



Enrico Rilho Sanseverino

O CRIME DE CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO E O SEU TRATAMENTO EM UMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL EM FACE DOS INTERESSES TUTELADOS

Dissertação de Mestrado, menção Ciências Jurídico-Criminais,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O CRIME DE CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO E O SEU
TRATAMENTO EM UMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL EM FACE
DOS INTERESSES TUTELADOS

(THE CORRUPTION OFFENSE IN THE PRIVATE SECTOR AND ITS TREATMENT
IN AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE ABOUT THE INTERESTS PROTECTED)

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), menção em
Ciências Jurídico-Criminais

Enrico Rilho Sanseverino

Orientadora: Professora Doutora Cláudia Cruz Santos

Coimbra, 2017

Aos meus pais, por me ensinarem a navegar
nas tormentosas águas da vida, sem nunca
deixarem de apoiar as minhas escolhas.
Aos meus irmãos, por me fazerem perceber o
mundo de uma outra forma.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Sergio Seminara, pelo gentilíssimo acolhimento na Universidade de Pavia para a realização da minha investigação, por toda a atenção a ela dedicada e pelas constantes trocas de ideias que culminaram na elaboração desta Dissertação.

À Professora Doutora Cláudia Cruz Santos, pela orientação.

“Lo importante no es llegar
Lo importante es el camino.”
Fito Páez

RESUMO

A corrupção no setor privado é uma prática que pode ser muito nociva ao correto funcionamento do sistema econômico, até mesmo em níveis globais. Diante disso, a comunidade internacional vem dirigindo orientações aos Estados para a sua incriminação. Esta pode se dar tendo em vista a tutela de um interesse público, como a concorrência leal, ou privado, no qual se incluem os interesses do empregador. O Brasil tipifica apenas algumas específicas condutas relacionadas à corrupção privada, perpetradas em face de um empregador determinado em um contexto de concorrência. Portugal adota modelos privado e público de incriminação, tutelando a lealdade e a confiança nas relações privadas, bem como a concorrência leal, respectivamente. A Itália tradicionalmente restringia a previsão do crime apenas ao âmbito societário, direcionado à tutela do patrimônio social. Após recente reforma legislativa, o país ampliou o leque aplicativo do delito, mas continua adotando um modelo eminentemente privado. A previsão de uma correlativa responsabilidade da pessoa jurídica é de suma importância para o combate desta criminalidade, sendo que a possibilidade de imputação do crime em sua forma passiva vai depender do modelo de incriminação adotado.

Palavras-chave: Corrupção. Corrupção no setor privado. Interesses tutelados. Concorrência leal. Responsabilidade da pessoa jurídica.

ABSTRACT

Corruption in the private sector is a practice that can be very dangerous to the correct functioning of the economic system, even at global levels. In view of this, the international community has been creating guidelines to States for their incrimination. This can be done with a view to protecting a public or private interests, such as fair competition or the employer's interests. Brazil typifies only certain specific conduct related to private corruption, perpetrated against an employer determined in a competitive context. Portugal adopts public and private models of incrimination, protecting loyalty and trust in the private relations, as well as fair competition, respectively. Italy traditionally restricted the prediction of crime only to the societal scope, directed to the protection of the social patrimony. Following recent legislative reform, the country has expanded the range of crime, but continues to adopt an eminently private model. The prediction of a correlative liability of legal person is very important in the fight against this offenses, and its passive corruption accusation will depend on the incrimination model adopted.

Keywords: Corruption. Corruption in the private sector. Fair competition. Liability of legal person.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.: Artigo

CF: Constituição Federal

CBF: Confederação Brasileira de Futebol

FIFA: Federação Internacional de Futebol

GRECO: Group of States against Corruption

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONG: Organização Não Governamental

ONU: Organização das Nações Unidas

RE: Recurso Extraordinário

TACRIM: Tribunal de Alçada Criminal

ÍNDICE

1	INTRODUÇÃO	11
2	O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO EM LINHAS GERAIS.....	15
2.1	A CORRUPÇÃO E SUAS DIVERSAS FORMAS: DA CORRUPÇÃO PÚBLICA À CORRUPÇÃO PRIVADA	15
2.2	O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO EM FACE DE UMA ABORDAGEM POLÍTICO-CRIMINOLÓGICA	18
a)	Os recentes escândalos nacionais e mundiais relacionados à corrupção.....	18
b)	A danosidade econômica da corrupção	20
c)	A relevância do tratamento da corrupção no setor privado tendo em vista a proteção do regular funcionamento do mercado	23
d)	O papel desempenhado pelo setor privado no combate à corrupção.....	25
3	O TRATAMENTO DA CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO EM FACE DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS	29
a)	Ação Comum 98/742/JAI do Conselho da União Europeia.....	29
b)	Convenção penal sobre corrupção do Conselho da Europa	34
c)	Decisão Quadro 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia	39
d)	Convenção da ONU contra a corrupção	47
3.1	OS MODELOS DE INCRIMINAÇÃO DA CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO	52
a)	Modelo de tutela da lealdade e confiança nas relações privadas.....	52
b)	Modelo de tutela patrimonial.....	54
c)	Modelo de tutela unitário.....	55
d)	Modelo de tutela concorrencial	56
3.2	ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS A RESPEITO DO TRATAMENTO DA CORRUPÇÃO PRIVADA PELOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS	57
4	O TRATAMENTO PENAL DA CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO PELOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS.....	64
4.1	O DIREITO PENAL BRASILEIRO	64
4.1.1	Artigo 195, IX e X, da Lei n. 9.279/96.....	65

4.1.2	Anteprojeto de Código Penal.....	68
4.2	O DIREITO PENAL PORTUGUÊS	70
4.3	O DIREITO PENAL ITALIANO	81
4.3.1	O artigo 2635 do Código Civil e a situação anterior ao Decreto Legislativo n. 38 de 2017	82
4.3.2	O Decreto Legislativo n. 38 de 2017	88
5	A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS DE CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO.....	93
5.1	A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA EM FACE DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E O PROBLEMA DE SUA RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE CORRUPÇÃO PASSIVA.....	94
5.2	O DIREITO BRASILEIRO.....	96
5.3	O DIREITO PORTUGUÊS.....	97
5.4	O DIREITO ITALIANO	99
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	102
	BIBLIOGRAFIA	106
	JURISPRUDÊNCIA.....	118

1 INTRODUÇÃO

A corrupção é uma prática que, indiscutivelmente, sempre esteve presente na sociedade ao longo da história. Movido por interesses particulares de ganho e ascensão pessoal, o ser humano frequentemente tende a abusar do poder a ele conferido. Não se pretende, com essas afirmações, justificar a realização de acordos corruptivos, mas apenas entendê-la.

Nos últimos anos, inclusive, com o desenvolvimento de diversos estudos, passou-se a melhor compreender a grande danosidade que o fenômeno corruptivo é capaz de oferecer. Nessa perspectiva, note-se que ela pode afetar não só o correto funcionamento da Administração Pública, mas também o regular funcionamento da ordem econômica. Com tudo isso, coloca-se em xeque a própria existência de um Estado Democrático de Direito.

De fato, estes nocivos efeitos da corrupção são ainda mais graves diante do panorama atual da globalização. Esta, com a interligação dos Estados e a “eliminação de fronteiras”, tende a facilitar os diversos tipos de relações políticas e econômicas, mantidas na atividade pública e privada. Se, por um lado, isso pode ter seus pontos positivos, como, por exemplo, o desenvolvimento da atividade econômica, por outro, veem-se potencializados os efeitos da corrupção.

Ainda, diante da dupla ofensividade do fenômeno corruptivo, a modernidade veio a escancarar algumas de suas facetas. Se não se pode considerá-las como desconhecidas, é possível afirmar-se que, ao menos, não se dava a elas a devida importância. Dentre estas, encontra-se a corrupção no setor privado.

Assim, a corrupção entre particulares é um tema que, ultimamente, vem ocupando sobremaneira a pauta dos Estados e Organismos Internacionais. Diante do caráter transnacional que muitas vezes esta é capaz de adquirir, a sua atenção passa a ser uma das prioridades da ordem internacional.

Além disso, mesmo nos dias de hoje, muitos países não possuem uma legislação efetiva e condizente com a importância do fenômeno. Assim, este tem sido um assunto muito discutido atualmente, não só nesses Estados, mas também naqueles que buscam aprimorar a sua regulamentação sobre a matéria.

Ainda, outro fator determinante para o crescimento da importância do tema nos dias atuais é o fenômeno das privatizações. Com elas, transferem-se à iniciativa privada

atividades e serviços de interesse público, que anteriormente eram prestados pelo Estado. Assim, deixa-se à margem uma área que antes era abrangida pela corrupção pública, cabendo à corrupção privada ocupar este espaço.

Dessa forma, esta dissertação se propõe a investigar a incriminação da corrupção no setor privado. Para isso, delimitar-se-á o objeto desta pesquisa à identificação de quais seriam os reais interesses tutelados pelo delito. Nessa perspectiva, o problema que se coloca questiona como realizar uma repressão efetiva do fenômeno, atendendo à proteção dos principais bens jurídicos ofendidos, mas sem deixar de lado os princípios orientadores de um direito penal garantista, e condizentes com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Assim, em uma primeira análise, apresenta-se como hipótese inicial a existência de variados interesses que potencialmente podem vir a ser ofendidos pela prática da corrupção entre particulares. Desse modo, diversos seriam os modelos de incriminação para a sua tutela. Outrossim, admitindo-se a existência de mais de um modelo de incriminação, lança-se a seguinte pergunta: seriam estes compatíveis entre si?

A análise desses modelos de incriminação será realizada à luz dos instrumentos internacionais e dos ordenamentos nacionais de Brasil, Portugal e Itália sobre a corrupção privada. Assim, primeiramente, identificar-se-ão quais os interesses tutelados por cada instrumento internacional sobre a matéria, que são a Ação Comum 98/742/JAI do Conselho da União Europeia, a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, a Decisão Quadro 2003/568/JHA do Conselho da União Europeia e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Após, verificar-se-á a compatibilidade das legislações nacionais dos países indicados com a ordem internacional a eles vinculada.

Diante disso, verificar-se-á a eficiência de cada modelo de incriminação adotado pelos ordenamentos estudados, e se são eles capazes de realizar uma adequada repressão do fenômeno a partir dos interesses tutelados. Ainda, questionar-se-á a legitimidade da intervenção penal nessas situações, em face dos direitos e garantias do indivíduo.

Ademais, a partir dos modelos de incriminação adotados pelos instrumentos internacionais e pelas legislações dos Estados, procurar-se-á responder algumas perguntas de pesquisa consideradas fundamentais para uma adequada compreensão do problema investigativo.

Assim, conceituando-se a corrupção no setor privado a partir de uma violação dos deveres que o agente mantém com seu principal, pergunta-se:

- Quais seriam estes deveres que o agente deve observar em sua relação com o principal, e por quê?
- A prática da corrupção privada sempre pressupõe a vinculação do agente com um principal?
- É possível a responsabilização do empresário pelos crimes de corrupção passiva no setor privado?
- Subsiste o crime quando houver o consentimento ou a autorização do empregador na vantagem recebida por seu funcionário?
- E quando o sujeito, podendo agir de mais de uma forma, opta por determinada ação em razão do recebimento de uma vantagem, haverá crime de corrupção privada?
- O desvalor do crime estaria no recebimento de uma vantagem pelo funcionário do setor privado, ou na execução por este do ato objeto da corrupção?
- É possível que a prática da corrupção venha a trazer benefícios para a própria entidade do setor privado, no interno da qual esta ocorre?
- Nesse caso, seria possível a responsabilização da pessoa jurídica pelos crimes de corrupção passiva no setor privado?

Desse modo, tendo em vista a resolução do problema e das perguntas de pesquisa colocadas, procurar-se-á inicialmente entender quais as origens da incriminação da corrupção privada. A seguir, a partir da identificação dos bens jurídicos lesionados pela prática da corrupção privada, tratar-se-á dos modelos de incriminação utilizados por cada norma estudada. Assim, para fins didáticos, a estrutura da investigação será composta de quatro partes.

No primeiro capítulo, tratar-se-á dos aspectos gerais relativos à corrupção. Assim, serão estabelecidas as particularidades da corrupção privada em relação à corrupção pública, e os motivos que a levaram a ocupar uma posição de destaque no direito penal atual. Ainda, tendo em vista o reconhecimento da danosidade da corrupção, sob suas diversas formas, a tendência emanada pela ordem internacional é de se realizar o seu

combate de uma forma conjunta. Nesses termos, discorrer-se-á brevemente sobre o papel desempenhado pelo setor privado no combate à corrupção, tanto pública, quanto privada.

A segunda parte da investigação será dedicada ao estudo dos instrumentos internacionais referidos anteriormente. Assim, analisar-se-á a sua compreensão sobre o fenômeno estudado, com foco na identificação dos interesses tutelados. Com isso, buscar-se-á verificar qual a sua verdadeira orientação para a repressão do delito, a fim de estabelecer os modelos de incriminação a serem adotados pelos Estados para o combate da corrupção privada de uma forma eficaz.

A seguir, no terceiro capítulo, serão tratados os ordenamentos jurídicos: brasileiro, português e italiano, quanto ao enfrentamento da corrupção privada pelo direito penal. Dessa forma, verificar-se-á se esses Estados criminalizam os acordos corruptivos entre particulares, e, caso positivo, qual o modelo de incriminação adotado. Diante disso, questionar-se-á se estão eles de acordo com a orientação da comunidade internacional para a repressão penal da corrupção no sistema privado.

Por fim, no último capítulo, tratar-se-á brevemente da responsabilidade da pessoa jurídica pelos crimes de corrupção privada. Assim, estabelecer-se-á um panorama geral sobre o modo como se dá a sua responsabilização em face das legislações estudadas. Nessa parte, dar-se-á ênfase ao problema da possibilidade de responsabilização da pessoa coletiva pelos delitos de corrupção passiva praticados por seus funcionários.

2 O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO EM LINHAS GERAIS

2.1 A CORRUPÇÃO E SUAS DIVERSAS FORMAS: DA CORRUPÇÃO PÚBLICA À CORRUPÇÃO PRIVADA

O termo corrupção possui um sentido muito amplo e pode apresentar diferentes formas. Quanto ao sentido da palavra, a etimologia do conceito deriva do latim *cum rumpere*, que significa a indução de alguém a violar os deveres aos quais se encontra vinculado¹. Já em relação aos seus diversos modos de ocorrência, o corrupto pode ser alguém pertencente tanto ao setor público como privado. Com isso, percebe-se que as dimensões do fenômeno corruptivo podem envolver tanto as relações entre os setores público-privado, como as relações entre os setores público-público ou privado-privado².

Embora em seu sentido tradicional costumava-se remeter à ideia da corrupção como um fenômeno relativo aos agentes públicos, vieram a ocorrer, principalmente na última década, diversas alterações legislativas no domínio da corrupção, modificando o seu panorama geral e o seu sentido clássico³. Diante disso, além da clássica aceção da corrupção de agentes públicos nacionais, na qual se incluem os funcionários e titulares de cargos políticos, criam-se novos tipos penais que preveem a corrupção de agentes públicos estrangeiros, a corrupção no setor privado, bem como, a corrupção no âmbito desportivo. Sendo assim, esses novos tipos penais vêm a tutelar outros bens jurídicos, e não estão incluídos na perspectiva tradicional da corrupção como criminalidade no Estado e contra o Estado⁴.

Nesse sentido, afirma Sergio Seminara:

¹ SEMINARA, Sergio. La corruzione: problemi e prospettive della legislazione italiana vigente. In: FORNASARI, Gabriele; LUISI, Nicola Demetrio. (org.) **La corruzione**: profili storici, attuali, europei e sovranazionali. Cedam: Padova, 2003. p. 145. Não se pretende aqui tratar o conceito de corrupção de forma exaustiva. Portanto, restringir-se-á à análise da corrupção como uma violação de um dever, por se entender que o seu tratamento é de fundamental relevância para o objeto desta investigação.

² ARNONI, Marco; ILIOPULI, Eleni. **La corruzione costa**: effetti economici, istituzionali e social. Milano: Vita e Pensiero, 2005. p. 18-19.

³ SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção). In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; Melo, Débora Thais de. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Coimbra Editoria, 2009. p. 7-8.

⁴ Ibidem, p. 8.

“il concetto di corruzione è certo teoricamente suscettibile di trovare applicazione rispetto a una gamma di attività ben più vasta di quelle riferibile alla pubblica Amministrazione e alle società commerciali, solo che lo si caratterizzi in funzione della generica posizione di potere rivestita dall’agente (è il caso del giornalista o del sindacalista) ovvero della sua posizione fiduciaria (ad esempio, il legale o il consulente) o, ancora, della sua specifica posizione di mandatario preposto alla gestione di interessi altrui”⁵.

Com isso, diante desse vasto terreno abrangido pela corrupção em suas diferentes formas, delimitar-se-á o âmbito desta investigação à corrupção praticada no setor privado. E, mais especificamente, aos interesses tutelados por meio da sua incriminação.

Na corrupção pública, estes já se encontram consolidados pela doutrina como sendo a proteção da imparcialidade e autonomia funcional do Estado, ou, ainda, do correto funcionamento dos serviços públicos⁶. Contudo, o mesmo não se pode dizer sobre a corrupção privada, em relação à qual ainda se discute a necessidade de sua tutela penal e os reais objetivos de sua criminalização.

Considerando-se a corrupção como violação de um dever, a corrupção no setor privado pode ser explicada a partir da denominada teoria da agência. Em síntese, esta parte da ideia de uma relação existente entre dois sujeitos, um principal e um agente, na qual aquele outorga para estes poderes a serem exercidos de maneira conforme seus interesses⁷. Pressupõe-se, com isso, a existência de um sujeito dotado de poderes no interno de uma prática social organizada, a fim de realizar certas tarefas previamente determinadas⁸.

Além desta relação estabelecida entre principal e agente, a corrupção pressupõe a existência de um acordo clandestino, que irá ocorrer entre o representante e um terceiro externo àquela relação inicial. Assim, também se pode relacionar o fenômeno corruptivo à

⁵ SEMINARA, Sergio. Gli interessi tutelati nei reati di corruzione. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Anno XXXVI. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. p. 991. Ainda, sobre a amplitude do conceito de corrupção e seus limites, ver CUNHA, Ary Ferreira da. **Combate à corrupção: da teoria à prática**. Lisboa: Editoria Quid Juris, 2015. p. 69-74.

⁶ Por todos, COSTA, António Manuel de Almeida. **Sobre o crime de corrupção**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987. p. 93 e 94. Por não consistir no objeto desta investigação, não se pretende aqui discutir o bem jurídico tutelado pela clássica aceção do crime de corrupção de agentes públicos. Para isso, ver a exaustiva abordagem de Sergio Seminara na obra Gli interessi tutelati nei reati di corruzione. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Anno XXXVI. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. p. 951-993.

⁷ ARNONI, Marco; ILIOPULI, Eleni. op cit., p. 34.

⁸ SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata?: Un inventario di perplessità politico-criminali. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell’economia**, Cedam, n. 1, p.810, gen/giu. 2007.

existência de um conflito de interesse, na medida em que o agente, mediante o recebimento de uma vantagem, passará a agir conforme os interesses do terceiro, e não mais de seu principal⁹. Diante disso, há o recebimento de uma vantagem indevida pelo agente, ou a sua promessa, como fator determinante para a sua caracterização, pois é justamente isso que o vai diferenciar das outras formas de infidelidade patrimonial e abuso de poder por parte do representante¹⁰.

No entanto, a explicação da corrupção privada a partir da referida teoria da agência pode suscitar alguns problemas. Estes condizem com os deveres que podem vir a ser violados pelo agente em sua relação com o principal, bem como, com algumas questões decorrentes de uma eventual incriminação do acordo corruptivo realizado por aquele com um terceiro.

Quanto aos primeiros, caberia perguntar: quais seriam esses deveres que supostamente seriam atribuídos ao agente? Ou seja, considerando-se a corrupção como a violação de um dever, seria este o de desempenhar funções sem o recebimento de qualquer outra gratificação que não seja a remuneração legítima? Ou seria o dever de agir em observância aos estritos interesses do principal? Ou, ainda, seria o dever de obediência às leis, regulamentos, contratos e códigos de ética relativos à atividade do sujeito?

Por outro lado, em relação à sua eventual incriminação, poder-se-ia questionar: quem seriam as pessoas atingidas pelo incumprimento das obrigações pelo agente? Ou seja, quem seriam as verdadeiras vítimas desta espécie de corrupção? E, ainda, a principal das perguntas: quais seriam os interesses que se visariam a tutelar pela sua criminalização¹¹?

Com efeito, o enfrentamento desses problemas é de grande relevância para um correto entendimento da corrupção no setor privado, e procurar-se-á resolvê-los ao longo da investigação. Ademais, tendo em vista que o objeto da pesquisa será unicamente a corrupção praticada no âmbito privado, não se aprofundará na análise das outras formas de corrupção. Contudo, antes de se adentrar no seu tratamento, considera-se relevante fazer

⁹ SPENA, Alessandro. op cit., p. 811.

¹⁰ FORTI, Gabrio. La corruzione tra privati nell'orbita della disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Nuova serie, anno XLVI. Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 2003, p. 1126.

¹¹ LA TORRE, Ignacio Bergugo Gómez de; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr., 2011, p. 168-170.

algumas considerações de natureza criminológica sobre os acordos corruptivos, a fim de demonstrar a relevância de seu estudo.

2.2 O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO EM FACE DE UMA ABORDAGEM POLÍTICO-CRIMINOLÓGICA

Atualmente, os Estados vêm dispensando grande atenção ao tratamento da corrupção no setor privado, o que pode ser explicado pela situação de guerra global criada contra o fenômeno corruptivo. Essa situação, por sua vez, poderia ser justificada por três fatores: os recentes escândalos nacionais e mundiais que vieram e estão vindo à tona relacionados à corrupção; o maior reconhecimento da sua grande danosidade econômica; e a pressão exercida pelos órgãos supranacionais¹².

a) Os recentes escândalos nacionais e mundiais relacionados à corrupção

Em relação ao primeiro aspecto, existe uma realidade muito preocupante em relação aos índices de corrupção constatados atualmente em alguns Estados, principalmente em países como Brasil, Portugal e Itália, tratados nesta investigação, dentre outros.

O Brasil, por exemplo, a partir de dados obtidos em pesquisa realizada pela ONG Transparência Internacional sobre o índice de percepção da corrupção pela população em 2015, ocupou o 76º lugar, em um ranking de 168 países. Em uma escala de 0 (muito corrupto) a 100 (nada corrupto) do nível de corrupção, apresentou uma nota de 38¹³. Em 2016, o país caiu três posições, ocupando atualmente a 79ª colocação, e com um *score* de 40¹⁴. Além disso, observou-se que, conforme a visão da opinião pública, os setores mais afetados pela corrupção no país seriam os partidos políticos e o poder legislativo¹⁵.

¹² BIDINO, Claudio. O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal). In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thais de. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Coimbra Editoria, 2009. p. 204.

¹³ Transparency International. 2015. Disponível em: <<http://www.transparency.org/country/#idx99>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

¹⁴ Transparency International. Brazil. Disponível em: <<https://www.transparency.org/country/BRA>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

¹⁵ Global corruption barometer, 2013. Disponível em: <<https://www.transparency.org/gcb2013>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

Já Portugal, em 2015, apareceu em 28º lugar na classificação sobre a percepção da corrupção, com uma nota de 63 na escala decrescente do índice de acordos corruptivos¹⁶. No índice de 2016, o país caiu uma posição, ocupando a 29ª colocação, com um *score* também inferior de 62¹⁷. Ainda, a população portuguesa considera os partidos políticos, seguidos pelo poder legislativo, pelos militares e pelo poder judiciário, como os setores mais afetados¹⁸.

Por sua vez, a situação italiana é ainda mais complicada. No índice realizado em 2015, o Estado ocupava o 61º lugar no índice de percepção da corrupção pela população, apresentando a nota de 44 sobre 100¹⁹. Já em 2016, a Itália apresentou dados um pouco mais favoráveis, subindo para a 60ª colocação, com um *score* de 47²⁰.

Ademais, não param de vir à tona recentemente diversos escândalos de corrupção, que têm revelado esquemas coordenados por organizações criminosas de uma forma extremamente complexa e organizada²¹. Isso apenas demonstra o caráter sistêmico e generalizado que a corrupção foi capaz de adquirir nos dias de hoje.

Diante disso, como consequência de toda esta situação, pode-se citar a geração de medo e insegurança na população, bem como a falta de convicção desta com as instituições do Estado.²² Dessa forma, acaba-se criando na sociedade a sensação de ser a corrupção um mal generalizado, que passa a compreendê-la como uma prática corriqueira e aceitável.

¹⁶ Transparency International. 2015. Disponível em: <<http://www.transparency.org/country/#PRT>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

¹⁷ Idem. Acesso em: 16 jun. 2017.

¹⁸ Global corruption barometer, 2013. Disponível em: <<https://www.transparency.org/gcb2013>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

¹⁹ Transparency International 2015. Corruption Perceptions Index 2015. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2015/#results-table>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

²⁰ Transparency International. Italy. Disponível em: <<https://www.transparency.org/country/ITA>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

²¹ Dentre estes, podem-se citar, no Brasil, recentes esquemas de corrupção que têm vindo à tona, envolvendo diversos políticos e empresários do alto escalão do país, como o esquema de compra de votos revelado pela Ação Penal 470, mais conhecido como Mensalão. Ainda, a chamada Operação Lava-Jato, que atualmente está em curso, a qual investiga fraudes milionárias envolvendo a empresa pública Petrobrás. Em nível europeu, é possível referir a Operação Mani Pulite, ocorrida na Itália em 1992. Sobre esta, ver MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. R. CEJ. Brasília, n. 26. p. 56-62. jul./set. 2004; VANNUCCI, Alberto. La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da ‘mani pulite’. In: FORTI, Gabrio (org.). **Il prezzo della tangente**: La corruzione come sistema a dieci anni da ‘mani pulite’. Milano: Vita e Pensiero, 2003. p. 3 e sgs. Neste último, o autor aponta duas importantes consequências da Operação para o combate à corrupção na Itália: o aprofundamento dos estudos sobre corrupção a partir dos dados empíricos obtidos por meio da operação, e o aumento da transparência em relação aos atos dos políticos, como um meio de salvaguarda da democracia.

²² Nesse sentido, não se pode desconsiderar a influência causada pela mídia na população a partir da forma de divulgação dos crimes e escândalos de corrupção. Para aprofundamento, ver FORTI, Gabrio. **Il diritto penale e il problema della corruzione**, dieci anno dopo. In: FORTI, Gabrio (org.). **Il prezzo della tangente**: La corruzione come sistema a dieci anni da ‘mani pulite’. Milano: Vita e Pensiero, 2003. p. 112 e sgs.

Nessa perspectiva, acaba-se criando o perverso contexto do que se costuma denominar como a “cultura da corrupção”.

b) A danosidade econômica da corrupção

Por outro lado, a partir da constatação dos altos índices e escândalos de corrupção em países desenvolvidos como Portugal e Itália, abandona-se o mito de que a corrupção seria algo exclusivo da realidade de países subdesenvolvidos. A partir dessa ideia, por muito tempo, desconsideraram-se os danos inerentes à corrupção, por se entender que esta estaria associada à realidade política e econômica dos países subdesenvolvidos, e que poderia ser superada com o progresso social e econômico dos mesmos²³.

Da mesma forma, abandona-se o mito de que a corrupção estaria positivamente associada ao progresso econômico. Isso porque, nos anos 60, alguns estudos sustentavam que a corrupção teria como consequência imediata a diminuição de obstáculos que impediriam o desenvolvimento dos mercados, funcionando como uma espécie de catalisador para o desenvolvimento econômico dos países. Havia, também, a falsa noção da corrupção como uma forma de “speed money”, ou seja, como um meio de obtenção de financiamento de uma forma simples e eficaz. Para sustentar essa hipótese, usava-se como exemplo o rápido desenvolvimento dos países do sudeste asiático, onde a cultura dos acordos corruptivos era amplamente conhecida e praticada. Esta concepção, contudo, entrou em declínio a partir da crise de 1997, que demonstrou, na prática, as graves distorções econômicas que a corrupção é capaz de causar²⁴.

²³ SANTOS, Cláudia Cruz. op cit., p. 12-13. Contudo, embora a corrupção não seja um fenômeno exclusivo dos países com menor índice de desenvolvimento, é importante ressaltar que, conforme pesquisa realizada a partir do índice de percepção das empresas, a corrupção constitui maior obstáculo à atividade econômica nos países emergentes do que nos países desenvolvidos. ARNONI, Marco; ILIOPULI, Eleni. *La corruzione costa: effetti economici, istituzionali e social*. Milano: Vita e Pensiero, 2005. p. 47-48.

²⁴ GALEAZZI, Giorgio. *Corruzione, efficienza del sistema produttivo e sviluppo economico*. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 179-181. No mesmo sentido, SANTOS, Cláudia Cruz. op cit., p. 15; ARNONI, Marco; ILIOPULI, Eleni. **La corruzione costa: effetti economici, istituzionali e social**. Milano: Vita e Pensiero, 2005. p. 29; KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. **Measuring corruption: myths and realities**. Global Corruption Report, 2007. Transparency International, Cambridge University Press. p. 322. Neste estudo, os autores afirmam ser a corrupção um obstáculo para o desenvolvimento econômico a médio e longo prazo. Ainda, consideram ser o caso de Bangladesch uma exceção, como um país que, embora apresente altos índices de corrupção, teve significativo crescimento econômico.

Em verdade, o correto funcionamento de uma economia de mercado depende, antes de mais nada, de uma eficaz regulamentação. Para isso, é imprescindível que esta se dê da forma mais simples e transparente possível. Afinal, um mercado dotado de normas complexas e burocráticas estimula a prática da corrupção.

Diante disso, é fundamental a correlação entre o direito e a economia, bem como entre a ética e a economia, a fim de garantir a existência de um mercado correto e eficaz, que proporcione uma justa disputa entre seus atores em condições de igualdade. Conforme Marco Arnoni e Eleni Iliopoli, “un’economia pulita è anche un’economia più forte e più ricca, in un contesto sociale più istruito, dinamico e aperto”²⁵. Diante disso, destaca-se a importância da presença de instituições fiscalizadoras que garantam o correto funcionamento do mercado por meio da tutela da concorrência, a partir da supervisão das condutas dos agentes operadores do mercado²⁶.

Neste contexto, a prática da corrupção pode afetar, direta ou indiretamente, a economia e o funcionamento do mercado, constituindo um obstáculo ao livre exercício da concorrência. Hoje, é indiscutível a danosidade econômica da corrupção, sendo inúmeros os prejuízos à economia que esta pode trazer. Conforme Marco Arnoni e Eleni Iliopoli, estes podem ser divididos em duas espécies: prejuízos sobre a redistribuição de receitas e sobre o crescimento econômico²⁷.

Em relação ao primeiro, apontam-se os efeitos da corrupção sobre o sistema tributário. Por meio de benefícios fiscais e negociação de impostos concedidos a certos operadores do mercado a partir do pagamento de propinas, acaba-se por privilegiar empresários que fazem uso de atividades ilícitas em prejuízo de outros. Isso acaba por reduzir os ganhos do Estado pelos impostos arrecadados, induzindo-o à obtenção de financiamentos por meio de empréstimos. Dessa forma, acaba-se desequilibrando o orçamento do Estado, impossibilitando-o de investir em outras áreas também importantes.

Além disso, conforme Cláudia Cruz Santos, a corrupção no sistema tributário também tende a estimular os contribuintes à sonegação fiscal, que, por razões de ponderação de contas, passam a avaliar a alternativa de fugir ao fisco. Isso ocorre,

²⁵ ARNONI, Marco; ILIOPULI, Eleni. op cit., p. 37.

²⁶ Ibidem, p. 38. Por não ser o propósito do presente estudo, em que pese a sua importância para o funcionamento da economia, não se aprofundará na análise da atividade reguladora do mercado exercido pelas instituições de controle. Para aprofundamento, ver ARNONI, Marco; ILIOPULI, Eleni. op cit., p. 113 e sgs.

²⁷ ARNONI, Marco; ILIOPULI, Eleni. op cit., p. 29.

principalmente, por parte das pequenas e médias empresas²⁸, que não teriam condições de competir em condições de igualdade com as grandes sociedades comerciais que fazem uso dos acordos corruptivos.

Quanto ao crescimento econômico, diversos são os setores prejudicados pela corrupção. Dentre estes, pode-se citar a diminuição nos investimentos das empresas, tanto em nível nacional quanto internacional, o que acaba obstaculizando a capacidade produtiva e a inovação tecnológica. Destarte, um sistema orientado pela corrupção acaba aumentando o risco e as incertezas para os operadores de mercado, além de aumentar os custos de investimento, em razão do pagamento da propina e da impossibilidade de dedução fiscal. Além disso, os seus efeitos podem afetar também a demanda, em razão do aumento dos custos de produção, com consequências negativas para a capacidade competitiva²⁹.

Em estudo desenvolvido por Giorgio Galeazzi, demonstra-se, a partir da análise de dados empíricos, a relação negativa entre os índices de corrupção e as taxas de crescimento e desenvolvimento econômico³⁰. Ainda, é interessante notar que essa relação é recíproca, uma vez que países que apresentam baixo potencial de desenvolvimento econômico (*business environment*), entendido como a qualidade do ambiente interno das empresas, tendem a apresentar altos índices de corrupção³¹. Contudo, esses fatores não devem ser considerados como absolutos, uma vez que, a partir dos dados apresentados pelo autor, observa-se um aumento da corrupção em países com imediato desenvolvimento econômico. Isso pode ser explicado pela repentina mudança de mercado e entrada de novos produtos, sendo tendência, após sua estabilização, a diminuição dos índices de acordos corruptivos³².

Diante do exposto, analisando-se a corrupção de uma forma ampla, a partir de suas diversas facetas, compreende-se que os crimes podem afetar não só o Estado, mas também a economia. Nesse sentido, afirma Cláudia Cruz Santos que “é a ideia de que a corrupção não afeta apenas o Estado – e a sua natureza democrática -, mas também a economia, que se julga justificar quer a criminalização da corrupção no sector privado quer

²⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. op cit., p. 16; ARNONI, Marco; ILIOPULI, Eleni. op cit., p. 30.

²⁹ GALEAZZI, Giorgio. op cit., p. 182-184.

³⁰ Ibidem, p. 184-186.

³¹ ARNONI, Marco; Iliopuli, Eleni. op cit., p. 60 e sgs.

³² GALEAZZI, Giorgio. op cit., p. 186-187. O autor cita como exemplo os países da antiga União Soviética, que aumentaram seu nível de corrupção a partir da mudança de regime econômico após a Guerra Fria. Esse aumento se daria em razão do processo das privatizações e com o regime de transição entre o velho sistema econômico e o novo sistema de liberalismo.

a criminalização da corrupção ativa de agente público estrangeiro”³³. Dessa forma, a partir desta perspectiva de tutela do mercado e da concorrência, encontra-se a importância do crime de corrupção privada³⁴.

c) A relevância do tratamento da corrupção no setor privado tendo em vista a proteção do regular funcionamento do mercado

A necessidade de proteção da economia torna-se ainda mais latente nos dias de hoje, a partir dos efeitos da globalização. Esta, com a facilitação da troca de informações e com a união dos mercados, tornou as relações econômicas ainda mais complexas. Assim, com a agilidade no deslinde dos negócios, aliada à criação de paraísos fiscais, todas consequências da globalização, observa-se uma expansão cada vez maior do fenômeno corruptivo³⁵.

Dessa forma, tendo em vista os diversos efeitos negativos causados pela corrupção à economia, conforme demonstrado, e a amplificação desses efeitos com o novo panorama de união dos mercados na modernidade, a intervenção do Direito Penal parece imprescindível. Nesse sentido, sobre os danos causados à economia pela corrupção, a partir dos efeitos da globalização dos mercados, afirma Sergio Seminara:

“In riferimento al reato di corruzione, storicamente affermatosi per fini di tutela dei meccanismi di funzionamento dell’apparato statale e della correttezza dei rapporti tra amministrazioni e cittadini, può oggi constatarsi una commistione tra profili pubblici e privati, ove si delineano interessi di natura pubblico-istituzionale, propri dell’ordinamento interno come di quello comunitario e internazionale, e interessi di natura economica e concorrenziale, imposta dalla

³³ SANTOS, Cláudia Cruz. op cit., p 17. Ainda, sobre esta última espécie de corrupção, ver MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

³⁴ Não se desconhece as consequências da corrupção sobre os direitos sociais dos indivíduos, como saúde e educação. Estes, apesar de sua relevância, não serão tratados por não constituir objeto deste estudo. Para o seu aprofundamento, ver GLOBAL Corruption Report 2006 – Transparency International, Cambridge University Press, sobre o direito à saúde; GLOBAL Corruption Report 2013 – Transparency International, Cambridge University Press, sobre o direito à educação. Ainda, sobre os diversos custos sociais da corrupção, ver ARNONI, Marco; ILIOPULI, Eleni. op cit., p. 143 e sgs.

³⁵ BERNAL, Javier Sánchez. El delito de corrupción entre particulares en el código penal español. In: DEL TESO, Ana E. Carrillo; GALLARDO, Alfonso Myers (coord). **Corrupción y delinquencia económica: prevención, represión y recuperación de activos**. Salamanca: Ratio Legis Ediciones, 2015. p. 177 e sgs.

globalizzazione dei mercati e dall'esigenza di assicurare una corretta utilizzazione e fruizione delle risorse.

La dilatazione concettuale della corruzione, più che sottendere un appannamento della dimensione etica che dovrebbe caratterizzare la gestione della cosa pubblica, fino a determinare una sua equiparazione alla sfera privata, al contrario si pone dunque come rivelatrice di una maggiore eticizzazione del mondo degli affari e di una maturata consapevolezza delle nuove esigenze imposte dall'economia³⁶.

Da mesma forma, com a internacionalização dos mercados, a partir da globalização, acabaram-se colocando lado a lado algumas empresas em relação à competição no cenário internacional. Como consequência, percebe-se que, se antes o cenário competitivo restringia-se a empresas nacionais de determinados Estados, hoje, essas barreiras encontram-se superadas e vê-se uma competição em nível mundial.

Assim como na corrupção de agentes públicos estrangeiros³⁷, torna-se imprescindível a homogeneização da regulação pelos Estados em relação à corrupção privada, a fim de estabelecer igualdade de tratamento às diferentes empresas. Por exemplo, em um mercado global, o que não poderia fazer a Volkswagen, na Alemanha, também não poderia fazer a Fiat, na Itália, sob pena de se criar uma situação de vantagem de uma em relação à outra. Logo, na medida em que um Estado incriminasse a corrupção entre particulares, e outro não, ter-se-ia uma desigualdade no tratamento entre as empresas dos respectivos Estados³⁸.

Além disso, a relevância do combate à corrupção no setor privado, nos dias atuais, também restou evidenciada pelo recente fenômeno das privatizações ocorridas em alguns segmentos da economia. Com a privatização de empresas que antes eram consideradas públicas, acabaram-se criando lacunas de punibilidade em relação à corrupção ocorrida nesses setores, que antes eram abrangidos pela corrupção pública.

Ressalte-se que Adán Nieto Martín refere três espécies de privatizações: privatização material, fuga ao direito administrativo e privatização funcional. A primeira ocorre nas situações em que uma atividade que antes pertencia exclusivamente ao poder

³⁶ SEMINARA, Sergio. op.cit., p. 162.

³⁷ Nesse sentido, ver a Convenção da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que trata da corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais.

³⁸ LA TORRE, Ignacio Bergugo Gómez de; CERINA, Giorgio Dario. op. cit., p. 172.

público passa a ser abrangida também pelo setor privado. Por sua vez, a segunda trata da hipótese em que a própria administração desempenha a sua atividade nos termos do regime jurídico do direito privado. Já a terceira se dá nos casos em que, detendo a competência de determina atividade, o Estado apenas transfere a execução desse serviço a uma pessoa jurídica de direito privado³⁹.

Este movimento ocorre a partir da mudança de concepção quanto à centralidade do aparato estatal, com a crise do Estado-Empreendedor e a passagem ao Estado-Regulador. Com isso, devido às privatizações, interesses e serviços que antes eram prestados pelo poder público, como água, luz, telecomunicações, saúde, educação etc., hoje, são prestados pela iniciativa privada. Assim, apreende-se que o sistema jurídico-penal deve também acompanhar e amoldar-se às mudanças ocorridas na sociedade, tornando-se imprescindível a repressão da corrupção privada em face da realidade atual⁴⁰.

Diante disso, o âmbito de incriminação da corrupção no sistema privado vai depender diretamente do âmbito do conceito de funcionário público. Isso porque, quanto mais amplo for o conceito de funcionário, maior será o âmbito de incidência da corrupção pública e, conseqüentemente, menor será o da corrupção privada. Assim, ordenamentos que optam por estender a incidência da corrupção pública para os funcionários encarregados de um serviço público, como fez o Código Penal Italiano de 1930, por exemplo, seja esse um servidor público ou não, tendem a comprimir o espaço da corrupção privada⁴¹.

d) O papel desempenhado pelo setor privado no combate à corrupção

Antes de se adentrar na análise específica do crime de corrupção privada, considera-se importante tecer algumas considerações sobre a relevância do papel desempenhado pelo setor privado no combate à corrupção em geral. Uma vez demonstrado que o fenômeno da corrupção, em qualquer de suas formas, pode ser atentatório não só ao próprio Estado, mas também à economia, sendo capaz de causar uma relevante danosidade

³⁹ MARTÍN, Adán Nieto. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado. **Revista Penal**, n. 10, jul. 2002, p. 62-65.

⁴⁰ SEMINARA, Sergio. Il reato di corruzione tra privati. In *Le Società – Anno XXXII*. **Wolters Kluwer Italia S.r.l**, Milano, 2013. p. 61.

⁴¹ SEMINARA, Sergio. Gli interessi tutelati nei reati di corruzione. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Anno XXXVI. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. p. 987-988.

econômica e social, ressalte-se que os Estados e as organizações internacionais e supranacionais têm cada vez mais se preocupado em combatê-la.

Nesse sentido, cita-se o preâmbulo da Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, de 1999, a qual afirma que: “Emphasising that corruption threatens the rule of law, democracy and human rights, undermines good governance, fairness and social justice, distorts competition, hinders economic development and endangers the stability of democratic institutions and the moral foundations of society”.

Dessa forma, diante dessa reconhecida danosidade do fenômeno corruptivo, conforme Sergio Seminara, os instrumentos internacionais de combate à corrupção promovem “una vera e propria equiparazione tra corruzione pubblica e privata, entrambe racchiuse nell’unica e onnicomprensiva nozione di corruzione”⁴². Conforme o autor, essas normativas teriam como objetivo promover, ainda, a homogeneização das normas nacionais em relação à corrupção. Essas iniciativas poderiam ser explicadas a partir da necessidade de proteção das economias dos Estados e da concorrência, bem como de assegurar a cooperação internacional na repressão do crime, com a persecução não só das pessoas físicas envolvidas, mas também das pessoas jurídicas a elas relacionadas⁴³.

Assim, se por um lado, o setor privado pode ser profundamente afetado e danificado pela corrupção, ele também pode exercer um papel fundamental no seu combate. Nessa linha, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, em seu artigo 12, determina que os Estados adotem medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, com a previsão de sanções civis, administrativas ou penais para o caso de não cumprimento pelas empresas⁴⁴.

⁴² SEMINARA, Sergio. La disciplina della corruzione pubblica e privata in Italia, alla luce degli strumenti europei e internazionali. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês; SOUSA, Susana Aires de. **Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu**: atas do simpósio. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 171. No mesmo sentido, FOFFANI, Luigi. La corrupción privada: iniciativas internacionales e perspectivas de armonización. In: FRAUDE y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude. ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (coord). Cuenca: **Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha**, 2006. p. 388.

⁴³ SEMINARA, Sergio. op cit., p. 167. No mesmo sentido, DI MARTINO, Alberto. Le sollecitazione extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione. In: MATTARELLA, Bernardo Giorgio; PELISSERO, Marco. (org.). La legge anticorruzione, Torino: Giappichelli, 2013. Dentre as diversas convenções internacionais de combate à corrupção, pode-se referir a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003) ou Convenção de Mérida; a Convenção da OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico), de 1997, sobre a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais; a Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa (1999); a Convenção Interamericana contra a corrupção, de 1996; e a Convenção da União Africana sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção, de 2003.

⁴⁴ Artigo 12, n. 1: “Each State Party shall take measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to prevent corruption involving the private sector, enhance accounting and auditing standards

Por sua vez, o combate à corrupção pelo setor privado pode ocorrer por meio de diferentes formas: a partir da adoção de programas internos anticorrupção; por meio das denominadas *collective actions*; ou, também, por mecanismos internos como a *self-reporting* e a cooperação com as autoridades⁴⁵. Ressalta-se que, por não ser o foco principal desta investigação, não se aprofundará na análise desses institutos. Contudo, em razão de sua elevada relevância para o estudo não só relacionado ao combate à corrupção pública, mas também, à corrupção praticada no âmbito privado, abordar-se-á brevemente esses mecanismos.

A adoção de programas internos anticorrupção, os chamados programas de *compliance*, é uma prática que tem como objetivo neutralizar, ou, pelo menos, diminuir os riscos da ocorrência de corrupção dentro das instituições. Estes podem ser desenvolvidos tanto no setor privado, quanto no setor público. Conforme Mantovani, aspectos cruciais desses programas são a identificação das áreas com maior risco de corrupção, a propagação da mensagem de que a corrupção não será tolerada pelas instituições, o contínuo monitoramento da sua correta adoção e aplicação dos programas pelas entidades, bem como a previsão de sanções disciplinares a serem aplicadas no caso de mau comportamento⁴⁶.

Já as *collective actions* tratam-se de ações conjuntas por parte das empresas, da sociedade civil e do governo, a fim de minimizar os riscos da corrupção. Além disso, essas ações têm como objetivo promover a criação e a aproximação entre os programas de *compliance* adotados nas instituições, e colaborar com as demais ações anticorrupção⁴⁷.

No caso da *self-reporting* e da cooperação com as autoridades, também se está diante de mecanismos que envolvem programas de *compliance*, a serem desenvolvidos no âmbito interno das empresas. Esses são fundamentais no combate à corrupção, tanto do ponto de vista preventivo, quanto repressivo, pois visam a identificar casos de corrupção que estejam ocorrendo por meio de denúncias dos próprios funcionários, a partir do denominado *whistle-blowing channel*.

in the private sector and, where appropriate, provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for failure to comply with such measures". [...].

⁴⁵ MANTOVANI, Massimo. The private sector role in the fight against corruption. In: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (org.) **Preventing corporation corruption: The anti-bribery compliance model**. Switzerland: Springer, 2014. p. 35.

⁴⁶ Ibidem, p. 36.

⁴⁷ Ibidem, p. 38. Para aprofundamento, ver PIETH, Mark. Collective action and corruption. p. 93 e sgs. In: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (org.) **Preventing corporation corruption: The anti-bribery compliance model**. Switzerland: Springer, 2014.

Ainda, pode-se destacar a importância destas últimas tendo em vista as características do crime de corrupção, que apresenta grandes dificuldades para o seu descobrimento. Isso porque a corrupção se apresenta como um “crime sem vítima”, por não apresentar uma vítima individualmente considerada, capaz de vir a denunciar a ocorrência do crime.

Além disso, destaca-se como outro fator determinante para a dificuldade de investigação deste tipo de criminalidade a cultura da *omertá*. Esta pode ser entendida como um pacto de silêncio firmado entre o corrupto e o corruptor, o qual é muito característico desse tipo de delito, principalmente por sua íntima relação com o crime organizado na maioria dos casos⁴⁸.

Diante disso, a adoção desses procedimentos de denúncia e cooperação com as autoridades, quando realizada de forma correta pelas empresas, tende a mitigar ou, até mesmo, eliminar a responsabilidade destas últimas em determinados casos⁴⁹.

⁴⁸ DAVIGO, Piercamillo; MANNOZZI, Grazia. **La corruzione in Italia**: Percezione sociale e controllo penale. Bari: Editori Laterza, 2007. p. 49-50 e 114-117.

⁴⁹ MARTÍN, Adán Nieto. Internal investigation, whistle-blowing, and cooperation: the struggle for information in the criminal process. In: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (org.) **Preventing corporation corruption**: The anti-bribery compliance model. Springer: Switzerland, 2014. p. 74 e sgs.

3 O TRATAMENTO DA CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO EM FACE DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

Diante da importância do papel desempenhado pelo setor privado no combate à corrupção, das privatizações, bem como das diversas espécies de danos causados por aquela no setor privado, conforme se demonstrará, torna-se crucial centrar-se as atenções para um combate específico da corrupção privada. Assim, diante dos diversos prejuízos ocasionados à economia global pela prática da corrupção privada, conforme exposto, instâncias internacionais e supranacionais passaram a dirigir aos Estados mandados e orientações no sentido de criminalizar esta forma de corrupção.

Decerto, a análise destes instrumentos passa a ser de suma importância para uma adequada compreensão da corrupção no setor privado, pois estes constituem o modelo que os Estados devem seguir para a sua incriminação. Em razão da amplitude desses documentos emanados pela ordem internacional, restringir-se-á a sua análise ao problema dos interesses tutelados pelo delito.

Nessa perspectiva, tratar-se-á dos seguintes instrumentos internacionais: **(a)** Ação Comum 98/742/JAI do Conselho da União Europeia, **(b)** Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, **(c)** Decisão Quadro 2003/568/JHA do Conselho da União Europeia e **(d)** Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁵⁰.

a) Ação Comum 98/742/JAI do Conselho da União Europeia:

Em nível europeu, o primeiro instrumento jurídico supranacional sobre a corrupção privada foi a Ação Comum 98/742/JAI, adotada pelo Conselho da União Europeia em 22.12.1998. Esta veio a ser posteriormente substituída pela Decisão-Quadro 2003/568/JAI, em 22.07.2003, que será tratada posteriormente. Contudo, considera-se de suma importância a sua análise para fins de verificação do desenvolvimento do combate à corrupção privada na ordem internacional.

⁵⁰ Além dos referidos instrumentos internacionais, existem, ainda, em matéria de combate à corrupção, a Convenção Interamericana contra a corrupção, de 1996, e a Convenção da União Africana sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção, de 2003. A primeira não será analisada neste trabalho por não prever o tratamento da corrupção no setor privado. Já a segunda, apesar de conter um dispositivo sobre o enfrentamento desta forma de corrupção em específico, acaba por não exercer influência sobre os ordenamentos jurídicos dos Estados analisados nesta pesquisa.

Por certo, a partir da análise de seu preâmbulo, pode-se constatar que a Ação Comum nasce a partir de uma política dos Estados europeus de combate à criminalidade organizada, relacionada diretamente a uma estratégia global de luta contra a corrupção. Ainda, pelo disposto em seu preâmbulo, percebe-se que a Ação Comum visava à tutela da concorrência leal e do bom funcionamento do mercado interno e internacional⁵¹.

A definição de corrupção passiva no setor privado é dada pelo artigo 2º, n. 1, da Ação Comum, como⁵²:

“[...] the deliberate action of a person who, in the course of his business activities, directly or through an intermediary, requests or receives an undue advantage of any kind whatsoever, or accepts the promise of such an advantage, for himself or for a third party, for him to perform or refrain from performing an act, in breach of his duties [...]”⁵³.

A Ação Comum do Conselho da União Europeia define a corrupção privada como um crime próprio, que tem como sujeito ativo as pessoas definidas no artigo 1º, como “any employee or other person when directing or working in any capacity for or on behalf of a natural or legal person operating in the private sector”. Assim, o leque de pessoas que podem figurar no polo ativo do delito é amplo. Por essa razão, pode abranger tanto os sujeitos que detêm altos cargos na empresa, como diretores e membros do órgão de administração, como também os empregados ou qualquer sujeito que preste seus serviços a uma pessoa individual ou coletiva, com ou sem vínculo empregatício, como os advogados ou representantes comerciais⁵⁴.

⁵¹ “Having regard to the report of the High-level Group on Organised Crime, which was approved by the European Council meeting in Amsterdam on 16 and 17 June 1997, and more particularly Recommendation No 6 of the Action Plan to combat organised crime of 28 April 1997 (1), which provides for the development of a comprehensive policy against corruption, [...] Whereas corruption distorts fair competition and undermines the principles of openness and freedom of markets, and in particular the smooth functioning of the internal market, and also militates against transparency and openness in international trade [...]”

⁵² Importante ressaltar que as diferentes traduções dos dispositivos, não só da Ação Comum do Conselho da União Europeia, mas também dos demais instrumentos internacionais que serão analisados posteriormente nesta pesquisa, pode conduzir a diferentes interpretações por parte da doutrina e da doutrina jurisprudência. Dessa forma, nesta pesquisa, optar-se-á por sua compilação na língua inglesa, por ser a forma original das respectivas diretivas e convenções.

⁵³ Optou-se pela transcrição em língua inglesa deste e dos seguintes instrumentos internacionais que serão analisados, por ser a sua língua original, e tendo em vista os problemas que podem advir das diferentes interpretações de suas traduções.

⁵⁴ ARZAMENDI, José Luis De la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionale e di diritto comparato. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI,

Ainda, restringe-se a ação dessas pessoas para as condutas praticadas no âmbito empresarial, devendo-se compreender como aquelas atividades que perseguem finalidades comerciais ou econômicas. Portanto, estariam excluídas do tipo penal as atividades que não possuem finalidades lucrativas⁵⁵.

Ademais, exige-se que a conduta do corrupto seja praticada em violação de suas funções. Conforme o artigo 1º da Ação Comum, caberia ao direito nacional de cada país a definição do que se entenderia por violação de funções, devendo a expressão incluir, como mínimo, “any disloyal behaviour constituting a breach of a statutory duty, or, as the case may be, a breach of professional regulations or instructions, which apply within the business of a ‘person’ as defined in the first indent”.

Com isso, considerava-se como crime apenas a corrupção própria, praticada em violação das obrigações estatutárias ou profissionais do agente. Dessa forma, conforme interpretação de José Luis de la Cuesta Arzamendi e Isidoro Blanco Cordero, este dispositivo teria como fim a tutela dos interesses do empreendedor em face de condutas desleais de seus dependentes⁵⁶.

Esta interpretação, contudo, acaba por conduzir a duas perplexidades. A primeira no sentido de que seria inviabilizada a punição do empregado ou dependente quando praticasse o ato com o consentimento do empreendedor, ainda que a conduta fosse apta a lesionar a concorrência. Isso porque, nesse caso, não haveria qualquer violação aos interesses do empresário, tendo em vista que o mesmo teria consentido a corrupção de seu funcionário⁵⁷.

Outrossim, qual seria o bem jurídico que deveria ser tutelado pelo delito, nos termos da Ação Comum do Conselho da União Europeia: a concorrência leal ou os interesses do empresário? Conforme parcela da doutrina, apesar de o preâmbulo da Ação Comum dar a entender que o bem jurídico tutelado fosse a concorrência e a proteção do mercado competitivo, a elementar normativa do tipo penal acabaria por trazer um outro

Luigi (org.). **La corruzione tra privati**: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 53; CABANA, Patrícia Faraldo. **Hacia un delito de corrupción en el sector privado**. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/3_hacia-un-delito-de-corrupcion.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017. p. 74.

⁵⁵ Ibidem, p. 54.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem, p. 53.

bem jurídico: os interesses dos empresários em face de condutas desleais praticadas por seus dependentes⁵⁸.

Por outro lado, a opinião majoritária da doutrina é no sentido de que o principal interesse a ser tutelado pela Ação Comum era, sim, a concorrência leal e o correto funcionamento da economia de mercado, diante das condutas de corrupção no setor privado⁵⁹. Nesse sentido, cita-se Vincenzo 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”⁶⁰.

Sendo assim, tendo em vista o correto funcionamento do mercado, a Ação Comum dispunha que os Estados tomassem as medidas necessárias para criminalizar a corrupção privada em sua forma passiva, pelo menos nos casos em que houver, ou que possa haver, distorções da concorrência, no âmbito do mercado comum, bem como que implique, ou possa implicar, prejuízos econômicos para terceiros em razão da indevida celebração ou execução de um contrato (artigo 2º, n. 2)⁶¹. Assim, a Ação Comum determinava que a incriminação da corrupção privada deveria levar em conta a tutela da concorrência, como um bem jurídico supraindividual, mas com um referencial ao

⁵⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. op cit., p. 56-57; CABANA, Patrícia Faraldo. op cit., p. 72; OLIVA, Juan Ignacio Rosas. 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. 112.

⁵⁹ MARTÍN, Adán Nieto. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado. **Revista Penal**, n. 10, jul. 2002, p.57; LA ROSA, Emanuele. La repressione penale della “corruzione privata”. Messina: JGB Edizioni, 2011. p. 58-59. Já no âmbito da Decisão Quadro, mas que manteve as mesmas orientações da Ação Comum anterior no que diz respeito aos interesses tutelados: SEMINARA, Sergio. Il reato di corruzione tra privati. In: **Le Società** – Anno XXXII. Milano: Wolters Kluwer Italia S.r.l, 2013. p. 62; Foffani, Luigi. op cit., p. 388.

⁶⁰ MILITELLO, Vincenzo. La corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 2003. p. 361.

⁶¹ “Subject to Article 4(2), each Member State shall take the necessary measures to ensure that conduct of the type referred to in paragraph 1 is made a criminal offence. These measures shall at least cover such conduct which involves, or could involve, the distortion of competition, as a minimum within the common market, and which results, or might result, in economic damage to others by the improper award or improper execution of a contract.”

patrimônio de terceiros. Estes terceiros poderiam ser entendidos como os consumidores, os concorrentes ou os próprios empregadores⁶².

Dessa forma, o dispositivo referido estabelecia a obrigatoriedade de os Estados tipificarem o crime ao menos nos casos de dano ou perigo concreto de distorção da concorrência ou ao patrimônio de terceiros. Em contrapartida, importa ressaltar que mesmo um perigo abstrato a estes bens jurídicos já seria suficiente para a caracterização do crime⁶³. O mesmo pode ser afirmado para o caso da corrupção privada em sua forma ativa, conforme o artigo 3º, n. 2 da Ação Comum.

Por outro lado, para os casos menos graves, a Ação Comum possibilitava que os Estados previssem sanções não penais, de natureza cível ou administrativa, nos termos do artigo 4º, n. 2⁶⁴. Este dispositivo estava em consonância com o princípio da subsidiariedade do direito penal, reservando a intervenção deste apenas para os casos mais graves, nos quais seriam insuficientes as medidas civis e administrativas, como a indenização, ou, ainda no plano da prevenção, ações de *compliance* no interno das organizações⁶⁵.

Quanto à corrupção privada em sua forma ativa, ela vem definida no artigo 3º, n. 1 da Ação Comum, como:

“[...] the deliberate action of whosoever promises, offers or gives, directly or through an intermediary, an undue advantage of any kind whatsoever to a person, for himself or for a third party, in the course of the business activities of that person in order that the person should perform or refrain from performing an act, in breach of his duties [...]”.

Por conseguinte, constitui o referido delito a forma reversa da corrupção privada em sua forma passiva, de modo que as considerações anteriores aqui também se aplicam, com algumas ressalvas. Ao contrário de sua forma passiva, o crime de corrupção privada ativa constitui um delito comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa.

⁶² ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. op cit., p. 69.

⁶³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. op cit., p. 57.

⁶⁴ “However, for minor cases of active or passive corruption, in the private sector, a Member State may provide for penalties of a different kind from those referred to in paragraph 1”.

⁶⁵ Nesse sentido, e criticando a ausência desse dispositivo na Decisão Quadro. LA ROSA, Emanuele. op cit., p. 56-57.

Por fim, os artigos 5º e 6º da Ação Comum tratam da responsabilidade e das sanções, respectivamente, das pessoas jurídicas, o que será analisado adiante⁶⁶.

Diante do exposto, a partir de uma interpretação sistemática da Ação Comum, poder-se-ia concluir que o bem jurídico primordial a ser tutelado pelo crime de corrupção privada era, sim, a concorrência e o correto funcionamento do mercado. Contudo, a incriminação era restrita aos casos de corrupção própria, nos quais a conduta era praticada pelo sujeito em contrariedade às suas funções⁶⁷.

Dessa forma, a ocorrência do delito pressupunha a lesão aos interesses do empresário. Todavia, os interesses tutelados eram também externos àquela relação estabelecida entre principal-agente. Dentre estes, poder-se-ia referir àqueles interesses de natureza individual, como o patrimônio dos consumidores e dos demais concorrentes. E, ainda, um interesse de natureza supraindividual, entendido como a concorrência leal e o correto funcionamento do mercado⁶⁸.

b) Convenção penal sobre corrupção do Conselho da Europa:

Logo após o advento da Ação Comum do Conselho da União Europeia, surge a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, de 1999. Esta, ao contrário da anterior, trata de uma gama muito ampla de aspectos relativos à luta internacional contra a corrupção, estabelecendo medidas para o combate à corrupção de agentes públicos nacionais, de agentes públicos estrangeiros, de funcionários de organizações internacionais, da corrupção privada e lavagem de dinheiro⁶⁹. Dessa forma, a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa tem como finalidade promover a harmonização dos ordenamentos nacionais em matéria de combate à corrupção⁷⁰.

Quanto à corrupção privada, a Convenção apresenta três principais motivos para a sua incriminação pelos Estados. O primeiro seria a proteção da confiança, lealdade e sigilo

⁶⁶ Os demais dispositivos da Ação Comum, relativos à competência dos Estados e à sua adoção por seus ordenamentos jurídicos internos, não serão analisados, em razão de não trazerem relevância para o objeto do trabalho, e pela inaplicabilidade da Ação Comum atualmente.

⁶⁷ ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. op. cit., p. 68-69.

⁶⁸ MILITELLO, Vincenzo. La corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 361; ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. p. 74; LA ROSA, Emanuele. op cit., p. 60-62.

⁶⁹ HUBER, Barbara. Introduzione. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 2003.

⁷⁰ SPENA, Alessandro. op. cit., 2007.

nas atividades econômicas. O segundo seria a proteção da concorrência. E, por último, a sua tipificação penal pelos Estados seria importante em razão das recentes privatizações de serviços públicos, ocorridas em ramos como das telecomunicações, transporte, água, luz, educação, saúde etc., a fim de suprimir eventuais lacunas quanto à punibilidade de funcionários corruptos deixada por estas⁷¹.

A corrupção passiva no setor privado é definida pelo artigo 8º da Convenção nos seguintes termos:

“Committed intentionally, in the course of business activity, the request or receipt, directly or indirectly, by any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in breach of their duties”.

Já a corrupção ativa é definida pelos seguintes atos:

“Committed intentionally in the course of business activity, the promising, offering or giving, directly or indirectly, of any undue advantage to any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, for themselves or for anyone else, for them to act, or refrain from acting, in breach of their duties”.

Assim, para a incriminação, exige-se primeiramente que o ato seja praticado no curso de atividade comercial. Com isso, em relação às entidades privadas para as quais deve trabalhar o corrupto, somente estariam incluídas as pessoas ou entidades que desempenhem atividades com finalidades lucrativas. Dessa forma, não estariam abrangidas pelo tipo penal as condutas de corrupção privada cometidas em detrimento de organizações não governamentais ou associações, por exemplo.

Ainda, a expressão “business activity” deve ser compreendida, em seu sentido amplo, como qualquer atividade comercial. Poder-se-ia citar, por exemplo, o comércio de

⁷¹ Explanatory Report. Disponível em: <https://rm.coe.int/16800cce44>. Acesso em 06 fev. 2017. p. 11. Ainda, para um aprofundamento sobre o papel desempenhado pelo Conselho da Europa no combate à corrupção, ver MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p. 485 e sgs.

bens e serviços, incluindo-se os serviços prestados ao público, como transportes e telecomunicações⁷².

Ademais, por entidade do setor privado, deve-se entender qualquer pessoa que seja integrada totalmente ou de maneira determinante pelo poder privado, como sociedades e fundações, ainda que desprovidos de personalidade jurídica. Na expressão entidade, estariam incluídas, ainda, as pessoas físicas⁷³.

Já os sujeitos que podem integrar o polo ativo do crime de corrupção privada em sua forma passiva são aqueles que desempenham qualquer tipo de atividade para a entidade do setor privado. Incluem-se não somente as pessoas que possuem vínculo empregatício, mas também aquelas que possuem vínculo não trabalhista ou desempenhem funções de maneira não permanente, como advogados, consultores, contadores e agentes comerciais. Além disso, conforme a *Explanatory report* da Convenção, poderiam praticar corrupção privada os detentores de altos cargos da pessoa jurídica, como os membros do conselho de administração, mas não os acionistas⁷⁴.

Contudo, quanto às pessoas que poderiam ser imputadas pelo crime em sua forma passiva, a partir da Convenção, seriam todos os detentores de altos cargos na entidade privada passíveis de responsabilização? A doutrina diverge nesse sentido. Segundo Vincenzo Mongillo, além dos acionistas, a Convenção também excluiria do âmbito de incriminação os sócios da sociedade⁷⁵. Já os autores José Luis de la Cuesta Arzamendi e Isidoro Blanco Cordero, por outro lado, apesar de concordarem que os acionistas estariam excluídos, consideram que a relação entre sócios poderia, sim, dar ensejo ao crime⁷⁶.

De fato, em uma primeira análise, considera-se que não haveria por que excluir a responsabilização dos sócios, uma vez que estes também estão vinculados a uma entidade privada, a sociedade, e também possuem o dever de agir nos seus estritos interesses. Desta forma, esta interpretação poderia também depender da participação do sócio na administração da sociedade. Em tese, apenas o sócio que participe ativamente de sua administração poderia ser capaz de cometer o crime, uma vez que a conduta deve ser cometida no exercício de suas funções. Não obstante, o sócio que apenas detém a sua quota

⁷² Explanatory Report. Op cit. p. 11; MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p. 494.

⁷³ ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. op cit., p. 48-49.

⁷⁴ Explanatory Report. op cit., p. 11.

⁷⁵ MONGILLO, Vincenzo. op cit., p. 494.

⁷⁶ ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. op cit., p. 48.

parte, mas sequer tem conhecimento sobre as ações e decisões que são tomadas na sociedade, jamais poderia cometer o delito pelo seu distanciamento com a atividade da sociedade.

Portanto, apesar das divergências quanto ao sujeito ativo, pode-se concluir que a corrupção privada tem a sua base na relação entre uma pessoa que trabalha para uma entidade privada, de natureza física ou jurídica, e que exerça atividades comerciais⁷⁷. Assim, pode-se entender esta relação como a demonstração prática da teoria da agência, que já foi mencionada, cuja estrutura é perfeitamente aplicável ao delito em análise⁷⁸.

Além disso, quanto às vantagens recebidas pelo corrupto, estas devem ser indevidas, incluindo-se todo tipo de vantagens recebidas e que não sejam admitidas pelas funções do funcionário. Discute-se, na doutrina, se essas vantagens poderiam ser apenas materiais, ou se poderiam abranger também as vantagens de caráter imaterial, como, por exemplo, favores sexuais. Conforme José Luis de la Cuesta Arzamendi e José Blanco Cordero, também se incluiriam essas de valor imaterial. Conforme os autores, o que seria imprescindível é o melhoramento da posição do corrupto em relação à situação anterior⁷⁹.

Ainda, é prevista a punibilidade da corrupção apenas em sua forma própria, exigindo-se que a conduta do agente seja realizada em contrariedade às suas funções. Esta expressão deve ser interpretada de forma ampla, abrangendo as normas de natureza particular que regulam a relação do sujeito com a entidade, como o contrato e os códigos de ética, mas não apenas isso. Deve-se incluir também a obrigação de o agente agir e se portar conforme os estritos interesses do seu principal, sob pena de violação do dever de lealdade ínsito a esta relação⁸⁰.

⁷⁷ FLORE, Daniel. **L'incrimination de la corruption**: Les nouveaux instruments internationaux. La nouvelle loi belge du 10 février 1999. La charte: Bruxelles, 1999. p. 68.

⁷⁸ Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho da Explanatory report, ao se referir sobre o crime de corrupção privada previsto na Convenção: "This provision prohibits bribing any persons who "direct or work for, in any capacity, private sector entities". Again, this a sweeping notion to be interpreted broadly as it covers the employer-employee relationship but also other types of relationships such as partners, lawyer and client and others in which there is no contract of employment". EXPLANATORY report. op cit. p. 11.

⁷⁹ ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. op cit., p. 47.

⁸⁰ Explanatory Report. op cit., 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".

Com isso, incriminar-se-ia a violação do dever de lealdade do funcionário, que deveria agir em conformidade com as obrigações estabelecidas e com os interesses de seu principal. Assim, conforme Daniel Flore, a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa teria como objetivo exclusivo a proteção da empresa, por meio da tutela das relações internas de confiança entre mandatário e mandante, e não a proteção da concorrência⁸¹.

Note-se que o entendimento exposto acaba por trazer alguns questionamentos a partir das diretrizes da Convenção. Considerando-se que a incriminação da corrupção privada nela prevista teria como objetivo a tutela das relações internas na empresa, seria possível a prática do crime, em sua forma passiva, por alguém que não guarde qualquer relação de representação no âmbito interno da empresa? Esse seria o caso, por exemplo, do empresário individual, ou, no caso de uma sociedade comercial, de um sócio administrador que detenha a totalidade das quotas sociais da sociedade.

Nesses termos, conforme Vincenzo Mongillo, não seriam puníveis os atos de corrupção privada praticados entre dois dirigentes de sociedade (principal-principal), detentores do mais alto grau de poder, por não haver a violação do dever de lealdade exigido na Convenção⁸². O mesmo raciocínio poderia ser aplicado, ainda, ao caso do empresário individual. Assim, justamente pelo delito de corrupção privada pressupor uma relação de agência, quando esta for inexistente, não haverá crime.

Com efeito, nos casos referidos, a conduta do sujeito entraria no livre exercício da atividade empresarial. Desse modo, ainda que dela pudesse advir um dano, este seria suportado exclusivamente pelo patrimônio do empresário⁸³.

Em verdade, outro problema que se poderia colocar é quanto ao consentimento do empresário no recebimento da vantagem por seu funcionário. Assim, questiona-se: seria punível a corrupção passiva do agente que recebe a vantagem com o consentimento do principal? Nesse caso, também não haveria violação da relação de confiança estabelecida entre principal-agente. Destaca-se que, no âmbito da Convenção, o desvalor da corrupção

⁸¹ FLORE, Daniel. **L'incrimination de la corruption**: Les nouveaux instruments internationaux. La nouvelle loi belge du 10 février 1999. La charte: Bruxelles, 1999. p. 68. No mesmo sentido ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. op cit., p. 49. Salienta-se que essa é a afirmação dos autores de la Cuesta e Cordero, tendo em vista a análise da Convenção do Conselho da Europa, o que diverge de suas opiniões pessoais. Os autores concluem que a incriminação deve tutelar não só a lealdade e confiança entre mandatário e mandante, mas também a concorrência e o patrimônio de terceiros lesados. op cit., p. 74.

⁸² MONGILLO, Vincenzo. op cit., p. 493.

⁸³ SEMINARA, Sérgio. Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati. In: **Diritto penale e processo** 6/2017. p. 724.

está na clandestinidade da vantagem recebida pelo sujeito, que passa a agir segundo outros interesses que não os do seu principal⁸⁴. Então, na medida em que o empregador conhece e consente a corrupção de seu funcionário, não haverá violação de seus interesses, sendo a conduta atípica⁸⁵.

Ainda, quanto aos interesses tutelados pela Convenção, cabe destacar o entendimento de Vincenzo Mongillo, para quem aquela também visaria à defesa dos valores da concorrência leal. Assim, argumenta o autor que, ao se exigir na incriminação da corrupção privada que esta seja praticada no âmbito de atividade comercial (*business activity*), estar-se-ia, também, buscando a tutela da economia como um todo⁸⁶.

Por fim, importante afirmar que as disposições da Convenção Penal do Conselho da Europa quanto à corrupção privada não são vinculantes para os Estados, uma vez que estes podem opor reservas quanto à sua incriminação em suas legislações internas, nos termos do artigo 37, n. 1 da Convenção⁸⁷.

c) Decisão Quadro 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia

Após, em 22.07.2003, surge a Decisão Quadro 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia, que derogou a Ação Comum n. 98/724/JAI, antes examinada. A Decisão Quadro é elaborada no contexto dos objetivos da União, que tem como objetivo proporcionar aos seus cidadãos um elevado grau de proteção, dentro de um espaço de liberdade, segurança e justiça, nos termos do artigo 67 do atual Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁸⁸. Dessa forma, a partir dessas diretrizes, a

⁸⁴ Nesse sentido, veja-se o Explanatory report da Convenção: “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”. p. 12.

⁸⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção no setor privado**. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 62-63. MONGILLO, Vincenzo. op cit., p. 493.

⁸⁶ MONGILLO, Vincenzo. op cit., p. 494.

⁸⁷ “Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, reserve its right not to establish as a criminal offence under its domestic law, in part or in whole, the conduct referred to in Articles 4, 6 to 8, 10 and 12 or the passive bribery offences defined in Article 5”.

⁸⁸ “The Union shall constitute an area of freedom, security and justice with respect for fundamental rights and the different legal systems and traditions of the Member States”.

União busca também a harmonização⁸⁹ da legislação dos Estados Membros com o estabelecimento de regras mínimas a respeito da incriminação e das sanções aplicáveis no âmbito da criminalidade particularmente grave e com dimensão transfronteiriça, como a corrupção, neste caso, conforme o artigo 83, n. 1, do TFUE⁹⁰.

Nesses termos, a adoção pelos Estados Membros da União Europeia das disposições estabelecidas na Decisão Quadro é de natureza obrigatória, e sujeita à fiscalização do Conselho, nos termos do seu artigo 9º⁹¹. Em seu preâmbulo, a Decisão Quadro também reconhece a corrupção como uma ameaça ao Estado de Direito, por causar a distorção da concorrência na aquisição de bens ou serviços comerciais e impedir um desenvolvimento econômico sólido⁹².

⁸⁹ Sobre a aproximação de leis penais promovida pela União por meio da harmonização das legislações dos Estados, ver KLIP, André. **European Criminal Law. Interentia**: Antwerp – Oxford – Portland, 2009. p. 23; RODRIGUES, Anabela Miranda. **O direito penal europeu emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 94 e 95; PINTO, Inês Horta. Os efeitos do “Direito Penal Europeu” nos sistemas sancionatórios dos Estados-Membros da União Europeia. In: COSTA, Manuel da Andrade; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. (org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 822-823.

⁹⁰ “The European Parliament and the Council may, by means of directives adopted in accordance with the ordinary legislative procedure, establish minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in the areas of particularly serious crime with a cross-border dimension resulting from the nature or impact of such offences or from a special need to combat them on a common basis. C 326/80 Official Journal of the European Union 26.10.2012 EN These areas of crime are the following: terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organised crime”. Ainda, sobre as obrigações de punir impostas aos Estados pela União, ver CAEIRO, Pedro. **Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 435 e sgs. Conforme o autor, a competência da União em matéria penal pode se dar por meio do estabelecimento de limites negativos e positivos ao poder punitivo do Estado, a partir das prohibitionis puniendi ou obligationis puniendi, respectivamente. (p. 408). Ainda, sobre a competência da União em matéria penal e a sua influência sobre as legislações nacionais dos Estados, ver Caeiro, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 22, v. 107, mar./abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 201 e sgs.

⁹¹ “1. Member States shall take the necessary measures to comply with the provisions of this Framework Decision before 22 July 2005.

2. By the same date, Member States shall transmit to the General Secretariat of the Council and the Commission the text of the provisions transposing into their national law the obligations imposed on them under this Framework Decision. On the basis of a report established using this information and a written report from the Commission, the Council shall before 22 October 2005 assess the extent to which Member States have complied with the provisions of this Framework Decision”.

⁹² “Member States attach particular importance to combating corruption in both the public and the private sector, in the belief that in both those sectors it poses a threat to a law-abiding society as well as distorting competition in relation to the purchase of goods or commercial services and impeding sound economic development. In that context the Member States which have not yet ratified the European Union Convention of 26 May 1997 and the Council of Europe Convention of 27 January 1999 will consider how to do so as soon as possible”.

Assim, o delito de corrupção privada, em sua forma passiva, é previsto no artigo 2º, n.1, “b”, como o ato de:

“Directly or through an intermediary, requesting or receiving an undue advantage of any kind, or accepting the promise of such an advantage, for oneself or for a third party, while in any capacity directing or working for a private-sector entity, in order to perform or refrain from performing any act, in breach of one's duties”.

Já a sua forma ativa é definida no artigo 2º, n.1, “a”, como:

“Promising, offering or giving, directly or through an intermediary, to a person who in any capacity directs or works for a private-sector entity an undue advantage of any kind, for that person or for a third party, in order that that person should perform or refrain from performing any act, in breach of that person's duties”.

Ademais, o artigo 2º, n. 2 dispõe que as condutas consideradas como corrupção privada aplicar-se-ão às atividades profissionais de entidades privadas com ou sem fim lucrativo⁹³. Dessa forma, diferentemente do que ocorria nos instrumentos internacionais anteriormente analisados, pelo disposto na Decisão Quadro, não há dúvida de que a incriminação de condutas de corrupção privada possa envolver entidades cuja atividade não possua finalidade lucrativa, como associações e organizações não governamentais, por exemplo.

Desse modo, considera-se medida fundamental para o combate à corrupção a inclusão dessas entidades sem fim lucrativo, sob pena de se deixar lacunas na punição de situações relevantes e de elevado grau de desvalor. Exemplifica-se por meio dos recentes casos de escândalos de corrupção envolvendo a Fifa e a Confederação Brasileira de Futebol (CBF). Estes envolveram o suposto recebimento de valores pelos dirigentes dessas entidades, em troca da concessão de direitos comerciais sobre torneios a empresas de *marketing* desportivo. Em que pese essas instituições não tenham finalidade lucrativa, os

⁹³ “Paragraph 1 applies to business activities within profit and non-profit entities”.

fatos sob investigação teriam circundado transações envolvendo milhões de dólares, o que torna evidente o elevado desvalor da conduta perpetrada por esses atores privados⁹⁴.

Ademais, em relação à obrigatoriedade de incriminação, dispõe-se aos Estados Membros a faculdade de limitar o âmbito de incidência da corrupção privada às atividades que causem, ou possam causar, a distorção da concorrência quando da aquisição de bens ou serviços comerciais, nos termos do artigo 2º, n. 3⁹⁵. Destaca-se que, diferentemente da redação trazida pela Ação Comum, retirou-se a exigência do prejuízo econômico para terceiros, bem como a restrição da distorção da concorrência ao âmbito do mercado comum. A interpretação desse dispositivo, por sua vez, tem causado algumas divergências na doutrina.

Em uma primeira análise, tal dispositivo parece contraditório aos interesses tutelados pela Decisão Quadro. Afinal, se o seu próprio preâmbulo destaca o objetivo de tutela da concorrência, qual o objetivo de se admitir uma limitação à proteção deste mesmo bem jurídico?

Dessa forma, conforme parcela da doutrina, diante da diversificada potencialidade lesiva do crime, que poderia ofender interesses outros que não apenas a concorrência leal, conceder-se-ia aos Estados a escolha quanto ao modelo de tutela. Nesse sentido, afirmando o alargamento do âmbito do que se visa tutelar com a corrupção privada para além da proteção do mercado, o relatório da Comissão dirigida ao Conselho da União Europeia parece deixar aos Estados a decisão quanto ao alcance da incriminação da corrupção privada⁹⁶. Assim, na opinião dos autores Ignacio Gómez de la Torre e Giorgio Cerina, os

⁹⁴ Consultor Jurídico. Caso Fifa, mesmo que comprovado, não pode ser considerado crime no Brasil (05.06.2015). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/brasil-fifa-nao-considerado-crime-corrupcao>>. Acesso em: 21 fev. 2017; CONSULTOR Jurídico. Caso Fifa mostra a fragilidade da ordem jurídica do país no assunto (01.06.2015). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-01/conrado-gontijo-fragilidade-ordem-juridica-brasileira-escandalo-fifa>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

⁹⁵ “A Member State may declare that it will limit the scope of paragraph 1 to such conduct which involves, or could involve, a distortion of competition in relation to the purchase of goods or commercial services”.

⁹⁶ Literalmente: “Article 2 is the key Article of the 2003 Framework Decision. It not only combines the definitions and offences relating to active and passive corruption respectively, but broadens the scope of the offences beyond the internal market, unless a Member State explicitly makes a Declaration retaining such a limit. Article 2 proved highly problematic for most of the 20 Member States. Only two (BE, UK correctly transposed all its elements. However, with the exception of one requirement within Article 2(1), PT and IE otherwise did so too. While it can be said that Member States have to some extent criminalised active and passive corruption in the private sector, there are a number of issues which States failed to address adequately. This is a grave concern, as the omitted elements mean that the legislation could be easily circumvented. Member States are requested to address these gaps as a matter of urgency”. Report from the Commission to the Council based on the article 9 of the Council Framework Decision 2003/568/JHA. Document COM (2007) 328 final. Brussels, 18.06.2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0328&rid=7>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

Estados Membros poderiam limitar a tipificação da corrupção privada à tutela da concorrência leal, ou, então, levar em conta a sua criminalização com base em outros interesses⁹⁷.

Por outro lado, entende-se também que a potencialidade lesiva da corrupção privada estaria na alteração do correto funcionamento do mercado. Desse modo, o crime seria considerado a partir de um perigo abstrato à lesão da concorrência, quando o objeto da corrupção estiver relacionado à aquisição de bens ou serviços⁹⁸. Assim, conforme Sergio Seminara, “il concetto di distorsione si risolve in quello di alterazione delle regole di funzionamento del mercato, condividendone così la proiezione sulla dimensione del pericolo astratto e legando la propria sussistenza all’oggetto della corruzione, costituito dall’acquisizione di beni o servizi”⁹⁹.

Para tanto, diferentemente da Convenção do Conselho da Europa, a Decisão Quadro adotaria um modelo público de incriminação, que tutela a concorrência leal e o correto funcionamento do mercado por meio de um delito de perigo abstrato. Por sua vez, diante desse entendimento, a cláusula restritiva prevista no artigo 2º, n. 3, da Decisão Quadro estabeleceria a obrigatoriedade aos Estados de incriminar as condutas de corrupção privada, pelo menos, nos casos em que estas causem um dano, ou sejam suscetíveis de causar um perigo concreto à distorção da concorrência. Em síntese, poder-se-ia afirmar que a regra seria a tipificação de um delito de perigo abstrato, mas se concederia aos Estados a faculdade de estabelecer a incriminação considerando apenas os casos de criação de um perigo concreto ao bem jurídico tutelado, a ser verificado em cada situação¹⁰⁰.

⁹⁷ LA TORRE, Ignacio Bergugo Gómez de; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr., 2011, p. 188-189.

⁹⁸ SEMINARA, Sergio. La disciplina della corruzione pubblica e privata in Italia, alla luce degli strumenti europei e internazionali. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês; SOUSA Susana Aires de. (org). **Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu: atas do simpósio**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 194-196.

⁹⁹ Ibidem, p. 196.

¹⁰⁰ Nesse sentido, vejam-se as seguintes considerações de Sergio Seminara: “Il deciso spostamento degli assetti di tutela non si risolve però nel definitivo ripudio del modello “lealístico”, poiché l’art. 2.3. della Decisione quadro ammette (rectius, ammetteva) una limitazione della punibilità «alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all’acquisizione di beni o servizi commerciali». Tale riconoscimento della duplice dimensione offensiva della corruzione privata – e dunque della lesività del fenomeno anche in ambiti estranei alla concorrenza – è poi venuto meno quando la norma appena citata, come si osserverà tra poco, ha perduto validità: l’obbligo per gli Stati membri di procedere a un’indiscriminata repressione della corruzione privata sottende una visione del reato all’insegna di una totalizzante accezione “pubblicistica”, incentrata sulla tutela della libertà di concorrenza e sul corretto funzionamento del sistema economico. In questa prospettiva, la corruzione privata è – deve essere, perché così afferma la Decisione quadro – un fatto offensivo dei beni ora menzionati. Donde l’ulteriore conseguenza

Contudo, a referida cláusula, destaque-se, hoje não se encontra mais em vigor, por ter decorrido o período de cinco anos da implementação da Decisão Quadro, e não ter sido renovada nos termos do artigo 2º, n. 4¹⁰¹. Assim, atualmente, todos os Estados teriam a obrigação de estabelecer uma incriminação dos atos corruptivos privados nos moldes determinados pelo Conselho da União Europeia.

Neste contexto, quanto à definição do bem jurídico tutelado com a incriminação da corrupção privada pela Decisão Quadro, a doutrina não é unânime. Para Carlos Gómez Jara, ela teria como objetivo a proteção da concorrência leal. Assim, conforme o autor, esta interpretação teria sentido pelo disposto no preâmbulo da Decisão Quadro, bem como pela possibilidade de os Estados limitarem sua incriminação aos fatos capazes de causar, ao menos, dano ou perigo concreto à distorção da concorrência. Ainda, o modelo de tutela da concorrência teria sentido com os objetivos perseguidos pela União Europeia, a partir da criação de um Mercado Comum Europeu¹⁰².

Ainda, conforme Ignacio Gómez de la Torre e Giorgio Cerina, o caráter público de proteção da concorrência estaria evidenciado pela fonte dos deveres aos quais se exige o cumprimento pelo corrupto. Conforme os autores, a Decisão Quadro identificaria esses deveres com a necessidade de cumprimento da lei e das normas ou regulamentos profissionais que se apliquem ao setor de atividade do funcionário, todos de caráter público. Diferentemente do disposto na Convenção Penal do Conselho da Europa, por exemplo, que adotaria um modelo privado de incriminação da corrupção privada, ao

che, mentre l'art. 2.3. della Decisione quadro evocava la distorsione della concorrenza nel contesto di un reato di danno o almeno di pericolo concreto (100), l'indifferenziata punibilità della corruzione privata e la sua proiezione sulla tutela della concorrenza ora orientano la ricostruzione della fattispecie nel senso del pericolo astratto se non, addirittura, presunto". SEMINARA, Sergio. Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati. In: **Diritto penale e processo 6/2017**.p. 724.

¹⁰¹ "Declarations referred to in paragraph 3 shall be communicated to the Council at the time of the adoption of this Framework Decision and shall be valid for five years as from 22 July 2005".

¹⁰² DIÉZ, Carlos Gómez-Jara. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y o administración desleal. **Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales**, n. 74, may/ago, 2008, p. 229. No mesmo sentido, PASCUAL, Antoni Gili. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Madrid: 2007. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-13.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017. p. 7; SEMINARA, Sergio. Il reato di corruzione tra privati. In *Le Società* – Anno XXXII. **Wolters Kluwer Italia S.r.l**, Milano, 2013. p. 62.

relacionar o dever de lealdade do funcionário com seu empregador à obediência de normas contratuais ou relativas aos códigos de conduta da empresa, todos de natureza privada¹⁰³.

Do mesmo modo, Otero Pilar González entende que a Decisão Quadro teria como objetivo a proteção da concorrência leal. No entanto, o autor adota um entendimento diverso quanto ao sentido da violação de deveres pelo sujeito. Nesses termos, a necessidade de incumprimento das obrigações pelo agente teria sido introduzida apenas para fins de delimitação da conduta típica, e deveria ser interpretada como um dever extrapenal relativo às leis de proteção da concorrência¹⁰⁴.

No entanto, conforme já afirmado, o modelo de incriminação da corrupção privada trazido pela Decisão Quadro traz a exigência de que a conduta seja praticada pelo corrupto na violação de suas funções. Em seu artigo 1º, a Decisão Quadro define a expressão como sendo “any disloyal behaviour constituting a breach of a statutory duty, or, as the case may be, a breach of professional regulations or instructions, which apply within the business of a person who in any capacity directs or works for a private sector entity”. Assim, ter-se-ia a incriminação apenas da corrupção própria.

Por outro lado, ainda sobre a violação de deveres pelo funcionário, Barbara Huber defende a interpretação desta expressão de uma forma ampla, sendo capaz de abranger qualquer conduta do sujeito realizada em contrariedade aos interesses do principal:

“A differenza della corruzione nell’ambito del diritto pubblico, l’effetto dell’atto di corruzione deve consistere in una violazione dei propri doveri. Non è punibile l’avvantaggiare agendo nel rispetto dei propri doveri. Si ritiene oltrepassato il confine della punibilità solamente nel caso in cui si violi il dovere contrattuale di lealtà dell’impiegato ed il dovere di non nuocere al proprio datore di lavoro. Il concetto di violazione dei doveri contrattuali del lavoratore è ampio, poiché è comprensivo di ogni azione od omissione contro l’interesse del datore di lavoro, che fa venire meno la fiducia e l’affidamento nella lealtà del lavoratore. Il centro della fattispecie delittuosa non è tanto l’azione di per sé, quanto il tenerla segreta. È la segretezza a

¹⁰³ LA TORRE, Ignacio Bergugo Gómez de; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr., 2011. p. 187-188.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ, Pilar Otero. Corrupción entre particulares (Delito de). **Eunomia: revista em cultura de la legalidade**, n. 3, septiembre 2012/febrero 2013. p. 178-179.

minacciare l'interesse dell'impresa privata ed a far apparire l'azione come pericolosa”¹⁰⁵.

Dessa forma, parte da doutrina entende que se adotaria um modelo privado de incriminação, que visaria a proteger os deveres de lealdade e confiança nas relações internas da entidade privada. Nessa perspectiva, o bem jurídico tutelado remeter-se-ia aos interesses do empresário, nos mesmos termos da Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa anteriormente analisada¹⁰⁶.

Há, ainda, quem defenda a adoção de um modelo híbrido de proteção. Com base neste modelo, buscar-se-ia tanto a tutela da concorrência quanto da relação de confiança entre agente-principal, exigindo-se, para a realização do tipo penal, uma violação dupla de bens jurídicos¹⁰⁷.

Em síntese, pode-se afirmar que a Decisão Quadro adota, sim, um modelo público de incriminação. Este tem a concorrência leal e o correto funcionamento do mercado como os principais interesses tutelados. Contudo, esse modelo público não é adotado de forma exclusiva, na medida em que a realização típica pressupõe também a lesão aos interesses do principal. Assim, a tutela da concorrência encontra-se limitada pela violação de deveres pelo corrupto, que vai ocorrer quando este, mediante o recebimento de uma vantagem, tem as suas ações voltadas para o atendimento de interesses outros, que não os de seu empregador¹⁰⁸.

Diante dessas observações, suscitam-se alguns questionamentos. A tutela da concorrência leal dependeria sempre de uma administração desleal pelo funcionário? E, ainda, um suposto delito de administração desleal poderia ser absorvido pelo crime de corrupção privada, nos moldes da incriminação proposta pela Decisão Quadro? Ou a melhor opção em termos de política criminal seria a criação de um tipo penal autônomo e independente para a conduta de administração desleal¹⁰⁹? A solução destes problemas envolve uma série de fatores, e procurar-se-á resolvê-los ao longo da investigação.

¹⁰⁵ HUBER, Barbara. La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**. Cedam, 2001, p. 483.

¹⁰⁶ DIÉZ, Carlos Gómez-Jara. op cit., p. 230-231. No mesmo sentido, OLIVA, Juan Ignacio Rosas. 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. 112-113.

¹⁰⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. op cit., p. 65-66.

¹⁰⁸ MARTÍN, Adán Nieto. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado. **Revista Penal**, n. 10, jul. 2002, p. 57. SEMINARA, Sergio. op cit., p. 21-22.

¹⁰⁹ DIÉZ, Carlos Gómez-Jara. op cit., p. 235.

d) Convenção da ONU contra a corrupção:

Em nível global, a Convenção da ONU contra a Corrupção, adotada em 2003, pode ser considerada como o instrumento internacional mais importante e completo em matéria de combate à corrupção. A Convenção internacional contém disposições relativas tanto à prevenção, como à repressão do fenômeno corruptivo, além de dispor sobre cooperação internacional e recuperação de bens¹¹⁰.

Quanto à corrupção privada, a Convenção define o crime, em seu artigo 21, em sua forma ativa e passiva, respectivamente, por meio das seguintes condutas:

“(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”.

Primeiramente, apreende-se que, ao contrário do que ocorre em nível comunitário em termos de União Europeia, a Convenção da ONU não estabelece uma obrigação de criminalização da corrupção privada pelos Estados signatários¹¹¹. Isso porque, nos termos do citado dispositivo, afirma-se expressamente que os Estados devem considerar a possibilidade de tipificar o delito¹¹².

¹¹⁰ MONGILLO, Vincenzo. op cit., p. 559-560. Para uma visão geral da Convenção da ONU contra a corrupção, ver as considerações do autor. p. 556 e sgs.

¹¹¹ LA TORRE, Ignacio Bergugo Gómez de; CERINA, Giorgio Dario. op cit., p. 192.

¹¹² “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:” (grifamos)

[...]

Entretanto, o mesmo não sucede com a corrupção pública, por exemplo, em relação a qual se exige a adoção de medidas legislativas para tipificá-la¹¹³. Ainda, em um terceiro modelo de redação, a Convenção dispõe que os Estados poderão adotar determinadas medidas, como sucede no caso do artigo 27, n. 2 e 3¹¹⁴.

Assim, a incorporação do crime de corrupção no setor privado pelos Estados Membros teria um grau de obrigação intermediário à luz da Convenção da ONU sobre Corrupção. É interessante a interpretação dos autores Ignacio Gómez de la Torre e Giorgio Cerina sobre a eficácia do referido dispositivo. Para os autores, cumpririam com a obrigação citada na Convenção aqueles Estados que, pelo menos, submetessem à discussão por seus órgãos legislativos competentes a possibilidade de incorporação do crime a suas legislações internas, ainda que a decisão final seja negativa¹¹⁵.

Além disso, exige-se que o delito seja praticado intencionalmente no curso de atividade econômica, comercial ou financeira. Em relação aos benefícios indevidos dados ou oferecidos ao corrupto, poder-se-ia entender como qualquer vantagem tangível ou intangível, pecuniária ou não pecuniária¹¹⁶.

Ademais, o ponto de maior relevância para o objeto desta investigação é aquele relativo ao modelo de incriminação da corrupção privada que teria sido adotado pela Convenção da ONU sobre Corrupção. Dessa forma, primeiramente, tecer-se-ão algumas considerações sobre as diferentes propostas de redação do dispositivo da corrupção entre particulares submetidas ao Comitê *ad hoc*, que acabaram por influenciar a sua redação atual.

Uma dessas propostas, realizada pelas delegações da Áustria e dos Países Baixos, amparava-se na adoção de um modelo público de incriminação, que tinha como objetivo a proteção de bens jurídicos de natureza supraindividual, como a concorrência e o correto funcionamento do mercado. Nesses termos, essa proposta considerava como corrupção privada, em suas formas ativa e passiva, respectivamente, as seguintes condutas:

¹¹³ Artigo 15: “Each State Party **shall adopt** such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:” (grifamos)

[...]

¹¹⁴ “Each State Party **may adopt** such legislative and other measures as maybe necessary to establish as a criminal offence, in accordance with its domestic law (...).” (grifamos)

¹¹⁵ LA TORRE, Ignacio Bergugo Gómez de; CERINA, Giorgio Dario. op cit., p. 192.

¹¹⁶ Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupcion. Segunda Edición Revisada. Naciones Unidas: Nueva York, 2012. p. 89. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

“(a) The promising, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works for, in any capacity, a private sector entity, for the person himself or herself or another person or entity, in order that he or she act or refrain from acting in the exercise of his or her duties;
(b) The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works for, in any capacity, a private sector entity, for the person himself or herself or another person or entity, in order that he or she act or refrain from acting in the exercise of his or her duties”¹¹⁷.

O artigo referido contém dois aspectos cruciais para a identificação do modelo de tutela proposto pelas delegações da Áustria e dos Países Baixos. O primeiro deles se refere à possibilidade de imputação do crime a qualquer pessoa que dirija ou trabalhe para uma entidade do setor privado. Com isso, avalia-se que, pelo modelo proposto, o delito poderia ser cometido tanto pelos funcionários, como pelos dirigentes de alto escalão da entidade privada.

O segundo aspecto refere-se ao trecho final do tipo penal, no qual se exigiria apenas que a conduta seja cometida pelo corrupto no exercício de suas funções. Dessa forma, pouco importa se o sujeito viola ou não suas funções, e se a sua conduta causa prejuízos patrimoniais à entidade para a qual trabalha. Assim, prima-se aqui pela adoção de um modelo eminentemente público, que objetiva a proteção de interesses externos à entidade para a qual trabalha o corrupto, e, sublinha-se, incrimina a corrupção em suas formas própria e imprópria.

A outra proposta submetida ao Comitê *ad hoc*, pela delegação do México, baseava-se em um modelo privado de incriminação da corrupção entre particulares. Essa proposta definia o crime em suas formas passiva e ativa, respectivamente, pelas seguintes condutas:

“(a) The solicitation or acceptance by any natural person who works or provides services in entities of the private sector, directly or indirectly, of an undue advantage, for himself or herself or for another person,

¹¹⁷ Documento A/AC.261/IPM/4.

in order that such person act or refrain from acting in the exercise of his or her obligations in relation to an economic, financial or commercial transaction, which results in harm to that entity of the private sector; and (b) The intentional promise, offering or giving to a natural person who works or provides services in entities of the private sector, directly or indirectly, of any article of monetary value or other undue advantage, for himself or herself or for another person or entity, as a gift, favour, promise or advantage, in exchange for which that person performs or fails to perform any act in relation to an economic, financial or commercial transaction, which results in harm to that entity of the private sector”¹¹⁸.

Com base no modelo de definição da corrupção privada proposto pela Delegação do México, apenas seria possível a incriminação de pessoas que trabalhem ou prestem serviços para a entidade privada. Por conseguinte, excluía-se a referência expressa aos dirigentes e demais sujeitos integrantes do vértice da entidade privada, contida na redação anterior.

Ainda, exigia-se que a conduta do funcionário fosse praticada no exercício de suas obrigações em relação a uma transação econômica, financeira ou comercial. Com isso, como na proposta de Áustria e Países Baixos, incriminava-se também a corrupção privada em suas formas própria e imprópria.

No entanto, a principal diferença desta proposta em relação à anterior é que, nesse caso, a conduta do sujeito deveria causar um prejuízo à entidade na qual trabalhe. Isso demonstra a adoção, pela proposta mexicana, de um modelo privado de tipificação, que levaria em conta apenas a proteção dos interesses patrimoniais da entidade do setor privado para a qual o corrupto prestasse seus serviços.

Durante as discussões que se seguiram para a implementação da Convenção da ONU, a maioria dos Estados foram favoráveis à incriminação da corrupção no setor privado, tendo em vista a sua grande importância na era da globalização e a sua influência em relevantes aspectos da vida econômica e social. Ainda, esses Estados apresentaram sua preferência pela adoção do modelo público de incriminação, apresentado por Áustria e Países Baixos, com a possibilidade de ser melhorado pela inclusão de alguns elementos do

¹¹⁸ Documento A/AC.261/IPM/13.

outro modelo apresentado, como a necessidade da ocorrência de um prejuízo à entidade privada¹¹⁹.

Contudo, algumas delegações apresentaram seu receio em estabelecer uma obrigação internacional de criminalizar a corrupção privada, em razão da possibilidade de se perturbar o normal desenvolvimento da atividade econômica com a intervenção do Direito Penal. Assim, para haver uma maior segurança em relação à incriminação da corrupção entre privados, tendo em vista as nocivas consequências que esta poderia trazer para a economia, sugeriu-se, na época, a definição do que se entenderia pela expressão “proteção do interesse público”¹²⁰. Nessa perspectiva, sustentava-se que o âmbito de aplicação do crime deveria ser limitado e vinculado à violação de algum interesse público¹²¹.

Curiosamente, o resultado final da Convenção da ONU não incluiu a exigência de verificação de prejuízo à entidade privada, mas acrescentou que a conduta do sujeito deveria ocorrer “em violação de suas funções”. Essa expressão, é importante ressaltar, não vinha prevista nem na proposta submetida pelas Delegações de Áustria e Países Baixos, nem na proposta mexicana, que previam a corrupção privada em suas formas própria ou imprópria, e não estão esclarecidas as razões de sua introdução. O que se sabe é que esta exigência teria surgido a partir do documento A/AC.261/Rev.1, em uma opção de redação elaborada com base no modelo austríaco, que, por sua vez, não continha esse requisito¹²².

Assim sendo, o acréscimo dessa expressão acabou causando algumas divergências a respeito do entendimento em relação ao modelo de incriminação adotado pela proposta de redação. Conforme Vincenzo Militello, apesar de direcionada para a tutela de um bem jurídico público, entendido como a concorrência e o correto funcionamento do mercado, também se exigia a violação da relação de confiança e lealdade nas relações privadas¹²³.

¹¹⁹ Documento A/AC.261/3/Rev.1.

¹²⁰ Nesse sentido, ver o Documento A/AC.261/3/Rev.1. p. 39.

¹²¹ Documento A/AC.261/3/Rev.3. p. 35.

¹²² “1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally in the course of business activity:

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

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

¹²³ MILITELLO, Vincenzo. La corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 368.

Por fim, essa proposta é aquela que veio a prevalecer no resultado final da Convenção, que, na visão de Ignacio Gómez de la Torre e Giorgio Cerina, teria adotado um modelo misto de proteção, de índole pública e privada¹²⁴. Deve-se observar, contudo, que o suposto caráter privado, a partir do entendimento exposto, dar-se-ia apenas em razão da exigência da violação da relação de confiança estabelecida entre o funcionário e seu principal. A proposta submetida pela Delegação do México, por outro lado, condicionava a ocorrência do crime à existência de um prejuízo patrimonial à entidade privada, que não acabou sendo previsto no texto definitivo da Convenção.

3.1 OS MODELOS DE INCRIMINAÇÃO DA CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO

A partir da análise dos instrumentos internacionais relativos ao combate à corrupção privada, percebe-se que diversos são os modelos de incriminação existentes sobre os acordos corruptivos particulares. Assim, aponte-se que cada modelo leva em consideração a tutela de um determinado bem jurídico que pode ser ofendido pelos crimes. Desse modo, tendo em vista os interesses tutelados, pode-se referir os seguintes modelos de incriminação da corrupção no setor privado: (a) *lealístico*, (b) patrimonial, (c) unitário e (d) concorrencial¹²⁵.

a) Modelo de tutela da lealdade e confiança nas relações privadas:

Este primeiro modelo de incriminação tem como objetivo a tutela da relação de confiança e lealdade estabelecida entre o agente e a entidade privada na qual ele trabalha (principal). Assim, o núcleo do injusto residiria na violação de um dever do corrupto com seu principal. A partir do recebimento de uma vantagem, aquele agiria tendo em vista

¹²⁴ LA TORRE, Ignacio Bergugo Gómez de; CERINA, Giorgio Dario. op cit., p. 194.

¹²⁵ Vincenzo Militello divide esses modelos em dois grupos, a partir dos interesses tutelados. Um teria como objetivo a proteção de interesses externos entre o corrupto e a entidade privada, para a qual aquele presta seus serviços. Nesse se incluiria o modelo concorrencial. Já o outro grupo visaria a tutela de interesses internos entre agente e principal, no qual se poderia incluir o modelo *lealístico* e o patrimonial. MILITELLO, Vincenzo. op cit., p. 362-363. Por sua vez, também a partir da ofensividade do delito de corrupção privada, Alessandro Spina divide-os em *privatístico* e *publicístico*. O primeiro teria como objetivo a tutela de interesses próprios do empresário, no qual se incluiriam os modelos lealístico e patrimonial. Já o segundo visaria a proteção de interesses externos àquela relação estabelecida entre principal-agente. SPINA, Alessandro. op cit., p. 815.

outros interesses, que não os do seu representante¹²⁶. Este é o modelo adotado em países como França e Holanda, por exemplo.

A relação entre o agente e o seu principal, tutelada pelo modelo *lealístico*, pode derivar de diversas fontes, como da lei, do contrato e até mesmo dos regulamentos profissionais que estabelecem determinada atividade. É justamente a violação dessa relação, consubstanciada nos interesses do empregador, que justificaria a incriminação da corrupção privada com base nesse modelo¹²⁷.

Todavia, considera-se importante, desde logo, questionar como e quando se dará a violação dessa relação. Ou seja, poder-se-ia considerar que o mero recebimento de uma quantia pelo empregado já seria suficiente para violar os interesses do seu principal? Ou seria necessário que se verificasse, no caso, a infração dos deveres legais ou contratuais previstos especificamente na lei ou no contrato, respectivamente¹²⁸?

Nos termos da Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, como já se viu, a relação de confiança e lealdade estabelecida entre principal e agente vai muito além da observância, por este, de específicas regras legais ou contratuais relativas à sua atividade. Assim, adota-se uma interpretação ampla quanto aos deveres do empregado, de modo que o recebimento, por este, de uma quantia para agir de maneira contrária aos interesses de seu empregador já seria suficiente para violar a relação de confiança inerente a esta relação¹²⁹.

Com isso, cometeria o crime o sujeito que, possuindo mais de uma opção de escolha favorável ao seu representante, adotasse uma delas em razão do recebimento de determinada vantagem. Isso porque, a partir do recebimento desta, aquele teria sua escolha orientada com bases em outros interesses, que não os do principal. Dessa forma, ainda que a opção adotada pudesse ser vantajosa para este último, esta não seria orientada pelos critérios do melhor interesse do empregador, sendo guiada, ao contrário, pelos particulares interesses do funcionário.

¹²⁶ LA ROSA. op cit., p. 28.

¹²⁷ ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. op cit., p. 59.

¹²⁸ SEMINARA, Sergio. op cit. p. 723.

¹²⁹ Nesse sentido, veja-se o Explanatory report da Convenção: “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”. (p. 12).

Por outro lado, com base neste modelo, seria atípica a conduta do funcionário que recebesse a vantagem com o consentimento do principal. Assim, conforme já tratado, considera-se como a essência lesiva do delito a clandestinidade do suborno, e não o recebimento do benefício em si, de modo que a vantagem recebida pelo sujeito sem o conhecimento do empresário já seria suficiente para violar a confiança e a lealdade exigíveis nesta relação¹³⁰.

Ainda, costuma-se questionar a legitimidade deste modelo de incriminação para a punição da corrupção ativa. Se, por um lado, o recebimento de uma quantia pelo agente pode violar a relação de confiança que mantém com seu principal, o mesmo não ocorre com o terceiro que dá ou oferece o suborno, uma vez que este último nada tem a ver com a integridade daquela primeira relação. Nesses termos, compreende-se que a ação do corruptor é voltada unicamente para a obtenção de alguma vantagem em detrimento de seu concorrente¹³¹.

Além disso, a dignidade penal da confiança e lealdade nas relações privadas é da mesma forma questionável, bem como a subsidiariedade do direito penal para a tutela destes interesses¹³².

b) Modelo de tutela patrimonial:

O segundo modelo de incriminação da corrupção no setor privado tem como objetivo a tutela do patrimônio do empresário, a partir do prejuízo sofrido por este em razão dos atos de corrupção de seus funcionários. À semelhança do anterior, este modelo

¹³⁰ SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 275. Nesse sentido, veja-se, também, o Explanatory report da Convenção do Conselho da Europa: "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". (p.12).

¹³¹ ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. op cit., p. 59-60.

¹³² SPENA, Alessandro. op cit., p. 825; SEMINARA, Sergio. Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 274-275. Ainda, criticando a utilização do Direito Penal como meio para reforçar normativas de caráter extrapenal, De la Cuesta. ARZAMENDI, José Luis; BLANCO Cordero, Isidoro. **La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español?** p. 281.

pressupõe a violação dos deveres funcionais pelo sujeito, mas requer um elemento a mais, o dano patrimonial ao principal¹³³.

Tradicionalmente adotado no ordenamento austríaco, e também na Itália até a reforma operada pelo Decreto Legislativo n. 38/2017, este modelo de incriminação muitas vezes se confunde com o delito de administração desleal. Na Áustria, inclusive, durante anos, utilizou-se este último para a tutela patrimonial do empresário em razão dos prejuízos causados pelos atos de corrupção de seus funcionários¹³⁴.

Neste viés, critica-se a incriminação da corrupção privada baseada na tutela do patrimônio por esta não considerar o desvalor do acordo corruptivo, mas sim, o de sua execução. Dessa forma, o delito acaba sendo dividido em dois momentos: a conclusão do pacto corruptivo, e a sua execução pelo corrupto, com o necessário dano patrimonial ocasionado ao principal, em consequência da conduta do seu funcionário¹³⁵.

Em contrapartida, a antecipação da punibilidade para um momento anterior ao dano patrimonial não seria admissível. Nesses termos, entende-se que a criação de um crime de perigo para a tutela do patrimônio, consumado já com o pacto de corrupção, constituiria um excesso de tutela penal¹³⁶.

c) Modelo de tutela unitário:

Adotado a partir de 1978 na Suécia, este modelo de incriminação tem como objetivo o combate à corrupção pública e privada por meio de um único crime. Deste modo, diante da dupla ofensividade do delito de corrupção, que pode afetar tanto o Estado quanto a economia, e dos interesses públicos envolvidos, buscar-se-ia a tutela, de uma forma geral, de um correto sistema de cumprimento de funções e transações¹³⁷.

Destaca-se que esse sistema é muito particular de um regime econômico como o da Suécia, que se caracteriza pela forte intervenção e presença do Estado na economia.

¹³³ SPENA, Alessandro. op cit., p. 816 e 817.

¹³⁴ LA ROSA, Emanuele. op cit., p. 20 e sgs; FOFFANI, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). **La corruzione tra privati**: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore., 2003. p. 338 e sgs; MARTÍN, Adán Nieto. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado. **Revista Penal**, n. 10, jul. 2002, p. 58.

¹³⁵ SPENA, Alessandro. op cit. p. 819-820.

¹³⁶ SEMINARA, Sergio. op cit., p. 23-24; SPENA, Alessandro. op cit. p. 817-818.

¹³⁷ MARTÍN, Adán Nieto. La corruzione nel settore privato: riflessione sull'ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). **La corruzione tra privati**: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 116.

Diante disso, seria muito difícil a sua implementação em países que não apresentam estas especificidades¹³⁸.

Adscrevendo-se, como principal crítica a esta forma de incriminação, aponta-se que ela é insuficiente para abordar as formas específicas de corrupção. Com isso, apesar de funcionar para o tratamento de fatos isolados, com dimensão local, ela não seria eficaz na repressão de esquemas de corrupção de maiores dimensões, no caso da “corrupção sistêmica”¹³⁹. E, também, poderia ser ineficaz na repressão da própria corrupção entre particulares, dotada de diversas particularidades.

d) Modelo de tutela concorrencial:

Por fim, apresenta-se um último modelo de incriminação da corrupção privada baseado na tutela da concorrência leal, adotado tradicionalmente no ordenamento jurídico alemão. Este, via de regra, tem como objetivo a manutenção do correto funcionamento do mercado, bem jurídico de natureza supraindividual e interesse público¹⁴⁰. Diante disso, nesse caso, a incriminação tende a ser construída com base em um tipo penal de perigo abstrato, uma vez que a corrupção tende a colocar em risco a ordem econômica¹⁴¹.

Ademais, a proteção do bem jurídico concorrência pode envolver também a tutela de interesses individuais dos demais concorrentes e consumidores. Isso porque, na corrupção privada, mediante o pagamento de uma vantagem, determinado operador do mercado tende a se beneficiar em detrimento dos seus concorrentes. Com isso, seria prejudicado cada concorrente individualmente considerado, além dos próprios consumidores, uma vez que o mercado estaria influenciado por fatores que não condizem com os critérios de qualidade e preço das mercadorias e serviços¹⁴².

Ainda, tendo em vista que, nesse caso, o objetivo é a tutela da concorrência, resultaria indiferente o conhecimento ou a autorização do empresário sobre as vantagens

¹³⁸ LA ROSA, Emanuele. op cit., p. 39-41.

¹³⁹ LA ROSA, Emanuele. op cit., p. 42.

¹⁴⁰ Sobre a tutela, pelo direito penal, dos bens jurídicos coletivos, e a sua legitimidade, ver DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal, Tomo I**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 148 e sgs.

¹⁴¹ LA ROSA, Emanuele. op cit., p. 42 e sgs.; SEMINARA, Sergio. Il reato di corruzione tra privati. In *Le Società* – Anno XXXII. Milano: **Wolters Kluwer Italia S.r.l**, 2013. p. 67.

¹⁴² ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. **La criminalizzazione della corruzione nel settore privato**: aspetti sovranazionale e di diritto comparato. ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). **La corruzione tra privati**: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 64-65.

recebidas por seus funcionários. Por outro lado, o crime seria excluído no caso de haver um único operador econômico atuando em determinado setor do mercado, pois, nesse caso, não haveria qualquer alteração da concorrência¹⁴³.

Outrossim, como críticas a este modelo de incriminação, afirma Alessandro Spena que a repressão penal da corrupção privada para proteção da concorrência leal não seria justificada, por consistir em apenas uma tentativa de moralização das condutas dos operadores do mercado¹⁴⁴.

3.2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS A RESPEITO DO TRATAMENTO DA CORRUPÇÃO PRIVADA PELOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

Tendo em vista o tratamento da corrupção no setor privado pelos instrumentos internacionais, é de se observar que os delitos são considerados em sua forma unilateral, ativa e passiva. Desse modo, a sua punibilidade é autônoma e independente da celebração do pacto corruptivo. Com isso, para a consumação dos crimes, bastaria a promessa, o oferecimento ou a entrega, pelo corruptor, bem como a solicitação ou o recebimento da vantagem, pelo corrupto, com o fim de que este execute um ato, em violação de suas funções.

Ainda, à luz desses instrumentos internacionais, somente seria punível a corrupção própria e antecedente, ou seja, o recebimento do suborno deve anteceder à conduta do sujeito, e ocorrer em violação de suas funções¹⁴⁵.

Quanto a esta expressão, deve ela ser interpretada de forma ampla, e abranger qualquer ato praticado pelo agente em contrariedade aos interesses do principal. Desse modo, o seu entendimento não pode se restringir aos aspectos meramente legais ou contratuais que regem a relação entre principal e agente, mas a um dever deste último em atender única e exclusivamente os interesses do primeiro. Assim, considera-se que o

¹⁴³ ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; Cordero, Isidoro Blanco. op cit., p. 65-66.

¹⁴⁴ SPENA, Alessandro. op cit., p. 836-837.

¹⁴⁵ SEMINARA, Sergio. La disciplina della corruzione pubblica e privata in Italia, alla luce degli strumenti europei e internazionali. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês; SOUSA, Susana Aires de. (org.). Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu: atas do simpósio. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 171 e 198.

recebimento de uma vantagem, pelo funcionário, para a prática de um determinado ato já seria suficiente para a tipificação do crime¹⁴⁶.

Nessa perspectiva, observa-se que a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa adota um modelo privado de incriminação da corrupção entre particulares. Com isso, os principais interesses tutelados pelo crime, conforme a Convenção, deveriam ser a confiança e a lealdade nas relações privadas.

Por outro lado, a Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção e a Decisão Quadro do Conselho da União Europeia têm a concorrência e o correto funcionamento do mercado como os principais interesses tutelados pelo delito de corrupção no setor privado. Assim, os instrumentos internacionais estariam mais preocupados com a proteção de interesses externos à entidade privada em face da qual o corrupto realiza suas condutas. Nesse sentido, incluir-se-ia não só a concorrência como um bem jurídico supra individual, entendida como uma característica do sistema econômico, mas também os interesses individuais dos demais sujeitos atingidos pela prática corruptiva, como os consumidores e concorrentes¹⁴⁷.

Diante disso, compreende-se que estes instrumentos internacionais consideram a corrupção privada como um crime de perigo, cuja punibilidade estaria justificada pela mera colocação em perigo do bem jurídico protegido, qual seja, a concorrência e o correto funcionamento do mercado¹⁴⁸. Assim, antecipar-se-ia a sua tutela penal, por meio da previsão autônoma da corrupção privada em suas formas ativa e passiva¹⁴⁹. Desse modo, a verificação da efetiva celebração do pacto corruptivo, ou de sua execução, restariam irrelevantes para a consumação dos crimes¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Nesses termos, veja-se a já citada *Explanatory Report* da Convenção do Conselho da Europa sobre Corrupção, p. 12.

¹⁴⁷ SPENA, Alessandro. op cit., p. 826-831. Nesse sentido, o autor faz uma distinção entre a tutela da concorrência micro e macroeconômica. A primeira levaria em conta os interesses individuais dos operadores do mercado, como os consumidores e os demais concorrentes. Já a segunda teria como objetivo a manutenção do funcionamento do mercado, a partir de sua estrutura como um todo.

¹⁴⁸ SEMINARA, Sergio. op cit., p. 195-196. Para uma análise dogmática sobre a fundamentação dos crimes de perigo, ver a profunda abordagem de Faria Costa em *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 623 e sgs. Na obra, o autor legitima a construção dos crimes de perigo sob a ótica de uma relação de cuidado-de-perigo que o agente mantém com o bem jurídico, cujo desvalor justificaria os crimes de perigo abstrato. Ainda, sobre a lesão da concorrência como um perigo abstrato, ver SPENA, Alessandro. op cit., p. 833.

¹⁴⁹ Sobre a antecipação da tutela penal nos crimes de corrupção, embora utilizada com um sentido diverso ao aqui exposto, ver FORTI, Gabrio. op cit., p. 1132-1133; SPENA, Alessandro. op cit., p. 817-818.

¹⁵⁰ Com uma mesma orientação em relação às ideias acima analisadas: MILITELLO, Vincenzo. op cit., p. 360-362.

Contudo, apesar de prezar pela tutela dos interesses acima assinalados, é importante destacar que a Decisão Quadro e a Convenção da ONU não adotam um modelo puro de proteção da concorrência. Isso porque, ao subordinar a ocorrência do crime a uma violação dos deveres funcionais pelo agente, há também a incorporação de um modelo privado de incriminação. Com isso, a ocorrência do crime está sempre subordinada a uma lesão dos interesses do principal¹⁵¹.

Esta conclusão acaba por conduzir a dois principais problemas. O primeiro é relativo à impossibilidade de responsabilização do principal pelos atos de corrupção por ele praticados, quando estes venham a afetar exclusivamente a livre concorrência e os interesses de terceiros. Isso acaba por impossibilitar também a responsabilização da pessoa jurídica pelos delitos de corrupção passiva cometidos no seu interno¹⁵². Portanto, ainda que a corrupção venha a beneficiar a entidade privada, a sua responsabilização restaria inviabilizada em razão da exigência de que o ato seja praticado em contrariedade aos interesses do principal por aquele que para ele desempenhe funções diretivas ou laborativas¹⁵³.

Somando-se a isso, restariam excluídos do âmbito da proteção penal os terceiros possivelmente afetados pelas condutas de corrupção, como os consumidores e demais competidores, quando o delito não for praticado pelo agente em contrariedade aos interesses do empresário. Assim, ainda que os principais interesses tutelados pela incriminação sejam a concorrência leal e o correto funcionamento do mercado, a ocorrência do crime estaria subordinada a uma lesão dos interesses do empregador.

Nesse contexto, Roberto Bartoli critica o modelo de incriminação adotado pela Decisão Quadro, por não atender à tutela dos terceiros externos ao pacto corruptivo e também ofendidos por este. Em algumas situações, ainda, nem mesmo a entidade privada pode ter interesse em reprimir os atos de corrupção ocorridos no seu interno, como no caso de estes o trazerem benefícios, por exemplo. Por isso, a fim de abranger a tutela dos terceiros, como os consumidores e demais concorrentes também ofendidos pela corrupção, o autor sugere a criação de um tipo penal que prescindia da violação dos interesses do principal¹⁵⁴.

¹⁵¹ Nesse sentido, SEMINARA, Sergio. op cit. p. 722-723.

¹⁵² Sobre a responsabilidade da pessoa jurídica pelos crimes de corrupção privada, ver capítulo 4.

¹⁵³ SEMINARA, Sergio. op cit., p. 29.

¹⁵⁴ BARTOLI, Roberto. Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo? In: **Diritto penale e processo** 1/2017. p. 7.

Contudo, considera-se que uma incriminação baseada na tutela exclusiva desses interesses seria demasiadamente indeterminada, em violação aos princípios da legalidade e determinação dos tipos penais. Isso porque, em uma área prevalentemente abrangida por negócios e relações comerciais, como a esfera econômica, em determinadas situações, torna-se muito difícil distinguir o suborno corruptivo e as vantagens normalmente concedidas no tráfico comercial¹⁵⁵.

Neste sentido, um caso interessante e ao mesmo tempo ilustrativo é o da corrupção privada ocorrida no meio médico. Neste, indústrias farmacêuticas estão constantemente a oferecer aos médicos diversos tipos de vantagens, como viagens e seminários em hotéis de luxo, a fim de divulgar seus produtos. Sobre essa prática, apresentam o argumento de que a sua conduta seria lícita, por ser considerada como socialmente admitida e fazer parte de suas próprias estratégias comerciais¹⁵⁶.

Ademais, poder-se-ia argumentar que uma tipificação da corrupção privada baseada exclusivamente na tutela da concorrência, por meio de um crime de perigo abstrato, correria o risco de abarcar comportamentos penalmente irrelevantes, em contrariedade ao princípio da lesividade. Com isso, admitir-se-ia a incriminação de qualquer recebimento de vantagem, ainda que insuscetível de causar uma distorção da concorrência.

Como possível solução a este problema, sugerir-se-ia a limitação dos valores das vantagens concedidas em determinadas espécies de relações comerciais. Desse modo, estabelecer-se-ia um parâmetro máximo, a partir do qual os benefícios poderiam passar a ser considerados como penalmente relevantes.

Por outro lado, e já entrando na análise de um modelo privado de incriminação da corrupção entre particulares, uma concepção exclusivamente privatista dos interesses tutelados pelo delito não seria compatível com a antecipação da tutela penal requerida pela ordem internacional. Isso porque a identificação destes com a tutela dos interesses patrimoniais da entidade privada prescindiria da ocorrência de um dano a mesma, sob pena

¹⁵⁵ VOGEL, Joachim. La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). **La corruzione tra privati**: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 97.

¹⁵⁶ GÓMEZ, Victor Martín. Farmasponsoring e corrupción. Disponível em: <<http://www.ub.edu/instituttransjus/documents/workingpapers/2015/TransJus%20Working%20Paper%202015%20GOMEZ%20Farmasponsoring%20y%20corrupcion%20ESP.pdf>>. Acesso em: 08 jun 2017. p. 3-4.

de violação ao princípio da lesividade. O mesmo se poderia afirmar em relação a uma eventual tutela da relação de confiança existente entre representante e representado¹⁵⁷.

Além disso, caso se objetivasse unicamente a proteção dos interesses do principal, a melhor alternativa seria um crime de infidelidade patrimonial, ou administração desleal. Este, sim, levaria em conta estritamente a relação interna entre representante e representado, a partir do abuso no exercício do poder conferido ao primeiro pelo segundo¹⁵⁸.

Nesse sentido, considerando as diferenças entre o crime de corrupção e infidelidade, a partir da exigência de uma conotação lesiva por parte deste último, já afirmava Sergio Seminara:

“Emerge così il motivo per cui, accanto una norma sull’infedeltà patrimoniale, potrebbe collocarsene un’altra fondata sull’accettazione di indebite utilità per il compimento di atti conformi o contrari ai doveri dell’ufficio; tale anticipazione della soglia di punibilità, ovviamente intesa a reprimere il pericolo di pregiudizi economici per la società, dovrebbe però prescindere da qualsiasi connotazione lesiva, legandosi esclusivamente alla trasgressione di un parametro comportamentale: in altre parole, si tratterebbe di una norma di ‘infedeltà personale’ ”¹⁵⁹.

Importante ressaltar que as considerações transcritas são restritas ao âmbito societário e são anteriores aos instrumentos internacionais analisados. Dessa forma, ainda se discutia o objetivo de tutela patrimonial pela incriminação da corrupção privada. No entanto, pode-se perceber que já eram bem nítidas as diferenças existentes entre esta última e o delito de infidelidade patrimonial.

Assim, nota-se que não é recente a confusão realizada entre os crimes de corrupção e infidelidade, e também não se restringia à doutrina, alcançando ainda a jurisprudência. Conforme Christian Bertel, no contexto austríaco, a Suprema Corte, durante muito tempo, adotou uma interpretação extensiva do delito de infidelidade. Para o

¹⁵⁷ Nesse sentido, ao analisar a natureza da ação penal e a alteração do tipo penal do crime de corrupção privada no âmbito da reforma italiana, SEMINARA, Sergio. op cit., p. 23.

¹⁵⁸ MARTÍN, Adán Nieto. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado. **Revista Penal**, n. 10, jul. 2002, p. 58.

¹⁵⁹ SEMINARA, Sergio. Gli interessi tutelati nei reati di corruzione. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Anno XXXVI. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. p. 990-991.

Tribunal, o crime consistia na atuação do representante em atos jurídicos realizados em desconformidade com os interesses do representado, como, por exemplo, na estipulação de contratos. Exigia-se, também, que essa atuação desconforme resultasse no recebimento de alguma vantagem pelo representante, ainda que o contrato houvesse sido estipulado de maneira lícita, e estivesse perfeito em relação ao seu conteúdo. Com base nessa extensiva interpretação, a Suprema Corte conseguia abarcar no crime de infidelidade até mesmo os delitos de corrupção¹⁶⁰.

Dessa forma, considera-se que somente uma interpretação publicística dos interesses tutelados pela corrupção privada seria compatível com a antecipação da tutela penal requerida pelos instrumentos internacionais. Com isso, acabam-se equiparando os mecanismos de incriminação da corrupção privada àquela praticada no âmbito público, quanto à autonomia da punibilidade das corrupções ativa e passiva¹⁶¹.

Nesse sentido, realçando as diferenças entre os âmbitos interno e externo em face dos interesses tutelados pela corrupção, em relação à mera violação da relação de confiança entre representante e representado, ou a tutela dos interesses de terceiros externos a essa relação, respectivamente, afirma Gabrio Forti:

“Con la corruzione si punisce la violazione di un dovere di fedeltà, di esclusiva tra principale e agente; l’abuso per fini personali di un potere ricevuto in funzioni degli interessi del principale. Ma in realtà questa non è ancora corruzione, o almeno lo è soltanto in quel senso generico che abbraccia una vasta gamma di fattispecie nel diritto anglo-americano e che sarebbe più appropriato denominare corruption, piuttosto che bribery. Quest’ultima e, con essa, il concetto più ristretto di corruzione che possiamo identificare nel nostro ordinamento, richiede, in più, una ‘tutela anticipata’ che tenga conto degli interessi dei terzi che entrano in rapporto con l’agente, protetti nella loro

¹⁶⁰ BERTEL, Christian. Infedeltà ed accettazione di regali da parte del rappresentante (§§153, 153a, c.p. austriaco). In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia**. Cedam, 1988. p. 43 e sgs.

¹⁶¹ Importante ressaltar que esta identificação se dá apenas em parte. Enquanto se defendeu aqui a incriminação da corrupção privada com base em um crime de perigo, na corrupção pública, é diverso. Antônio de Almeida Costa sustenta que o delito de corrupção pública de funcionários constitui um crime de dano. Considerando a autonomia intencional do Estado como o interesse tutelado nesta forma de corrupção, o núcleo do delito residiria no “mercadejar” com o cargo, constituindo “uma efetiva violação da esfera de actividade do Estado, traduzida numa ofensa à sua “autonomia funcional””. COSTA, António Manuel de Almeida. **Comentário conimbricense do código penal**. Parte Especial, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 661-662.

aspettativa che l'agente si attenga in modo duraturo alle regole impartite dal principale”¹⁶².

Justamente com base nessa noção de corrupção que alguns Estados, como a Suécia, optaram por adotar um modelo de tutela unitário, abarcando em um único tipo penal a corrupção em suas formas pública e privada. Embora se considere que, em termos político-criminais, esta não seja a melhor alternativa, em razão da diversidade de bens jurídicos protegidos¹⁶³, é importante aqui destacar a identificação quanto à natureza pública dos interesses tutelados em ambas as formas de corrupção.

Diante disso, considera-se que o reconhecimento quanto ao caráter supraindividual da lesividade da corrupção entre particulares é fundamental para a sua repressão eficaz. Nesse contexto, a tutela de interesses externos à entidade privada é imprescindível, ainda que para isso se pressuponha a violação de interesses internos. Somente assim poder-se-ia justificar um modelo de tutela suficientemente eficaz, baseado na antecipação da tutela penal, tal qual requerido pelos órgãos internacionais para o combate da corrupção privada¹⁶⁴.

¹⁶² FORTI, Gabrio. op cit., p. 1133.

¹⁶³ SEMINARA, Sergio. op cit., p. 992. Enquanto na corrupção pública exige-se o dano à credibilidade da instituição ou ao seu correto funcionamento, no âmbito privado, a corrupção poderia ser sancionada com base no perigo representado ao interesse público, seja a concorrência ou o regular funcionamento do mercado, pelo abuso de função do agente.

¹⁶⁴ FORTI, Gabrio. op cit. p. 1159.

4 O TRATAMENTO PENAL DA CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO PELOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS

Após a análise do tratamento dispensado à incriminação da corrupção privada pela comunidade internacional, dedicar-se-á atenção à abordagem do crime em face dos direitos nacionais. Para isso, considerar-se-ão as legislações de Brasil, Portugal e Itália sobre a matéria. Por fim, indagar-se-á sobre a sua correspondência ao disposto nos instrumentos jurídicos internacionais, tendo em vista os interesses tutelados pelas respectivas incriminações.

4.1 O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Antes de tudo, é importante destacar que o Brasil não possui um tipo penal específico para a corrupção praticada no setor privado. O que existe atualmente na legislação penal brasileira são alguns tipos penais que abarcam somente algumas condutas relacionadas àquela, como adiante se demonstrará.

Diante disso, é importante questionar: possuiria esta forma de corrupção dignidade penal para sua incriminação no ordenamento jurídico brasileiro? E, ainda, seria a sua criminalização necessária à luz dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal¹⁶⁵?

Considerando a orientação da comunidade penal internacional sobre os interesses tutelados na corrupção privada, a resposta ao primeiro quesito parece ser afirmativa. Assim, considerando-se a concorrência leal como o bem jurídico primordial a ser tutelado por eventual incriminação, observa-se que esta vem erigida como um dos princípios da atividade econômica pela ordem constitucional brasileira, nos termos do artigo 170 da

¹⁶⁵ Sobre os limites da intervenção penal para a tutela de bens jurídicos, citam-se as palavras de Manuel da Costa Andrade: “O direito penal só pode intervir para assegurar a protecção, necessária e eficaz, dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada”. Nesses termos, o autor define dignidade penal como sendo “a expressão de juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva de sua criminalização e punibilidade”. ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. jan./março, 1992, p. 178-184. Além disso, uma vez constatada a dignidade penal de determinado bem jurídico, deve-se passar por um juízo de necessidade e idoneidade sobre a aplicação do direito penal, em face do sacrifício de outros bens jurídicos, como a liberdade. ANDRADE, Manuel da Costa. op cit., p. 186.

CF¹⁶⁶. Ainda, dispõe o artigo 173, §4º, da CF, que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Não se olvidam, contudo, as lições de Faria Costa, no sentido de que nem todos os bens jurídicos constitucionais devem ser erigidos à categoria de bens jurídicos criminais, pois o legislador penal não estaria vinculado à ordem constitucional para a eleição de bens jurídicos¹⁶⁷. Sendo assim, a simples menção realizada pela Constituição Federal à concorrência leal não significaria, por si só, o seu merecimento de tutela pelo direito penal.

4.1.1 Artigo 195, IX e X, da Lei n. 9.279/96

Por sua vez, o legislador penal brasileiro já deu sinais sobre a concorrência leal como bem jurídico merecedor da tutela penal¹⁶⁸, por meio da Lei n. 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, prevê-se a tipificação de crimes contra a concorrência desleal, nos termos do artigo 195. Neste artigo, ainda, são previstas condutas consideradas como corrupção privada, no sentido de que, “comete crime contra a concorrência desleal quem”:

“IX - Dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;
X - Recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador”.

¹⁶⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

¹⁶⁷ COSTA, José Francisco de Faria. Direito penal especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 34-35.

¹⁶⁸ Quanto ao tratamento extrapenal da concorrência, neste estudo, limitar-se-á à sua exposição em relação à ordem constitucional. E, do ponto de vista criminal, àquelas tipificações relacionadas à corrupção praticada no setor privado. Para uma visão geral acerca do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da proteção da concorrência, nas esferas cível, administrativa e penal, ver GONTIJO, Conrado. op cit., p. 154-156.

Estes dispositivos preveem o suborno ativo e passivo do empregado em um contexto de mercado concorrencial¹⁶⁹. Apesar de a localização do artigo 195 no capítulo relativo aos crimes contra a concorrência desleal poder levar a um entendimento de que este seria o interesse tutelado pelos delitos acima tipificados, a doutrina não é pacífica nesse sentido.

Defendendo esse posicionamento, os autores Celso Delmanto e José Henrique Pierangeli entendem que o bem jurídico daqueles crimes seria a liberdade de competição. Assim, em que pesem esses crimes contra a concorrência leal possam ser considerados como crimes contra a propriedade industrial, objeto de proteção da lei, a tutela desta última só poderia ser justificada em um contexto de competição. Com isso, os interesses tutelados pela norma seriam de caráter supraindividual, cuja lesão afetaria toda a coletividade¹⁷⁰.

Ainda, conforme esses autores, os subornos ativo e passivo de empregado seriam crimes formais e autônomos. Para a sua consumação, bastaria a entrega ou promessa de dinheiro ou outra utilidade, no caso de suborno ativo, ou o recebimento ou aceitação da promessa, no caso passivo. Assim, seria irrelevante a efetiva prática do ato pelo empregado. Ademais, importa destacar que, no primeiro caso, não se exigiria nem mesmo o acordo de vontades entre o corrupto e o empregado. Já no segundo caso, sim, pois o recebimento ou aceitação de promessa pressupõe um prévio oferecimento, uma vez que a lei não prevê a mera *solicitação* de vantagem pelo empregado¹⁷¹.

Para outra parcela da doutrina, contudo, o bem jurídico tutelado pelo artigo 195, IX e X, da Lei n. 9.279/96 seria os interesses econômicos do empresário. Nesse sentido,

¹⁶⁹ No sentido do elevado grau de desvalor do delito de suborno de empregados, Pierangeli, José Henrique. Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 343-344.

¹⁷⁰ DELMANTO, Celso. **Crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975. p. 19-20. DELMANTO, Celso. Delitos de concurrencia desleal. (Trad. de María de las Mercedes Arqueros). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976. p. 14-16; José Henrique Pierangeli destaca a diversidade de bens jurídicos tutelados pelo artigo 195 da Lei n. 9279/96, uma vez que também diversos são os tipos penais nele previstos. Contudo, conforme o autor, pode-se apontar a liberdade de competição como bem jurídico comum a todos eles. PIERANGELI, José Henrique. **Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 275. PIERANGELI, José Henrique. **Crimes de concorrência desleal (Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996 (art. 195))**. Trabalho escrito especialmente para o livro-homenagem ao Prof. Dr. Carlos A. Contreras Gomes, da Universidade Nacional de Corrientes (Argentina). Disponível em: <<http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/95/86>>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 32-33.

¹⁷¹ DELMANTO, Celso. Crimes de concorrência desleal. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975. p. 181 e 197. DELMANTO, Celso. Delitos de concurrencia desleal. (Trad. de María de las Mercedes Arqueros). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976. p. 156-157 e 171-172. PIERANGELI, José Henrique. **Crimes** contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 346 e 355.

conforme Claudio Bidino, em que pese a intenção do legislador em também proteger a concorrência, o objetivo primordial de tutela dos dispositivos referidos seria “resguardar os interesses econômicos dos empresários, afetados com a atitude desleal de seus empregados em favor de um competidor”¹⁷². Dessa forma, continua o autor, os tipos penais referidos seriam crimes de resultado, sendo indispensável para a sua ocorrência um dano aos interesses econômicos do empresário¹⁷³.

A jurisprudência sobre a matéria é escassa. No único julgado encontrado, afirmou-se que a ocorrência do crime, em sua forma ativa, independeria de uma efetiva lesão aos interesses econômicos do empresário, e mesmo da aceitação da proposta pelo empregado. Assim, seria suficiente para a sua consumação a mera dação ou oferta de dinheiro visando à vantagem indevida¹⁷⁴.

Contudo, o segundo entendimento supramencionado seria reforçado a partir da natureza privada da ação penal atribuída aos crimes. Assim, nos termos do artigo 199 da Lei n. 9.279/96, eles somente serão procedidos mediante queixa¹⁷⁵.

Diante disso, considera-se que a ação penal privada seria incompatível com a tutela de um bem jurídico de natureza coletiva e supraindividual, como a concorrência leal¹⁷⁶. Nesse sentido, afirma Filippo Sgubbi que, “quando l’integrità di un certo bene è oggetto di un interesse difuso nella collettività; quando la collettività trae utilità (ancorché non sussumibile nello schema del profitto economico privato) da un certo bene, non può essere ammesso che un singolo privato, seppur titolare di diritti formalmente riconosciuti dall’ordinamento sul bene stesso, consenta alla (o provochi egli stesso la) lesione e precluda l’intervento della sanzione penale”¹⁷⁷.

¹⁷² BIDINO, Claudio. op cit., p. 241. No mesmo sentido, LAUFER, Daniel. Corrupção e Direito Penal: algumas linhas sobre a corrupção no setor privado à luz da legislação brasileira. In: LAUFER, Daniel. (coord.). **Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 178; FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico. In: **Revista Liberdades**, n. 15, jan./abr., 2014. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=193>. Acesso em: 22 mar. 2017, p. 168.

¹⁷³ BIDINO, Claudio. op cit., p. 242.

¹⁷⁴ TACRIM-SP. Apelação Criminal. Relator Dante Busana. JUTACRIM 79/350. In: BIDINO, Claudio. op cit., p. 245.

¹⁷⁵ Art. 199: “Nos crimes previstos neste Título somente se procede mediante queixa, salvo quanto ao crime do art. 191, em que a ação penal será pública”.

¹⁷⁶ BIDINO, Claudio. op cit., p. 243; FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. op cit., p. 169.

¹⁷⁷ SGUBBI, Filippo. Tutela penale di interessi duffusi. **Rivista La questione** criminale. n. 1. Gennaio-aprile, 1975. Bologna: Società editrice il Mulino. p. 478. O mesmo entendimento é adotado por Manuel da Costa Andrade, para quem a indisponibilidade do bem jurídico se daria em razão da danosidade social do resultado

Por certo, independentemente da discussão quanto aos interesses tutelados, considera-se que o artigo 195, IX e X da Lei n. 9.279/96 é insuficiente para a repressão penal da corrupção privada. Isso porque abrange somente uma parcela das possíveis condutas relacionadas a esta forma de corrupção. Em vez de tipificar o puro e simples desvio de conduta do funcionário, a incriminação leva em conta apenas o suborno do empregado em face de uma empresa determinada¹⁷⁸. Ainda, esclarece Conrado Almeida Gontijo, que seriam “atípicos todos os *pactos sceleris* nos quais a atuação do corruptor não for direcionada à obtenção de vantagens, em detrimento de seu concorrente”¹⁷⁹.

Neste viés, os problemas quanto ao alcance desses tipos penais ficaram escancarados pelo antes referido Caso FIFA. Neste, os agentes envolvidos restaram impunes em face da legislação brasileira, quanto ao suposto recebimento de propinas para celebração de contratos de transmissão de jogos. A inaplicabilidade desses tipos penais ao caso concreto se daria em razão de as propinas não serem pagas a empregados de empresas concorrentes, mas aos próprios representantes da entidade FIFA¹⁸⁰.

4.1.2 Anteprojeto de Código Penal

A fim de suprir essas lacunas de punibilidade, bem como adequar a legislação brasileira à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, incluiu-se no Anteprojeto de Código Penal uma nova proposta de tipificação da corrupção no setor privado¹⁸¹. Com uma redação diversa daquela adotada pela Lei n. 9.279/96, propõe-se a sua incriminação de uma forma muito mais abrangente, nos seguintes termos:

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

lesivo da conduta. Andrade, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 334 e 335.

¹⁷⁸ LAUFER, Daniel. op cit., p. 177.

¹⁷⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. op cit., p. 157.

¹⁸⁰ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 140.

¹⁸¹ O Anteprojeto de Código Penal brasileiro tramita atualmente no Senado Federal, por meio do Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012.

Pena – prisão, de um a quatro anos.

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

Ainda, importante referir que, posteriormente, acrescentou-se à redação a expressão “empregado”, a fim de abranger também o empregado como possível sujeito ativo do crime, além dos representantes da empresa ou da instituição privada. Somada a isso, acrescentou-se uma causa de aumento de pena para o caso de a empresa sofrer prejuízo patrimonial¹⁸².

Diante disso, já se considera possível tecer algumas considerações sobre a mencionada proposta de redação da corrupção entre particulares. O artigo 167 do Anteprojeto de Código Penal Brasileiro prevê autonomamente em suas formas passiva (caput) e ativa (parágrafo único). Dessa forma, para a sua consumação, bastaria a solicitação ou o recebimento da vantagem pelo funcionário, independentemente do acordo de vontades ou da efetiva ocorrência do objeto do acordo. Ainda, faz previsão da corrupção própria e imprópria, sendo irrelevante se o ato do funcionário é contrário ou conforme a seus deveres de ofício.

Apesar de sua redação estar em consonância com os instrumentos internacionais sobre a matéria, a norma parece divergir destes quanto aos interesses tutelados. O artigo 167 situa-se no Título II do Anteprojeto, relativo aos crimes contra o patrimônio. Dessa forma, ao que tudo indica, os objetos de tutela desta nova incriminação parecem ser os interesses patrimoniais do empresário¹⁸³.

Destarte, além de estar em dissonância com as orientações da comunidade internacional quanto aos interesses tutelados, a proposta de redação parece padecer de duvidosa constitucionalidade em face de um direito penal garantista. Isso porque é no mínimo problemática uma antecipação da tutela penal nos termos propostos, tendo em vista os princípios da lesividade e da intervenção mínima do direito penal. Assim,

¹⁸² Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, de 2013, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro. Relatoria do Senador Pedro Taques. p. 187.

¹⁸³ Nesse sentido, FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. op cit., p. 171; RIZZO, Beatriz Dias. Corrupção entre particulares: só agora? E por que agora? **Boletim IBCCRIM**, n. 238, setembro, 2012. Em sentido contrário, LAUFER, Daniel. op cit., p. 178-179. Para o autor, o legislador do Anteprojeto não teria adotado nenhum modelo de incriminação da corrupção privada, promovendo “a responsabilização do funcionário privado apenas em razão de eventual quebra de deveres funcionais junto ao empregador”.

questiona-se: seria legítima e necessária a intervenção penal na forma prevista pelo artigo 167 do Anteprojeto?

A resposta deve ser negativa. Nesse sentido, ao tratar do princípio da lesividade como proibição de se incriminar condutas que não afetam qualquer bem jurídico, afirma Nilo Batista, que “o bem jurídico põe-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, “revelando” e demarcando a ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro, a legitima”¹⁸⁴.

Nesses termos, considerando-se o patrimônio como o bem jurídico protegido pela norma, seria ilegítima uma antecipação da tutela penal com a consumação do crime sem a efetiva lesão deste bem jurídico¹⁸⁵. Não se pretende, com isso, negar a possibilidade da criminalização de condutas em razão de seu perigo abstrato, com base na técnica da antecipação da tutela penal, como ocorre, por exemplo, na corrupção pública. O que se afirma é a impossibilidade de utilização dessa técnica para a tutela de interesses patrimoniais, de natureza individual.

Da mesma forma, questiona-se a constitucionalidade da causa de aumento de pena em razão do prejuízo patrimonial causado à empresa. Uma vez eleito o patrimônio como objeto de tutela, este deveria constar como elemento normativo do tipo base do crime, sob pena de ofensa aos princípios da lesividade e do *ne bis in idem* em direito penal. A sua colocação como causa de aumento de pena é apenas reflexo da equivocada técnica de redação adotada pelo legislador, em face dos interesses tutelados pela norma.

4.2 O DIREITO PENAL PORTUGUÊS

Em Portugal, a corrupção no setor privado é atualmente prevista como crime pela Lei n. 20/2008, que, além desta incriminação, também regula a responsabilidade penal por crimes de corrupção no comércio internacional. Em relação à corrupção privada, a lei visa a dar cumprimento à Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho Europeu, como afirmado expressamente em seu preâmbulo.

¹⁸⁴ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 95.

¹⁸⁵ Nesse sentido, considerando que o patrimônio não possui dignidade penal suficiente para justificar a criminalização de condutas que apresentem remoto risco penal, SPENA, Alessandro. op cit., p. 817-818.

Assim, o crime de corrupção passiva no setor privado vem previsto no artigo 8º da Lei n. 20/2008, nos seguintes termos:

“1 - O trabalhador do sector privado que, por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer ato ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Se o ato ou omissão previsto no número anterior for idóneo a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos”.

Já a corrupção ativa é prevista no artigo 9º:

“1 - Quem por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa der ou prometer a pessoa prevista no artigo anterior, ou a terceiro com conhecimento daquela, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que lhe não seja devida, para prosseguir o fim aí indicado é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 - Se a conduta prevista no número anterior visar obter ou for idónea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias”.

Conforme Claudio Bidino, os interesses tutelados pelas atuais normas relativas à corrupção no setor privado, em Portugal, seriam a confiança e a lealdade nas relações privadas. O núcleo do injusto, por sua vez, seria a violação dos deveres funcionais pelo trabalhador do setor privado¹⁸⁶. Ainda, no entender de Manuel Simas Santos, deve “a corrupção privada, na sua forma passiva e activa, aproximar-se da figura penal da corrupção na Administração Pública, independentemente do prejuízo da concorrência,

¹⁸⁶ BIDINO, Claudio. op cit., p. 228. No mesmo sentido, ALMEIDA, Carlos. **Lei n.º 20/2008, de 21 de abril**, sobre a corrupção no comércio internacional e no sector privado (artigos 7.º a 9.º). Comentário das leis penais extravagantes, vol. 2. [coord. de] Paulo Pinto de Albuquerque, José Branco. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. p. 204.

bastando que se actue com afronta à necessária probidade em prejuízo da empresa”¹⁸⁷. Esse mesmo entendimento quanto ao bem jurídico protegido foi adotado em julgado do Tribunal da Relação do Porto, de 06.03.2013¹⁸⁸.

Justifica-se esse posicionamento com base no fato de que os tipos penais base dos artigos 8º e 9º não preveem a concorrência leal como elemento normativo do tipo. Por outro lado, isso ocorre na forma qualificada dos referidos delitos, sancionando-se com maior severidade as condutas quando estas forem idôneas a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros. Desse modo, caso se considerasse a concorrência leal como o bem jurídico tutelado pelos referidos dispositivos, o princípio da ofensividade impediria a aplicação dos tipos penais base, uma vez que estes não seriam minimamente lesivos a este bem jurídico¹⁸⁹.

Os crimes de corrupção passiva e ativa no setor privado, destaca-se, foram inicialmente introduzidos em Portugal por meio da Lei n. 108/2001. Influenciado pelos compromissos internacionais a que o Estado Português se vinculou em matéria de corrupção, introduziu-se os tipos penais no âmbito das infrações contra a economia e contra a saúde pública (artigos 41-B e 41-C).

Dessa forma, ao que tudo indica, tinha-se a economia como o principal interesse tutelado pelos crimes de corrupção privada, em razão da distorção da concorrência¹⁹⁰. Esta, ainda, era considerada como uma condição objetiva de punibilidade, assim como a verificação de um prejuízo patrimonial para terceiros. Assim, a configuração do crime dependia da ocorrência de algum desses resultados, que não precisavam estar compreendidos no dolo do agente¹⁹¹.

Diante disso, a Lei n. 20/2008, que prevê atualmente a responsabilidade penal por crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada, parece ter alterado o enfoque da proteção penal relacionada às condutas de corrupção no setor privado. Assim,

¹⁸⁷ SIMAS Santos, Manuel. Nótula sobre o novo regime de responsabilidade penal por crimes de corrupção cometidos no comércio internacional e na actividade privada. In: **Revista do Ministério Público**. n. 114. Lisboa: Editorial Minerva, abril/junho de 2008. p. 62.

¹⁸⁸ Processo n. 269/10.2TAMTS.P1. Relator Castela Rio.

¹⁸⁹ BIDINO, Cláudio. op cit., p. 228-229. O próprio autor questiona a legitimidade da intervenção penal para tutela da confiança e lealdade nas relações privadas. Afirma que não se poderia admitir uma incriminação destinada apenas a reforçar normativas extrapenais, devendo-se, ainda, demonstrar a necessidade da intervenção do direito penal.

¹⁹⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. A corrupção: da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador. In *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 365.

¹⁹¹ BIDINO, Cláudio. op cit., p. 224.

ainda que o crime de corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional, previsto pelo artigo 7º da Lei, tenha como finalidade a tutela da economia e dos mercados, os crimes de corrupção passiva e ativa (artigos 8º e 9º) atualmente viriam a tutelar interesses meramente privados.

Ademais, não se poderia deixar de destacar a incompatibilidade da natureza da ação penal dos crimes em análise, que são procedidos de ofício, com os interesses que, no entender da doutrina, os mesmos visariam a tutelar. Dessa forma, adotando um modelo privado de incriminação da corrupção entre particulares, entende-se que o mais correto seria condicionar o exercício da ação penal aos estritos interesses do ofendido. Isso ocorre, por exemplo, no crime de infidelidade, previsto no artigo 224 do Código Penal Português¹⁹², cujo exercício da ação penal depende de queixa, nos termos do item número 3 do mesmo artigo 224¹⁹³.

Assim, discorrendo sobre o fundamento dos crimes particulares, afirma Jorge de Figueiredo Dias, que “certas infracções (por exemplo, certas formas de ofensas corporais, danos, furtos, injúrias) não se relacionam a bens jurídicos fundamentais da comunidade de modo tão directo e imediato que aquela sinta, em todas as circunstâncias da lesão – v.g. atenta a sua *insignificância* -, necessidade de reagir automaticamente contra o infractor. Se o ofendido entende não fazer valer a exigência de retribuição, a comunidade considera que o assunto não merece ser apreciado em processo penal”¹⁹⁴.

Ademais, considerando os valores da lealdade e confiança nas relações privadas como os interesses atualmente tutelados pelos delitos, bem como a necessidade de violação dos deveres funcionais pelo trabalhador, conforme Claudio Bidino, seriam atípicas as condutas de recebimento de vantagem com a aquiescência do empregador ou empresário. Com isso, nos casos em que a oferta seja dirigida ao trabalhador e, também, ao empregador

¹⁹² “1 - Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 - A tentativa é punível.

3 - O procedimento criminal depende de queixa.

4 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2 e 3 do artigo 206.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 207”.

¹⁹³ Ainda que os interesses tutelados pelos delitos não sejam exatamente os mesmos, a comparação é válida na medida em que ambos visariam à proteção dos interesses do empregador, seja a partir de uma relação de confiança entre este e seu empregado, ou, ainda, de seus interesses patrimoniais.

¹⁹⁴ Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. Primeiro volume. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 121.

principal, ou quando a vantagem seja recebida por aquele com o consentimento deste, não haveria qualquer violação da relação de confiança estabelecida entre principal e agente, e, portanto, não haveria crime¹⁹⁵.

Ainda, caberia questionar se seria punível a conduta do agente que, possuindo mais de uma opção de escolha, recebe uma vantagem para agir em determinado sentido? Ou seja, o trabalhador tem sua conduta determinada pelo recebimento de uma vantagem não consentida por seu principal, ainda que da sua ação não se possa verificar prejuízos econômicos para este último. Exemplifica-se com o seguinte caso: um funcionário de um determinado supermercado, responsável por organizar os produtos nas prateleiras, aceita uma vantagem de um fornecedor para colocar os produtos deste nas estantes mais altas e com maior visibilidade.

A resposta a este questionamento vai depender do que se entende por agir o sujeito em “violação de seus deveres funcionais”. Caso se dê uma interpretação ampla à expressão, associando-a ao caráter secreto da vantagem recebida pelo funcionário sem o conhecimento do principal, tal qual o referido no já citado *Explanatory report* da Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, haveria crime. Assim, o trabalhador que recebesse a vantagem estaria traindo a confiança e a lealdade do seu principal, por orientar a sua decisão com base em critérios outros que não os melhores interesses do empresário, e agindo, portanto, em violação dos seus deveres.

Por outro lado, caso se adote uma interpretação restritiva, ligando o incumprimento de deveres tão somente ao sucessivo ato de execução do acordo corruptivo, contrário aos deveres de ofício, a conduta seria atípica. Com isso, entender-se-ia a violação de deveres como o ulterior comportamento contrário às leis ou regulamentos profissionais relativos à atividade do sujeito, como previsto na Decisão Quadro¹⁹⁶. Nesse caso, não constituindo a ação do sujeito uma violação dos seus deveres de ofício, pois este poderia ter agido dessa forma sem nem mesmo o recebimento de qualquer vantagem, o fato não seria punível.

¹⁹⁵ BIDINO, Claudio. op cit., p. 229. Assim, também, ALMEIDA, Carlos. op cit., p. 206.

¹⁹⁶ Artigo 1º:

(..)

“breach of duty’ shall be understood in accordance with national law. The concept of breach of duty in national law should cover as a minimum any disloyal behaviour constituting a breach of a statutory duty, or, as the case may be, a breach of professional regulations or instructions, which apply within the business of a person who in any capacity directs or works for a private sector entity”.

Com efeito, a doutrina parece se inclinar para esse segundo sentido, a partir do qual a violação de deveres funcionais, no tipo penal português, estaria ligada ao ato que o agente se compromete a praticar como consequência da corrupção. Nesse sentido, afirma Carlos Almeida, para quem “no sector privado, apenas é punível a corrupção própria, ou seja, aquela em que o acto funcional consubstancia uma violação do dever do trabalhador”¹⁹⁷.

Divergências à parte, para a resolução do problema, considera-se que a pergunta essencial a ser respondida é: a conduta do agente violou os interesses do empresário? E por interesse se deve entender qualquer tipo de prejuízo causado ao principal, não somente de natureza econômica, uma vez que o bem jurídico protegido pela norma é a confiança e lealdade nas relações privadas, e não o patrimônio. Assim, poder-se-ia entender que, quando demonstrado, no caso concreto, que a corrupção privada violou algum tipo de interesse do empresário, seja em relação ao patrimônio, à imagem, ou mesmo ao modo como se portam seus empregados, haverá crime.

Ademais, quanto às especificidades da corrupção passiva, destaca-se que, para a sua consumação, basta que a solicitação ou aceitação da vantagem, ou de sua promessa, pelo trabalhador do setor privado, chegue ao conhecimento do destinatário. Ainda, seria irrelevante que este compreenda a declaração de vontade do agente, bastando que esta seja compreensível por um terceiro, segundo os parâmetros da adequação social.

Assim, conforme Claudio Bidino, a corrupção passiva consiste em um crime material, ou de resultado¹⁹⁸, bem como um crime de dano, uma vez que a sua realização ofenderia a confiança e a lealdade nas relações privadas¹⁹⁹. Além disso, seriam puníveis as condutas de corrupção em suas formas antecedente e subsequente²⁰⁰.

¹⁹⁷ ALMEIDA, Carlos. op cit., p. 207; BIDINO, Claudio. op cit., p. 235.

¹⁹⁸ Em sentido contrário é o posicionamento de Carlos Almeida, para quem a corrupção passiva seria um delito de mera atividade, uma vez que não se exigiria qualquer alteração espaciotemporal em relação à conduta do agente. ALMEIDA, Carlos. op cit., p. 206. Com efeito, como afirmado, para a consumação do crime, basta que a solicitação ou aceitação da vantagem, ou sua promessa, chegue ao conhecimento do destinatário. É, portanto, irrelevante o efetivo recebimento da vantagem por parte do trabalhador do setor privado. Ainda, salienta-se que ambos os autores utilizam o mesmo critério de distinção entre crimes de resultado e de mera atividade, entendendo necessário para os primeiros a verificação de um resultado externo espaciotemporalmente distinto da conduta.

¹⁹⁹ BIDINO, Claudio. op cit., p. 230-232. Ainda, aplicam-se aqui as considerações de Antônio de Almeida Costa ao crime de corrupção pública, previsto no artigo 372 do Código Penal Português. COSTA, António Manuel de Almeida. op cit., p. 662.

²⁰⁰ Ibidem, p. 234.

Ainda, seria atípica a conduta de solicitação ou aceitação de uma vantagem, ou promessa, por parte de uma pessoa das relações do trabalhador do setor privado, sem o conhecimento deste, para a prática de um qualquer ato contrário aos seus deveres funcionais. Logo, esse ato somente adquiriria relevância penal no momento em que o trabalhador aceitasse a vantagem ou a sua promessa. Nesse último caso, ter-se-ia o crime de corrupção passiva no setor privado consumado em relação ao trabalhador²⁰¹.

Por outro lado, conforme Carlos Almeida, aquele que primeiramente solicitou ou aceitou a vantagem sem o conhecimento do trabalhador poderia vir a ser responsabilizado por corrupção ativa. Contudo, tem-se grandes dúvidas em relação à possibilidade desta segunda imputação, uma vez que o crime de corrupção ativa tem como verbos nucleares do tipo “der ou prometer” vantagem, e não solicitar ou aceitar. Nesses termos, pareceria ser mais acertada a sua imputação pelo crime de corrupção passiva, a título de coautoria ou participação²⁰².

Ressalte-se que o delito em exame é um crime próprio, que somente pode ser praticado por quem detenha a qualidade de trabalhador do setor privado²⁰³. Por sua vez, o artigo 2º, “d”, da Lei n. 20/2008, considera como trabalhador do setor privado “a pessoa que exerce funções, incluindo as de direcção ou fiscalização, em regime de contrato individual de trabalho, de prestação de serviços ou a qualquer outro título, mesmo que provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, ao serviço de uma entidade do sector privado”²⁰⁴.

Ainda, note-se que o âmbito de aplicação do crime de corrupção no setor privado vai depender diretamente da extensão do conceito de funcionário público, para fins de aplicação da lei penal. Desse modo, quanto mais amplo for o entendimento em relação a este último, maior será a incidência do crime de corrupção pública, e, conseqüentemente, menor será o espaço operativo da corrupção privada. Diante disso, considera-se importante fazer breves considerações a respeito da delimitação do conceito de funcionário perante a lei penal portuguesa.

²⁰¹ ALMEIDA, Carlos. op cit., p. 206.

²⁰² Idem.

²⁰³ Excepciona-se esta afirmação com o exemplo narrado no parágrafo anterior, em que alguém que não detenha esta qualidade de trabalhador do setor privado poderia ser imputado pelo crime em coautoria ou participação com aquele.

²⁰⁴ Conforme avaliação realizada pelo GRECO à legislação portuguesa, a definição de trabalhador do setor privado acima referida restringiria o âmbito de aplicação do crime, em contrariedade ao disposto nos artigos 8 e 9 da Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa. GRECO Eval III Report (2010) 6E. Theme I. Adotada em 3 de dezembro de 2010. p. 24.

O conceito de funcionário vem previsto no artigo 386 do Código Penal Português. Nos últimos anos, a fim de atender aos compromissos internacionais com os quais o país se vinculou, o legislador penal ampliou consideravelmente o conceito de funcionário, por meio das Leis n. 108/2001, n. 32/2010 e n. 30/2015²⁰⁵.

Apesar disso, julga-se que essas alterações legislativas não vieram a afetar o âmbito de incidência do crime de corrupção no setor privado em Portugal. Isso porque essas leis tratam, substancialmente, dos funcionários, magistrados e agentes de Estados estrangeiros e organizações de direito internacional público, de tribunais internacionais, bem como daqueles que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, além dos jurados, árbitros e peritos.

Dessa forma, para fins do objeto desta investigação, importa levar em conta o disposto no item 2 do artigo 386, que já vinha previsto pelo Decreto-Lei n. 48/95 em sua redação original, o qual dispõe sobre o conceito de funcionário por equiparação. Nesses termos, considera-se como funcionário “os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos”.

Diante disso, em síntese, exclui-se a incidência do crime de corrupção no setor privado quando se tratar de trabalhadores de empresas públicas e empresas concessionárias de serviços públicos. Para a sua ocorrência, a Lei n. 20/2008 exige expressamente que o trabalhador exerça suas funções ao serviço de uma entidade do setor privado (artigo 2º, “d”), desde que não concessionária de serviços públicos, obviamente. Por sua vez, define-se esta como “a pessoa colectiva de direito privado, a sociedade civil e a associação de facto”, nos termos do artigo 2º, “e”.

Ademais, em relação ao tipo subjetivo, na corrupção passiva antecedente, exige-se um dolo específico, por parte do trabalhador, de praticar o ato em violação de seus deveres funcionais. Assim, conforme Carlos Almeida, ter-se-ia, nesse caso, um delito de tendência interna transcendente, uma vez que, para a sua ocorrência, o sujeito deve ter a intenção de praticar um ato cuja efetiva realização não é exigível para a consumação do crime²⁰⁶.

²⁰⁵ Essas alterações foram fruto das recomendações dirigidas a Portugal pela GRECO (Grupo de Estados contra a Corrupção), pelas Nações Unidas, pelo Conselho da Europa, pelo Conselho da União Europeia e pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), por meio de suas respectivas Convenções.

²⁰⁶ ALMEIDA, Carlos. op cit., p. 206-207.

Quanto à corrupção ativa, são aplicáveis as considerações anteriormente realizadas, com algumas exceções. Constitui esta forma de corrupção um crime comum, que pode ser realizado por qualquer pessoa. Aqui, ainda, ter-se-ia um crime de perigo abstrato. De fato, considerando-se a confiança e a lealdade nas relações privadas como os interesses tutelados pelo tipo penal base do artigo 9º, não se verificaria uma lesão a estes bens jurídicos com o mero oferecimento ou promessa de vantagem ao trabalhador do setor privado²⁰⁷.

Por sua vez, nos artigos 8º, n. 2 e 9º, n. 2, o legislador prevê as figuras de corrupção passiva e ativa qualificadas, respectivamente, quando a conduta apresentar perigo à distorção da concorrência ou ao patrimônio de terceiros. Ocorre, com isso, a introdução de novos interesses tutelados pelo legislador na corrupção privada: a lealdade da concorrência e o patrimônio²⁰⁸.

Assim, caberia questionar se, para a realização do tipo penal qualificado, exigir-se-ia a violação do bem jurídico tutelado no tipo penal base, entendido como a confiança e a lealdade nas relações privadas. No entender de Carlos Almeida, a conduta do sujeito deveria também violar este bem jurídico²⁰⁹. Essa interpretação, ressalta-se, condiz também com aquela relativa aos interesses tutelados pela Decisão Quadro 2003/568/JAI, ao subordinar a proteção da livre concorrência à violação dos deveres de ofício pelo agente. Contudo, há a diferença que, na Decisão Quadro, a tutela da concorrência se dá de forma implícita, sem ser mencionada expressamente pelo tipo penal, a partir de um crime de perigo abstrato.

Além disso, retornando à análise dos tipos penais portugueses, destaca-se que, para a sua realização na forma qualificada, não se exige a efetiva lesão da concorrência ou do patrimônio de terceiros, sendo suficiente a mera aptidão da conduta para esse fim. Assim, para Claudio Bidino, não se exigiria nem mesmo um real perigo de dano a esses interesses, uma vez, que em sua forma ativa, a conduta do corrupto deve apenas visar ou

²⁰⁷ BIDINO, Claudio. op cit., p. 232.

²⁰⁸ ALMEIDA, Carlos. op cit., p. 204. Para uma análise do bem jurídico de concorrência em face do direito penal português, no âmbito dos crimes de concorrência desleal previstos pelo anterior DL n. 16/95, hoje substituído pelo DL n. 36/2003 (Código da Propriedade Industrial), ver as considerações de José de Faria Costa em O direito penal e a tutela dos direitos da propriedade industrial e da concorrência (Algumas observações a partir da concorrência desleal). Separata da obra Direito Industrial, vol. III (APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual). Coimbra: Almedina, 2003.

²⁰⁹ “No n.º 1 deste artigo 8º, o legislador tipificou um crime de dano, exigindo, portanto, que o comportamento do agente consubstancie uma lesão efectiva da confiança e da lealdade. No tipo qualificado (n.º 2), para além da lesão deste bem jurídico, a conduta deve ser apta a lesar a lealdade da concorrência ou patrimônio”. (grifamos). Almeida, Carlos. Op cit., p. 206.

ser idônea a causar a distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial a terceiros. Já em sua forma passiva, a ação do corrupto deve somente ser apta a lesioná-los²¹⁰. Assim, conforme Carlos Almeida, estar-se-ia diante de crimes de perigo abstrato-concreto²¹¹.

Em face disso, coloca-se o seguinte problema: poderia haver o crime de corrupção privada qualificada no caso de existir somente um concorrente no mercado? Levando-se em conta unicamente o bem jurídico concorrência e as considerações acima colocadas, entende-se que não. A conduta, seja na corrupção passiva ou ativa, deve, no mínimo, ser idônea a causar uma distorção da concorrência. Inexistindo esta condição no mercado, não haveria sequer um perigo de lesão a este bem jurídico.

Ainda, considerando-se a conduta de um trabalhador do setor privado que, mediante o recebimento de uma vantagem, causar um prejuízo patrimonial ao empregador, em violação de seus deveres funcionais, indaga-se: neste caso, deve prevalecer o delito de infidelidade (artigo 224 do Código Penal) ou de corrupção passiva qualificada no setor privado (artigo 8º, n. 2, da Lei n. 20/2008)? No entender de Carlos Almeida, deve-se aplicar o crime de corrupção, em razão de existir uma unidade do sentido social da ilicitude do fato punível²¹².

Essa é uma das razões pelas quais não se entende apropriada a utilização do crime de corrupção privada para a tutela de interesses privados do principal. No contexto da legislação portuguesa, por exemplo, já existem tipos penais destinados à proteção desses interesses, como os delitos de infidelidade e de abuso de confiança. Assim, parece mais conveniente reservar a utilização do delito de corrupção entre particulares para a tutela de interesses públicos, como a concorrência e o regular funcionamento do mercado²¹³.

Retornando à análise dos tipos penais da Lei n. 20/2008, quanto ao elemento subjetivo, questiona-se a respeito do dolo do agente para a tipificação do crime de corrupção passiva qualificada. Nesses termos, seria possível a imputação penal de um sujeito que não tenha previsto a idoneidade de sua conduta a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros?

²¹⁰ BIDINO, Claudio. op cit., p. 235-236.

²¹¹ ALMEIDA, Carlos. op cit., p. 206.

²¹² ALMEIDA, Carlos. op cit., p. 207.

²¹³ Essas observações valeriam também para o tipo penal base da corrupção privada, que, no entender da doutrina, tutelariam a confiança e a lealdade nas relações privadas, a partir da violação dos interesses do empregador pelo trabalhador do setor privado.

No entender de Claudio Bidino, seja nos casos de corrupção passiva qualificada, ou em sua forma ativa, a criação de um perigo pela atuação do sujeito deveria decorrer, pelo menos, em razão da inobservância de um dever geral de cuidado. Assim, afirma o autor que “não seria suficiente, à imputação do resultado agravante, que se verificasse um nexo de causalidade adequada entre ele e o crime fundamental, sendo necessária a comprovação, ao menos, da violação, pelo agente, da diligência devida”²¹⁴. Essa solução, continua o autor, seria a mais compatível com o princípio da culpa, em razão do agravamento da pena na forma qualificada do crime, bem como atenderia ao disposto no artigo 18²¹⁵ do Código Penal Português²¹⁶.

Ademais, quanto às sanções penais dos delitos em análise, cabe destacar que estas receberam um substancial aumento por meio da Lei n. 30/2015. Essas alterações foram introduzidas pelo legislador português a partir das recomendações dirigidas pelo GRECO (Group of States against Corruption) à Portugal²¹⁷, a fim de atender ao disposto no artigo 19 da Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa²¹⁸.

Desse modo, em relação ao crime de corrupção passiva no setor privado, disposto no artigo 8º, n. 1, da Lei n. 20/2008, aumentou-se o limite da pena de dois para até cinco anos de prisão, ou pena de multa de até seiscentos dias. Já a forma qualificada do delito (artigo 8º, n. 2), que era punível com até cinco anos de prisão ou multa de até seiscentos dias, foi aumentada para uma pena de um a oito anos de prisão.

Por sua vez, a corrupção ativa (artigo 9º, n. 1), que era punível com pena de prisão de até um ano ou multa, hoje é punível com pena de até três de prisão, ou multa. A sua forma qualificada (art. 9º, n. 2), que era punível com pena de até três de prisão, ou multa, foi alterada para uma pena de até cinco anos de prisão ou multa de até seiscentos dias.

Ademais, o artigo 5º da Lei n. 20/2008 trata das causas de atenuação especial e dispensa de pena²¹⁹. Estas também sofreram algumas alterações por meio da Lei n.

²¹⁴ BIDINO, Claudio. op cit., p. 237.

²¹⁵ “Quando a pena aplicável a um facto for agravada em função da produção de um resultado, a agravação é sempre condicionada pela possibilidade de imputação desse resultado ao agente pelo menos a título de negligência”.

²¹⁶ BIDINO, Claudio. op cit., p. 237.

²¹⁷ Nesse sentido, ver Greco RC-III (2015) 2E. Second Compliance Report. Publication: 1 April 2015. p. 3.

²¹⁸ “Having regard to the serious nature of the criminal offences established in accordance with this Convention, each Party shall provide, in respect of those criminal offences established in accordance with Articles 2 to 14, effective, proportionate and dissuasive sanctions and measures, including, when committed by natural persons, penalties involving deprivation of liberty which can give rise to extradition”.

²¹⁹ “Nos crimes previstos na presente lei:

a) A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas

30/2015. A partir desta alteração legislativa, atribui-se caráter facultativo à aplicação das causas de atenuação e dispensa de pena, que antes eram de aplicação obrigatória, caso verificadas no caso concreto.

Ainda, suprimiu-se a causa de dispensa de pena para os crimes de corrupção ativa, no caso em que o agente retirasse a promessa feita ou solicitasse a restituição da vantagem dada. Conforme Euclides Dâmaso Simões, esta alteração viria a atender o disposto na Convenção da OCDE sobre Corrupção no Comércio Internacional. Contudo, segundo o autor, a modificação faria sentido somente neste âmbito de corrupção, em que somente é punível a corrupção ativa. Apesar disso, acabou atingindo também o crime de corrupção no sistema privado²²⁰.

Por fim, a Lei n. 30/2008 acrescentou a possibilidade da punição da tentativa nos crimes de corrupção ativa no setor privado. Antes desta alteração legislativa, a punição da forma tentada do crime previsto no artigo 9º, n. 1, era inviabilizada pela pena prevista de até três anos de prisão, em razão do artigo 23, n. 1, do Código Penal²²¹. A partir da referida lei, passa a ser punível a tentativa em todas as formas de corrupção privada. Com isso, conforma-se a legislação portuguesa com a Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, nos termos de seu artigo 27, n. 2²²².

4.3 O DIREITO PENAL ITALIANO

O crime de corrupção privada foi inserido no ordenamento jurídico italiano por meio do Decreto Legislativo n. 61, de 11 de abril de 2002, quando da reforma dos crimes societários. Sob a denominação de “infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità”, o delito foi inserido no artigo 2635 do Código Civil. Somente em 2012, por meio da Lei n.

decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis ou de algum modo contribuir decisivamente para a descoberta da verdade;

b) O agente pode ser dispensado de pena se, voluntariamente, antes da prática do facto, repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, restituir a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor”.

²²⁰ SIMÕES, Euclides Dâmaso. Breves notas à Lei 30/2015, contra a corrupção. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/04/20150425-ARTIGO-JULGAR-Breves-Notas-Lei-30_2015-contr-a-corrup%C3%A7%C3%A3o-Euclides-D%C3%A2maso-Sim%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015. p. 22.

²²¹ “Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”.

²²² “Each State Party may adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, in accordance with its domestic law, any attempt to commit an offence established in accordance with this Convention”. Nesse sentido, SIMÕES, Euclides Dâmaso. op cit., p. 23-24.

190, o delito passou a ser denominado de *corruzione tra privati*. Apesar de não consistir em uma criminalização antiga no sistema italiano, o crime já foi alvo de constantes modificações, tendo a última ocorrida recentemente, por meio do Decreto Legislativo n. 38, de 15 de março de 2017.

Este introduziu substanciais alterações no tipo penal, com reflexos, inclusive, em relação aos interesses tutelados pela norma. Esta última reforma foi fruto de uma pressão dos órgãos internacionais exercida sobre a Itália, para que esta adequasse sua legislação às convenções com as quais se comprometeu. Contudo, apesar das reformas operadas pelo legislador italiano, o tratamento jurídico-penal da corrupção no setor privado continua em desconformidade com as convenções internacionais com as quais o país aderiu, principalmente em relação à Decisão Quadro, conforme se demonstrará²²³.

4.3.1 O artigo 2635 do Código Civil e a situação anterior ao Decreto Legislativo n. 38 de 2017

Tradicionalmente, a criminalização da corrupção privada na Itália sempre esteve associada à tutela do patrimônio social. Inserido no Código Civil no Título relativo aos crimes societários, em sua redação original, o tipo penal restringia-se apenas ao âmbito das sociedades comerciais²²⁴. Assim, podiam figurar como sujeito ativo apenas as pessoas indicadas no rol do artigo 2635, que correspondiam àqueles com maior poder de decisão, detentores de cargos do vértice societário²²⁵.

A restrição da incriminação da corrupção passiva àquelas pessoas que exercem funções relacionadas ao topo da sociedade, destaca-se, é típica de um modelo de tutela privatístico. Isso porque, em regra, apenas quem detém poderes decisórios no interno da organização é capaz de praticar atos contrários aos interesses do principal. Por outro lado, em um modelo público de tutela, a incriminação também deve se impor aos demais

²²³ Sobre a pressão exercida pelos órgãos internacionais sobre a Itália, e a relutância do legislador em se adequar aos instrumentos internacionais, ver SEMINARA, Sergio. op cit. p. 713-715.

²²⁴ BRICCHETTI, Renato. La corruzione tra privati. In: Diritto penale delle società (a cura di Canzio, Giovanni, et al.). Tomo primo. Cedam, 2014, p. 508; BARTOLI, Roberto. Corruzione tra privati. . In: In: MATTARELLA, Bernardo Giorgio; PELISSERO, Marco. (org.). La legge anticorruzione, Torino: Giappichelli, 2013. p. 439; LA ROSA, Emanuele. La repressione penale della “corruzione privata”. Messina: JGB Edizioni, 2011.

²²⁵ Sobre o rol de sujeito ativos constantes do artigo 2635, ver Rossi, Alessandra. Corruzioni tra privati: qualche considerazione sulla platea degli autori, tra persone fisiche e persone giuridiche. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell’Economia**. CEDAM. N. 1-2 Gennaio – giugno, 2013; LA ROSA, Emanuele. op cit., p. 224 a 233.

funcionários, pois estes também são capazes de praticar condutas que lesionem a concorrência²²⁶.

Essa situação se alterou com a reforma operada pela Lei n. 190, de 6 de novembro de 2012, que passou a prever a incriminação da corrupção passiva praticada pelos sujeitos sotopostos à direção ou vigilância daquelas pessoas anteriormente referidas. A pena prevista para esse caso é de até um ano e seis meses de reclusão, ou seja, menor do que aquela que poderia ser aplicada para os sujeitos do vértice da sociedade, que, após a reforma, passou a ser de um a três anos de reclusão.

Apesar disso, deve-se destacar que a extensão realizada pelo legislador italiano em relação aos sujeitos ativos do crime de corrupção passiva não foi suficiente para adequar o tipo penal aos instrumentos internacionais. Isso porque estes requerem a incriminação de todos aqueles que dirijam ou trabalhem, sob qualquer capacidade, para uma entidade do setor privado. Portanto, o rol dos possíveis autores do crime deve ir muito além do limite societário, como ocorria no tipo penal italiano²²⁷.

Neste ínterim, caberia questionar a legitimidade da opção adotada pelo legislador italiano de tratar com rigor diferenciado os atos de corrupção em razão da posição ocupada pelo agente na sociedade. Conforme Sergio Seminara, apesar de fazer sentido no regime da corrupção pública, quando se atribui um maior desvalor à corrupção praticada pelo funcionário público àquela praticada pelo encarregado de um serviço público, essa diferenciação perderia o sentido na corrupção privada. Assim, afirma que a distinção entre os cargos de diretor financeiro ou administrativo da sociedade, e dos sujeitos sotopostos, não seria suficiente para justificar uma pena diferenciada para ambos. Além disso, ao se considerar o desvalor do crime como o prejuízo causado à sociedade, consequente da execução do ato corruptivo, como se verá a seguir, perderia sentido essa distinção baseada no grau de infidelidade do agente²²⁸.

Por outro lado, a atribuição de maior desvalor ao ato praticado pelos diretores em relação à conduta dos sujeitos a eles subordinados seria justificável em um modelo *lealístico* de tutela. Neste, considerando-se a fidelidade do agente ao principal como o bem jurídico a ser tutelado, compreender-se-ia a opção de estabelecer um tratamento

²²⁶ BARTOLI, Roberto. op cit., p. 435-436.

²²⁷ Nesse sentido, vejam-se os artigos 8º e 2º, n. 1, “a”, da Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa e da Decisão Quadro, respectivamente.

²²⁸ SEMINARA, Sergio. **Il reato di corruzione tra privati. In Le Società** – Anno XXXII. Milano: Wolters Kluwer Italia S.r.l, 2013. p. 63.

diferenciado em razão do grau ocupado pelo agente. Portanto, com base nesse modelo, seria coerente uma sanção mais rigorosa quando o corrupto ocupar funções relativas ao vértice da organização.

Ademais, com as mudanças legislativas operadas em 2012, tentou-se dar uma roupagem publicística ao tipo penal italiano, aproximando-o, em alguns aspectos, do modelo concorrencial previsto pela Decisão Quadro. Isto pode ser demonstrado pela responsabilização dos sujeitos sotopostos incluída pela Lei n. 190, ainda que com penas diferenciadas, bem como pela exceção do regime de procedibilidade quando do fato derivar uma distorção da concorrência, como se verá a seguir²²⁹.

Contudo, a norma penal continuou muito mais próxima de um modelo privado de incriminação. Mesmo após as alterações de 2012, continuou-se prevendo o “*nocumento alla società*” como elemento constitutivo do tipo penal. Com isso, centrava-se o desvalor do delito não no ato de corrupção em si, entendido como o acordo de vontades firmado entre corrupto e corruptor para a prática de um ato contrário aos seus deveres de ofício, mas no dano causado à sociedade pela execução desse ato. Diante disso, tinha-se um crime de resultado cuja consumação dependia de um duplo nexo de causalidade: a dação ou promessa de uma vantagem ao agente e a efetiva prática por este de um ato em violação de suas funções, bem como a ocorrência de um dano à sociedade em virtude da execução do ato corruptivo²³⁰.

Quanto ao sentido da expressão “*nocumento*”, discutia-se se ela deveria ser interpretada limitativamente, abrangendo tão somente os danos patrimoniais ocasionados à sociedade, ou de forma ampla, podendo englobar qualquer prejuízo suscetível de valoração econômica. Este segundo posicionamento veio a prevalecer²³¹.

Nesse sentido, inclusive, decidiu a Corte Suprema di Cassazione Penale, em um dos poucos julgados encontrados na jurisprudência italiana sobre o crime. Assim, sobre a utilização da expressão “*nocumento*”, ainda no âmbito do antigo delito de *infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, afirmou-se que, “*consenta di superare i confini di un danno di natura strettamente patrimoniale, per giungere così ad includere anche pregiudizi differenti (come ad esempio il danno all’immagine della società, od al corretto svolgimento delle attività organizzative e di controllo, fisiologiche alla gestione*

²²⁹ BARTOLI, Roberto. op cit., p. 444-446.

²³⁰ BRICCHETTI, Renato. op cit., p. 514; SEMINARA, Sergio. op cit., p. 64.

²³¹ LA ROSA, Emanuele. op cit., p. 251-257.

dell'impresa) che conseguano comunque alla lesione di beni suscettibili sì di valutazione economica – un danno all'immagine o reputazionale lo è senz'altro – ma non imediata, a differenza di quanto accade nei casi di diminuzione patrimoniale stricto sensu”²³².

Ademais, para se entender o sentido desta novel criminalização, é interesse analisar-se a sua origem, juntamente com o delito de *infedeltà patrimoniale*, também inserido em 2002, e constante no artigo 2634 do Código Civil. Assim, o crime de corrupção privada nasceu inicialmente como uma forma de *infedeltà* qualificada pela corrupção. Dessa forma, ambos pressupõem um conflito de interesse no interno da sociedade, bem como um prejuízo ao patrimônio social.

Contudo, o primeiro consiste em uma forma geral de *infedeltà patrimoniale*, por meio de uma ação do agente de disposição dos bens sociais, exigindo-se um efetivo dano patrimonial à sociedade. Por outro lado, o segundo consiste em uma ação do representante em violação de suas funções, a partir da dação ou promessa de uma vantagem por um terceiro, admitindo também a forma omissiva, ao contrário do primeiro. Além disso, no artigo 2635, como visto, não se utiliza a expressão “danno patrimoniale”, mas sim “nocumento alla società”, admitindo-se qualquer prejuízo suscetível de valoração econômica²³³.

Quando de sua inserção no Código Civil, em 2002, muitas críticas foram colocadas pela doutrina ao crime de *infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*. A primeira delas era que, apesar de ser concebido como uma forma qualificada em relação ao delito de *infedeltà patrimoniale*, este último era punível mais rigorosamente que o primeiro. Isto acabou ocasionando a inefetividade do tipo penal previsto no artigo 2635, com um baixo número de processos nos tribunais.

Ainda, em sua redação original no Projeto Mirone, o delito havia sido concebido como um crime de perigo, visando a uma antecipação da tutela penal em relação à *infedeltà patrimoniale*. Assim, inicialmente, a mera ação ou omissão do agente em violação dos seus deveres de ofício já era suficiente para a realização do tipo penal, sendo

²³² Corte Suprema di Cassazione penale. Sezione quinta. Sentenza n. 14765. Julgado em 13.11.2012. Ainda sobre as alterações realizadas pela Lei n. 190/2012, à luz dos instrumentos internacionais, bem como um comentário à decisão judicial referida, ver Zoli, Lucia. Disfunzione applicativa dell'art. 2635 C.C. Tra vecchia e nuova formulazione della “corruzione tra privati”. In *Diritto Penale Contemporaneo*. N. 3-4/2014. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/foto/4062DPC_Trim_3-4_2014.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

²³³ MILITELLO, Vincenzo. I reati di infedeltà. In: **Diritto** penale e processo. n. 1, 2002; SPENA, Alessandro. Corruzione fra privati. *Diritto penale e processo: speciale corruzione*. Milano: Wolters Kluwer, 2013. p. 40.

este perseguível por meio de ação penal pública. Contudo, quando submetido à discussão no legislativo, inseriu-se a exigência do “nocumento alla società”, alterando-se a sua estrutura para um crime de resultado, e condicionou-se a sua persecução penal à querela da pessoa ofendida²³⁴.

Por sua vez, a natureza privada da ação penal é causa de grandes perplexidades em relação ao tipo penal italiano. É, também, outro fator determinante para o baixo número de processos em relação ao delito, uma vez que, na maioria dos casos, não é do interesse da sociedade expor os casos de corrupção ocorridos no seu interno²³⁵. Desse modo, além de estar em desconformidade com os instrumentos internacionais, que requerem a sua perseguibilidade de ofício, essa limitação entrava em contradição interna com a própria sistemática da legislação penal italiana.

Assim, conforme Vincenzo Militello, deixar à sociedade comercial a decisão sobre a persecução penal fazia sentido na hipótese de se estar diante de um crime de perigo, nos termos da sua redação no projeto original. Contudo, conforme o autor, quando se passa a exigir um prejuízo econômico à sociedade como elemento constitutivo do crime, essa lesão ganharia contornos de interesse coletivo, e seria mais correta a sua perseguibilidade de ofício²³⁶. Nesses termos, afirma o autor:

“Poiché si è scelto di non centrare il reato sulla lesione di interesse esterni alla società, ma anche di non punire già il semplice pericolo nei confronti del patrimonio della società, il requisito dell’effettiva lesione di quest’ultimo non dovrebbe lasciare margini di valutazione sulla opportunità di perseguire il fatto di chi accetti anche solo la promessa di utilità per compiere atti contrari ai rispettivi doveri di ufficio. La possibilità di esercitare o meno la querela si accorda invece con una costruzione di reato in termini di pericolo per il patrimonio sociale: qui è il dominus (e dunque gli organi della società o anche il singolo socio) a dover valutare se in concreto lo scambio indebito fra l’utilità e l’atto del suo dipendente infedele rappresenti in concreto un pericolo per i propri interessi, e così far

²³⁴ CERQUA, Luigi Domenico. **La corruzione tra privati**. La riforma dei reati societari. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004; MILITELLO, Vincenzo. op cit., p. 704-705.

²³⁵ SEMINARA, Sergio. op cit., p. 66.

²³⁶ MILITELLO, Vincenzo. op cit., p. 705.

venir meno l'esistenza dell'offesa penalmente rilevante²³⁷.

Mais adiante, com a Lei n. 190, de 6 de novembro de 2012, a regra da perseguibilidade à querela ganharia uma exceção, sendo o crime perseguível de ofício no caso em que “dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi”. Contudo, esta previsão de ação pública no caso de se verificar uma distorção da concorrência acabaria gerando novos problemas de interpretação. Por exemplo, o que deveria se entender por distorção da concorrência? E quando esta poderia tornar a ação penal perseguível de ofício?

Quanto à definição e abrangência da expressão distorção da concorrência, costuma-se remeter ao entendimento de concorrência micro e macroeconômica. Dessa forma, sinteticamente, a concorrência microeconômica abrangeria não apenas os interesses individuais do principal, para o qual o corrupto exerça suas funções, mas também dos demais concorrentes e consumidores. Já a noção macroeconômica levaria em conta o mercado como um todo e o seu regular funcionamento²³⁸.

Já em relação à aplicação prática da cláusula de distorção da concorrência, existiam dois principais posicionamentos. Um primeiro a considerava como um ulterior evento do crime, a ser demonstrado no caso concreto, como consequência do prejuízo causado à sociedade. Dessa forma, mesmo no caso de se verificar uma distorção da concorrência, e sendo o crime perseguível de ofício, ainda assim condicionava-se o exercício da ação penal à verificação de um dano à sociedade comercial²³⁹.

Uma outra interpretação entendia a distorção da concorrência como uma alteração das regras do regular funcionamento do mercado. Desse modo, esta era considerada como um perigo abstrato, relacionado ao objeto da corrupção, compreendido pela aquisição de mercadorias ou serviços. Assim, para a ação penal adquirir caráter publicístico, seria dispensável a demonstração concreta de que o fato havia gerado uma distorção da concorrência²⁴⁰.

²³⁷ MILITELLO, Vincenzo. Fondi neri e corruzione tra privati in Italia. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**. n. 4. Cedam. Ottobre-dicembre 2012, p. 917.

²³⁸ SPENA, Alessandro. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia**. n. 1-2, Gennaio-giugno, 2007, Cedam, p. 828 e sgs.

²³⁹ SPENA, Alessandro. Corruzione fra privati. **Diritto penale e processo: speciale corruzione**. Milano: Wolters Kluwer, 2013.

²⁴⁰ SEMINARA, Sergio. op cit., p. 67; BRICCHETTI, Renato. op cit., p. 518-519.

Apesar de se considerar este segundo posicionamento como o mais acertado, o primeiro é aquele que veio a prevalecer, sendo adotado, inclusive, pela jurisprudência. De fato, considerando-se a redação do tipo penal italiano, esta segunda interpretação acabaria por esbarrar nos princípios da legalidade e da lesividade. Sendo o “*nocumento alla società*” elemento constitutivo do delito, não se poderia prescindir deste para o exercício da ação penal²⁴¹.

Por outro lado, a consideração da distorção da concorrência como ulterior evento do crime acaba por subordinar a tutela de um bem jurídico de natureza supraindividual, o regular funcionamento do mercado, a um de natureza estritamente individual, o patrimônio da sociedade. Além disso, acaba-se contrariando a própria orientação dos instrumentos internacionais, que consideram o crime de corrupção no sistema privado como de perigo abstrato em relação aos interesses tutelados²⁴².

Diante desse cenário, sempre foi muito grande a pressão exercida pelas instâncias internacionais sobre a Itália, para que esta adequasse a sua legislação com as obrigações assumidas. Nesse sentido, em análise da lei penal italiana sobre a corrupção privada, a Relação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu foi no sentido de que “*le attuali disposizioni sulla corruzione tra privati sono quindi troppo limitate e restringono il campo di applicazione alle categorie di dirigenti del settore privato cui il reato è imputabile. I procedimenti sono peraltro su querela della persona offesa e non ex officio, salvo se deriva una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi*”²⁴³.

Nesse contexto, uma reforma legislativa para que o Estado Italiano adequasse a sua incriminação sobre corrupção no setor privado aos instrumentos internacionais era questão de tempo.

4.3.2 O Decreto Legislativo n. 38 de 2017

Assim, por meio do Decreto Legislativo n. 38, de 15 de março de 2017, a Itália alterou recentemente o seu tipo penal de *corruzione tra privati*. Conforme expressamente

²⁴¹ DI VIZIO, Fabio. **La riforma della corruzione tra privati**. Il Quotidiano Giuridico/Wolters Kluwer, 3 aprile 2017. Disponível em: <<http://www.quotidianogiuridico.it/documents/2017/04/03/la-riforma-della-corruzione-tra-privati>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

²⁴² MILITELLO, Vincenzo. op cit., p. 922-923; SEMINARA, Sergio. op cit., p. 68.

²⁴³ Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeu. COM (2014) 38 final. Bruxelles, 03.02.2014. p. 14-15.

afirmado pelo decreto, as modificações realizadas tiveram como fim a incorporação ao ordenamento interno italiano das disposições da Decisão Quadro 2003/568/JAI, do Conselho Europeu.

Desse modo, o primeiro inciso do artigo 2635 do Código Civil Italiano, que prevê o crime de corrupção passiva no setor privado, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Salvo che il fatto costituisca piu' grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di societa' o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per se' o per altri, denaro o altra utilita' non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedelta', sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto e' commesso da chi nell'ambito organizzativo della societa' o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo”.

Como já adiantado, apesar da aparente intenção do legislador italiano em atender às orientações internacionais sobre a matéria, o novo tipo penal está muito longe disso. O primeiro questionamento que deve ser feito é: por meio das alterações efetuadas pelo decreto, ter-se-ia adotado um modelo público de tutela da corrupção privada? Dessa forma, é a partir da natureza dos interesses tutelados pela norma que se procurará analisar a nova redação do delito.

Em uma primeira análise, o novel tipo penal italiano de corrupção privada parece estar muito mais próximo de um modelo de tutela *lealístico*. Com a não mais exigência de um prejuízo econômico à entidade do setor privado, abandona-se um modelo patrimonial com um crime que agora tem seu núcleo do injusto centrado no recebimento ou na dação de uma vantagem, ou a sua promessa, bem como a sua solicitação ou oferecimento ao agente, para a prática de uma ação ou omissão em violação das suas obrigações de ofício ou de fidelidade. Com isso, pune-se não mais o prejuízo patrimonial causado ao principal, mas a violação da relação de confiança existente entre mandante e mandatário²⁴⁴.

²⁴⁴ LA ROSA, Emanuele. Verso una nuova riforma della “corruzione tra privati”: dal modello “patrimonialistico” a quello “lealístico”, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre 2016. p. 3.

Dessa forma, a primeira e mais substancial das alterações que se deve analisar é a retirada da expressão “nocumento alla società” como elemento constitutivo do crime. Juntamente com o acréscimo dos verbos nucleares “solicitar” e “oferecer”, antecipa-se a tutela penal do artigo 2635. Como consequência, observa-se que não mais se exige o prejuízo econômico ao principal decorrente da corrupção, e nem mesmo o acordo corruptivo, consumando-se o crime com a mera solicitação ou oferecimento da vantagem. Pelo menos assim é que deveria ser²⁴⁵.

Contudo, a racionalidade da norma quanto ao momento da punibilidade entra em crise com o posterior artigo 2635-bis, também incluído pelo decreto. O dispositivo prevê o delito de *istigazione alla corruzione tra privati*, para os casos em que a oferta ou solicitação da vantagem não seja aceita pela outra parte²⁴⁶.

Diante disso, pergunta-se: se aqui é prevista uma tentativa de corrupção, para os casos em que não se tenha a concordância da outra parte quanto acordo corruptivo, como se poderia justificar a redação do tipo penal anterior? Chegar-se-ia ao paradoxo de admitir a consumação do crime de corrupção privada com a mera solicitação ou oferecimento da vantagem, mas posteriormente passar-se-ia ao delito de instigação à corrupção com a não aceitação dessa proposta²⁴⁷.

Essa situação apenas pode ser explicada como fruto de uma desatenção do legislador, e não para por aí, trazendo ainda mais nocivas consequências. Isso porque, é apenas prevista a instigação à corrupção em relação às pessoas com funções diretivas na entidade privada. Em que pese a intenção parece ter sido estabelecer um regime mais severo em relação à corrupção envolvendo esses sujeitos, o resultado foi completamente o

²⁴⁵ BARTOLI, Roberto. Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo? In: **Diritto penale e processo 1/2017**, p. 9.

²⁴⁶ “Art. 2635-bis (Istigazione alla corruzione tra privati) - Chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonche' a chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 2635, ridotta di un terzo. La pena di cui al primo comma si applica agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonche' a chi svolge in essi attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, che sollecitano per se' o per altri, anche per interposta persona, una promessa o dazione di denaro o di altra utilità, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora la sollecitazione non sia accettata. Si procede a querela della persona offesa”.

²⁴⁷ La Rosa, Emanuele. Op cit., p. 2.

contrário. Com isso, quando a corrupção envolver os sujeitos sotopostos aos cargos de direção, ter-se-á o crime consumado em suas formas ativa e passiva²⁴⁸.

A inserção desse dispositivo poderia, ainda, ser explicada pela errônea interpretação do legislador italiano em relação ao termo *instigation* previsto no artigo 3º da Decisão Quadro 2003/568/JAI²⁴⁹. Nesta, determina-se que os Estados garantam a punibilidade da instigação, auxílio e cumplicidade aos atos de corrupção previstos no artigo anterior. Assim, vê-se que o objetivo inicial da Decisão Quadro não era o de determinar a incriminação de condutas de tentativa de corrupção, tal como já ocorre no regime italiano relativo à corrupção pública, sob a rubrica de *istigazione alla corruzione*, prevista no artigo 322 do Código Penal²⁵⁰.

Ademais, apesar dessa incongruência causada pela redação do artigo 2635-bis, este acaba por demonstrar a consideração, sob a ótica do legislador, de um maior desvalor em relação à corrupção envolvendo os agentes detentores de altos cargos na entidade privada. Isso pode ser entendido como outro sinal de adoção do modelo *lealístico* de incriminação da corrupção privada.

Ainda, outro fator que pode conduzir a este entendimento, é a manutenção do texto do segundo parágrafo do artigo 2635, que prevê uma pena mais baixa para os casos de corrupção envolvendo os sujeitos sotopostos. Assim, esse tratamento diferenciado acaba sendo justificado em um modelo *lealístico*, pois a violação da relação de confiança entre representante e representado acaba sendo mais reprovável quando esta se der por quem detém cargos relacionados ao vértice da organização, como afirmado anteriormente.

Outro problema trazido pela recente alteração legislativa, é quanto à compatibilidade do modelo de incriminação adotado com a técnica da antecipação da tutela penal. Assim, se essa se justifica em um modelo de tutela da concorrência em face de um perigo abstrato, nos termos da Decisão Quadro, tem-se dúvidas quanto à sua legitimidade para tutelar meros interesses privados do principal. Desse modo, além da questionável dignidade penal da proteção da relação de confiança entre mandante e mandatário, bem como da necessidade de intervenção do direito penal para tutela dessa relação, afigura-se duvidosa, em face do princípio da lesividade, a legitimidade da técnica de redação

²⁴⁸ Seminara, Sergio. Op cit. p. 721.

²⁴⁹ “Member States shall take the necessary measures to ensure that instigating, aiding and abetting the conduct referred to in Article 2 constitute criminal offences”.

²⁵⁰ La Rosa, Emanuele. Op cit., p. 2.; Seminara, Sergio. Op cit. p. 720 e 721.

utilizada, que antecipa a consumação do crime para um momento anterior ao pacto corruptivo²⁵¹.

Não menos problemática é a natureza da ação penal, que continua sendo perseguível à querela, com exceção da cláusula de distorção da concorrência. Diante disso, além da desconformidade com os instrumentos internacionais sobre a matéria, que propõem uma criminalização da corrupção no setor privado perseguível de ofício, coloca-se o problema sobre a efetividade de aplicação do tipo penal, decorrente da redação deste e da natureza da ação. Assim, ao se retirar a exigência do prejuízo econômico para a consumação do crime, a entidade privada perderia o interesse em denunciar os atos de corrupção ocorridos ao seu interno²⁵².

Ainda, a mesma dificuldade de aplicação do artigo 2635 poderia ser observada também em relação à cláusula de distorção da concorrência. Ao que tudo indica, mesmo após a reforma pelo Decreto Legislativo n. 38, o legislador parece entendê-la como um ulterior evento do crime, suscetível de demonstração concreta. Isso porque, ao prever a perseguibilidade única e exclusivamente à querela para o caso em que a corrupção não ocorrer pela não aceitação da outra parte, previsto no artigo 2635-bis, considera-se a distorção da concorrência como um evento de dano.

Diante desse entendimento, a cláusula de exceção da ação penal pública perderia a sua efetividade ao condicionar a distorção da concorrência à mera solicitação, recebimento, oferta ou dação de uma vantagem. Isso porque, a sua demonstração concreta dependeria da ocorrência de um efetivo ato praticado pelo agente em violação dos seus deveres de ofício²⁵³.

²⁵¹ SEMINARA, Sergio. op cit. p. 725-726.

²⁵² Idem.

²⁵³ LA ROSA, Emanuele. op cit., p. 3; SEMINARA, Sergio. op cit. p. 725-726.

5 A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS DE CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO

Ao se tratar do crime de corrupção privada, é imprescindível a abordagem também do tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tendo em vista a vasta amplitude do tema, que demandaria uma investigação à parte, far-se-á a sua abordagem em linhas gerais, a partir de sua relação com o crime objeto deste estudo, sem nenhuma perspectiva de esgotamento.

A corrupção no setor privado possui uma íntima e direta relação com a responsabilidade da pessoa jurídica, chegando-se a afirmar que a sua incriminação poderia ser considerada propedêutica à previsão de uma necessária e correlativa responsabilização desta²⁵⁴. Afinal, de nada adiantaria a incriminação da corrupção privada sem a possibilidade de imputação penal da pessoa jurídica, uma vez que, em determinados casos, esta poderia encarregar seus funcionários de baixo escalão para a prática dos atos corruptivos. Nessa situação, a responsabilização destes pouco contribuiria para a repressão do crime, uma vez que a entidade privada poderia continuar agindo por meio de outros funcionários.

Contudo, a construção de uma dogmática penal para a responsabilização da pessoa jurídica pelos crimes de corrupção no setor privado não é tão simples. Esta vai depender necessariamente do modelo de incriminação que se adotar para a previsão do delito, se *lealístico*, patrimonial ou concorrencial. Assim, uma análise da possibilidade de imputação penal à pessoa jurídica pelo crime de corrupção privada vai depender diretamente dos interesses tutelados em determinada legislação penal.

Diante disso, por motivos didáticos, tratar-se-á separadamente da responsabilidade da pessoa coletiva nos instrumentos internacionais de combate à corrupção privada, bem como, nos ordenamentos jurídicos brasileiro, português e italiano, e a possibilidade de sua respectiva imputação pelos atos de corrupção no setor privado em face de cada legislação²⁵⁵.

²⁵⁴ SEMINARA, Sergio. **Il reato di corruzione tra privati. In Le Società** – Anno XXXII. Milano: Wolters Kluwer Italia S.r.l, 2013. p. 62.

²⁵⁵ Importante destacar que não se pretende aqui discutir a natureza da responsabilidade da pessoa jurídica, mas tão somente a possibilidade de sua responsabilização, seja na esfera penal, civil ou administrativa, pelos atos de corrupção no setor privado.

5.1 A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA EM FACE DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E O PROBLEMA DE SUA RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Os instrumentos internacionais de combate à corrupção privada preveem todos, de maneira expressa, a responsabilidade da pessoa jurídica, pelos atos de corrupção praticados por seus dirigentes ou subordinados, bem como, o estabelecimento de sanções e medidas penais ou administrativas.

A Ação Comum 98/742/JAI distinguia, e a Convenção Penal do Conselho da Europa distingue, as formas ativa e passiva dos delitos, prevendo a responsabilidade da pessoa jurídica apenas em relação à primeira²⁵⁶. Por sua vez, a Decisão Quadro 2003/568/JAI e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção não fazem qualquer distinção entre a corrupção ativa e passiva, prevendo a responsabilização da pessoa coletiva pelos crimes nelas mencionados²⁵⁷.

A possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica pelos atos de corrupção ativa no setor privado é indiscutível. De fato, seus funcionários podem muito bem se utilizar de práticas corruptivas para beneficiar a pessoa jurídica em detrimento de seus concorrentes, como, por exemplo, para determinar que estes abandonem uma licitação, revelem determinado segredo profissional, ou concedam exclusividade na compra de seus produtos²⁵⁸.

²⁵⁶ Nesse sentido, os artigos 5º e 18, respectivamente:

Artigo 5º: “1. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that legal persons can be held liable for active corruption of the type referred to in Article 3 committed for their benefit by any person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on”: (...)

Artigo 18: “1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that legal persons can be held liable for the criminal offences of active bribery, trading in influence and money laundering established in accordance with this Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on”: (...)

²⁵⁷ Artigos 5º e 26, respectivamente:

Artigo 5º: “Each Member State shall take the necessary measures to ensure that legal persons can be held liable for offences referred to in Articles 2 and 3 committed for their benefit by any person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on”: (...)

Artigo 26: “1. Each State Party shall adopt such measures as may be necessary, consistent with its legal principles, to establish the liability of legal persons for participation in the offences established in accordance with this Convention. (...)

²⁵⁸ SCOLETTA, Marco. op cit., p. 475-476.

O problema surge a partir da possibilidade de imputação à pessoa jurídica do crime de corrupção passiva no setor privado. A primeira premissa que deve ser levada em conta é que o crime deve ter sido praticado pelo seu funcionário no interesse da pessoa coletiva. Diante disso, a pergunta é: pode o delito ser praticado em benefício da entidade na qual o corrupto exerce suas funções?

Além disso, como visto, as incriminações previstas pelos instrumentos internacionais exigem que uma pessoa desempenhe funções diretivas ou laborais para uma entidade do setor privado, agindo contra esta em violação de suas funções. Dessa forma, há, na estrutura do delito, uma relação interna estabelecida entre agente e principal, na qual se pressupõe a sua violação para a realização do tipo penal. Assim, tem-se a impossibilidade de o crime de corrupção passiva ser cometido pelo empresário, e, por consequência, pela pessoa jurídica, nos termos concebidos pelos instrumentos internacionais²⁵⁹.

Nada impede, todavia, a formulação do tipo penal no sentido que abarque a possibilidade de imputação do principal. Em um modelo de incriminação público e puro de tutela da concorrência, por exemplo, que leve em conta a proteção de interesses de terceiros externos à relação estabelecida entre agente-principal, e não exclusivamente deste, nada impediria a responsabilização da pessoa jurídica pela corrupção passiva.

Nesse sentido, afirma Roberto Bartoli:

“Per quanto riguarda la disciplina della responsabilità degli enti, si deve muovere dalla considerazione che si adotta un modello di corruzione privata ispirato alla tutela del datore di lavoro, conseguenza “naturale” è che l’ente possa esser fatto responsabile soltanto di corruzione attiva, per la semplice ragione che, analogamente a quanto avviene per la corruzione pubblica, l’ente in cui si realizza la corruzione passiva finisce per essere vittima del reato. Se invece si adotta un modello di corruzione privata ispirato alla tutela della concorrenza, coerenza funzionale esige che l’ente possa essere fatto responsabile sia della corruzione attiva che di quella passiva, in quanto entrambi gli enti in cui viene realizzata la corruzione privata concorrono ad alterare la concorrenza a danno di enti “terzi”²⁶⁰.

²⁵⁹ LA ROSA, Emanuele. op cit., p. 68; no mesmo sentido, mas analisando a normativa italiana, SEMINARA, Sergio. op cit., p. 728.

²⁶⁰ BARTOLI, Roberto. op cit., p. 6.

Dessa forma, considera-se que, em tese, seria possível a prática de atos de corrupção passiva no setor privado pela pessoa jurídica. Pode-se pensar, inclusive, em hipóteses que a sua ocorrência venha a ela trazer benefícios, como no caso, por exemplo, em que se considerem as vantagens concedidas a seus funcionários, por terceiros, como um acréscimo em sua remuneração, sem o conseqüente aumento das despesas da própria entidade privada²⁶¹.

Por outro lado, o que será determinante para a possibilidade de imputação desses atos à pessoa jurídica será o modelo de incriminação adotado por determinada legislação. Diante disso, passar-se-á a analisar brevemente os ordenamentos jurídicos brasileiro, português e italiano, quanto à responsabilidade da pessoa coletiva, e a compatibilidade de sua responsabilização pelos crimes de corrupção privada.

5.2 O DIREITO BRASILEIRO

A regulação da responsabilidade da pessoa jurídica no Brasil se dá, atualmente, por meio de legislação esparsa e construção jurisprudencial²⁶². Por ausência de uma regulação específica sobre o tema, é muito discutida no país a possibilidade de sua imputação penal. Esta, ressalta-se, vem prevista no Anteprojeto do Código Penal, em seu artigo 41²⁶³, que ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

²⁶¹ BARTOLI, Roberto. op cit., p. 7; CABANA, Patrícia Faraldo. op cit., p. 73; LA ROSA, Emanuele. op cit., p. 65-66. Ainda, sobre a possibilidade de a conduta não trazer prejuízos para a empresa, podendo ser considerada como indiferente do ponto de vista patrimonial, ver DIÉZ, Carlos Gómez-Jara. Op cit p. 239 e sgs.

²⁶² Sobre a previsão legal da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento brasileiro, ver os artigos 173, §5º e 225, §3º, da Constituição Federal, no que se refere à sua responsabilização por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, bem como por condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, respectivamente. Além disso, na ordem infraconstitucional, é prevista a responsabilidade penal dos diretórios locais dos partidos políticos pelos crimes eleitorais ali indicados, nos termos do artigo 336 do Código Eleitoral. Ainda, a Lei n. 9.605/98, relativa aos crimes ambientais, prevê expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seu artigo 3º. Quanto à jurisprudência, após diversas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais é independente da persecução penal da pessoa física. (RE 548181. Primeira Turma. Relatora Rosa Weber. Julgado em 06.08.2013).

²⁶³ Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§ 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

Por ainda não possuir um crime de corrupção privada nos moldes sugeridos pela ordem internacional, a responsabilização da pessoa jurídica pela prática destes crimes resta inviabilizada no país. Atualmente, é apenas prevista responsabilização administrativa desta por atos de corrupção praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira, por meio da Lei 12.846/2013²⁶⁴.

Ainda, importante referir que, nos termos previstos pelo Anteprojeto de Código Penal, a imputação da pessoa coletiva pelo crime de corrupção privada continuaria impossibilitada. Considerado pelo Anteprojeto como um crime contra o patrimônio, este bem jurídico não viria mencionado pelo artigo 41, quando prevê o âmbito de aplicação da responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

5.3 O DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, a responsabilidade penal das pessoas coletivas é regulada atualmente pelo artigo 11 do Código Penal²⁶⁵. Este passou a disciplinar a responsabilidade da pessoa jurídica a partir da Lei n. 59/2007²⁶⁶.

§ 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§ 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

²⁶⁴ Para aprofundamento, ver Silveira, Renato de Mello Jorge. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 315 e sgs.

²⁶⁵ “1 - Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal.

2 - As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 152.º-A e 152.º-B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 376.º, quando cometidos:

- a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou
- b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

3 - (Revogado.)

4 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade.

5 - Para efeitos de responsabilidade criminal consideram-se entidades equiparadas a pessoas colectivas as sociedades civis e as associações de facto.

6 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

7 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes.

8 - A cisão e a fusão não determinam a extinção da responsabilidade criminal da pessoa colectiva ou entidade equiparada, respondendo pela prática do crime:

Além disso, o dispositivo foi recentemente alterado, por meio da Lei n. 30/2015, a fim de alargar o leque dos sujeitos criminalmente responsabilizáveis. A partir da alteração, o artigo passou a incluir também as pessoas coletivas de direito público e concessionárias de serviços públicos, que antes eram excluídas pelo n. 3 do artigo 11, hoje revogado²⁶⁷. Essas alterações, destaca-se, vêm a enquadrar a legislação portuguesa com algumas obrigações aderidas na ordem internacional, quanto ao conceito de pessoa coletiva²⁶⁸.

Antes de sua introdução no Código Penal, o principal instrumento que regulava a responsabilidade criminal das pessoas coletivas era o Decreto Lei n. 28/84 (artigo 3º²⁶⁹), que dispõe sobre os crimes contra a economia e a saúde pública. Este, inclusive, tipificava os crimes de corrupção passiva e ativa no setor privado, nos artigos 41º-B e 41º-C, respectivamente.

Atualmente, estes delitos são previstos pela Lei n. 20/2008, que dispõe expressamente sobre a responsabilidade penal da pessoa coletiva, em seu artigo 4º²⁷⁰.

a) A pessoa colectiva ou entidade equiparada em que a fusão se tiver efectivado; e

b) As pessoas colectivas ou entidades equiparadas que resultaram da cisão.

9 - Sem prejuízo do direito de regresso, as pessoas que ocupem uma posição de liderança são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das multas e indemnizações em que a pessoa colectiva ou entidade equiparada for condenada, relativamente aos crimes:

a) Praticados no período de exercício do seu cargo, sem a sua oposição expressa;

b) Praticados anteriormente, quando tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou entidade equiparada se tornou insuficiente para o respectivo pagamento; ou

c) Praticados anteriormente, quando a decisão definitiva de as aplicar tiver sido notificada durante o período de exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.

10 - Sendo várias as pessoas responsáveis nos termos do número anterior, é solidária a sua responsabilidade.

11 - Se as multas ou indemnizações forem aplicadas a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por elas o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados”.

²⁶⁶ Para aprofundamento, ver MEIRELES, Mário Pedro. **A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro**: algumas notas. Julgar. Nº 5. 2008.

²⁶⁷ SIMÕES, Euclides Dâmaso. Breves notas à Lei 30/2015, contra a corrupção. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/04/20150425-ARTIGO-JULGAR-Breves-Notas-Lei-30_2015-contr-a-corrup%C3%A7%C3%A3o-Euclides-D%C3%A2maso-Sim%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015. p. 4-5.

²⁶⁸ Nesse sentido, ver o artigo 1º, “d”, da Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, que, além do Estado, apenas excepciona do conceito de pessoa coletiva as pessoas jurídicas detentoras de prerrogativas do poder público, bem como as organizações internacionais públicas.

²⁶⁹ “1 - As pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infracções previstas no presente diploma quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo.

2 - A responsabilidade é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

3 - A responsabilidade das entidades referidas no n.º 1 não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o n.º 3 do artigo anterior”.

²⁷⁰ “As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei”.

Embora o referido dispositivo admita a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica tanto pelos crimes de corrupção privada em sua forma ativa, quanto passiva, acredita-se que a sua imputação por esta última resta impossibilitada, em razão da natureza dos interesses tutelados pela norma penal portuguesa.

Assim, admitindo-se os interesses do empresário como o bem jurídico primacialmente tutelado pelos artigos 8 e 9 da Lei n. 20/2008, entende-se que o delito de corrupção passiva seria incompatível com o cometimento do crime pela pessoa jurídica e nos interesses desta, como requer o artigo 11, n. 2, “a”, do Código Penal Português. Isso porque, nesse caso, o delito seria sempre cometido contra os interesses do empresário e da pessoa jurídica.

Ainda, reforçaria este argumento o fato de a corrupção passiva ser um crime próprio, que somente pode ser praticado por quem detenha a qualidade de trabalhador do setor privado. Este, por sua vez, é definido como a pessoa que exerce funções ao serviço de uma entidade do setor privado, nos termos do artigo 2º, “d”, da Lei n. 20/2008. Nesses termos, exigindo o tipo penal uma relação de agência estabelecida entre representante (trabalhador) e representado (entidade do setor privado), considera-se que o delito não poderia ser cometido pelo empresário, e, por consequência, pela pessoa jurídica.

Contudo, o mesmo não se poderia afirmar do crime de corrupção no setor privado em sua forma ativa. Sendo crime comum, nada impediria o seu cometimento pela pessoa jurídica, em seu nome e no interesse coletivo.

5.4 O DIREITO ITALIANO

A responsabilidade da pessoa jurídica é regulada no direito italiano pelo Decreto Legislativo n. 231/2001. Este não prevê a sua responsabilidade criminal, mas administrativa, em razão da prática de determinados crimes ali dispostos²⁷¹.

Conforme a legislação italiana, a imputação dos delitos à pessoa coletiva se dá de forma objetiva, quando estes forem cometidos no seu interesse ou vantagem, nos termos do artigo 5º²⁷². Dessa forma, o interesse da pessoa coletiva deve ser avaliado antes da prática

²⁷¹ Nesse sentido, veja-se o artigo 1º, n. 1: “1. Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato”.

²⁷² “1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:

do fato, sendo relacionado ao ato de corrupção praticado, e não com eventual prejuízo causado ao corrupto²⁷³. Ainda, a lei estabelece modelos organizzativi a serem osservados pela persona jurídica, que podem elidir a sua responsabilizzazione quando demonstrada a sua osservância²⁷⁴.

a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unita' organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;

b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi”.

²⁷³ SCOLETTA, Marco. Responsabilità degli enti e fatti di corruzione (pubblica e privata): l'impatto della riforma sul sistema del d.lgs. N. 231/2001. In: In: MATTARELLA, Bernardo Giorgio; PELISSERO, Marco. (org.). La legge anticorruzione, Torino: Giappichelli, 2013. p. 482; DE VERO, Giancarlo. I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 727-728.

²⁷⁴ Sobre os modelos de organização, ver PIERGALLINI, Carlo. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. In: A. Giarda e S. Seminara. (org.). I nuovi reati societari: diritto e processo. Padova: CEDAM, 2002. p. 73-74; DE VERO, Giancarlo. I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 731 e sgs. Assim, dispõem os artigos 6º e 7º, em relação aos sujeitos que detém poderes de direção, e os sujeitos a estes subordinados, respectivamente:

Artigo 6º: “1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:

a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;

c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:

a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;

b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;

c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;

d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

3. I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati.

4. Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.

4-bis. Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b). (1)

5. E' comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente”.

Artigo 7º: “1. Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente è responsabile se la commissione del reato e' stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.

2. In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Até a reforma operada pela Lei n. 190/2012, o delito de corrupção privada não era previsto pelo Decreto Legislativo n. 231/2001²⁷⁵. A partir da referida lei, o delito foi inserido no artigo 25-ter, “s-bis”, passando a fazer parte do rol de crimes passíveis de responsabilização à pessoa jurídica²⁷⁶.

Este, contudo, somente prevê o delito de corrupção privada em sua forma ativa, em conformidade com os interesses tutelados pela norma penal italiana. Tanto no sistema anterior, que estabelecia um modelo de incriminação com base na tutela do patrimônio da sociedade, quanto no atual, que pressupõe a lesão aos interesses do empregador, a prática do crime de corrupção passiva pela sociedade corrupta restaria incompatível com seu interesse ou vantagem²⁷⁷.

Por fim, mesmo no caso de apuração da responsabilidade da pessoa jurídica, o crime continua sendo perseguível mediante querela, “salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi”, nos termos dos artigos 37 do Decreto Legislativo n. 231/2001²⁷⁸ e 2635, n. 5, do Código Civil Italiano²⁷⁹. Assim, as críticas realizadas anteriormente em razão da perseguibilidade à querela do delito aqui também se aplicam, pois esta acaba reduzindo a efetividade do tipo penal. Diante disso, as entidades privadas acabam preferindo resolver com seus próprios meios os fatos de corrupção ocorridos no seu interno, em vez de torná-los públicos²⁸⁰.

3. Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.

4. L'efficace attuazione del modello richiede:

- a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività;
- b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello”.

²⁷⁵ A sua exclusão era muito criticada pela doutrina à época. Piergallini, Carlo. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. In I nuovi reati societari: diritto e processo (org. A. Giarda e S. Seminara). Padova: CEDAM, 2002. p. 112 e 113; La Rosa, Emanuele. Op cit., p. 300 a 303.

²⁷⁶ A sanção pecuniária prevista no referido dispositivo foi recentemente aumentada para quatrocentas a seiscentas quotas, no caso da corrupção ativa, pelo Decreto Legislativo n. 38/2015 (artigo 6º).

²⁷⁷ Nesse sentido, ainda no âmbito da Lei n. 190/2012 e da antiga redação do artigo 2635 do Código Civil, Cerqua, Luigi Domenico. La corruzione tra privati. In La riforma dei reati societari (org. Carlo Piergallini). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004. p. 138; Scoletta, Marco. Op cit., p. 476; Foffani, Luigi. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata? In In Acquaroli, Roberto; Foffani, Luigi (org.). La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 2003. p. 392 e sgs.

²⁷⁸ “1. Non si procede all'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente quando l'azione penale non può essere iniziata o proseguita nei confronti dell'autore del reato per la mancanza di una condizione di procedibilità”.

²⁷⁹ “Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi”.

²⁸⁰ SCOLETTA, Marco. op cit., p. 479.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de corrupção no setor privado ainda se encontra em fase de construção. Mesmo nos dias de hoje, ainda não se tem uma teoria dogmática penal clara e afirmada a respeito do tipo penal em questão. Assim, no panorama internacional, é muito comum observar-se variadas divergências quanto à incriminação.

Dessa forma, apesar de consistir em um delito novo para a grande maioria dos Estados, a incriminação da corrupção privada tem sido alvo de inúmeras discussões nos planos nacional e internacional. O receio em criminalizá-la vai muito além de motivos jurídicos, pois ela envolve também interesses supraindividuais, como o desenvolvimento da atividade econômica. Com isso, como toda intervenção penal requer muita cautela por parte do legislador, por colocar em jogo garantias individuais do indivíduo, neste caso específico, requer-se ainda mais atenção, por se estar diante de interesses que envolvem toda a coletividade.

Por outro lado, em que pese todas essas incertezas que permeiam a matéria, já é hora também de se expor algumas “certezas”. Em todas as legislações estudadas, seja no plano nacional ou internacional, observou-se que o delito é concebido em face de uma relação de agência. Por esta, entende-se como a relação mantida entre um principal e um agente, ao qual o primeiro outorga poderes para este agir em seu nome e representar seus interesses.

Diante disso, a corrupção privada consiste justamente no rompimento dessa relação, com a violação de deveres do agente, em detrimento de seu principal, em razão do recebimento de uma vantagem concedida por um terceiro. Mas no que consiste essa violação de deveres? É aí que (re)começam os problemas.

Nesses termos, se na corrupção pública são muito claros os deveres aos quais o funcionário está submetido no exercício de suas funções, como os de agir com moralidade e imparcialidade perante a Administração Pública, por exemplo, na corrupção privada, as coisas não se colocam tão simples assim. Poder-se-ia pensar, por exemplo, nos deveres estabelecidos na lei, no contrato e nos estatutos relativos à atividade profissional do indivíduo, por exemplo. Contudo, um entendimento que se restringisse a apenas esses elementos seria demasiadamente reducionista.

Assim, considera-se a existência de um dever geral de observância, por parte do trabalhador do setor privado, dos interesses de seu principal. É o dever de agir com base nestes interesses que permeia toda a relação estabelecida entre principal-agente. Desse modo, com base nas tipificações contidas nas normas estudadas, pode-se afirmar que o rompimento dessa relação é um dos pressupostos essenciais do crime de corrupção privada²⁸¹. A partir disso, a questão já se direciona para o problema dos interesses tutelados.

Nessa perspectiva, a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, por meio de sua *Explanatory Report*, centra o desvalor da conduta no recebimento, pelo funcionário, de vantagens não autorizadas por seu empregador. Com isso, estar-se-ia já traindo os interesses do principal. Assim, para a Convenção, a incriminação teria como fundamento a tutela da confiança, confidência e lealdade indispensáveis para as relações privadas.

Por outro lado, a Decisão Quadro do Conselho Europeu promove uma importante mudança em relação à natureza dos interesses tutelados, direcionando-se para a tutela de um interesse público. Dessa forma, destaca, desde logo, em seu preâmbulo, que a corrupção constitui uma ameaça para o Estado de Direito, na medida em que distorce a concorrência em relação à aquisição de produtos e serviços, bem como impede um desenvolvimento econômico sólido. O mesmo pode se dizer quanto às orientações da Ação Comum e da Convenção Penal das Nações Unidas Contra a Corrupção.

Diante disso, concebe-se o crime com base em um perigo abstrato à distorção da concorrência e ao correto funcionamento do mercado. Nesses termos, a mera solicitação ou oferecimento de uma vantagem ao agente para a prática de um ato contrário aos seus deveres de ofício já seria suficiente para a realização do tipo penal. Não se exige, portanto, o conseqüente ato de execução do acordo corruptivo, nem mesmo a sua efetiva celebração.

Entretanto, nem mesmo a Decisão Quadro adota um modelo único e puro de tutela da concorrência. Até mesmo aqui o delito é construído a partir da relação de um agente que desempenhe funções trabalhistas ou de direção para uma entidade do setor privado. Desse modo, tem-se, na violação dessa relação, um dos elementos constitutivos e indispensáveis para a realização do tipo penal.

²⁸¹ Não se pretende, com isso, excluir a possibilidade de construção de um crime de corrupção privada que dispense o rompimento dessa relação. A intenção é apenas ressaltar que, nos tipos penais analisados na investigação, a violação dos interesses do principal constitui elemento comum a todos eles.

Com isso, acabam-se sobrepondo interesses que entre si parecem ser antagônicos. Se, de um lado, a Decisão Quadro se propõe a tutelar um bem jurídico de natureza pública e supraindividual, esta encontra seus limites na violação de uma relação privada, consubstanciada nos interesses do principal. Como consequência, observa-se a criação de algumas perplexidades, que desde logo se procurará apontar.

Nesses termos, é forçoso reconhecer-se a impunibilidade do empresário em relação ao crime de corrupção passiva, pois este não estaria vinculado a nenhum tipo de relação com um principal. Assim, todo o tipo de vantagem ou benefício por ele recebido poderia ser entendido como um livre exercício da atividade empresarial, ainda que da sua conduta se possa verificar uma distorção da concorrência.

Do mesmo modo, seriam atípicas as vantagens recebidas pelo funcionário com o consentimento ou autorização do empregador. Nesse caso, não havendo a violação aos interesses deste último, não se poderia falar em crime de corrupção no setor privado.

O mesmo entendimento poderia ser aplicado à hipótese do agente que, possuindo mais de uma opção de ação em sua normal atividade, opta por agir em determinado sentido em razão do recebimento de uma vantagem. Aqui, contudo, deve-se ressaltar que, apesar de não causar prejuízos econômicos ao principal, a conduta poderia ser considerada crime a partir do que se considerar por violação de deveres do sujeito. Nesses termos, o suborno deste para agir à custa dos interesses de um terceiro, e não mais do principal, poderia ser considerado como um rompimento da relação de lealdade mantida entre o agente e este último.

Diante disso, estabelecidas as premissas quanto ao direcionamento da ordem internacional em relação à incriminação da corrupção privada, cabe passar à análise dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Nessa perspectiva, por meio da Lei n. 20/2008, Portugal constrói uma incriminação base da corrupção no setor privado que tem como núcleo do injusto a violação dos deveres funcionais pelo trabalhador do setor privado. E, ainda, em um outro tipo penal, prevê uma forma agravada pelo resultado quando a corrupção for idônea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros. Com isso, tem-se uma forma qualificada do crime que possui como objetivo a tutela de interesses externos à entidade privada, mas que também encontra seus limites na violação da relação de lealdade e confiança entre agente e principal.

A legislação italiana, por sua vez, desde 2002, adotava um modelo patrimonial de incriminação da corrupção privada, que objetivava a tutela do patrimônio social. Todavia, recentemente, por meio do Decreto Legislativo n. 38, de 15 de março de 2017, a fim de dar cumprimento à Decisão Quadro, como expressamente afirmado pelo Decreto, a Itália alterou o seu tipo penal de *corruzione tra privati*. No entanto, muito mais que a passagem a um modelo publicístico, o que se vê é a manutenção de um modelo privado de incriminação, dessa vez adotando um modelo *lealístico*, e cuja perseguibilidade continua condicionada à querela do ofendido.

O Brasil, por outro lado, ainda não possui uma legislação completa e efetiva para a repressão da corrupção entre particulares. Desse modo, prevê a tipificação penal de somente partes desses acordos, restringindo-se ao contexto específico da violação de um dever de emprego, em face de uma relação empregatícia determinada. Essa situação, ressalta-se, muito mais que por uma opção político-criminal, deve se creditar a uma omissão do legislador penal brasileiro, que está alheio ao movimento internacional sobre a matéria.

Por fim, quanto à responsabilização da pessoa jurídica pelos crimes de corrupção no setor privado, considera-se esta como uma medida fundamental para o combate aos acordos corruptivos particulares. Nesse sentido, em face da legislação estudada, nenhum óbice se encontra para a sua responsabilização, com exceção do Brasil. Porém, a sua imputação pelos crimes de corrupção passiva restaria impossibilitada pelos mesmos motivos que fundamentam a impunibilidade do empresário nessa forma de corrupção específica, ainda que por esta seja ela beneficiada.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Carlos. **Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, sobre a corrupção no comércio internacional e no sector privado (artigos 7.º a 9.º)**. Comentário das leis penais extravagantes, Vol. 2 / [coord. de] Paulo Pinto de Albuquerque, José Branco. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.
- ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Janeiro-Março, 1992.
- _____. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- ARNONI, Marco; ILIOPULI, Eleni. **La corruzione costa: effetti economici, istituzionali e social**. Milano: Vita e Pensiero, 2005.
- ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; CORDERO, Isidoro Blanco. La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionale e di diritto comparato. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.
- BARTOLI, Roberto. Corruzione tra privati. In: MATTARELLA, Bernardo Giorgio; PELISSERO, Marco. (org.). **La legge anticorruzione**, Torino: Giappichelli, 2013.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BERNAL, Javier Sánchez. El delito de corrupción entre particulares en el código penal español. In: **Corrupción y delincuencia económica: prevención, represión y recuperación de activos** / coord. Ana E. Carrillo del Teso; Alfonso Myers Gallardo. Salamanca: Ratio Legis Ediciones, 2015.

BERTEL, Christian. Infedeltà ed accettazione di regali da parte del rappresentante (§§153, 153a, c.p. austriaco). In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**. Cedam, 1988.

BRICCHETTI, Renato. La corruzione tra privati. In: **Diritto penale delle società** (a cura di Canzio, Giovanni, et al.). Tomo primo. Cedam, 2014.

CABANA, Patrícia Faraldo. **Hacia un delito de corrupción en el sector privado**. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/3_hacia-un-delito-de-corrupcion.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 22, v. 107, mar./abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português**. Coimbra Editora: Coimbra, 2010.

CERQUA, Luigi Domenico. **La corruzioni tra privati**. La riforma dei reati societari. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004.

CONSULTOR Jurídico. Caso Fifa, mesmo que comprovado, não pode ser considerado crime no Brasil (05.06.2015). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/brasil-fifa-nao-considerado-crime-corrupcao>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Caso Fifa mostra a fragilidade da ordem jurídica do país no assunto (01.06.2015). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-01/conrado-gontijo-fragilidade-ordem-juridica-brasileira-escandalo-fifa>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

COSTA, António Manuel de Almeida. **Comentário conimbricense do código penal.** Parte Especial, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. **Sobre o crime de corrupção.** Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

COSTA, José Francisco de Faria. **Direito penal especial.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **O direito penal e a tutela dos direitos da propriedade industrial e da concorrência (Algumas observações a partir da concorrência desleal).** Separata da obra Direito Industrial, vol. III (APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual). Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **O perigo em direito penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CUNHA, Ary Ferreira da. **Combate à corrupção: da teoria à prática.** Editoria Quid Juris: Lisboa, 2015.

DAVIGO, Piercamillo; Mannozi, Grazia. **La corruzione in Italia: Percezione sociale e controllo penale.** Editori Laterza: Bari, 2007.

DELMANTO, Celso. **Delitos de concurrencia desleal.** (Trad. de María de las Mercedes Arqueros). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976.

_____. **Crimes de concorrência desleal.** São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975.

DE VERO, Giancarlo. I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

- DI MARTINO, Alberto. Le sollecitazione extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione. In: Mattarella, Bernardo Giorgio; Pelissero, Marco. (org.). **La legge anticorruzione**. Torino: Giappichelli, 2013.
- DI VIZIO, Fabio. **La riforma della corruzione tra privati**. Il Quotidiano Giuridico/Wolters Kluwer, 3 aprile 2017. Disponível em: <<http://www.quotidianogiuridico.it/documents/2017/04/03/la-riforma-della-corruzione-tra-privati>>. Acesso em: 20 abr. 2017.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Tomo I**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- _____. **Direito Processual Penal**. Primeiro volume. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DIÉZ, Carlos Gómez-Jara. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y o administración desleal. **Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales**, n. 74, may/ago., 2008.
- FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico. In: **Revista Liberdades**, n. 15, jan./abr., 2014. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=193>. Acesso em: 22 mar. 2017.
- FLORE, Daniel. **L'incrimination de la corruption: Les nouveaux instruments internationaux**. La nouvelle loi belge du 10 février, 1999. La charte: Bruxelles, 1999.
- FOFFANI, Luigi. La corrupción privada: iniciativas internacionales e perspectivas de armonización. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (coord.). **Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de**

corrupción y fraude. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

_____. La corruzione fra privati nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata? In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

FORTI, Gabrio. Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anno dopo. In: FORTI, Gabrio. (org.). **Il prezzo della tangente: La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'.** Milano: Vita e Pensiero, 2003.

_____. La corruzione tra privati nell'orbita della disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.** Nuova serie, anno XLVI. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

GALEAZZI, Giorgio. Corruzione, efficienza del sistema produttivo e sviluppo economico. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

GILI Pascual, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,** Madrid, 2007. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-13.pdf>>. Acesso em: 22 dev. 2017.

Global Corruption Report 2013 – Transparency International, Cambridge University Press.

Global Corruption Report 2006 – Transparency International, Cambridge University Press.

- GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção no setor privado**. São Paulo: LiberArs, 2016.
- GONZÁLEZ, Pilar Otero. Corrupción entre particulares (Delito de). **Eunomia: revista em cultura de la legalidade**, n. 3, septiembre, 2012/febrero, 2013.
- GRECO Eval III Report (2010) 6E. **Theme I**. Adotada em 3 de dezembro de 2010.
- GRECO RC-III (2015) 2E. **Second Compliance Report**. Publication: 1 April 2015.
- Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupcion. Segunda Edición Revisada. Naciones Unidas: Nueva York, 2012. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.
- HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- HUBER, Barbara. Introduzione. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.
- KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. **Measuring corruption: myths and realities**. Global Corruption Report 2007. Transparency International, Cambridge University Press.
- KLIP, André. **European Criminal Law**. Intertentia: Antwerp – Oxford: Portland, 2009.
- LA ROSA, Emanuele. Verso una nuova riforma della “corruzione tra privati”: dal modello “patrimonialistico” a quello “lealistico”. In: **Diritto penale contemporaneo**, 23 dicembre, 2016.

- _____. **La repressione penale della** “corruzione privata”. Messina: JGB Edizioni, 2011.
- LA TORRE, Ignacio Bergugo Gómez de; CERINA, Giorgio Dario. Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr., 2011.
- LAUFER, Daniel. Corrupção e Direito Penal: algumas linhas sobre a corrupção no setor privado à luz da legislação brasileira. In: LAUFER, Daniel. (coord.). **Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- MANTOVANI, Massimo. The private sector role in the fight against corruption. In: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio. (org.). **Preventing corporation corruption: The anti-bribery compliance model**. Springer: Switzerland, 2014.
- MARTÍN, Adán Nieto. Internal investigation, whistle-blowing, and cooperation: the struggle for information in the criminal process. In: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio. (org.) **Preventing corporation corruption: The anti-bribery compliance model**. Switzerland: Springer, 2014.
- _____. La corruzione nel settore privato: riflessione sull’ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.
- _____. La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado. **Revista Penal**, n. 10, jul., 2002, p. 55-69.
- MARTÍN, Victor Gómez. **Farmasponsoring e corrupção**. Disponível em: <<http://www.ub.edu/instituttransjus/documents/workingpapers/2015/TransJus%20W>

orking%20Paper%202015%20GOMEZ%20Farmasponsoring%20y%20corrupcion%20ESP.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2017.

MEIRELES, Mário Pedro. **A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro**: algumas notas. Julgar. nº 5, 2008.

MILITELLO, Vincenzo. Fondi neri e corruzione tra privati in Italia. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**. n. 4, Cedam, Ottobre-dicembre, 2012.

_____. La corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incerteze del nuovo reato societario. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. (org.). **La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

_____. I reati di infedeltà. In: **Diritto penale e processo**. n. 1, 2002.

MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. **R. CEJ**. Brasília, n. 26. p. 56-62. jul./set. 2004.

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

PIERANGELI, José Henrique. **Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Crimes de concorrência desleal (Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996 (art. 195))**. Trabalho escrito especialmente para o livro-homenagem ao Prof. Dr. Carlos A. Contreras Gomes, da Universidade Nacional de Corrientes (Argentina). Disponível em: <<http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/95/86>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

PIERGALLINI, Carlo. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. In: GIARDA, A; SEMINARA, S. (org.). **I nuovi reati societari: diritto e processo** Cedam: Padova, 2002.

PIETH, Mark. Collective action and corruption. p. 93 e sgs. In: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio. (org.) **Preventing corporation corruption: The anti-bribery compliance model**. Springer: Switzerland, 2014.

PINTO, Inês Horta. Os efeitos do “Direito Penal Europeu” nos sistemas sancionatórios dos Estados-Membros da União Europeia. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. (org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Report from the Commission to the Council based on the article 9 of the Council Framework Decision 2003/568/JHA. Document COM (2007) 328 final. Brussels, 18.06.2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0328&rid=7>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

RIZZO, Beatriz Dias. Corrupção entre particulares: só agora? E por que agora? **Boletim IBCCRIM**, n. 238, setembro, 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **O direito penal europeu emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

- ROSSI, Alessandra. Corruzioni tra privati: qualche considerazione sulla platea degli autori, tra persone fisiche e persone giuridiche. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia**. Cedam, n. 1-2, Gennaio-giugno, 2013.
- SANTOS, Cláudia Cruz. A corrupção: da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador. In: **Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários**. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thais de. **A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editoria, 2009.
- SCOLETTA, Marco. Responsabilità degli enti e fatti di corruzione (pubblica e privata): l'impatto della riforma sul sistema del d.lgs. n. 231, 2001. In: MATTARELLA, Bernardo Giorgio; PELISSERO, Marco. (org.). **La legge anticorruzione**, Torino: Giappichelli, 2013.
- SEMINARA, Sergio. Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati. In: **Diritto penale e processo 6/2017**.
- _____. La disciplina della corruzione pubblica e privata in Italia, alla luce degli strumenti europei e internazionali. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês. SOUSA, Susana Aires de. **Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu: atas do simpósio**. Coimbra: Coimbra Editora., 2014.
- _____. Il reato di corruzione tra privati. In **Le Società** – Anno XXXII. Wolters Kluwer Italia S.r.l, Milano, 2013.

- _____. La corruzione: problemi e prospettive della legislazione italiana vigente. In: FORNASARI, Gabriele; LUISI, Nicola Demetrio. (org.). **La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali**. Cedam: Padova, 2003.
- _____. Gli interessi tutelati nei reati di corruzione. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Anno XXXVI. Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1993.
- SGUBBI, Filippo. Tutela penale di interessi diffusi. **Rivista La questione criminale**. n. 1. Gennaio-aprile, 1975, Bologna: Società editrice il Mulino.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SANTOS, Manuel Simas. Nótula sobre o novo regime de responsabilidade penal por crimes de corrupção cometidos no comércio internacional e na actividade privada. In: **Revista do Ministério Público**. n. 114. Lisboa, Editorial Minerva, abr./jun., 2008.
- SIMÕES, Euclides Dâmaso. Breves notas à Lei 30/2015, contra a corrupção. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/04/20150425-ARTIGO-JULGAR-Breves-Notas-Lei-30_2015-contra-a-corrup%C3%A7%C3%A3o-Euclides-D%C3%A2maso-Sim%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015.
- SPENA, Alessandro. **Corruzione fra privati**. Diritto penale e processo: speciale corruzione. Milano: Wolters Kluwer, 2013.
- _____. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminal. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**. Cedam, Anno XX, n. 1-2, Gennaio-Giugno, 2007.

- VANNUCCI, Alberto. La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da ‘mani pulite’. In: FORTI, Gabrio. (org.). **Il prezzo della tangente**: La corruzione come sistema a dieci anni da ‘mani pulite’. Milano: Vita e Pensiero, 2003.
- VOGEL, Joachim. La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l’esperienza tedesca. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi. (org.). **La corruzione tra privati**: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.
- ZOLI, Lucia. Disfunzione applicativa dell’art. 2635 C.C. Tra vecchia e nuova formulazione della “corruzione tra privati”. In **Diritto Penale Contemporaneo**. N. 3-4/2014. Disponivel em http://www.penalecontemporaneo.it/foto/4062DPC_Trim_3-4_2014.pdf. Acesso em 23.04.2017;

JURISPRUDÊNCIA

Corte Suprema di Cassazione penale. Sezione quinta. Sentenza n. 14765. Julgado em 13.11.2012.

Supremo Tribunal Federal. RE 548181. Primeira Turma. Relatora Rosa Weber. Julgado em 06.08.2013.

TACRIM-SP. Apelação Criminal. Relator Dante Busana. JUTACRIM 79/350.

Tribunal da Relação do Porto. Processo n. 269/10.2TAMTS.P1. Relator Castela Rio. Julgado em 06.03.2013.