércio por um período de um a seis anos e multa de até três vezes o valor do benefício ou vantagem.

2. As mesmas penalidades serão aplicadas a qualquer pessoa que, pessoalmente ou através de um intermediário, prometa, ofereça ou conceda aos diretores, administradores, empregados ou colaboradores de uma empresa ou empresa comercial, um benefício ou vantagem injustificada, de qualquer natureza, para si ou para terceiros, como retribuição por favoritismo indevido a eles ou a terceiros em relação a outros na aquisição ou venda de bens, contratação de serviços ou em relações comerciais.

3. Os juízes e tribunais podem, dependendo do montante do benefício ou do valor da vantagem e da importância das funções do culpado, impor a pena menor em grau e reduzir a multa a seu critério prudente.

4. (...)

5. Para os fins deste artigo, as disposições do artigo 297 serão aplicáveis.”.

¹⁰⁷⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 282 et seq.

¹⁰⁷⁶ Ibid., p. 282.

¹⁰⁷⁷ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. loc. cit..

¹⁰⁷⁸ OTERO GONZÁLEZ, Pilar, 2019.

desleal, que serve como um tratamento jurídico-penal alternativo à corrupção privada, naqueles casos em que mesmo não havendo danosidade à concorrência, há ataque a interesses patrimoniais do principal¹⁰⁷⁹, por outro lado, a dimensão privatística de danosidade da corrupção entre particulares que não afete necessariamente o patrimônio, mas outros interesses (como a lealdade e a confiança do principal) é negligenciada pelo modelo de tutela espanhol.

Muito embora seja possível ainda constatarmos a utilização de modelos de criminalização puros, como os atuais francês e espanhol, uma análise sobre a atual situação da redação de tipos penais de corrupção entre particulares nos sistemas jurídicos anteriormente estudados, mostra uma progressiva combinação de técnicas de criminalização, e de ocaso dos modelos criminalizantes puros.

8.2 Estratégias de tutela alternativa

Outra parte dos sistemas jurídicos que deram origem às variantes de criminalização da corrupção entre particulares não caminha no sentido da preservação dos modelos criminalizantes. Ao revés, busca, por diferentes construções, mesclar referências desses modelos, de modo a conceber um tipo incriminador da corrupção entre particulares de plúrima ofensividade alternativa.

8.2.1 Estratégia de tipificação lealístico-fiduciária com hipótese de persecução pública em caso de distorção concorrencial – variante moderna italiana

A variante italiana de tutela patrimonial, conforme já explicitado, consistiu em uma das estratégias de tipificação penal da corrupção entre particulares mais criticadas. A criminalização da corrupção privada por meio de um tipo que exigia, para sua configuração, a realização ou omissão de um ato infiel, em seguida a dação ou promessa de utilidade,

¹⁰⁷⁹ Ibid., p. 33.

transformava o delito de corrupção entre particulares em um tipo de necessário duplo resultado, e portanto de difíceis subsunção e aplicação.

Sensível às críticas, o legislador italiano, por meio do Decreto legislativo de 15 de março de 2017, procedeu ao abandono do modelo de tutela patrimonial, e ao acolhimento de um modelo de tutela predominantemente lealístico-fiduciária, porém com abertura também à tutela da concorrência. Assim dispõe a atual redação do art. 2635 do Código Civil italiano:

Art. 2635 c.c.: “Corrupção entre privados”

1. Salvo se o fato constituir crime mais grave, os administradores, os diretores gerais, os dirigentes prepostos à redação dos documentos contábeis societários, os síndicos e os liquidantes, de sociedades ou entes privados que, ainda que por interposta pessoa, solicitem ou recebam, para si ou para outros, dinheiro ou outra utilidade não devida, ou aceitam promessa de dinheiro ou de tal utilidade, para realizar ou não realizar um ato em violação das obrigações inerentes ao seu ofício ou das obrigações de fidelidade, são punidos com a reclusão de um a três anos.

Aplica-se a mesma pena se o fato é cometido por quem, no âmbito dos entes privados, exerce funções diretivas diversas daquelas próprias dos sujeitos referidos no período precedente.

2. Aplica-se a pena de reclusão de até um ano e seis meses se o fato é cometido por quem é submetido à direção ou outra vigilância de um dos sujeitos indicados no primeiro parágrafo.

3. Quem, ainda que por interposta pessoa, oferece, promete ou dá dinheiro ou outra utilidade não devida às pessoas indicadas no primeiro e no segundo parágrafos, é punido com as penas aí previstas.

4. [...]

5. Procede-se por meio de ação privada de titularidade da pessoa ofendida, salvo se do fato resultar distorção da concorrência na aquisição de bens ou serviços.

6. [...] ¹⁰⁸⁰

A criminalização da corrupção entre particulares na Itália dessa forma, narra a doutrina, passou por algumas modificações interessantes, como a extensão de sujeitos ativos da modalidade passiva do delito de corrupção privada, promovida pelo art. 2635.2. do Código Civil italiano¹⁰⁸¹, ou ainda a criminalização dos atos de oferta e solicitação frustradas por meio de um tipo satélite, o delito de “instigação à corrupção entre privados” (art. 2635 do Código Civil italiano)¹⁰⁸². A modificação do tratamento jurídico-penal à corrupção entre particulares que mais merece destaque, contudo, nessa etapa de estudo, refere-se ao abandono na redação dos dispositivos incriminadores, quanto à necessidade de que o ato causasse dano patrimonial

¹⁰⁸⁰ MACRI, Francesco, op. cit., p. 868-869.

¹⁰⁸¹ Ibid., p. 871.

¹⁰⁸² MILITELLO, Vincenzo. La corruzione tra privati in Italia: un bilancio critico. **Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia**, Padova, v. 30, 3-4, p. 564-596, 2017; 589; MACRI, Francesco, op. cit., p. 872.

à sociedade¹⁰⁸³. No lugar dessa referência, persistiu a compreensão de que a solicitação ou recebimento de um dinheiro ou uma utilidade “não devida” deve estar conexas à finalidade de realização ou não realização de um ato em violação de obrigações inerentes ao ofício ocupado pelo corrupto ou de obrigações de fidelidade. Conquanto o significado da qualidade “não devida” à utilidade objeto do ato corrupto seja desconhecido e criticado pela doutrina italiana¹⁰⁸⁴, certo é que o tipo italiano passou a acolher um modelo de tutela lealístico-fiduciária, de submodelo subjetivo¹⁰⁸⁵, ao trazer as exigências típicas de elemento subjetivo especial de “violação de obrigações inerentes ao ofício ou de obrigações de fidelidade”.

Ocorre que o abandono do modelo de tutela patrimonial e o acolhimento do modelo de tutela lealístico-fiduciária seguiu-se acompanhado também de um aceno ao modelo de tutela concorrencial. Esse aceno fica evidente ao verificarmos a disposição do art. 2635.5. do Código Civil italiano, que permite a persecução por iniciativa pública do delito que resultar distorção da concorrência na aquisição de bens ou serviços.

A concessão feita pelo tipo italiano de conceber como crime de ação de iniciativa pública quando da hipótese de distorção da concorrência, por um lado, não pode ser considerado como uma mudança no bem jurídico da tipificação italiana, na medida em que o argumento e a estrutura de tipificação ainda se baseia no elemento subjetivo especial de incumprimento de obrigações *ad intra* à organização a que pertence o corrupto¹⁰⁸⁶. Por outro lado, contudo, essa concessão é vista pela doutrina como um passo ao reconhecimento do sistema jurídico-penal italiano da necessidade de uma tutela publicística aos comportamentos de corrupção entre particulares¹⁰⁸⁷.

8.2.2 *Estratégia de tipificação normativo-institucional omnicompreensiva ou radical – variante moderna inglesa*

A Inglaterra há tempos sofria com muitas críticas por dispor de uma regulamentação de combate à corrupção bastante fragmentada. Ao lado da já abordada *Prevention of*

¹⁰⁸³ Ibid., p. 878.

¹⁰⁸⁴ Ibid., p. 872.

¹⁰⁸⁵ LA ROSA, Emanuele, op. cit., p. 322.

¹⁰⁸⁶ Ibid., p. 323.

¹⁰⁸⁷ MACRI, Francesco, op. cit., p. 869 et seq.

Corruption Act de 1906, a Law Commission¹⁰⁸⁸ registra que até 2010 a nação inglesa dispunha de pelo menos 11 diferentes estatutos com previsões de combate à corrupção, além de uma previsão geral própria do *Common Law*.

A essa época, um relatório do Governo britânico, nesse sentido, ressaltou que a Lei inglesa referente ao combate à corrupção era fragmentada e ultrapassada, e precisava de modificações¹⁰⁸⁹. Organismos internacionais faziam críticas semelhantes. A OCDE, nessa esteira, registrava ser cediço o fato de que o conjunto de leis britânicas sobre a corrupção era caracterizada por sua complexidade e por sua incerteza¹⁰⁹⁰.

Ademais, o Reino Unido participou de diversos movimentos internacionais já estudados de combate à corrupção. Isso fazia com que a atualização da legislação não fosse só uma necessidade interna, mas também uma obrigação firmada em plano internacional¹⁰⁹¹. Diante disso, a Inglaterra procedeu a uma série de estudos no sentido de se realizar a uma reforma da legislação nacional.

Ao longo dos estudos para a reforma legislativa, a The Law Commisison identificou diversas fragilidades no modo como a *Prevention of Corruption Act* compreendia o conceito de corrupção. A referida comissão avaliava que a adoção do marco teórico da teoria agente – principal, realizada pela antiga lei, levava a diversos enganos e confusões¹⁰⁹².

Nesse sentido, a Law Commission compreendeu que a acepção do conceito de corrupção sob uma tipologia de problema de agência ignorava que em muitos casos a vítima não se confundia com o principal (*cases where “principal” points to the wrong person*), como nas situações de corrupção entre particulares de dimensão de danosidade publicística, em que as reais vítimas são concorrentes do corruptor ou consumidores de produtos e/ou serviços do principal¹⁰⁹³.

A concepção de corrupção como problema de agência também tinha dificuldade em perceber a possibilidade de que a corrupção inclusive poderia acontecer entre principais (*principal to principal bribery*)¹⁰⁹⁴. Por fim, a tipologia de agência consubstanciava-se em um argumento por vezes artificioso, na medida em que, em muitos casos, é possível se vislumbrar a ocorrência de corrupção mesmo sem a figura de um principal¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁸⁸ LAW COMMISSION, 2007, p. 3.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 28 et seq.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, p. 29-31.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 32-33.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 31.

Levando em consideração todos esses pontos críticos da teoria da agência, a Inglaterra promulgou em 2010 a *UK Bribery Act* (UKBA), substituindo toda a fragmentada e obsoleta legislação anterior por 2 disposições criminalizantes gerais de corrupção. Assim dispõem os tipos penais de corrupção do aludido diploma:

1. Delitos de soborno a otra persona.

(1) Una persona ("P") es culpable de este delito si le es aplicable alguno de los siguientes supuestos:

(2) Supuesto 1, es cuando:

(a) P ofrece, promete u otorga un beneficio, económico o de otro tipo, a otra persona, y

(b) P pretende que esa ventaja,

(i) induzca a esa persona a llevar a cabo inadecuadamente una función o actividad relevante, o

(ii) recompense a esa persona por el cumplimiento inadecuado de dicha función o actividad.

(3) Supuesto 2, es cuando:

(a) P ofrece, promete u otorga un beneficio, económico o de otro tipo, a otra persona, y

(b) P sabe o cree que la aceptación de esa ventaja constituiría por sí misma el cumplimiento inadecuado de una función o actividad relevante.

(4) En el supuesto 1, es irrelevante si la persona a quien se ofrece, promete u otorga la ventaja es la misma que la persona que va a llevar, o ha llevado, a cabo la función o actividad referida.

(5) En los supuestos 1 y 2, es irrelevante si la ventaja se ofrece, promete u otorga directamente por P o por medio de un tercero.¹⁰⁹⁶

2. Delitos relativos a ser sobornado.

(1) Una persona ("R") es culpable de este delito si le es aplicable alguno de los siguientes supuestos:

(2) Supuesto 3, es cuando R solicita, consiente en recibir o acepta un beneficio, económico o de otro tipo, con la intención de que, y como consecuencia, una función o actividad relevante se debería llevar a cabo inadecuadamente (ya sea por R o por otra persona).

(3) Supuesto 4, es cuando:

(a) R solicita, consiente en recibir o acepta un beneficio, económico o de otro tipo, y

(b) esa solicitud, consentimiento o aceptación constituye, por sí misma, el cumplimiento inadecuado por parte de R de una función o actividad relevante.

(4) Supuesto 5, es cuando R solicita, consiente en recibir o acepta un beneficio, económico o de otro tipo, como recompensa por el cumplimiento inadecuado (ya sea por R u otra persona) de una función o actividad relevante.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 214-215.

¹⁰⁹⁷ Ibid., p. 216-217 (Trecho original). Tradução nossa:

“1. Crimes de corrupção ativa.

(1) Uma pessoa ("P") é culpada deste crime se qualquer um dos seguintes casos se aplicar:

(2) Caso 1, é quando:

(a) P oferece, promete ou concede um benefício, financeiro ou de outra forma, a outra pessoa, e

(b) P pretenda que esta vantagem,

(i) induza essa pessoa a desempenhar indevidamente uma função ou atividade relevante, ou

(ii) recompense essa pessoa pelo desempenho impróprio de tal função ou atividade.

A leitura da norma possibilita percebermos que a UKBA tipifica penalmente por meio de duas disposições, com diferentes casos cada, tanto a corrupção ativa (*Offences of bribing another person*) quanto a corrupção passiva (*Offences relating to being bribed*).

No caso da corrupção ativa, são dois os casos de punição: 1) oferecer, prometer ou outorgar, diretamente ou por interposta pessoa, uma vantagem com a finalidade de induzir uma pessoa ou a recompensar por realizar incorretamente uma função ou atividade relevante; e 2) oferecer, prometer ou outorgar, diretamente ou por interposta pessoa, uma vantagem consciente de que a aceitação dessa já é, por si só, um incumprimento de função ou atividade relevante.

No caso da corrupção passiva, por sua vez, são quatro os casos de punição: 1) solicitar, estar de acordo em receber ou aceitar vantagem, com a finalidade de realizar incorretamente uma função ou atividade relevante; 2) solicitar, estar de acordo em receber ou aceitar uma vantagem, como recompensa por ter realizado uma função ou atividade relevante; 3) realizar uma função ou atividade relevante incorretamente com em antecipação ou com a esperança de receber vantagem ou recompensa; e 4) solicitar, estar de acordo em receber ou aceitar uma vantagem quando essas condutas, por si mesmas, já supõem um descumprimento de função ou atividade relevante.

Em leitura aos dispositivos, é possível percebermos que o marco teórico conceitual de corrupção como um problema de agência foi abandonado. Isso inclusive chega a ser explicitado pelas notas explicativas da UKBA. O mesmo texto prossegue esclarecendo ter sido adotado um modelo baseado na intenção de induzir uma conduta imprópria, o que, a

(3) Caso 2, é quando:

(a) P oferece, promete ou concede um benefício, financeiro ou de outra forma, a ou tra pessoa, e
 (b) P sabe ou acredita que a aceitação dessa vantagem constituiria em si mesma o desempenho inadequado de uma função ou atividade relevante.

(4) No caso 1, é indiferente que a pessoa a quem é oferecida, prometida ou concedida a vantagem seja a mesma que vai exercer ou desempenhou a referida função ou atividade.

(5) Nos casos 1 e 2, é irrelevante se a vantagem é oferecida, prometida ou concedida diretamente por P ou por meio de um terceiro.

2. Crimes de corrupção passiva.

(1) Uma pessoa ("R") é culpada deste crime se qualquer um dos seguintes se aplicar:

(2) Caso 3, é quando R solicita, consente em receber ou aceita um benefício, econômico ou de outra forma, com a intenção de que, e como consequência, uma função ou atividade relevante deve ser realizada indevidamente (seja por R ou por alguém senão).

(3) Caso 4, é quando:

(a) R solicita, concorda em receber ou aceita um benefício, financeiro ou outro, e

(b) esse pedido, consentimento ou aceitação constitui, por si só, o cumprimento inadequado por R de uma função ou atividade relevante.

(4) Caso 5, é quando R solicita, consente em receber ou aceitar um benefício, econômico ou de outra forma, como uma recompensa pelo desempenho inadequado (seja por R ou outra pessoa) de uma função ou atividade relevante".

despeito de nomenclatura própria, pode ser interpretado como uma perspectiva particular do modelo normativo-institucional de corrupção.

Essa afirmação é possível de ser feita com base nas considerações que a Law Commission faz, ao desenvolver e caracterizar o modelo de conduta imprópria. A aludida comissão inglesa é clara ao dizer que o modelo de conduta imprópria é um modelo baseado na ideia de que a corrupção constitui em uma violação de dever reconhecido pela norma, sem que esse dever consista necessariamente em vínculo obrigacional fiduciário pessoal.

O conceito normativo-institucional de corrupção, nesse sentido, é transposto nos tipos penais de corrupção da UKBA, ao exigir, como elemento comum de todos os casos de delito, que esses tenham como finalidade o cumprimento inadequado de uma função ou atividade relevante, e não uma realização de ato em inobservância aos interesses do principal.

Por função ou atividade relevante, a seção 3 da UKBA assim dispõe:

- 3. Función o actividad a la que se refiere el soborno.*
- (1) A los efectos de esta Ley, una función o actividad es una función o actividad relevante cuando:*
- (a) se comprende en la subsección (2), y*
- (b) cumple una o más de las condiciones de la A a la C.*
- (2) Las siguientes funciones y actividades se comprenden en esta subsección-*
- (a) cualquier función de carácter público,*
- (b) cualquier actividad relacionada con el negocio,*
- (c) cualquier actividad llevada a cabo en el desarrollo del empleo de una persona,*
- (d) cualquier actividad llevada a cabo por o en nombre de un grupo de personas (ya sea persona jurídica o no).*
- (3) Condición A es que una persona al llevar a cabo la función o actividad se espera que la lleve a cabo de buena fe.*
- (4) Condición B es que una persona al llevar a cabo la función o actividad se espera que la lleve a cabo imparcialmente.*
- (5) Condición C es que una persona al llevar a cabo la función o actividad se encuentra en una posición de confianza por el hecho de llevarla a cabo.*
- (6) Una función o actividad es una función o actividad relevante aún si-*
- (a) no tiene ninguna relación con el Reino Unido, y*
- (b) se lleva a cabo en un país o territorio fuera del Reino Unido.*
- (7) En esta sección "negocio" incluye comercio u oficio.¹⁰⁹⁸*

¹⁰⁹⁸ Trecho original em: ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, op. cit., p. 220-221. Tradução nossa:

“3. Função ou atividade a qual a corrupção se refere.

(1) Para os fins desta Lei, uma função ou atividade é uma função ou atividade relevante quando:

(a) é entendido na subseção (2), e

(b) atende a uma ou mais das condições de A a C. (2) As funções e atividades a seguir são entendidas nesta subseção-

(a) qualquer função de natureza pública,

(b) qualquer atividade relacionada ao negócio,

(c) qualquer atividade realizada no desenvolvimento do emprego de uma pessoa,

Na esteira da concepção normativo-institucional de corrupção, a UKBA define os âmbitos de organização aos quais são aplicáveis a norma. Nesse sentido, uma vez que todos os delitos estão de algum modo relacionados com a finalidade de se realizar ou a recompensa por ter cumprido inadequadamente função ou atividade relevante, essa referência remete-se justamente à organização a qual trata o conceito normativo-institucional de corrupção.

A norma britânica define dois grupos de atividades e condições dos quais uma de cada um dos grupos deve estar presente para se falar em “função ou atividade relevante”. Nesse sentido, são aptas a se configurarem como função ou atividade relevante: a) qualquer função de caráter público; b) qualquer atividade relacionada com um negócio; c) qualquer atividade levada a cabo ou desenvolvida em uma relação de emprego; ou d) qualquer atividade levada a cabo ou realizada em nome de um grupo de pessoas (seja essa pessoa jurídica ou não).

Qualquer dessas hipóteses se configurará função ou atividade relevante se cumprir com uma de três condições: a) envolver expectativa de que a referida atividade ou função seja realizada de boa fé; b) envolver expectativa de que a referida atividade ou função seja realizada imparcialmente; ou c) envolver função ou atividade de uma pessoa que se encontre em uma posição de confiança.

Por fim, a norma britânica estabelece em que casos essa compreende haver “cumprimento inadequado” de uma função ou atividade relevante:

4. Cumplimiento inadecuado a que se refiere el soborno.

(1) A los efectos de esta Ley, una función o actividad relevante:

(a) se lleva a cabo inadecuadamente si se lleva a cabo en incumplimiento de una expectativa relevante, y

(b) se considera como llevada a cabo inadecuadamente si hay un fallo al llevar a cabo la función o actividad y ese fallo por si mismo supone el incumplimiento de una expectativa relevante.

(2) En la subsección (1), «expectativa relevante»:

(a) en relación con una función o actividad que cumple la condición A o B, significa la expectativa mencionada en la condición referida, y

(b) en relación con una función o actividad que cumple la condición C, significa cualquier expectativa en cuanto a la manera en que, o las razones por las cuales, se

d) Qualquer atividade realizada por ou em nome de um grupo de pessoas (seja uma pessoa coletiva ou não).

(3) A condição A é que, ao desempenhar a função ou atividade, espera-se que uma pessoa a desempenhe de boa fé.

(4) A condição B é que se espera que uma pessoa, ao realizar a função ou atividade, a desempenhe com imparcialidade.

(5) A condição C é que uma pessoa, ao realizar a função ou atividade, esteja em uma posição de confiança pelo fato de realizá-la.

(6) Uma função ou atividade é uma função ou atividade relevante, mesmo se-

(a) não tem relação com o Reino Unido, e

(b) ocorre em um país ou território fora do Reino Unido.

(7) Nesta seção, "negócios" inclui comércio ou ofício.”.

llevará a cabo la función o actividad que parte de la posición de confianza mencionada en esa condición.

(3) Cualquier cosa que una persona hace (u omite hacer) partiendo de o en conexión con el anterior cumplimiento por esa persona de una función o actividad relevante, se considera, a los efectos de esta Ley, como si fuera hecha (u omitida) por esa persona en el cumplimiento de esa función o actividad.¹⁰⁹⁹

Esse intrincado conjunto de definições normativas faz com que, por meio das mesmas disposições gerais criminalizantes de corrupção das seções 1 e 2 da UKBA, estejam compreendidas ambas as perspectivas de significado e danosidade, privatística e publicística de corrupção entre particulares. Nesse sentido, denominamos essa técnica de criminalização da corrupção privada como normativo-institucional omnicompreensiva, por nela se abrangida a matéria de tutela de todos os modelos criminalizantes. A técnica também pode ser denominada de radical, por adotar diretamente um marco conceitual normativo-institucional de corrupção.

Embora tal estratégia mereça reconhecimento por buscar superar a limitação do modelo conceitual de corrupção como problema de agência, sem abandonar a perspectiva privatística de significado e danosidade desses comportamentos, a perspectiva normativo-institucional inglesa de corrupção como violação a deveres de boa-fé, imparcialidade e posição de confiança em certas funções ou atividades não se encontra indene a críticas. Pelo contrário, é possível dizermos que a estratégia contemporânea inglesa incorre em ainda maior imprecisão e incerteza quando da delimitação da matéria proibida.

Ao proteger noções tão diversas e espiritualizadas como expectativas de imparcialidade, de boa-fé e de posições de confiança nas mesmas disposições, a aproximação radical da variante moderna inglesa incorre no perigo de tornar demasiadamente imprecisa e etérea. Nesse sentido, cabe compreendermos que a indesejável incerteza sobre a qual incide a

¹⁰⁹⁹ Ibid., p. 222-223 (Trecho original). Tradução nossa:

“4. Cumprimento inadequado a que se refere a corrupção.

(1) Para os fins desta Lei, uma função ou atividade relevante:

(a) é realizada de forma inadequada se for realizada em violação de uma expectativa relevante, e

(b) for considerada executada de forma inadequada se houver uma falha no desempenho da função ou atividade e essa falha por si só implica o não cumprimento de uma expectativa relevante .

(2) Na subseção (1), "expectativa relevante":

(a) em relação a uma função ou atividade que preencha a condição A ou B, significa a expectativa mencionada na referida condição, e

(b) em relação a uma função ou atividade que preencha a condição C, significa qualquer expectativa sobre a forma como, ou as razões pelas quais, a função ou atividade será exercida a partir do referido cargo de confiança nessa condição.

(3) Qualquer coisa que uma pessoa faça (ou deixe de fazer) com base em ou em conexão com o desempenho anterior por essa pessoa de uma função ou atividade relevante, é considerado, para os fins desta Lei, como se tivesse sido feito (ou omitido) por essa pessoa no desempenho dessa função ou atividade”.

clássica variante lealístico-fiduciária inglesa aqui é aumentada em amplas proporções, na medida em que as mesmas incerteza e imprecisão quanto à extensão dos argumentos que servem de justificação para a elaboração das proibições penais são também vistas agora no âmbito da dimensão de significado e danosidade publicística da corrupção entre particulares.

Essa exacerbada amplitude de bens jurídicos se reflete na formatação dos tipos penais de corrupção ativa e passiva, na medida em que a tipificação inglesa exagera no uso de elementos normativos de ampla extensão, como “expectativa relevante”, “boa-fé” e “posição de confiança”. Conquanto estabeleça definições para as aludidas expressões, muito do significado da existência e dos limites das expectativas relevantes de boa-fé e de posição de confiança acaba sendo inevitavelmente relegado ao critério extremamente subjetivo e insatisfatório do teste hipotético do que uma “pessoa razoável” esperaria quanto à performance de uma dada função ou atividade relevante.

Não fica claro pelo conteúdo normativo, mesmo a despeito das várias definições que são feitas ao longo da norma, quais os limites desses deveres que ensejam a responsabilização criminal. A própria Law Commission, nesse sentido, reconhece a existência de *difficult cases* que ilustram a imprecisão dos tipos penais ingleses de corrupção ativa e passiva¹¹⁰⁰. Nesse sentido, a comissão inglesa cita o seguinte exemplo:

*R is employed by a normally reputable newspaper as a financial commentator. The newspaper's proprietor makes it clear to R that she does not mind if R supplements his low salary by taking payments from companies to promote their financial products. R receives a large payment from company P to promote their life insurance product. R writes an article comparing other life insurance products unfavourably with P's, but adding in conclusion that, "of course anyone reading this would be crazy to trust my judgment!"*¹¹⁰¹

Nesse exemplo, mostra a Law Commission¹¹⁰² que “R” estaria normalmente sob um dever expresso ou implícito, na condição de comentarista financeiro, de não avaliar um

¹¹⁰⁰ LAW COMMISSION. **Reforming bribery**. Law Com No 313. London: Law Commission, 2008, p. 51 et seq. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2015/04/lc313.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021.

¹¹⁰¹ Ibid., p. 51 (Trecho original). Tradução nossa:

“R é contratado por um jornal de boa reputação como comentarista financeiro. A proprietária do jornal deixa claro para R que ela não se importa se R suplementar seu baixo salário recebendo pagamentos de empresas para promover seus produtos financeiros. R recebe um grande pagamento da empresa P para promover seu produto de seguro de vida. R escreve um artigo comparando outros produtos de seguro de vida desfavoravelmente em relação aos de P, mas concluindo que, ‘é claro que qualquer um que ler isso seria louco de confiar no meu julgamento!’”

¹¹⁰² Ibid., p. 51.

produto como melhor que o outro em decorrência do recebimento de dinheiro. Nesse sentido, espera-se que “R” promova avaliações atendendo a deveres de boa-fé e imparcialidade.

Considerando a UKBA, mesmo que a empresa de “R” tenha consentido com o fato de ele poder complementar sua renda recebendo dinheiro de fornecedores para avaliar melhor um produto financeiro, temos de considerar que terceiros provavelmente esperam que, na condição de comentarista avaliador de produtos financeiros, “R” promova uma avaliação baseada nas características dos produtos que avalia, e não em decorrência do dinheiro que recebe de um ou outro fornecedor.

O fato de “R” ironizar sua própria avaliação deixa o contexto ainda mais nebuloso. Nesse cenário, a própria Law Commission salienta que a decisão pela subsunção ou não entre comportamento e tipo penal dependerá da avaliação do julgador do caso, que determinará com base em um juízo hipotético se alguém com “integridade moral” (*moral integrity*) faria o que “R” fez.

8.2.3 Estratégia de tipificação normativo-institucional multifrontal – variantes modernas alemã e austríaca

Outras nações também passaram a reconhecer contemporaneamente, em seus ordenamentos jurídico-penais, o significado e a danosidade de ambas as dimensões privatística e publicística da corrupção entre particulares. Nesse sentido, podemos citar como exemplo a Alemanha.

Sem embargo, esse e outros países costumam se utilizar de uma estratégia distinta daquela empregada pela Inglaterra. Ao invés de reconhecerem diretamente a corrupção como uma violação de dever posicional, e dessa forma tipificar suas diferentes dimensões por meio das mesmas disposições penais, o fazem de maneira mais moderada, concebendo uma estrutura típica própria para cada uma dessas dimensões de significado e danosidade da corrupção.

A Alemanha, por exemplo, reconheceu que o § 299 StGB seguia tão somente um modelo de tutela concorrencial e interpretou que esse tipo limitado não contemplava a danosidade que a corrupção privada representa para as relações entre agentes e principais. Visando cumprir com obrigações contraídas no plano internacional e oferecer salvaguarda ao dever de fidelidade entre determinados agentes e seus principais, o país, por intermédio da Lei

de 20 de novembro de 2015 de combate à corrupção (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015*)¹¹⁰³, adicionou uma nova disposição ao § 299 StGB. Assim consta em sua redação atual:

§ 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens

1. einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, oder

2. ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze.

(2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr einem Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens

1. einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, oder

2. ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze.¹¹⁰⁴

Sem tentar estabelecer o delito de corrupção entre particulares como um comportamento de danosidade estritamente privatística ou publicística, o legislador alemão formulou duas modalidades bastante diferenciadas em disposições separadas uma da outra em cada uma das seções (1) e (2) do delito de corrupção entre particulares.

¹¹⁰³ BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 55.

¹¹⁰⁴ Trecho original em: DEUTSCHLAND. **Strafgesetzbuch (StGB)**: § 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_299.html. Acesso em: 18 ago. 2021. Tradução nossa:

“§ Seção 299 Corrupção passiva e ativa nas transações comerciais

(1) Uma pena de prisão não superior a três anos ou uma penalidade monetária será imposta a qualquer pessoa que, no curso de negociações comerciais como empregado ou encarregado de uma empresa

1. exige, aceita que lhe seja prometida ou recebe uma vantagem para si mesmo ou para terceiros em troca da obtenção de bens ou serviços de forma desleal na concorrência nacional ou estrangeira, ou

2. sem o consentimento da empresa, exige, se permite ser prometido ou aceita uma vantagem para si ou para terceiros em troca de realizar ou se abster de realizar um ato na aquisição de bens ou serviços e assim violar suas obrigações para com a empresa.

(2) Será também uma ofensa punível para qualquer pessoa que, no curso de negociações comerciais com um empregado ou encarregado de uma empresa

1. oferece, promete ou concede uma vantagem a este último ou a terceiros em troca de favorecimento desleal a ele ou a outro na concorrência nacional ou estrangeira na compra de bens ou serviços, ou

2. sem o consentimento da empresa, oferece, promete ou dá uma vantagem à empresa ou a um terceiro em troca de tomar ou não tomar qualquer ação em relação à compra de bens ou serviços e assim violar suas obrigações para com a empresa.”

Uma primeira, própria da vertente clássica alemã, proíbe favorecimentos concorrenciais ilícitos¹¹⁰⁵. Uma segunda, mais recente, proíbe a solicitação ou aceitação por, ou a promessa ou entrega de vantagens a um empregado ou encarregado de uma empresa, para que sem o consentimento dessa, realize ação ou omissão ao adquirir bens ou serviços, e viole obrigação para com essa empresa¹¹⁰⁶.

Dessa forma, compreendemos que a Alemanha estabeleceu uma estratégia de tipificação compatível com concepção normativo-institucional de corrupção, de maneira moderada, na medida em que ao invés de se utilizar de uma estrutura expressamente baseada na violação de deveres posicionais, como a Inglaterra, preferiu por uma superposição das estruturas clássicas. Ao justapor estruturas típicas de modelos que, separadas, possuíam a limitação de não enxergar uma dimensão de relevância e danosidade da corrupção entre particulares, juntas passaram a oferecer um tratamento capaz de reconhecer ambas as dimensões publicística e privatística desses comportamentos.

Essa estratégia se revela mais simples que aquela empregada pela vertente moderna inglesa, na medida em que se utiliza de menos elementos normativos que essa. Contudo, ao combinar as estruturas já desenvolvidas no âmbito dos modelos criminalizantes em suas variantes clássicas, o sistema jurídico-penal alemão acabou por trazer consigo seus aspectos críticos, de modo que ambas as disposições carregam críticas similares àquelas feitas, ora ao modelo de tutela lealístico-fiduciária, ora ao modelo de tutela concorrencial.

¹¹⁰⁵ BERENGUER PASCUAL, Sergio, op. cit., p. 55.

¹¹⁰⁶ Ibid., p. 55-56.

9 PROPOSTAS NACIONAIS

Os estudos realizados demonstram que os modelos de criminalização mais conhecidos pela literatura especializada apresentam grandes fragilidades político-criminais e dogmáticas. Do ponto de vista político-criminal, enquanto os modelos de tutela patrimonial e lealdade e confiança ignoram a dimensão publicística de significado e danosidade da corrupção entre particulares, o modelo de tutela concorrencial ignora sua dimensão privatística.

Do ponto de vista dogmático, enquanto o modelo de tutela patrimonial costumeiramente consubstancia estruturas típicas disfuncionais, que ora criminalizam uma espécie de infidelidade patrimonial antecipada, ora demandam um prejuízo patrimonial de inviável e até mesmo impossível comprovação, o modelo de tutela de lealdade e confiança apresenta grande grau de indeterminação no que diz respeito aos limites de deveres fiduciários penalmente relevantes e periga incriminar atitudes internas do agente.

O modelo de tutela concorrencial, por sua vez, apresenta dificuldades dogmáticas no que diz respeito à punibilidade do empresário e à relevância das ações consentidas ou dirigidas a esse. Ademais, recai em diversos cenários nos quais a punibilidade depende não propriamente do comportamento corrupto, mas de seu entorno, como a preexistência ou não de um mercado competitivo.

Diante desse cenário, podemos trabalhar a pergunta feita no início da parte III desta dissertação, só que agora voltada ao plano nacional, isto é: os modelos criminalizantes inspiram adequada tipificação penal da corrupção entre particulares no Brasil?

No país, conforme já destacamos na parte II da presente dissertação, também podemos falar por um predomínio de entendimento favorável à criminalização da corrupção entre particulares. Ademais, as propostas podem ser divididas de maneira um tanto quanto similar àquela realizada no estudo dos modelos e suas variantes estrangeiras¹¹⁰⁷.

Conquanto padeçam de mais clara exposição de motivos, frequentemente se bastando a fazerem referência à subscrição do país à Convenção de Mérida, da ONU, podemos dividir as propostas de *lege ferenda* nacionais em grupos assim como ocorre com as tipificações estrangeiras: um primeiro, que esboça estrutura típica similar ao modelo de tutela patrimonial; um segundo, que esboça estrutura típica similar a um modelo de tutela lealístico-fiduciária; um terceiro, composto por tipos que expressam (ou tentam expressar) estruturas típicas afins

¹¹⁰⁷ MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 77.

ao modelo de tutela concorrencial; e um quarto que mescla estruturas de mais de um dos modelos¹¹⁰⁸.

9.1 Propostas de modelo de tutela patrimonial

Um primeiro grupo de propostas nacionais esboça estruturas típicas de um modelo de tutela patrimonial. Esse grupo é composto pelas seguintes propostas: Ação ENCCLA 06/2011 e dos PLS n. 236/2012 e PL n. 6.122/2016, todos propugnando a criação de tipos penais topologicamente situados no título de crimes contra o patrimônio, no diploma penal nacional, o que sinaliza o cariz patrimonial das referidas construções. Vejamos a redação respectiva de cada uma dessas propostas:

Tabela 1: Relação de propostas semelhantes ao modelo de tutela patrimonial	
Proposta	Redação
ENCCLA Ação 06/2011 (APL) ¹¹⁰⁹	Art. 177-A. Comete crime de suborno aquele que: I - Oferece, promete ou concede, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente de pessoa jurídica de direito privado, nacional ou estrangeira, a fim de que este proporcione benefício para si ou para outrem; ou II- recebe, solicita, exige ou aceita, direta ou indiretamente, vantagem indevida ou promessa de tal vantagem , na condição de agente de pessoa jurídica de direito privado, nacional ou estrangeira, para proporcionar benefício para si ou para outrem. Pena – Reclusão de 2 a 12 anos, e multa. Parágrafo Único: Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se agente o empregado, sócio, mandatário, preposto, diretor, administrador e representante de pessoa jurídica de direito privado, bem como aquele que a ela preste serviços sem vínculo de emprego, ainda que em decorrência de relação empregatícia com pessoa jurídica interposta.
PLS n. 236/2012 ¹¹¹⁰	Corrupção entre particulares Art. 172. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida , como empregado ou representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros , direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições : Pena – prisão, de um a quatro anos. § 1º Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao empregado ou representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida . §2º As penas serão aumentadas de um sexto até a metade se, em razão da conduta do agente, a empresa ou instituição privada sofrer prejuízo patrimonial.
PL n. 6.122/2016 ¹¹¹¹	“Corrupção privada”

¹¹⁰⁸ Ibid., p. 77.

¹¹⁰⁹ MPPR. Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. Corrupção privada. **Proposta voltada à sua tipificação (Ação n. 5 de 2018 da ENCCLA)**, p. 4.

¹¹¹⁰ BRASIL. Senado Federal, 2014.

	<p>Art. 179-A Exigir, solicitar ou receber vantagem indevida, como funcionário ou proprietário de empresa ou instituição privada, para beneficiar a si ou a terceiro, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de tal vantagem, a fim de realizar ou omitir ato relativo às suas atribuições funcionais.</p> <p>Pena – reclusão, de 04 (quatro) a 06 (seis) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem oferece, promete, entrega, direta ou indiretamente, vantagem indevida ao funcionário ou proprietário da empresa ou instituição privada.</p>
--	---

Muito embora variem em denominação, com uma preferindo nomenclatura próxima a utilizada pela ONU (“suborno” – ENCLA 06/11), outra, pelo sistema normativo espanhol (“corrupção entre particulares” – PLS n. 236/2012), e outra, pelo italiano (“corrupção privada” – PL n. 6.122/2016), é possível afirmarmos, sem margem de dúvidas, que todas as propostas se referem à criação de um tipo penal de combate à corrupção entre particulares.

Em todas as proposições, também é possível percebermos a delimitação do corrupto a sujeitos que integram ou mantenham algum vínculo com pessoa jurídica de Direito Privado ou instituição privada. Nesse sentido, as propostas nacionais se aproximam da variante italiana, mais preocupada com o patrimônio social, o patrimônio de sociedades empresárias e instituições privadas.

Esse recorte, conquanto represente o contexto mais comum dos cenários de corrupção, qual seja, o empresarial, demonstra-se injustificadamente limitado. Muito embora pareça refletir a construção normativa do art. 21 da Convenção de Mérida, da ONU, tal delimitação ignora que a corrupção entre particulares pode ocorrer em relações estabelecidas entre agentes de pessoas físicas não-empresárias, que lhes confiam a administração do patrimônio, por exemplo.

Uma das três proposições criminalizantes de tutela patrimonial, talvez a mais importante, a do PLS n. 236/2012 (que busca estabelecer um novo CPB), recai em outra fragilidade comum às construções do modelo de tutela patrimonial. Restringe excessivamente o rol de pessoas que podem figurar como sujeito ativo da modalidade passiva às figuras do empregado e do representante¹¹¹².

Reale Júnior e Gomes Junior¹¹¹³ já criticaram construções excessivamente restritivas como essa, pelo fato de ignorarem que os mais diferentes personagens de uma estrutura empresarial têm plena condição de incidir em comportamentos corruptos, inclusive de corrupção passiva. Compartilhamos da crítica em igual teor.

¹¹¹¹ BRASIL. 2019c.

¹¹¹² MADEIRA, Patrícia Queiroz, op. cit., p. 74.

¹¹¹³ GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles, op. cit., p. 18.

Outra disposição, o PL n. 6.122/2016, compreende ser possível situar na condição de corrupto as figuras do “funcionário” e do “proprietário”. Ambas as delimitações são frágeis.

A primeira por consistir em um elemento fortemente normativo e carente de explicação de conteúdo. A bem da verdade, o termo “funcionário” no discurso jurídico-penal, é comumente utilizado para se referir a pessoas que exercem, ainda que transitoriamente e sem remuneração, cargo, emprego ou função pública (art. 327 do CPB). Não se tem por certa a extensão significativa dessa palavra no âmbito das relações privadas. Não se sabe se essa englobaria, por exemplo, diretores ou ex-empregados, sujeitos que têm, em muitos casos, plena capacidade de atuar e participar de esquemas de corrupção no setor privado.

O termo “proprietário”, por sua vez, demonstra ainda maior limitação. Os sócios minoritários também seriam compreendidos como “proprietários” de uma pessoa jurídica de Direito Privado? Os acionistas de uma companhia também assim poderiam ser compreendidos? As dúvidas ressaltam a fragilidade de uma construção certamente imprecisa.

Uma outra construção mais ampla, da ENCCLA 06/2011, se utiliza da terminologia “agente” para fazer referência a uma série de pessoas integrantes da estrutura hierárquica de uma organização, bem como pessoas que a essa de alguma forma se encontrem vinculadas, quais sejam, os prestadores de serviços. Essa abordagem, embora mais feliz que as anteriores, não deixa de ser limitada, pois não abrange também figuras que podem não mais estar integradas formalmente à instituição privada mas sobre ela ter grande influência, como acontece com ex-sócios e ex-diretores, por exemplo.

Esses vícios de limitação do sujeito ativo da modalidade passiva do delito se estendem geralmente à figura ativa, na medida que os tipos propugnados constroem a relevância de comportamentos de promessa, oferta e entrega de vantagens tão somente àqueles destinatários que ostentam a posição de potencial sujeito ativo da modalidade passiva. As estruturas que restringem demasiadamente os sujeitos ativos da modalidade passiva do delito, desse modo, também prejudicam o escopo de aplicação da disposição incriminadora relativa à modalidade ativa do delito.

Quanto aos verbos, é possível depreender que os dispositivos propugnados pelas propostas ora analisadas abrangem a promessa como verbo de consumação da modalidade ativa. Essa construção leva-nos a concluir que o corruptor pode realizar o delito de corrupção entre particulares mesmo quando o potencial destinatário dessa nega a oferta.

Essa estratégia de tipificação, contudo, demonstra bastante fragilidade se assumirmos que os tipos propostos pretendem assumir uma perspectiva de tutela patrimonial. Seja na perspectiva de proteção mais próxima ao patrimônio social, como na variante italiana, seja na

perspectiva de proteção da lealdade patrimonial, o corruptor ao prometer vantagem que não é aceita pelo corrupto, não exprime qualquer comportamento capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão as aludidas referências.

Isso acontece porque o corruptor, como já explicado quando da análise do modelo de tutela patrimonial, não deve qualquer lealdade para com o principal do potencial corrupto, de modo a dever lealdade patrimonial para com aquele. De igual sorte, ao prometer vantagem negada pelo destinatário da vantagem, o corruptor sequer periga o patrimônio social. A estratégia de punir o corruptor mesmo quando o destinatário da vantagem a nega se demonstra, portanto, passível de crítica, pois estabelece uma hipótese de punibilidade completamente carente de legitimidade.

Ademais, todas as propostas brasileiras do modelo de tutela patrimonial fazem uso de um elemento normativo não utilizado pelas variantes mais conhecidas desse modelo, qual seja, a expressão “vantagem indevida”¹¹¹⁴. Essa expressão parece-nos se espelhar e refletir uma importação descuidada dos tipos de corrupção tradicionais.

A utilização dessa expressão deixa de considerar as peculiaridades das relações privadas¹¹¹⁵. Se no âmbito das relações entre agente público e particular é razoavelmente fácil interpretarmos o conteúdo da vantagem indevida por meio de um juízo de exclusão, no qual, salvo exceções casuísticas, todo recebimento de vantagem alheia ao recebimento da remuneração oficial pode sinalizar o recebimento de uma vantagem indevida, no setor privado essa mesma facilidade de interpretação do sentido da expressão não se repete¹¹¹⁶.

A hipótese de o legislador estabelecer a qualificação “indevida” implica considerarmos que alguns tipos de remuneração prometida ou transmitida por terceiros a agentes de pessoas jurídicas de Direito Privado devem ser consideradas devidas. Não sabemos, contudo, se essa vantagem “devida” pode se referir tão somente àquela que tem o expresso consentimento de seu principal, ou ainda aquela que embora não tenha o seu consentimento expresso, seja tolerada. De qualquer modo, a importação da expressão “vantagem indevida” a tipos de corrupção privada, sem o esclarecimento do significado dessa expressão, pode ser considerada um equívoco do legislador.

Por fim, mas não menos importante, é necessário lembrarmos que o modelo de tutela patrimonial não atende aos argumentos mais invocados quanto à necessidade de

¹¹¹⁴ MPPR, op. cit., p. 7.

¹¹¹⁵ Ibid., p. 7.

¹¹¹⁶ Ibid., p. 7.

criminalização de comportamentos de corrupção entre particulares¹¹¹⁷. Nesse sentido, não só negligenciam a dimensão publicística de significado e danosidade da corrupção entre particulares, mas também instituem um modelo privatístico demasiadamente restrito quanto aos interesses protegidos (somente os de cunho patrimonial) e de legitimidade questionável quanto à punibilidade da modalidade ativa¹¹¹⁸.

9.2 Propostas de modelo de tutela lealístico-fiduciária

Além das propostas de proteção patrimonial, também podemos nos referir a duas propostas voltadas à criminalização da dimensão essencialmente privatística da corrupção entre particulares. Trata-se das seguintes proposições:

Proposta	Redação
PL n. 3.438/2015 ¹¹¹⁹	<p>Art. 177-A. Oferecer, dar ou prometer, direta ou indiretamente, vantagem indevida a dirigente, empregado ou preposto de pessoa jurídica de direito privado para, no exercício de suas funções, determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício em benefício próprio ou de terceiro e em prejuízo dos interesses da entidade.</p> <p>Pena – reclusão, de 2 anos a 6 anos e multa.</p> <p>§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem, no exercício da função de dirigente ou empregado de pessoa jurídica de direito privado e em razão dela, solicita ou recebe, para si ou para terceiro, direta ou indiretamente, vantagem indevida ou aceita promessa de tal vantagem em prejuízo dos interesses da entidade.</p> <p>§ 2º. A pena é aumentada de um terço se em consequência da vantagem ou da promessa o dirigente, empregado ou preposto pratica, deixa de praticar ou retarda qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.”</p>
PL n. 219/2019 ¹¹²⁰	<p>Art. 2º Oferecer ou prometer vantagem indevida para outrem, no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, para determina-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:</p> <p>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.</p> <p>Art. 3º Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, mas em razão dela, vantagem indevida no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, ou aceitar promessa de tal vantagem:</p> <p>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.</p>

¹¹¹⁷ MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 74.

¹¹¹⁸ Ibid., p. 76.

¹¹¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. 2015c.

¹¹²⁰ Id. 2019b.

As justificativas dos PLs n. 3.438/2015 e n. 219/2019 não esclarecem exatamente quais interesses, direitos ou valores podem ser atacados pela corrupção privada. O texto do PL n. 3.438/2015 apenas diz que a corrupção estimula a realização de outros crimes, como sonegação fiscal e lavagem de dinheiro, exemplifica casos de corrupção privada impunes, e que o país tem o compromisso internacional de refletir sobre a criminalização da corrupção no setor privado. O texto do PL n. 219/2019, por sua vez, limita-se a dizer que a corrupção é “um mal entranhado na sociedade brasileira, que precisa ser combatida no seio das famílias e das empresas”.

Embora as referidas argumentações encontrem-se prejudicadas por não explicitar os interesses cuja proibição penal visa proteger, é possível sustentarmos que essas podem ser interpretadas como proposições alinhadas a um modelo de tutela lealístico-fiduciária.

A redação do art. 2º do PL n. 219/2019 utiliza-se do elemento subjetivo especial “para determina-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. Essa construção, alheia de qualquer vinculação a prejuízos estritamente patrimoniais ou concorrenciais, vincula-se muito mais a uma perspectiva de proteção de atividades econômicas, financeiras e comerciais, de influência subjetiva externa. Nesse sentido, ainda que a argumentação e a estrutura típica carregadas pelo PL 219/2019 sejam extremamente exíguos, é possível dizermos que traz dispositivo de incriminação da corrupção entre particulares passível de ser interpretado pelo modelo de tutela lealístico-fiduciária.

Em relação à proposição do PL n. 3.438/2015, conquanto seu dispositivo proposto tenha como localização propugnada o título dos crimes contra o patrimônio, sua redação estipula que a corrupção deve estar atrelada ao “prejuízo dos interesses da entidade” do sujeito que ostenta a potencial posição de corrupto.

A referida expressão não é limitada por qualquer qualificação ou referência além da localização proposta, que nos faça restringir sua significação aos interesses tão somente patrimoniais. Caso se interprete a disposição como pertinente à classe das proposições de um modelo de tutela patrimonial, críticas essencialmente análogas àquelas construídas na seção anterior cabem a essa disposição. Caso, contudo, se interprete a disposição como pertencente à classe das propostas de um modelo de tutela lealístico-fiduciária, fazem-se pertinentes, ainda, outras observações.

Um primeiro ponto que evidentemente nos chama atenção é o descompasso entre a localização do tipo proposta, entre os crimes contra o patrimônio, e a exigência típica ampla de que a contraprestação visada pela “vantagem indevida” seja a realização ou omissão de um ato de ofício “em prejuízo dos interesses da entidade”.

Cabe destacarmos, sob uma perspectiva que interpreta as proposições supra alinhadas a um modelo de tutela lealístico-fiduciária, que o legislador parece ter buscado proteger um alinhamento moral do agente às causas do principal, aproximando o tipo proposto à vertente *reasons-loyalty* do modelo lealístico.

Essa interpretação pode ser reforçada no caso do PL 3.438/2015, pelo fato de o legislador ter se utilizado de referências distintas entre a cabeça do artigo e seu § 2º. Enquanto no *caput* do aludido dispositivo é utilizada a referência “prejuízo dos interesses da entidade”, no parágrafo 2º, o mesmo dispositivo faz referência à expressão “infração de dever funcional”. Se a proposição tão somente visasse punir comportamentos de corrupção própria, aumentando a punição dos atos efetivamente concretizados, restaria injustificada a diferença das expressões utilizadas.

Nesse sentido, se a proposição busca a punição da corrupção imprópria, recaímos na criminalização de atitudes internas do agente. Um agente, nesse sentido, poderia ser punido mesmo quando fizesse “a coisa certa”, tão somente por, em acréscimo, ter conseguido auferir um rendimento extra. Esse é o caso, por exemplo, de garçons e empregados do setor hoteleiro, que ao atenderem bem seus clientes, costumam contar além de sua remuneração, com o acréscimo de gorjetas.

Ademais, a maioria das críticas já realizadas às proposições do modelo de tutela patrimonial demonstra-se aplicável também às proposições dos PLs 3.438/2015 e 219/2019. As aludidas proposições, nesse sentido, restringem injustificadamente a corrupção a um fenômeno da vida empresarial ou de determinados tipos de atividades, limitando desnecessariamente o contexto de aplicação da norma incriminadora e a condição de sujeito ativo a apenas alguns personagens da estrutura empresarial. Além disso, ambas as proposições se utilizam da expressão “vantagem indevida”, em clara importação descuidada de uma expressão dos tipos clássicos de corrupção.

Por fim, é importante ainda ressaltar que a redação das proposições em comento reduz a matéria proibida à dimensão privatística da corrupção entre particulares. Desse modo, tais projetos ignoram toda a relevância e gravidade dos comportamentos de corrupção entre particulares em sua dimensão publicística.

9.3 Propostas de modelo de tutela concorrencial

Rompendo com o paradigma privatístico das proposições anteriores, há um grupo maior de propostas voltadas à criminalização da corrupção entre particulares em sua dimensão publicística¹¹²¹. Trata-se das seguintes proposições:

Tabela 3: Relação de propostas semelhantes ao modelo de tutela concorrencial	
Proposta	Redação
PLS n. 455/2016 ¹¹²²	Art. 196-A. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida , o diretor, o administrador, o membro de conselho ou de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto, o representante ou o empregado da empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições ; Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, a vantagem indevida .
PL n. 11.093/2018 ¹¹²³	Art. 2º O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 196-A: Art. 196-A. Oferecer, prometer ou entregar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a dirigente, administrador, empregado ou representante de pessoa jurídica de direito privado, a fim de realizar ou omitir ato em violação dos deveres funcionais . Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa
PL n. 11.171/2018 (BRASIL, 2018b) ¹¹²⁴	Art. 2º O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 196-A e 196-B: Corrupção privada passiva Art. 196-A. Exigir, solicitar ou receber vantagem indevida , como sócio, dirigente, administrador, empregado ou representante de pessoa jurídica de direito privado, para beneficiar a si ou a terceiro, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de tal vantagem, a fim de realizar ou omitir ato em violação dos seus deveres funcionais . Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa. Corrupção privada ativa Art. 196-B. Oferecer, prometer ou entregar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a dirigente, administrador, empregado ou representante de pessoa jurídica de direito privado, a fim de realizar ou omitir ato em violação dos deveres funcionais . Pena – reclusão de dois a seis anos, e multa.
PL n. 70/2019 ¹¹²⁵	Art. 1º. Constitui crime de corrupção privada exigir, solicitar ou receber vantagem indevida , como sócio, dirigente, administrador, empregado ou representante de pessoa jurídica de direito privado, para beneficiar a si ou a terceiro, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de tal vantagem, a fim de realizar ou omitir ato em violação dos seus deveres funcionais .

¹¹²¹ MADEIRA, Patricia Queiroz, op. cit., p. 77.

¹¹²² BRASIL. Senado Federal. 2016.

¹¹²³ BRASIL. Câmara dos Deputados. 2018a.

¹¹²⁴ Id. 2018b.

¹¹²⁵ Id. 2019d.

	<p>Pena: reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem oferece, promete ou entrega, direta ou indiretamente, vantagem indevida a dirigente, administrador, empregado ou representante de pessoa jurídica de direito privado, a fim de realizar ou omitir ato em violação dos deveres funcionais.</p>
PL n. 181/2019 ¹¹²⁶	Mesmo teor do PL n. 11.093/2018, sem qualquer alteração.
PL n. 709/2019 ¹¹²⁷	<p>Art. 1º A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:</p> <p>Art. 195-A. Comete crime de corrupção privada quem exige, solicita, aceita ou recebe vantagem indevida, como administrador, empregado ou representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceita promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições:</p> <p>Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.</p> <p>§1º Na mesma pena incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao administrador, empregado ou representante da empresa.</p>

É possível percebermos que essas propostas, em sua maioria, buscam instituir tipo penal de corrupção privada no CPB, entre os crimes contra o patrimônio, no capítulo dos crimes de concorrência desleal.

O PLS n. 455/2016, motivado pelas conclusões obtidas a partir do rf. da CPI do Futebol, realizada pelo Senado Federal, defende a necessidade de uma tipificação penal da corrupção privada que não desconsidere o fato de que, conquanto os interesses de empresários sejam afetados por comportamentos corruptos, são afetados em “maior medida”, o “interesse coletivo dos consumidores e ao próprio interesse público do Estado, no que tange à manutenção de uma ordem concorrencial devidamente sanada”¹¹²⁸.

Os demais projetos legislativos de 2018 e 2019, por sua vez, fazem alusão à sugestão da medida n. 46, da iniciativa “Novas Medidas Contra a Corrupção” da parceria FGV e TI. Nela é apresentado um APL de criminalização da corrupção entre particulares que justifica a necessidade de proteger não só o patrimônio, mas também os “interesses de consumidores e do Estado na manutenção da sanidade da ordem econômica e da livre concorrência”¹¹²⁹.

É interessante notar, nesse sentido, que a argumentação das proposições brasileiras se distancia um pouco da formatação dos bens jurídicos utilizados pelas variantes clássicas alemã e espanhola. O foco maior parece residir nos interesses de consumidores e do Estado do que na concorrência como instituição (variante clássica alemã), ou ainda no interesse dos concorrentes (variante clássica espanhola).

¹¹²⁶ Id. 2019a.

¹¹²⁷ Id. 2019e.

¹¹²⁸ BRASIL. Senado Federal. 2015f, p. 185-186.

¹¹²⁹ MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno (Orgs.), op. cit., p. 428.

A situação fica ainda mais confusa pelos fatos de proporem a localização do tipo penal no capítulo de crimes de concorrência desleal, dentro do título de patrimônio, e se utilizarem de construções que muito mais se aproximam a estruturas típicas do modelo de tutela lealístico-fiduciária do que a um modelo de tutela concorrencial. Uma coisa, contudo, parece clara. A argumentação de todos os projetos ora em comento faz referência reflexa à concorrência, evocando em primeiro plano, interesses de atores sociais, como consumidores, por exemplo.

Ademais, as estruturas dos tipos propugnados não se utilizam de referências que permitam evidenciar a natureza de crime contra a concorrência. Não há qualquer alusão na redação dos tipos a “uma situação de concorrência”, como no tipo alemão, ou ao “favorecimento de um frente a outros” como no tipo espanhol.

Os tipos incriminadores propostos são mais coerentes com o modelo de tutela lealístico-fiduciária (“ação ou omissão de atos inerentes às suas atribuições” e “violação aos seus deveres funcionais”) do que com um modelo de tutela concorrencial. Desse modo, a formatação dos tipos de modelo de tutela concorrencial propugnados nas casas legislativas de nosso país fica com a redação extremamente prejudicada.

A utilização das aludidas estruturas aproxima os tipos propostos ao perfil estampado pelas disposições dos incisos IX e X do art. 195, da LPI. Como bem esclarece o rf. da CPI do Futebol do Senado Federal, as estruturas das disposições da LPI muito mais se aproximam ao perfil de criminalização juslaboral francês do que de tipos de tutela concorrencial.

A aplicação dos tipos propostos pelas proposições de *lege ferenda* ora em comento, ou ficariam prejudicadas por se demonstrarem incompatíveis com a tutela concorrencial, demandando uma pluriofensividade cumulativa que reduziria em muito o seu âmbito de aplicação, ou demandaria interpretações de excessiva criatividade hermenêutica, o que de qualquer forma feriria o princípio da legalidade em sua exigência de que a lei penal seja certa e precisa.

Quanto aos atores do delito, é preciso destacar a diferença entre as seis propostas. Enquanto os PLs n. 11.171/2018 e 70/2019 preveem a punibilidade do sócio que exige, solicita ou recebe vantagem indevida, os demais assim não o fazem.

Duas das proposições do grupo de tutela concorrencial ora cotejado (PLs n. 11.093/2018 e n. 181/2019) possuem problemas de ainda maior gravidade. Simplesmente não preveem a punibilidade da corrupção privada passiva, mas tão somente da corrupção entre particulares ativa.

Essa falta de previsão de punibilidade à figura da corrupção privada passiva é bastante problemática, pois deslegitima ainda mais a fundamentação da criminalização da modalidade ativa. Se se pune o corruptor por poder causar distorções concorrenciais ou afetar interesses de concorrentes, por qual razão não se deve punir o corrupto, que tem o poder final de distorcer o princípio do melhor desempenho e efetivamente favorecer um em detrimento de outros? As propostas em questão não esclarecem essa questão.

Todas as propostas brasileiras de pretensão modelo de tutela concorrencial se utilizam novamente de uma importação injustificada da referência “vantagem indevida” dos tipos de corrupção pública, sem que o seu significado fique esclarecido para o caso de delitos de corrupção privada de tutela concorrencial.

Por fim, as proposições em questão perigam habitar o DP simbólico, pois ao misturar bem jurídico e localização sistemática própria do modelo de tutela concorrencial com estruturas próprias do modelo de tutela patrimonial e lealístico fiduciária, o tipo incorre no risco de não oferecer proteção adequada a nenhuma das dimensões de significado e danosidade da corrupção entre particulares.

9.4 Propostas de tutela plúrima

Podemos ainda identificar, entre as diferentes propostas de criminalização da corrupção entre particulares, aquelas que estabelecem (ou tentam estabelecer) tutela tanto a interesses e valores individuais, como patrimônio e lealdade e confiança, quanto interesses e instituições supraindividuais, como a concorrência e os interesses de concorrentes e consumidores:

Tabela 4: Relação de propostas nacionais híbridas	
Proposta	Redação
PL n. 3.163/2015 (Versão do substitutivo da CCJ da Câmara dos Deputados, de 2019) ¹¹³⁰	Art. 2º Exigir, solicitar ou receber vantagem indevida de qualquer natureza , na condição de representante, funcionário ou proprietário de empresa ou instituição privada, por si ou mediante interposta pessoa, para benefício próprio ou de terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de tal vantagem, a fim de realizar, retardar ou omitir ato relativo às suas atribuições funcionais no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais. Pena - reclusão, de 02 (dois) a 06 (seis) anos, e multa.

¹¹³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, op. cit..

	<p>§1º. Incorre nas mesmas penas quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, vantagem indevida ao representante, funcionário ou proprietário de empresa ou instituição privada a fim de que retarde, pratique ou deixe de praticar ato relativo às suas atribuições funcionais no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais.</p> <p>§2º. Aumenta-se a pena de um terço a metade se os atos de corrupção privada ativa ou passiva afetarem a livre concorrência ou provocarem prejuízo patrimonial para terceiros.</p>
ENCCLA Ação 05/2018 (APL) ¹¹³¹	<p>Art. 1º A Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>“Art. 4º-A Constitui crime de corrupção privada exigir, solicitar ou receber vantagem indevida de qualquer natureza, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de tal vantagem, como sócio, conselheiro, dirigente, administrador, empregado, representante, colaborador ou indivíduo que, a qualquer título, exerça atividade em pessoa jurídica de direito privado, a fim de praticar, omitir ou retardar ato em violação aos seus deveres funcionais.</p> <p>Pena – reclusão, de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem oferece, promete ou entrega, direta ou indiretamente, vantagem indevida, de qualquer natureza, a sócio, conselheiro, dirigente, administrador, empregado, representante, colaborador ou indivíduo que, a qualquer título, exerça atividade em pessoa jurídica de direito privado, para determina-lo a praticar, omitir ou retardar ato em violação aos seus deveres funcionais.”</p>
Novas Medidas Contra a Corrupção (APL, Medida n. 46) ¹¹³²	<p>Art. 1º. Constitui crime de corrupção privada exigir, solicitar ou receber vantagem indevida, como sócio, dirigente, administrador, empregado ou representante de pessoa jurídica de direito privado, para beneficiar a si ou a terceiro, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de tal vantagem, a fim de realizar ou omitir ato em violação dos seus deveres funcionais.</p> <p>Pena: reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem oferece, promete ou entrega, direta ou indiretamente, vantagem indevida a dirigente, administrador, empregado ou representante de pessoa jurídica de direito privado, a fim de realizar ou omitir ato em violação dos deveres funcionais.</p>
PL n. 4480/2020 ¹¹³³	<p>Mesmo teor da Medida n. 46, da iniciativa “Novas Medidas Contra a Corrupção”, sem qualquer alteração.</p>

As referidas proposições buscam oferecer uma tutela plúrima por meio de diferentes estratégias: enquanto o APL ENCCLA Ação 05/2018 propõe a criação de uma figura delitiva na parte de crimes contra a ordem econômica, as demais proposições concebem a criação do delito de corrupção privada por meio de lei extravagante própria.

A intenção em oferecer tutela plúrima também fica evidente no texto de justificação das proposições (salvo o APL ENCCLA Ação n. 05/2018, que não dispõe de justificativa). Na versão substitutiva do texto do PL 3.163/2015, proposta pelo à época deputado federal e

¹¹³¹ ENCCLA, op. cit..

¹¹³² MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno (Orgs.), op. cit., p. 427 et seq.

¹¹³³ BRASIL. Câmara dos Deputados. 2020a.

relator do projeto na CCJ, Luiz Flávio Gomes, consta expressamente que “são plúrimos os bens jurídicos que se pretendem tutelar com a criminalização da corrupção privada (por exemplo, a lealdade e a confiança existentes nas relações que vinculam empregados e empregadores, e a livre e leal concorrência)”¹¹³⁴.

Na justificativa do APL da Medida n. 46, das Novas Medidas Contra a Corrupção, e do PL n. 4.480/2020, também consta expressamente que os efeitos decorrentes da prática de atos de corrupção privada extrapolam os limites do patrimônio, podendo gerar efeitos mais amplos, como “aumento de preços, perda de eficiência comercial, aumento artificial e desarrazoado de poder de mercado, entre outros, que, em última análise, ofendem a livre concorrência”¹¹³⁵.

Apesar da localização e da justificativa que apontam para a necessidade de criação de um crime de tutela plúrima, a estrutura típica contradiz a intenção esboçada nas referidas proposições. Isso ocorre na medida em que em nenhuma das proposições entabuladas é possível identificar referência que demande a necessária ofensividade da conduta à dimensão publicística de danosidade da corrupção entre particulares.

O que se vislumbra, em todos os casos, é uma estrutura típica de modelos privatísticos de criminalização da corrupção privada. Tanto é assim que em nenhum dos dispositivos propostos há um elemento típico dos modelos de tutela patrimonial, como o “prejuízo patrimonial”, ou ainda dos modelos de tutela concorrencial, como o “favorecimento de um frente a outros” ou a “afetação da concorrência”. Nesse sentido, a falta de referências que evidenciem o caráter plúrimo dos tipos propostos denota incongruência entre o bem jurídico alegado pelas proposições analisadas.

No máximo, o que ocorre, no caso do PL n. 3.163/2015, é a previsão de uma causa de aumento de pena para o comportamento típico de corrupção entre particulares que afetar a livre concorrência ou provocar prejuízos patrimoniais para terceiros. Esse aspecto reforça a compreensão de que a tipo básico de corrupção entre particulares de construções como a ora analisada não compreendem a necessária ofensividade à concorrência ou ao patrimônio de terceiros.

Ademais, todas as propostas em questão replicam erros das demais proposições já analisadas, como a estranha importação da exigência de “vantagem indevida”, utilizado nas figuras delitivas de corrupção de agentes públicos, sem a explicação do significado da expressão no âmbito de relações estritamente privadas. Esse aspecto somado à incongruência

¹¹³⁴ BRASIL. 2019g.

¹¹³⁵ MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno (Orgs.), op. cit., p. 423.

entre bem jurídico e estrutura típica, faz com que as proposições sejam bastante inconsistentes do ponto de vista dogmático.

10 SÍNTESE DA PARTE III E CONCLUSÃO PARCIAL: os modelos criminalizantes e propostas brasileiras apresentam graves problemas político-criminais e dogmáticos

Em **síntese**, uma análise detalhada das variantes clássicas mais conhecidas pela doutrina mostra-nos que os modelos criminalizantes de corrupção entre particulares apresentam grandes fragilidades programacionais (político-criminais) e instrumentais (dogmáticas).

Do ponto de vista político-criminal, os modelos criminalizantes tendem a ignorar parte substancial de significado e danosidade da corrupção entre particulares. Nesse sentido, o modelo de tutela lealístico-fiduciária ignora a dimensão publicística da corrupção entre particulares; o modelo de tutela concorrencial ignora a dimensão privatística; e o modelo de tutela patrimonial, de maneira ainda mais evidente, ignora não só a dimensão publicística, mas grande parte do sentido e da ofensividade da corrupção entre particulares também em sua dimensão privatística.

Do ponto de vista dogmático, por outro lado, há fragilidades que contaminam a coerência interna das aludidas construções normativas.

O modelo de tutela patrimonial concebe estruturas que antecipam ou postergam demasiadamente o momento de consumação do delito de corrupção entre particulares. Ao dirigir o foco axiológico à noção de salvaguarda à lealdade patrimonial, a criminalização da corrupção privada se degenera em um peculiar delito de apropriação indébita ou administração desleal antecipada. Ao centrar suas atenções na incolumidade do patrimônio social, o modelo se transforma na tipificação de um delito de infidelidade qualificada.

O modelo de tutela lealístico-fiduciária, ao seu turno, conquanto corrija a visão extremamente limitada de escopo de matéria proibida proposto pelo modelo de tutela patrimonial, peca por incidir no outro extremo, gerando um escopo excessivamente amplo de criminalização. Faz com que instrumentos do Direito Privado, como contratos e políticas corporativas se tornem idôneos à criminalização de comportamentos, vulnerando princípios caros ao DP, como o princípio da reserva legal e da legalidade em suas dimensões de certeza e precisão.

O modelo de tutela concorrencial, por sua vez, convive com problemas dogmáticos fundamentais, relacionados à dicotomia entre a liberdade econômica do empresário e a punibilidade de seus comportamentos corruptos e seus assentimentos a comportamentos corruptos de seus subordinados. Ademais, faz com que a configuração da prática de corrupção

punível seja contingencial a um cenário de concorrência, característica que não se faz necessária nos mais diversos contextos de comportamentos corruptos.

Ademais, é possível dizermos que todos esses modelos apresentam, em determinada medida, fragilidades dogmáticas, sobretudo no que diz respeito à legitimação da punibilidade do corruptor, à delimitação dos sujeitos ativos do delito e ao alcance da corrupção imprópria e subsequente. Não por acaso, diante de tantas fragilidades, os sistemas normativos que abrigaram tais modelos buscam corrigir seus problemas mediante sucessivas alterações legislativas.

O panorama atual dos sistemas normativos de onde surgiram essas variantes clássicas criminalizantes, salvo os poucos casos os quais persistem em ratificar modelos de criminalização, juntamente com seus respectivos problemas, sinalizam por uma tentativa de derrubar as barreiras que os separam. Isso é feito ora por uma aproximação radical e omnicomprensiva da tipificação penal ao marco conceito normativo-institucional da corrupção, como no caso inglês, ora mediante uma aproximação moderada, com a combinação das estratégias clássicas com a construção de figuras delitivas multifrontais, como é o caso da Alemanha.

Ocorre, todavia, que tais estratégias ainda não se demonstram suficientemente adequadas a oferecerem uma tipificação penal consistente da corrupção entre particulares. Replicam problemas de indeterminação da matéria proibida (como é mais notável na aproximação radical inglesa) ou simplesmente reincidem nos mesmos problemas decorrentes dos modelos em suas variantes clássicas (como ocorre, em parte, com a aproximação moderada alemã).

No Brasil, as proposições doutrinárias e legiferantes não só replicam mas agudizam fragilidades político-criminais e dogmáticas.

Do ponto de vista político-criminal, isso é percebido pela exiguidade e vagueza dos argumentos que são formulados para justificar a tipificação penal da corrupção entre particulares. Em sua maior parte, quando não simplesmente fogem à argumentação, as proposições resumem-se em lembrar a existência de compromisso internacional firmado pelo Brasil no sentido de ao menos considerar a criminalização da corrupção privada.

Do ponto de vista dogmático, as proposições demonstram alto grau de inconsistência em suas estruturas típicas. As propostas de modelo de tutela patrimonial se aproximam da variante austríaca, estreitando por demais a matéria de proibição à salvaguarda de deslealdades patrimoniais. Ademais, se utilizam do elemento normativo “vantagem indevida”

sem determinar o seu significado, o que é algo bastante obscuro se considerarmos o maior grau de liberdade que deve existir no âmbito das relações privadas.

As propostas nacionais de modelo de tutela lealístico-fiduciária, além de se utilizarem do famigerado elemento “vantagem indevida”, sem o esclarecimento de seu significado, incidem nos mesmos problemas dogmáticos decorrentes de aproximações *reasons-loyalty*. Nesse sentido, tornam muito incertos e imprecisos os limites da matéria proibida, com expressões como “interesses da entidade” e “ato de ofício”, aumentando o risco de uma privatização do DP e do vilipêndio a princípios como o da reserva legal e o da legalidade em suas dimensões de certeza e precisão.

As propostas nacionais de modelo de tutela concorrencial, por sua vez, não utilizam de elementos típicos desse tipo de tutela, como “favorecimento de um frente a outros” ou “contexto concorrencial”. Pelo contrário, parecem replicar em *sedes materiae* concorrencial, uma tutela lealístico-fiduciária, incidindo em problemas semelhantes àqueles incorridos pela variante clássica espanhola.

Diante desse cenário, **concluimos** que os modelos de criminalização apresentam grandes fragilidades político-criminais e dogmáticas, seja em suas variantes clássicas, como em suas variantes mais atuais, seja nas estruturas estabelecidas nos sistemas jurídicos estrangeiros, como nos tipos propostos no plano nacional.

11 SÍNTESE DA DISSERTAÇÃO E CONCLUSÃO: confirmação da hipótese

Ao final das reflexões da presente dissertação, cabe **sintetizarmos** abaixo os principais aspectos da análise desenvolvida:

PARTE I

1.1. O significante “corrupção” remete a uma expressão com múltipla e crescente significação, inclusive no DP. Conquanto seu uso se preste a diversas finalidades, destaca-se no discurso jurídico-penal contemporâneo aquele sentido de alguma forma relacionado a comportamentos de promessa, oferta, recebimento e entrega de vantagens entre determinados sujeitos, para a prevalência de certos interesses em detrimento de outros.

1.2. Diferentes modelos conceituais foram desenvolvidos pela doutrina para delimitar melhor o conceito de corrupção para o discurso jurídico-penal contemporâneo. Três merecem destaque nesse sentido.

1.3. Um primeiro modelo compreende a corrupção como um negócio ou acordo ilícito (*Unrechtsgeschäft/Unrechtsvereinbarung*) de compra e venda, em que o objeto do acordo é um ato da função pública vendido por um agente que integra o Estado.

1.4. Embora a referida perspectiva se destaque por sua simplicidade e seu poder de classificação (corrupção própria/imprópria; antecedente/subsequente; passiva/ativa), essa é criticada por reduzir a corrupção a uma metáfora contratual, pois há consenso atual de que a corrupção independe de bilateralidade própria de acordos e contratos para a sua configuração. Ademais, esse modelo não consegue explicar como determinados casos que não envolvem a figura de um agente público ainda assim são contemporaneamente interpretados como situações de corrupção.

1.5. Um segundo modelo, construído a partir dos marcos teóricos do Direito e da teoria da Agência, descreve a corrupção como um problema tipológico principal – agente – cliente (*principal – agent – client approach*). Dois conjuntos de conceitos emergem do modelo de corrupção como um problema de agência: os conceitos de fórmula “abuso – função pública – ganho” (*abuse – public office – gain formula*) e os de fórmula “abuso – poder – ganho” (*abuse – power – gain*).

1.6. Os conceitos construídos a partir da primeira fórmula sintetizam a corrupção como um abuso de função pública que objetiva ganhos privados. Essa construção conceitual supera as dificuldades do modelo de *Unrechtsvereinbarung* em explicar a corrupção unilateral, todavia persiste não conseguindo explicar como determinadas situações são compreendidas social e normativamente como casos de corrupção, mesmo não abrangendo o envolvimento de um agente do Estado.

1.7. Os conceitos construídos a partir da segunda fórmula definem corrupção como abuso de poder confiado com o fim de ganhos privados. Esse conceito rompe com a restrição significativa clássica de corrupção, passando a compreender determinados contextos que podem ser configurados como corrupção, mesmo não envolvendo em uma das pontas a presença de um agente público.

1.8. Os conceitos de fórmula *abuse – power – gain*, contudo, persistem sendo objeto de crítica doutrinária, que entende o conceito limitado por enxergar tão somente a dimensão privatística de relevância e danosidade da corrupção entre particulares. Segundo esse posicionamento crítico, os conceitos tipológicos de agência, mesmo em sua versão mais ampla, seguem negligenciando a existência de casos socialmente e normativamente reconhecidos de corrupção entre particulares cuja vítima não é o principal, titular de um poder confiado por um agente, mas sim um ou mais de um terceiro, como concorrentes e consumidores, por exemplo. Ademais, enxergam a existência de principal em casos onde esse essencialmente não existe.

1.9. Um terceiro modelo conceitual, denominado modelo normativo-institucional, ou simplesmente organizacional, toma emprestado marco teórico desenvolvido por estudos de filosofia aplicada e economia institucional, para conceituar a corrupção como uma violação de um dever posicional, no marco de um sistema normativo de referência, relacionada à expectativa ou obtenção de um benefício extraposicional.

1.10. Essa aproximação conceitual possui a vantagem de conseguir explicar as diferentes dimensões de significado da expressão corrupção: desde a essencialmente pública, relativa à corrupção envolvendo agentes públicos, passando pela dimensão privatística de corrupção entre particulares, envolvendo a violação de deveres estabelecidos no seio de relações tipologicamente afins a um arranjo *principal – agent – client*, até a dimensão publicística da corrupção entre particulares, que compreende também aqueles casos em que a vítima não é o principal, mas terceiro(s) determinado(s) ou não.

1.11. Esse conceito recebe críticas por ser interpretado algumas vezes como demasiadamente amplo, outras como demasiadamente restrito. Conquanto percebemos tratar-se de um conceito essencialmente amplo, compreendemos que essa amplitude não é um problema para sua adoção pelo discurso jurídico penal, na medida em que a tipificação penal desses comportamentos ocorre em um momento posterior, e limitações político-criminais e dogmáticas de seleção da matéria proibida podem ser feitos sobre a corrupção compreendida a partir do modelo normativo-institucional.

PARTE II

2.1. Diferentes argumentos são propalados na literatura especializada, ora contrários e ora favoráveis à necessidade de criminalização da corrupção entre particulares.

2.2. Os argumentos contrários buscam afirmar que comportamentos de corrupção entre particulares são socialmente adequados ou tolerados, que o setor privado consegue proteger-se contra eventuais danosidades deles provenientes e que, a despeito disso, são irrelevantes em termos de frequência e danosidade.

2.3. Os argumentos favoráveis defendem ser socialmente inadequados e intolerados grande parte dos comportamentos de corrupção entre particulares. Sustentam que tais comportamentos são aptos a causar danosidade a direitos e interesses de principais e terceiros, como concorrentes e consumidores, bem como perturbações na ordem concorrencial e nos mercados.

2.4. Os argumentos favoráveis também buscam demonstrar a existência de percepção de diferentes segmentos sociais, bem como parcelas de diferentes setores econômicos, que sustentam a reprovabilidade e necessidade de criminalização de comportamentos de corrupção entre particulares.

2.5. A partir da década de 1970, estimulados pela necessidade de restaurar reputação frente à comunidade internacional e combater episódios de escândalos internos, os EUA iniciaram uma agenda de combate à corrupção transnacional. O país pressionou diferentes órgãos e organizações, como a OEA e a OCDE, a aderirem a essa agenda.

2.6. Essa movimentação embrionária de maior debate no plano internacional, aliada à percepção pela verticalização da globalização, pela intensificação dos processos de privatização e pela cada vez maior importância da iniciativa privada na prestação de

serviços e consecução de objetivos de interesses públicos, estimulou diversos movimentos e iniciativas de organizações internacionais e supranacionais pela criminalização da corrupção privada.

2.7. Melhor mesmo seria dividi a ideia em várias frases: “Do final da década de 1990 até o início dos anos 2000, diversos movimentos na Europa, na África e no mundo reforçaram a necessidade de criminalização da corrupção privada. Na Europa é possível citar a Ação Comum 98/742/JAI, da UE; a Convenção sobre a corrupção, do COE, e a Decisão-Quadro 2003/568/JAI, do CUE. Na África, a Convenção sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção, da UA. Na ONU, a Convenção contra a Corrupção.

2.8. As argumentações se apresentaram variadas, considerando desde a danosidade da corrupção à lealdade e à confiança das relações privadas até a danosidade à concorrência. Vários países assumiram o compromisso de criminalizar a corrupção privada.

2.9. Movimentos doutrinários internacionais também surgiram no intuito de salientar a criminalização da corrupção entre particulares como necessidade na Europa (Eurodelitos) ou ainda como uma das melhores práticas em DP nos EUA (MPC).

2.10. No Brasil, vários movimentos indicam predominar entendimento no sentido da necessidade de criminalização de comportamentos de corrupção entre particulares no país. As primeiras movimentações doutrinárias e político-criminais coincidem em tempo e em argumentos com a agenda político-criminal internacional.

2.11. Nesse sentido, o Brasil internalizou a Convenção de Mérida da ONU no plano interno, por meio do Decreto n. 5.687/2006, tendo como compromisso a consideração sobre a criminalização da corrupção no setor privado.

2.12. No plano legiferante, as primeiras proposições ocorreram no início da década de 2010, com as propostas ENCCLA 02/2010 e 06/2011 e o PLS n. 236/2012. Essas propostas sinalizavam maior preocupação com a danosidade da corrupção entre particulares a interesses e direitos patrimoniais de pessoas jurídicas de Direito Privado.

2.13. A deflagração de escândalos de corrupção privada, apurados em CPIs como a da máfia das órteses e próteses no Brasil, as CPIs da máfia do futebol, da Câmara dos Deputados, e do futebol, do Senado Federal, fez com que uma sequência de novas proposições de criminalização da corrupção entre particulares viesse à tona, com maior preocupação em interesses e direitos de terceiros, como concorrentes e consumidores.

2.14. O Brasil ainda contou com um movimento anticorrupção, a partir do qual diferentes propostas de criminalização da corrupção entre particulares surgiram. Destacam-se, nesse sentido, o APL da Ação 05/2018 da ENCCLA, e a medida n. 46, das “Novas Medidas contra a Corrupção”.

2.15. No ângulo doutrinário, embora até o início dos anos 2000 o Brasil contasse com escassos estudos relativos à corrupção privada e à sua criminalização, desde a década de 2010, intensificou-se a produção acadêmica voltada ao estudo do tema. Nesse sentido, a maior parte da literatura especializada nacional que se dedicou sobre o assunto destaca a danosidade de comportamentos da corrupção no setor privado e esboça entendimento predominante quanto à existência de necessidade de um tratamento jurídico-penal.

PARTE III

3.1. Sistemas jurídicos de diversas nações, como a Inglaterra, a Alemanha, França, Holanda, Suécia e Áustria, promoveram a criminalização da corrupção privada muito antes dos movimentos político-criminais internacionais favoráveis a essa criminalização. Nesse sentido, destaca-se até mesmo que a criminalização da corrupção entre particulares antes das discussões internacionais já era regra, e não exceção.

3.2. Se há entendimento predominante favorável quanto à necessidade de criminalização da corrupção entre particulares, por outro lado, não se pode falar o mesmo no que diz respeito à forma mais adequada de tipificação penal desses comportamentos. A literatura especializada, nesse sentido, fala de diferentes modelos de criminalização.

3.3. Esses modelos são discriminados, sobretudo, em razão dos contornos básicos dos argumentos que justificam a tipificação penal da corrupção privada, que variam desde referências a interesses individuais e mais concretos, como a ideia de patrimônio, até referências a valores, direitos e instituições, como lealdade e confiança, e concorrência.

3.4. No estudo desses modelos criminalizantes é comum alocar esses argumentos à posição de bem jurídico do delito, operação que é possível de ser feita se compreendermos o bem jurídico como primeiro momento argumentativo em que se justifica por quais razões determinada figura delitiva é instituída no sistema penal.

3.5. Em análise aos modelos e propostas de criminalização da corrupção entre particulares, percebemos que a origem e o desenvolvimento de cada um desses está fortemente atrelada a diferentes contextos sociais. Nesse sentido, é possível extrairmos críticas e conclusões sobre os modelos analisando algumas de suas principais vertentes.

3.6. Quanto ao modelo de tutela patrimonial, é possível inferirmos, por meio do estudo de suas variantes clássicas austríaca e italiana, que tal perspectiva restringe demasiadamente o âmbito de aplicação típica, aproximando a natureza dogmática do delito de corrupção às características de um delito antecipado de infidelidade patrimonial ou de um delito de infidelidade patrimonial qualificado.

3.7. Nesse sentido, além de ignorar a dimensão publicística da corrupção entre particulares, negligenciando a danosidade desses comportamentos a terceiros, como concorrentes e consumidores, o modelo de tutela patrimonial revela-se demasiadamente restrito também no que diz respeito à dimensão privatística da corrupção privada, negligenciando a danosidade de comportamentos de corrupção entre particulares à lealdade e à confiança de relações privadas.

3.8. Quanto ao modelo de tutela lealístico-fiduciária, as variantes clássicas inglesa e francesa revelam que a referida perspectiva criminalizante acaba se convertendo em estruturas que comumente buscam determinar um alinhamento moral do agente à causa de seu principal, punindo comportamentos de corrupção própria e até mesmo imprópria, que vão de encontro aos interesses do principal.

3.9. Dessa forma, o modelo criminalizante de tutela lealístico-fiduciária, além de negligenciar a danosidade de dimensão publicística da corrupção entre particulares, como faz o modelo de tutela patrimonial, também incide no erro de relegar ao principal ou ao empregador, a tarefa de complementar o preceito primário do tipo incriminador. Essa característica do modelo é criticada por grande parte da doutrina, que avalia que o modelo de tutela lealístico-fiduciária promove uma privatização do DP.

3.10. O modelo de tutela concorrencial, por sua vez, tem como principais variantes clássicas as tipificações alemã e espanhola, que dão maior ou exclusivo enfoque à dimensão publicística da corrupção entre particulares.

3.11. Nesse modelo, ao revés do que acontece nos anteriores, dá-se atenção à dimensão publicística da corrupção entre particulares e se ignora a dimensão privatística de danosidade desses comportamentos. Ademais, o modelo de tutela

concorrencial enfrenta problemas dogmáticos fundamentais ainda sem respostas. Suas principais variantes evitam a punibilidade do empresário e, em razão disso, enfrentam dificuldades dogmáticas para fundamentar a punibilidade de comportamentos de corrupção praticadas por empregados, consentidas por ou dirigidas para os empresários ou para a empresa aos quais se encontram vinculados.

3.12. Por fim, uma análise do cenário atual dos processos de tipificação penal da corrupção privada em sistemas jurídicos estrangeiros mostra-nos uma tendência de ocaso dos modelos criminalizantes da forma como a literatura especializada inicialmente os concebeu. Salvo exceções, como é o caso da Espanha, cada vez mais sistemas jurídicos buscam empregar diferentes técnicas para cobrir as distintas dimensões de danosidade dos comportamentos de corrupção entre particulares.

3.13. Nesse sentido, destacam-se a construção normativo-institucional omnicompreensiva e radical, da Inglaterra, e a estrutura moderada de delito bifronte, da Alemanha. Apesar das diferentes estratégias empregadas, a tipificação penal da corrupção entre particulares ainda enfrenta graves problemas político-criminais e dogmáticos, sobretudo pela dificuldade de delimitação de construção de uma figura delitiva adequada para o combate da dimensão privatística da corrupção entre particulares, sem incidir em exasperações punitivistas ou em desrespeitos aos princípios regentes do DP, como o princípio da mínima intervenção e o princípio da legalidade.

3.14. No Brasil, as proposições de lei ferenda esboçam estruturas projetadas à proteção de referências similares às aquelas utilizadas como bens jurídicos pelos modelos criminalizantes.

3.15. Assim como nesses, nas propostas brasileiras há fragilidades político-criminais e dogmáticas semelhantes, de modo que é possível afirmarmos que os modelos criminalizantes não oferecem perspectiva consistente de tipificação penal da corrupção entre particulares, dos pontos de vista político-criminal e dogmático.

Considerando que o objetivo geral da presente pesquisa é comprovar ou rejeitar a hipótese de que os modelos criminalizantes mais conhecidos e estudados pela literatura especializada não têm capacidade de oferecer proposta de tipificação penal da corrupção privada consistente político-criminal e dogmaticamente, as reflexões desenvolvidas permitem chegar à **conclusão** de comprovação da hipótese formulada no início da dissertação. É

possível sustentarmos essa conclusão a partir das reflexões produzidas ao longo de toda a dissertação, sobretudo aquelas referidas nos itens 3.16 et seq. da síntese apresentada acima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALI. **Model Penal Code**. Filadélfia: American Law Institute, 1962.

AMBOS, Kai; URQUIZO, Gustavo.. Corrupción punible y acuerdo ilícito: una aproximación a la noción del Unrechtsvereinbarung. **Estudios Penales Y Criminológicos**, vol. 41, p. 493-550. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.15304/epc.41.7214>. Acesso em 28 set. 2021.

ANDVIG, Jens. **Remarks on Private-to-private**, 2002. Disponível em: <https://www.files.ethz.ch/isn/27229/635.pdf>. Acesso em: 8 out. 2021.

ANJOS, Isabela Andrezza dos; GUARAGNI, Fábio André. Corrupção Privada e Tratamento Internacional. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. vol. 7, n. 1, p. 01-16, Jan/Jul, 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/7574/pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

ARGANDOÑA, Antonio. Private-to-private Corruption. **Journal of Business Ethics**. v. 47, n. 3, p. 253-267, oct, 2003.

ARGANDOÑA, Antonio; MOREL BERENDSON, Ricardo. La lucha contra la corrupción: una perspectiva empresarial, *In: Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, n. 4, julio de 2009, p. 5-37, 2009.

ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo**: eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção**: Ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

BARRETO, Emanuel. A necessária criminalização da corrupção privada. **Jornal Estadão**. Blog do Fausto Macedo. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-necessaria-criminalizacao-da-corrupcao-privada/>. Acesso em: 24 nov. 2021.

BERENGUER PASCUAL, Sergio. **El delito de corrupción en los negocios**. Madrid: Boletín Oficial del Estado (BOE), 2020.

BERTEL Christian; SCHWAIGHOFER Klaus. **Österreichisches Strafrecht**. BT. §§ 75 bis 168b StGB, Wien-New York, 2004.

BIDINO, Claudio. **O problema específico da corrupção no setor privado no Brasil e em Portugal**. Coimbra. Coimbra Editora, 2009, p. 203. Disponível em: <http://bidinotortima.com.br/o-problema-especifico-da-corrupcao-no-setor-privado-no-brasil-e-em-portugal/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BOLEA BARDÓN, Carolina. El delito de ocrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes, *InDret*, 2/2013.

BOLES, Jeffrey R. Examining the Lax Treatment of Commercial Bribery in the United States: A Prescription for Reform. **American Business Law Journal**. vol. 51, n. 1, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2459123. Acesso em: 7 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar a cartelização na fixação de preços e distribuição de órteses e próteses, inclusive, com a criação de artificial direcionamento da demanda e captura dos serviços médicos por interesses privados – máfia das órteses e próteses no Brasil. **Relatório Final**. 2015a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362241&filename=REL+2/2015+CPIORTES. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 11093/2018**, 2018a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2187930>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 11171/2018**, 2018b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2189007>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 181/2019**, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190684>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 219/2019**, 2019b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190727>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 3163/2015**, 2015b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1806128>. Acesso em 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 3438/2015**, 2015c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025092>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 4480/2020**, 2020a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262112>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 6122/2016**. Versão final apresentada em 4 de setembro de 2019. 2019c. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01849xtr948zxdidydsy2tz2451044056.node0?codteor=1802798&filename=Parecer-CCJC-04-09-2019. Acesso em 3 ago. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 70/2019**, 2019d. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190512>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 709/2019**, 2019e. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191837>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 89/2019**, 2019f. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190532>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.452, de 17 de julho de 2015**. Criminaliza as condutas perpetradas pela “Máfia das Órteses e Próteses”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015d. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1363473&filename=PL+2452/2015. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final**. Proposta de Fiscalização e Controle n. 63/2001, 2001. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node08wyj3ap76rng9bs7s6xmo0ds14362350.node0?codteor=161203&filename=Tramitacao-RLF+1+CAPR+%3D%3E+PFC+63/2001. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 3163, de 2015** (Relatório). 2019g. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1802798&filename=Parecer-CCJC-04-09-2019. Acesso em: 1º nov. 2021.

BRASIL. **DECRETO N. 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006**, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **DECRETO N. 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015**, 2015e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **DECRETO-LEI N. 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **DECRETO-LEI N. 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943**, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **LEI N. 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **LEI N. 10.671, DE 15 DE MAIO DE 2003**, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **LEI N. 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011**, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **LEI N. 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013**, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **LEI N. 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976**, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **LEI N. 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990**, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **LEI N. 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996**, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **CPI do Futebol**. Relatório final, 2015f. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=1928&tp=4>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 236**. Atual Relator: Senador Rodrigo Pacheco. Segunda emenda substitutiva do Senador Vital do Rego. Versão final apresentada em 17 de dezembro de 2014. 2014. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3518180&ts=1560373276323&disposition=inline>. Acesso em 3 ago. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 455, de 2016**, 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127764>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 4638, de 2020**, 2020b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144729>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRITO, Alexis Couto de Brito. Brasil. *In*: PAUL WASSMER, Martin *et al.* Sistemas penales comparados - corrupción en el sector público y privado (corruption in public and private sector): Alemania, Argentina, Brasil, Costa Rica, España, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Polonia, Turquía, Uruguay, Venezuela. **Revista Penal**, Valencia, n. 32, p. 283-330, jul.. 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=101153. Acesso em: 22 dez. 2021.

BRÜNING, Raulino Jacó. **Corrupção**: causas e tratamento. 1997. 164 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/77138/142682.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2019.

BUSATO, Paulo Cesar. Historia y perspectivas respecto de la corrupción en Brasil. **Revista Penal**, Valencia, n. 36, p. 14-35, jul.. 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=125004. Acesso em: 6 out. 2021.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 1.471 p. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=107705. Acesso em: 5 nov. 2021.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; LIMA, Vinicius e Melo. Sobre a criminalização da corrupção entre particulares e a tutela dos direitos humanos e fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 219-265, ago.. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=137816. Acesso em: 1 nov. 2021.

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. 145-172, 2009.

CERINA, Giorgio. La comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado. **IUSTITIA**, n. 9, p. 95-138, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5978959.pdf>. Acesso em: 16 out. 2021.

CERQUEIRA, Consuello Alcon Fadul. **O delito de corrupção privada no brasil a partir da experiência internacional**. [s.l.: s.n., s.d.]. 2020. Disponível em: <http://www.cpj.m.uerj.br/wp-content/uploads/2020/04/O-delito-de-corrupcao-privada-no-Brasil-a-partir-da-experiencia-internacional.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

CHAVES, Anna Cecília. A corrupção privada no Brasil. **Revista da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, 4, 231-259, 2014.

COE. **Convenção penal sobre a corrupção**. Estrasburgo, 1999a. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_penal_sobre_corrucao.pdf. Acesso em: 9 jul. 2021.

COE. **Criminal Law Convention on Corruption (Explanatory Report)**. 1999b. Disponível em: <https://rm.coe.int/16800cce44>. Acesso em: 17 out. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Special Eurobarometer 374. Corruption Report**, Comissão Europeia, 2012. Disponível em: https://www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/03/Eurobarometer_ebs_374_en.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 52.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Corrupção na história do Brasil**: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique (coords.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CREMADES, Bernardo. Corrupción y arbitraje de inversión. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 126-142, jul./set. 2005.

CUE. **Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho de 22 de Julho de 2003 relativa ao combate à corrupção no sector privado**. Jornal Oficial da União Europeia, p. 54-56. 31 jul. 2003. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2003.192.01.0054.01.POR&toc=OJ%3AL%3A2003%3A192%3ATOC. Acesso em: 16 out. 2021.

D'ÁVILA, Roberto Luiz. Médicos e indústria farmacêutica: a falta de limites para conflitos de interesse. **Revista Ser Médico**, no 41. São Paulo: CREMESP (Conselho Regional de

Medicina de Estado de São Paulo), out.-dez./2007. 2007. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=336>. Acesso em: 13 jul. 2021.

DALLEY, Paula J. A theory of agency law. **U. Pitt. L. Rev.** 72, 2010.

DAVID, Décio Franco. **Tratamento penal da corrupção privada a partir de um sistema penal integral de matriz significativa**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, linha de pesquisa: Função Política do Direito – da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP: Jacarezinho, 2019.

DAVIS, Kevin E. Why Does the United States Regulate Foreign Bribery: Moralism, Self-Interest, or Altruism? **NYU Annual Survey of American Law**, vol. 57, n. 3, p. 497-511, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/256034721_Why_Does_the_United_States_Regulate_Foreign_Bribery_Moralism_Self-Interest_or_Altruism. Acesso em: 12 out. 2021.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español? In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F., (Eds.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al Profesor Dr. Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.

DELOITTE. **Look before you leap**. Navigating risks in emerging markets, 2012. Disponível em: https://deloitte.wsj.com/cfo/files/2012/12/Look_Before_You_Leap_2012.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

DEUTSCHLAND. **Strafgesetzbuch (StGB)**: § 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_299.html. Acesso em: 18 ago. 2021.

DI NICOLA, Andrea et al, **The Private Corruption Barometer (PCB)**: Drafting and piloting a model for a comparative business victimization survey on private corruption in the EU. Disponível em: http://www.project-pcb.eu/pdf/eCrime_Research_Reports-04.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

EDWARDS, Phil. **A guerra por trás das prateleiras do mercado**. E-Commerce Brasil. 2016. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/guerra-por-tras-prateleiras-mercado/>. Acesso em: 12 out. 2021.

EISENHARDT, Kathleen. Agency theory: na assessment and review. **Academy of Management Review**, v. 14, n. 4, 1989.

ENCCLA. **ANTEPROJETO DE LEI**: tipifica a corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Disponível em: http://enccla.camara.leg.br/acoes/copy_of_ENCCLA2018Ao5Tipificaopenaldecorrupoprivada.pdf. Acesso em: 21 mar. 2021.

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. **El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal**. 2017. Tesis Doctoral (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.

ESER, Albin; ÜBERHOFEN, Michael; HUBER, Barbara. **Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht**: ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz. 1997.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995**, de 23 de noviembre, del Código Penal. 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 12 nov. 2021.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 5/2010**, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 2010. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>. Acesso em: 12 nov. 2021.

FARALDO CABANA, Patrícia. Hacia un delito de corrupción en el sector privado. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago, n. 23, 2001.

FERNÁNDEZ CASTEJÓN, Elena Beatriz. Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios. **Revista Penal México**, v. 6, n. 11-12, p. 69-78, 5 sep. 2016.

FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 15, p. 140-177, jan./abr.. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128999. Acesso em: 1 nov. 2021.

FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 48-60, nov./dez.. 2009. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=73284. Acesso em: 3 nov. 2021.

FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado. **Revista Penal**, Valencia, n. 12, p. 61-71, jul.. 2003a. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=43929. Acesso em: 10 nov. 2021.

FOFFANI, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo a un'occasione mancata? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (Eds.). **La corruzione tra privati**: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Milano: Giuffè, 2003b.

FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán. Corporate governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo. **Revista de Derecho Penal y Proceso**, n. 11, 2004.

FRANCE. Article L152-6 – **Code du travail**. Legifrance.gouv.fr. 1994. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006646586. Acesso em: 12 nov. 2021.

FRANCE. **Code pénal**. Legifrance.gouv.fr. 2021. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149858/#LEGISCTA000006149858. Acesso em: 12 nov. 2021.

FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. O combate à corrupção no setor privado - o crime de corrupção entre particulares do Art. 286 bis do Código Penal espanhol. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 221, p. 4-5, abr.. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=85941. Acesso em: 1 nov. 2021.

GALVÃO, Fernando. Corrupção e democracia. **Jornal Estadão**. Blog do Fausto Macedo. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corrupcao-e-democracia/>. Acesso em: 24 nov. 2021.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 12a ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GILI PASCUAL, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico em el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007. **Revista Electrónica de Ciencia Penal e Criminología**, Granada, n. 9, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38541>. Acesso em: 13 out. 2021.

GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. Projeto de Código Penal em debate: o crime de corrupção privada e o PLS 236/2012. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 260, p. 17-19, jul.. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105255. Acesso em: 1 nov. 2021.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; DARIO CERINA, Giorgio. Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 159-213, mar./abr.. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=86601. Acesso em: 30 set. 2021.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIAN CAPARRÓS, Eduardo. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. **Revistas Brasileira de Ciências Criminais**, v. 17, n. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. dez./2009, p. 7-35.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y/o administración desleal? **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, v. 23, n. 29, p. 107-124, jan./jul.. 2016. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143464. Acesso em: 15 nov. 2021.

GONÇALVES DE GODOI, Carlos Eduardo. El tratamiento jurídico-penal brasileño de la corrupción privada a partir de un análisis de derecho comparado. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, [S.l.], p. 685-732, mar. 2021. ISSN 2448-4873. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/15633>. Acesso em: 1º nov. 2021.

GONÇALVES DE GODOI, Carlos Eduardo. La negligencia del Estado brasileño en la lucha contra la corrupción en el sector privado y sus consecuencias. **Iuris Dictio**, v. 25, n. 25, p. 20, 15 may 2020.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. É necessária a criminalização da "corrupção privada"? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 299, p. 2, out.. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138324. Acesso em: 22 out. 2021.

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

GONTIJO, Conrado. O crime de corrupção no setor privado: aspectos gerais e as propostas de sua tipificação na ordem jurídica brasileira. *In*: **LIVRO homenagem a Miguel Reale Júnior**.

Coordenação de Janaína Conceição PASCHOAL, Renato de Mello Jorge SILVEIRA. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. 775 p.

GOPINATH, C. Recognizing and justifying private corruption. **Journal of Business Ethics**, 82(3), p. 747-754, 2008.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. *In*: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e Política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FVG Editora, 2017, p. 19-51.

GREEN, Stuart. Official and commercial bribery: should they be distinguished? *In*: HORDER, Jeremy; ALLDRIDGE, Peter. (Editores). **Modern Bribery Law**. Comparative Perspectives. Cambridge University Press, 2013.

GREEN, Stuart; KUGLER, Matthew. Public Perceptions of White Collar Crime Culpability: Bribery, Perjury, and Fraud. **Law and Contemporary Problems**, v. 75, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228220651_Public_Perceptions_of_White_Collar_Crime_Culpability_Bribery_Perjury_and_Fraud. Acesso em: 10 out. 2021.

GRILLO, Brenno. Pressão por resultado favorece corrupção privada, dizem especialistas. **Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-17/pressao-resultado-favorece-corrupcao-privada-dizem-especialistas>. Acesso em: 12 out. 2021.

GROENENDIJK, Nico. A principal-agent model of corruption. **Crime, Law and Social Change** 27, 207–229, 1997.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HEIDENHEIMER, Arnold J. and JOHNSTON, Michael, (eds.). **Political Corruption: Concepts and Contexts**, 3rd edition, New Brunswick: Transaction Publishers. 2002.

HEINE, Günter; ROSE, Thomas. (Eds.). **Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures**. *Forschung aktuell – research in brief*, n. 16, Freiburg, 2003, pp 1-21.

HERRERO GIMÉNEZ, Rubén. **El tipo de injusto en el delito de corrupción entre particulares**. 2018, Tesis Doctoral (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidade Complutense de Madrid, Madrid, España.

HODGSON, Geoffrey; JIANG, Shuxia. La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista, **Revista Economía Institucional**, vol. 10, núm 18, 2008, pp. 55-80.

HUNTINGTON, Samuel. **Political order in changing societies**. New Haven: Yale University Press, 2006.

JAIN, Arvind. Corruption: a review. **Journal of Economic Surveys**, vol. 15, n. 1, p. 71-121, 2001.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva em el Derecho Penal**. Buenos Aies: Ed. Ad-Hoc, 1997.

KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. **Política criminal**, v. 2, n. 3. Jun. -jul. 2007, p. 1-18. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2713983_code1369244.pdf?abstractid=2713983&mirid=1. Acesso em: 14 nov. 2021.

KLITGAARD, Robert. **Controlando la corrupción**. Una idagación práctica para el gran problema del fin de siglo., Buenos Aires: Ed. Sudamerica. 1994.

LA ROSA, Emanuele. **Corruzione privata e diritto penale**: Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico, G. Giappichelli Editore: Torino, 2018.

LAW COMMISSION. **Legislating the criminal code**: corruption, law com no 248, 1998. Disponível em:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/235565/0524.pdf. Acesso em: 5 out. 2021.

LAW COMMISSION. **Reforming bribery**. A consultation paper (Vol. 185). London: Law Commission, 2007. Disponível em:

http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp185_Reforming_Bribery_consultation.pdf. Acesso em: 5 out. 2021.

LAW COMMISSION. **Reforming bribery**. Law Com No 313. London: Law Commission, 2008. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2015/04/lc313.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021.

LIMA, Marcela Telles Elian.. Canção caipira. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES; Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 271-277.

LIMA, Verônica. Indústria Farmacêutica: Relação Médico x Indústria x Farmácias. **Rádio Câmara**, 22 de agosto de 2016. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/515048-INDUSTRIA-FARMACEUTICA-RELACAO-MEDICO-X-INDUSTRIA-X-FARMACIAS-BLOCO-2.html>. Acesso em: 2 jan. 2020.

LUSTOSA, Isabel. Caricatura. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES; Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 232-237.

MACEDO DO PRADO, Rodolfo. **Clawback, Corrupção Privada e as Novas Medidas Contra a Corrupção - CONSULTOR PENAL**. CONSULTOR PENAL, 2018. Disponível em: <https://consultorpenal.com.br/clawback-corrupcao-privada-e-as-novas-medidas-contra-a-corrupcao/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

MACRI, Francesco. A corrupção privada no Direito Penal italiano. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, vol. 9, n. 2, 2021.

MADEIRA, Patricia Queiroz. **Corrupção privada uma análise do bem jurídico tutelado à luz da intervenção mínima**. 2021. 122 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

MANALICH RAFFO, Juan Pablo. El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n. 51, p. 95-122, dez. 2018. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512018000200095&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 22 dez. 2021.

MANDIL, Ram. Teatro. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES; Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 238-241.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal económico y de la empresa**. 3. ed. Tirant lo Blanch: Valencia. 2011.

MCINERNEY, Thomas F. The regulation of bribery in the united states. **Revue internationale de droit penal**, v. Vol. 73, n. 1, p. 81–107, 2017. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-1-page-81.htm>. Acesso em: 6 out. 2021.

MIGLIORINI, Fabio. **Il delitto di Corruzione tra privati**. Profili criminologici, dogmatici e político-criminali. 2020.

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

MILITELLO, Vincenzo. La corruzione tra privati in Italia: un bilancio critico. **Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia**, Padova, v. 30, 3-4, p. 564-596, 2017.

MILLER, Seumas. **Institutional corruption: a study in applied philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

MISTREE, Dinsha; DIBLEY, Arjuna. **Corruption and the paradox of transparency**. Working Paper Series 03-2018, Stanford: Stanford Law School, Rue of Law Program. 2018.

MITNICK, Barry. Origin of theory of agency: an account by one of the theory's originators. **Social Science Research Netword**, mar. 2013. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1020378. Acesso em: 3 out. 2021.

MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno (Orgs.). **Novas Medidas Contra a Corrupção**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas em Parceria Com A Transparência Internacional, 2018. 626 p., p. 426. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/05/Novas_Medidas_pacote_completo.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

MPPR. Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. Corrupção privada. **Proposta voltada à sua tipificação (Ação n. 5 de 2018 da ENCCLA)**. Curitiba. 2018. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Corrupcao_Privada_-_CAOP_Crim_-_MPPR_-_versao_final.pdf. Acesso em 1º nov. 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte especial. 18. ed. ver. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V. Corrupción entre particulares y tutela del mercado. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, v. 23, n. 29, p. 167-204, jan./jul.. 2016. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143470. Acesso em: 15 nov. 2021.

NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). **Revista Penal**, n. 12, p. 3-26, 2003.

NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado. **Revista Penal**, Valencia, n. 10, p. 55-69, jul.. 2002. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39227. Acesso em: 5 nov. 2021.

NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In ZAPATERO, Luiz Arroy; MARTÍN, Adán Nieto (Diret). **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Tema 10. Corrupción en los negocios. In: DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., DOPICO GÓMEZ- ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTÍN, Adán (auts.), **Derecho penal económico y de la empresa**, Dykinson: Madrid, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, vol. 1. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OCDE. Business Approaches to Combating Corrupt Practices. **OECD Working Papers on International Investment**, OECD Publishing, 2003.

OCDE. **Corruption**. Glossary for Statistical Terms. 2013. Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4773>. Acesso em: 4 out. 2021.

OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

OLIVEIRA, William Terra de; RIBEIRO, Darci Guimarães. Corrupción en el sector privado: Brasil. **Revista Penal**, p. 159-163. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=40668. Acesso em: 1 nov. 2021.

ONU. **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**, México, 2003. https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 9 jul. 2021.

ONU. **Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**. Segunda Edición Revisada. Naciones Unidas: Nueva York, 2012. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf. Acceso en: 5 nov. 2021.

ONU. **Resolución aprobada por la Asamblea General**: sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/55/593), 2001. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/55/61>. Acceso en: 26 dez. 2021.

ONU. **Travaux préparatoires**: de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2012, p. 220. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Travaux/Travaux_Preparatoires_-_UNCAC_S.pdf. Acceso en: 28 dez. 2021.

ONU. **United Nations Convention Against Corruption**, New York, 2004. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf. Acceso en: 28 dez. 2021.

ORREGO, Claudio. Corrupción: modelos y factores determinantes. **Revista Ciencia Política**, vol. XX, n. 1, 1999.

OTERO GONÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares (Delito de), **Eunomia. Revista en cultura de la Legalidad**, núm. 3, septiembre 2012 – febrero 2013, 2013.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar. La progresiva ampliación del ámbito típico del delito de corrupción privada., **InDret** 4.2019.

PALOMO DEL ARCO, Andrés. El delito de corrupción en el sector privado como ejemplo de incidencia del Derecho comunitario en el Derecho penal de los Estados Miembros. **Revista General de Derecho Penal**, n. 1, mayo, 2004.

PATRIOTA, Rosangela. Teatro brasileiro. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES; Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaio e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 242-253.

PEREIRA, Keli Cristina; ROSENBROCK, Alex; LAURINDO, Alisson Marcelo. Elementos para sistematização conceitual: um estudo sobre a relação do varejo e a marca própria no mercado brasileiro. **Administração de Empresas em Revista**, [S.l.], v. 1, n. 8, p. 112-121, dez. 2013. Disponible en: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/710>. Acceso en: 12 out. 2021.

PÉREZ CEPEDA, Ana; BENITO SANCHÉZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Libertadores (Coords.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Lope, 2012. Disponible en: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5367896/mod_resource/content/2/Estudios%20sobre%20%20corrupcio%CC%81n.pdf. Acceso en: 17 out. 2021.

PIERANGELI, José Henrique. Crimes de concorrência desleal: lei n. 9279, de 14 de maio de 1996, art. 195. **Revista de Ciências Penales: Argentina**, v. 2, n. 2, p. 101-145, 2º sem.

Buenos Aires, 1998. Disponível em:
http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=121258. Acesso em: 30 out. 2021.

POPE, Jeremy. **Confronting corruption**: the elements of a national integrity system. Berlin and London: Transparency International, 2000.

POZSGAI-ALVAREZ, Joseph. The abuse of entrusted power for private gain: meaning, nature and theoretical evolution. **Crime, Law and Social Change**, n. 74, p. 433-455, 2020.

PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patricia Carraro. Contributo ao estudo da corrupção delitativa entre particulares. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 51-97, mai./jun.. 2015. Disponível em:
http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123722. Acesso em: 30 out. 2021.

RAMOS, Alcides Freire. Cinema brasileiro. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES; Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 254-261.

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

RECTHSINFORMATIONSSYSTEM DES BUNDES. **Strafgesetzbuch § 153a - Bundesrecht konsolidiert**. Bka.gv.at. Disponível em:
<https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/1974/60/P153a/NOR12029699>. Acesso em: 26 dez. 2021.

REDE GLOBO. **Fantástico mostra síndicos que esbanjam dinheiro de moradores**. Programa Fantástico. 2016. Disponível em:
<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/06/fantastico-mostra-sindicos-queesbanjam-dinheiro-de-moradores.html>. Acesso em: 10 jul. 2019.

REDE GLOBO. **Síndicos desviam dinheiro em jantares caros e até gastos em sex-shop**. Programa Fantástico, de 12 de junho de 2016. Disponível em:
<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/06/sindicos-desviam-dinheiro-emjantares-caros-e-ate-gastos-em-sex-shop.html>. Acesso em: 10 jul. 2019.

RIFFAULT-SILK, Jacqueline. La lutte contre la corruption nationale et internationale par les moyens du droit pénal, **Revue internationale de droit comparé**, vol. 54, n° 2, 2002.

RIZZO, Beatriz Dias. Corrupção entre particulares: só agora? E por que agora?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 238, p. 12, set.. 2012. Disponível em:
http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=96620. Acesso em: 12 out. 2021.

ROBINSON, Paul; DUBBER, Markus. An Introduction to the Model Penal Code of the American Law Institute. **SSRN Electronic Journal**. 2005.

RODAS, Sérgio. Em HC, chefe das Olimpíadas alega que corrupção privada não é crime no Brasil. **Revista Conjur**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-20/hc-nuzman-alega-corrupcao-privada-nao-crime-brasil>. Acesso em: 9 jul. 2021.

ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. La criminalización de la corrupción en el sector privado: a propósito del nuevo delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del código

penal español. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, p. 319-354, 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138897. Acesso em: 4 mai. 2021.

ROSE, Richard; PEIFFER, Caryn. Understanding corruption in different contexts. In: GRIMM, Heike. **Public Policy Research in the Global South: A cross country perspective**. Berlin: Springer. 2019. Disponível em: https://pure.strath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/99663679/Rose_Peiffer_Springer_2019_Understanding_corruption_in_different.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **International Handbook on the Economics of Corruption**, Volume One. Norhampton: Edward Elgar Publishing, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Doping e Direito penal. *In*: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Doping e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2011.

SACCHITIELLO, Bárbara; FURTADO, Jonas. Vivo revê práticas de comunicação e marketing. **Revista eletrônica Meioemensagem.com.br**, 2016. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2016/07/25/vivo-reve-praticas-de-comunicacao-e-marketing.html>. Acesso em: 12 out. 2021.

SANSEVERINO, Enrico Rilho. **O crime de corrupção entre particulares**: análise em uma perspectiva internacional em face dos interessados tutelados. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

SANTOS FILHO, Jonas Irineu dos. Formação de preços, rentabilidade e concentração no mercado de suínica brasileiro. **AgEcon Search**, 2008. Disponível em: <https://ageconsearch.umn.edu/record/109755/>. Acesso em: 12 out. 2021.

SCHMID, David. **Korruption durch Bonuszuwendungen**. Strafbarkeit der (Media-)Agentur als Beauftragte im Sinne von § 299 Abs. 1 StGB. Centaurus Verlag & Media, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **¡El Derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!** Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007.

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

SEÑA MALEM, Jorge. **Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2017. 135 p.

SIMÕES, Pedro; SARTORELLI, Flora; IKEDA, Natalia. Corrupção privada no Brasil: motivações e efeitos - **Migalhas**. Migalhas.com.br. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/307589/corruptcao-privada-no-brasil--motivacoes-e-efeitos>. Acesso em: 21 dez. 2021.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Chicago: Univ. Chicago Press. 1977.

SOBRINHO, Rogério de Souza Alves. O Tratamento Jurídico-Penal da Corrupção Administrativa Sob a Perspectiva do Direito Comparado. **Revista Transgressões**, v. 3, n. 1, p. 23-37, 27 maio 2015. 2015.

SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**, Milano, ano 20, n. 4, ott./dic. 2007.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Canção popular. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaio e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 262-270

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Machado de Assis. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção: Ensaio e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 223-231.

TARDELLI, Eduardo. As fraudes recorrentes no setor privado de saúde. **Jornal Estado de Minas**. 2021. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/opiniao/2021/07/08/interna_opiniao,1284545/as-fraudes-recorrentes-no-setor-privado-de-saude.shtml. Acesso em: 9 jul. 2021.

TEIXEIRA, Adriano. **Crimes de corrupção: considerações introdutórias sobre o crime de corrupção privada**. In: Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro. LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.) 1. reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

TEIXEIRA, Juliana Ferrer. **Corrupção passiva: análise do artigo 317 do Código Penal e sua relação com as Leis n. 8.429/92, n. 9.034/95 e n. 9.613/98**. 2010. 181 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

TERRA, William. É necessária a criminalização da "corrupção privada"? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 299, p. 3, out.. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138326. Acesso em: 22 out. 2021.

TI. **Índice de Fuentes de Soborno de Transparency International**: 2011, 2011. Disponível em: <https://www.libertadciudadana.org/wp-content/uploads/2019/10/BPI2011.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

TI. **What is corruption?** 2021. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>. Acesso em: 4 out. 2021.

TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico: Parte general y especial**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.). **Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea**: Cuenca: UCLM, 2004.

UA. **Convenção da União Africana Sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção**. 2003. Disponível em: https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_-

_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_p.pdf. Acesso em: 16 out. 2021.

UE. **Ação Comum de 22 de Dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à corrupção no sector privado.** Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 1998. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e924646a-a992-40d3-ba8b-03bddcdc7149/language-pt>. Acesso em: 9 jul. 2021.

UE. **Tratado da União Europeia.** Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 1992. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.1992.191.01.0001.01.POR&toc=OJ%3AC%3A1992%3A191%3ATOC. Acesso em: 16 out. 2021.

UK PARLIAMENT. **Illicit Secret Commissions Bill.** Volume 70: debated on Thursday 20 april 1899 - **Hansard - UK Parliament.** Parliament.uk. 1899. Disponível em: <https://hansard.parliament.uk/Lords/1899-04-20/debates/4119a6de-f6da-42f9-af4c-c612ec1c8e1a/IllicitSecretCommissionsBill>. Acesso em: 12 nov. 2021.

VIEIRA, Guilherme Siqueira. Considerações acerca da política criminal comunitária europeia sobre o delito de corrupção privada e o interesse penalmente tutelado por ele. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 18-19, set.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153023. Acesso em: 1 nov. 2021.

VITA, Alberto de. **The S.I.P.P.A.S. PROJECT.** EU transparency and corruption prevention policies within public administration handbook of international anti-corruption strategies and practices in public. Bari: Cacucci Editores, 2021.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales.** 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VIVO isenta Cris Duclos de responsabilidade. Empresa veio a público para negar qualquer irregularidade da ex-diretora. Revista eletrônica Meioemensagem.com.br, 2017. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2017/01/02/vivo-isenta-cris-duclos-de-responsabilidade.html>. Acesso em: 12 out. 2021.

WALTHER, Felix. **Das Korruptionsstrafrecht des StGB.** 2010. Disponível em: https://epub.ub.uni-muenchen.de/25895/1/Walther_Korruptionsstrafrecht.pdf. Acesso em: 5 out. 2021.

WALTHER, Felix. **Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr Internationale Vorgaben und deutsches Strafrecht.** Centaurus Verlag & Media, 2011.

WEBB, Philippa. The United Nations Convention Against Corruption: global achievement or missed opportunity? **Journal of International Economic Law.** Oxford, v. 8, n. 1, p. 191-229, 2005.

WESS, Norbert; KISPERT, Bernhard. Austria. **Bribery & Corruption**, 4 ed. Viena, p. 16-23. 2017. Disponível em: https://www.wkk.law/fileadmin/inhalte/Publikationen/Bribery_and_Corruption_4th_Edition_2017.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

WESS, Norbert; KISPert, Bernhard; BACHMANN, Dietmar. Austria. **Bribery & Corruption**, 2 ed. Viena, p. 1-37. 2015?. Disponível em: https://www.wkk.law/fileadmin/inhalte/Publikationen/Norbert_Bernhard_GLI-B_C2-Austria.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

WORLD BANK. **World development report: the state in a changing world**. New York: Oxford University Press, 1997.

ZAREMBA, Júlia. Descubra se a corrupção chegou ao seu condomínio. Seção Sobre tudo. **Jornal Folha**. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/sobretudo/morar/2017/08/1909276-descubra-se-a-corrupcao-chegou-ao-seu-condominio.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2021.

