

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA

MARCOS VIANA DUCHINSKI

**A CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES:
Aspectos da criminalização e da intervenção penal no combate à corrupção
nas relações privadas**

CURITIBA

2017

MARCOS VIANA DUCHINSKI

**A CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES:
Aspectos da criminalização e da intervenção penal no combate à corrupção
nas relações privadas**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jacson Luiz Zilio

CURITIBA

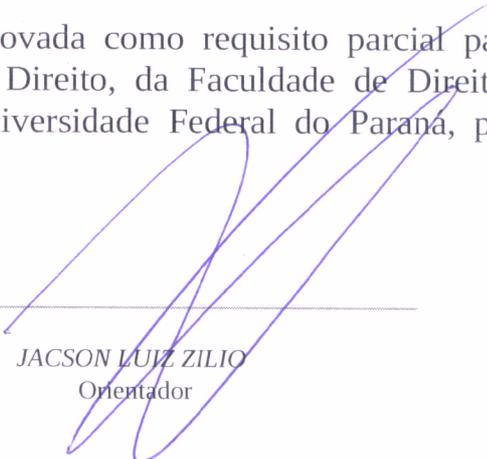
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCOS VIANA DUCHINSKI

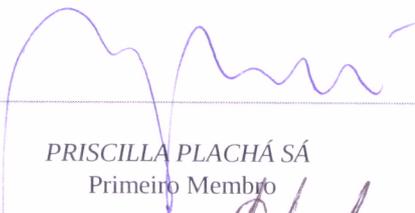
A CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES: Aspectos da criminalização e da intervenção penal no combate à corrupção nas relações privadas

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

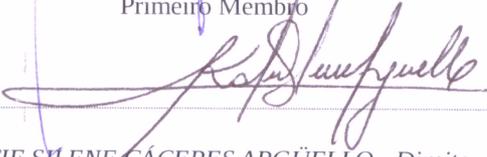


JACSON LUIZ ZILIO
Orientador

Coorientador



PRISCILLA PLACHÁ SÁ
Primeiro Membro



KATIE SILENE CÁCERES ARGÜELLO - Direito
Penal e Processual Penal
Segundo Membro

Dedico esta monografia a meus pais, José Natal Duchinski e Angélica Viana Duchinski pelas lições de caráter, força e perseverança.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela vida, benção e proteção.

Ao professor Dr. Jacson Luiz Zílio, pela valiosa orientação e apoio.

Aos amigos.

A todos os mestres que não mediram esforços para melhor transmitir os ensinamentos das veredas do Direito.

“Quando Cabral aqui chegou
E semeou sua semente
Naturalmente começou
A lapidação do ambiente
Roubaram o ouro, roubaram o pau
Pra ficar legal, ainda tiraram o couro
Do povo dessa terra original
E só deixaram a má semente
Presente de Grego
Que logo se proliferou
E originou a nossa gente”

Bezerra da Silva, “Ladrão”

RESUMO

O presente trabalho trata do estudo da corrupção entre particulares sob os ditames do Direito penal e dos instrumentos internacionais e supranacionais sobre o tema. O fenômeno da corrupção no Brasil é diariamente tratado em matérias jornalísticas de rádios, televisão e jornais como um problema de abrangência sistêmica. A ideia dominante sobre a criminalização da corrupção liga-se, primordialmente, a dois pontos de vista: deve haver a participação criminosa do agente público e apenas os crimes contra a administração pública podem ser alvos de tratamento penal. O Projeto de Lei do Senado Federal nº 236 de 2012 (PLS 236/2012), que propõe a criação de um novo Código Penal, busca alterar essa realidade e inserir uma novidade no ordenamento pátrio brasileiro: a criminalização da corrupção ativa e passiva entre particulares. Recorrer à atuação do Direito penal para compor o arsenal jurídico de “combate” à corrupção em todos os seus aspectos, pressupõe o respeito aos elementos principiológicos que o constitui e o entendimento do significado de sua atuação como *ultima ratio* nos limites de um Estado Democrático de Direito. Com base no ordenamento jurídico dos Estados que criminalizam a corrupção entre particulares a mais tempo, é possível identificar quatro modelos que fundamentam a punição para essa modalidade de corrupção: o modelo laboral, fundamentado no rompimento da boa-fé contratual nas relações de trabalho entre empregador e empregado; o modelo de concorrência, apoiado na percepção de uma perturbação no mercado e na livre concorrência; o modelo de administração desleal, sustentado pela ideia de quebra do dever de lealdade do agente com seu principal e o modelo que integra a corrupção pública e privada em uma regulação genérica. O que se observa, tanto no âmbito do direito interno, quanto dos instrumentos internacionais e supranacionais que abordam a corrupção entre particulares, é a falta de consenso sobre o bem jurídico protegido e também divergências sobre a necessidade e efetividade da atuação do Direito penal sobre o delito em estudo.

Palavras-chave: Direito penal. Bem jurídico. Corrupção entre particulares.

ABSTRACT

The present work concerns about the study of private corruption under the dictates of criminal law and international and supranational instruments on the subject. The phenomenon of corruption in Brazil is daily dealt with in journalistic matters of radios, television and newspapers as a problem of systemic comprehensiveness. The dominant idea about the criminalization of corruption is primarily linked to two points: there must be criminal participation of the public agent and only crimes against the public administration can be targets of criminal treatment. The Federal Senate Bill no. 236 of 2012 (PLS 236/2012), which proposes the creation of a new Penal Code, seeks to change this reality and insert a novelty in the Brazilian legal order: the criminalization of active and passive corruption among individuals. Resorting to the practice of Criminal Law to compose the legal arsenal of "combating" corruption in all its aspects presupposes respect for the principiological elements that constitute it and the understanding of the meaning of its performance as *ultima ratio* in the limits of a Democratic State of Law. Based on the legal framework of the states that criminalize corruption between private individuals, it is possible to identify four models that justify the punishment for this type of corruption: the labor model, based on the rupture of contractual good faith in the labor relations between employer and employed; the competition model, based on perceived market disruption and free competition; the model of unfair administration, supported by the idea of breaking the agent's duty of loyalty to its principal and the model that integrates public and private corruption into a generic regulation. What is observed, both within domestic law and international and supranational instruments that deal with corruption in the private sector, is the lack of consensus on the protected legal interest and also divergences on the need and effectiveness of criminal law action on the offense under study.

Key-words: Criminal Law. Legal interest. Private corruption.

LISTA DE SIGLAS

FCPA	-	Foreign Corrupt Practice Act
GWG	-	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
LO	-	Ley Orgánica
OCDE	-	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	-	Organização dos Estados Americanos
ONU	-	Organização das Nações Unidas
PCA	-	Prevention Corruption Act
PLS	-	Projeto de Lei do Senado
StGB	-	Strafgesetzbuch
UE	-	União Europeia

SUMARIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO PENAL	4
2.1	PRINCIPIOS ESSENCIAIS DO DIREITO PENAL	5
2.1.1	A proteção de bens jurídicos	5
2.1.2	Princípio da legalidade	10
2.1.3	Princípio da intervenção mínima.....	11
2.1.3.1	O critério de fragmentariedade.....	12
2.1.3.2	O critério de subsidiariedade.....	12
2.1.4	Princípio da lesividade.....	13
2.2	A FUNÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL	14
3	A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA ÉTICO-POLÍTICO E JURÍDICO-PENAL	19
3.1	A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA ÉTICO-POLÍTICO.....	20
3.2	A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA JURÍDICO-PENAL.....	23
4	A CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES.....	28
4.1	A CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA NOS ORDENAMENTOS JURIDICOS EUROPEUS.....	28
4.2	INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E SUPRANACIONAIS SOBRE O COMBATE A CORRUPÇÃO PRIVADA	30
4.2.1	Convenção de Direito penal de Luta Contra a Corrupção	32
4.2.2	A Ação Comum 98/742/JAI da União Europeia.....	35
4.2.3	A Decisão marco 2003/568/JAI da União Europeia.....	37
4.2.4	A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.....	39
4.3	A LEGISLAÇÃO ESPANHOLA SOBRE A CORRUPÇÃO PRIVADA: BREVES APONTAMENTOS	41
4.3.1	O bem jurídico protegido	42

4.4	AFINAL, O QUE É ISSO – A CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES?	45
5	A CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO	47
5.1	O PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL E O DELITO DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES	47
5.2	O TIPO PENAL	49
5.2.1	O bem jurídico tutelado.....	51
5.2.2	Sujeitos do delito	56
5.2.3	A corrupção privada passiva.....	57
5.2.4	A corrupção privada ativa	58
5.3	ESTUDO DE CASOS.....	59
6	CONCLUSÃO	63
	REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe destacar que definir o termo “corrupção” não é uma tarefa singela. De acordo com a lição de Montolla, “é um conceito tão complexo que não apenas compreende uma ampla gama de condutas e ações, também incorpora uma quantidade importante de conteúdos jurídicos, dificultando que se tenha um padrão entre diversas culturas e através do tempo (tradução nossa)”.¹ O fenômeno da corrupção *lato sensu* no Brasil é diuturnamente tratado em matérias jornalísticas de rádios, televisão e jornais como um problema de abrangência sistêmica, ligado principalmente ao exercício inapropriado da função pública, o qual afeta todo o aparato estatal brasileiro.²

Sob o ponto de vista histórico e sociológico, aponta-se que a origem da corrupção brasileira remete à maneira como se deu a colonização do Brasil pelos portugueses. Nessa perspectiva, verifica-se que desde a época do Brasil Colônia há registros de atos de corrupção envolvendo autoridades que recebiam vantagens indevidas, empreiteiros de obras públicas que fraudavam o “processo licitatório” da época e até mesmo a utilização do dinheiro de *El Rei* de maneira desviada, em benefício privado daquele que tinha por dever controlar os gastos do Estado.³

A confusão entre patrimônio público e privado, segundo Raymundo Faoro, tem raízes no Estado patrimonialista português, o qual tornou-se um grande empreendedor e fomentador de projetos marítimos e comerciais, em um capitalismo dirigido pelo Estado, que, “impedindo a autonomia da empresa, ganhará substância, anulando a esfera das liberdades públicas, fundadas sobre as liberdades econômicas, de livre contrato, livre concorrência, livre profissão, opostas, todas, aos monopólios e

¹ MOTTOLA, Mariana Castellanos. *¿Qué es la Corrupción? Análisis de la Realidad Nacional*, v. 100, 2016. p. 7.

² AFONSO, Julia. MACEDO, Fausto. **OAB diz que ‘corrupção é sistêmica no Brasil**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/oab-diz-que-corrupcao-e-sistemica-no-brasil/>>.

Acesso em: 20 de ago. 2016; BARAN, Katna. **Moro afirma que quadro de corrupção sistêmica é ‘desalentador’**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/moro-afirma-que-quadro-de-corrupcao-sistemica-desalentador-19856300>>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

³ Eduardo Bueno (BUENO, Eduardo. **A coroa, a cruz e a espada: lei, ordem e corrupção no Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil. 2016) relata que Pero Borges, o primeiro ouvidor-geral do Brasil, cargo comparado ao de ministro da justiça, nomeado em 17 de dezembro de 1548 por D. Joao III, havia sido condenado em maio de 1547 a ressarcir o erário e à suspensão do exercício de cargos públicos por três anos, porque recebeu indevidamente quantias de dinheiro levadas a sua casa, proveniente das obras de um aqueduto (p. 65). O equivalente a um terço das receitas da coroa de Portugal foi dispendido na construção da cidade de Salvador, sendo que parte do dinheiro foi desviado. Os empreiteiros combinavam lances, faziam conluio com os leiloeiros, loteavam obras entre si; o provedor-mor, responsável pela liberação das verbas, fez uso do dinheiro do rei para construir um engenho (p. 128)

concessões reais".⁴ Gomes apresenta o conceito de patrimonialismo como apropriação do patrimônio público para fins privados, o qual revela-se como espinha dorsal da corrupção e do crime organizado político-empresarial.⁵

De outro lado, conforme a explicação de Jessé Souza, o ponto de vista do patrimonialismo, que eleva o tema da corrupção como elemento central na crítica da realidade brasileira, e na qual a corrupção é percebida como atávica e fundamental às relações sociais, é frágil teoricamente, é “aparentemente crítico⁶ e simplifica e distorce a realidade social porque idealiza o mercado e demoniza o Estado”.⁷ Afirma o autor que

Enquanto conceito, o patrimonialismo procede a uma inversão do poder social real, localizando-o no Estado, não no mercado. Abre-se espaço, assim, para a estigmatização do Estado e da política sempre que se contraponham aos interesses da elite econômica. Nesse esquema, a classe média cooptada escandaliza-se apenas com a corrupção política dos partidos ligados às classes populares.⁸

Outro argumento apresentado para combater as teses sociológicas e históricas que atribuem à cultura do patrimonialismo e à herança ibérica as falhas do brasileiro na condução do Estado, é a ênfase na ideia de que a corrupção brasileira decorre mais da impunidade, das leis permissivas e das estruturas de controle deficientes muito mais que qualquer razão histórica ou cultural”.⁹

Assim, a ideia dominante sobre a criminalização da corrupção liga-se, primordialmente, a dois pontos de vista: deve haver a participação criminosa do agente público e os crimes devem dirigir-se contra a administração pública. Ante essas considerações, fica descartada qualquer imputação penal a agentes exclusivamente particulares que se conduzem em atos de corrupção.

O Projeto de Lei do Senado Federal nº 236 de 2012 (PLS 236/2012), que propõe a criação de um novo Código Penal, busca alterar essa realidade e inserir uma novidade no ordenamento pátrio brasileiro: a criminalização da corrupção ativa e

⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 35.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. **O jogo sujo da corrupção**. Bauru, SP: Astral Cultural, 2017.

⁶ SOUZA, Jessé. **Weber**. In: *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte, MG: Ed. UFMG, 2008. p.81.

⁷ *Ibidem*, p. 85.

⁸ SOUZA, Jessé. **Escravidão, e não corrupção, define sociedade brasileira, diz Jessé Souza**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/09/1920559-escravidao-e-nao-corrupcao-define-sociedade-brasileira-diz-jesse-souza.shtml>>. Acesso em 02 nov. 2017.

⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil – estudo de casos e lições para o futuro**. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Forum. 2015. p. 17-19.

passiva entre particulares. Atualmente o Código Penal alcança e pune o delito de corrupção passiva e ativa somente quando há o envolvimento do agente público, diversamente da legislação de países como Itália, França, Espanha, Alemanha, Inglaterra, entre outros, os quais abordam a corrupção entre agentes privados em seus respectivos ordenamentos. O movimento de criminalização da corrupção entre particulares parece ser uma tendência, quando se leva em conta a convenção da ONU sobre combate a corrupção e a declaração posta aos signatários para combater todos os meios de corrupção. Também, por força dos convênios e tratados supranacionais e internacionais, outros países se viram obrigados a tratar da corrupção privada como delito em seus ordenamentos internos.¹⁰

Torna-se, assim, importante verificar os elementos definidores da corrupção privada trazidos pelos instrumentos internacionais e supranacionais, bem como destacar os fatos que justificam a necessidade de sua criminalização, a legitimidade do bem jurídico tutelado e os sujeitos aptos à prática do delito. Para tanto, a primeira parte deste trabalho apresentará uma breve exposição sobre o Direito penal, abordando a função de proteção de bens jurídicos, os princípios legitimadores da atuação penal e a função da pena. A segunda parte trará um recorte sobre a corrupção entendida como problema ético-político e jurídico-penal. A terceira parte discorrerá sobre a noção de corrupção entre particulares conforme descrita nos instrumentos internacionais e supranacionais sobre o tema, bem como noticiar a respeito da integração do delito citado ao ordenamento jurídico espanhol. A quinta parte discorrerá sobre a proposta de criminalização da corrupção entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, o qual propõe a promulgação de um novo Código Penal brasileiro e a adequação do tipo a dois estudos de casos. Por fim, serão apresentadas algumas conclusões sobre a temática abordada.

¹⁰ “...distintos convenios internacionales han conminado a los Estados europeos a modificar su legislación para introducir este nuevo delito. Así, el Convenio Penal del Consejo de Europa contra la corrupción, de 27 enero 1999, ratificado por España el 15/05/2005, (arts. 7 y 8) -EDL 2003/258208-; La Acción Común 1998/742/JAI, sobre corrupción en el sector privado, de 31 diciembre 1998 (arts. 2 a 6) -EDL 1998/48383- y la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 julio, sobre lucha contra la corrupción en el sector privado -EDL 2003/48770” (URBINA, Eduardo de Porres Ortiz de. **El delito de corrupción privada**. Disponível em: <http://www.elderecho.com/penal/delito-corrupcion-privada_11_464680001.html>. Acesso em: 01 ago. 2017)

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO PENAL

Recorrer à atuação do Direito penal para compor o arsenal jurídico de “combate” à corrupção em todos os seus aspectos, pressupõe o respeito aos elementos principiológicos que o constitui e o entendimento do significado de sua atuação como *ultima ratio* nos limites de um Estado Democrático de Direito.

O Direito penal, também referido como Ciência Penal, pode ser concebido sob dois pontos de vistas: o primeiro como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto determinar infrações de natureza penal e suas respectivas sanções, impondo pena ou medida de segurança; o segundo referente a um conjunto de princípios e valorações que orientam a interpretação e aplicação da norma penal.¹¹ É mister mencionar que o Direito penal é sinônimo de violência institucionalizada; é o instrumento de controle social mais incisivo utilizado pelo Estado com fins de preservação da ordem e a pena imposta por ele é sempre agressão, independentemente de seus objetivos.¹² Nesse contexto, o conjunto de normas penais que descrevem comportamentos sociais graves ou intoleráveis mercedores da reprimenda penal deve ser determinado por lei, submetendo-se ao princípio da legalidade, elemento constitutivo da garantia de liberdade e afastamento do arbítrio moral ou religioso.¹³

Torna-se, então, imprescindível que a definição de crimes e a cominação de penas encontre limitadores definidos nos postulados e princípios legitimadores do Direito penal, tais como a legalidade, a necessidade, a imputação subjetiva, a culpabilidade, a humanidade, a intervenção mínima, a dignidade da pessoa humana e a necessidade do castigo.¹⁴ Sob a perspectiva de que o Direito penal possui um objeto de incidência muito maior que a simples norma penal, considera-se fundamental o diálogo entre a ciência penal e as outras áreas do saber que compartilham pontos de vista distintos sobre o mesmo objeto, tais como a criminologia, a política criminal, a filosofia, a sociologia, a política e a antropologia.¹⁵ Contudo, ainda que seja de suma importância a interdisciplinaridade com outros

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. vol. 1. 20 ed, rev., ampl, e atual., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36.

¹² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3.

¹³ *Ibidem*, p. 1.

¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

¹⁵ *Ibidem*, p. 5.

ramos do saber, o Direito penal tem por missão precípua dirigir seu conjunto de normas com a finalidade do controle social do intolerável aliado à defesa dos bens jurídicos mais importantes para o convívio social.¹⁶ Segundo a lição de Francisco Muñoz Conde

À norma penal, bem como às demais normas jurídicas, incumbe uma função eminentemente protetora. A diferença entre norma penal e demais normas jurídicas nesta matéria encontra-se na particular gravidade dos meios empregados pela norma penal para cumprir esta missão e que somente intervêm ou deve intervir nos casos de ataques muito graves sobre a convivência pacífica na comunidade. Mas o que protege ou pretende proteger a norma penal? A esta pergunta, respondem os penalistas por unanimidade: a norma penal, o Direito penal protege bens jurídicos (tradução nossa).¹⁷

2.1 PRINCIPIOS ESSENCIAIS DO DIREITO PENAL

Para estabelecer os limites que as normas de Direito penal devem respeitar no intento do controle social do intolerável, há determinados princípios reguladores do controle penal, que, sob a égide do Estado Democrático e Social de Direito, transformam-se em princípios fundamentais para a garantia do cidadão diante do poder punitivo do Estado.¹⁸ Desse modo, destacam-se o princípio da legalidade, eleito como pedra angular de todo o Direito penal, o princípio da intervenção mínima e suas vertentes, a fragmentariedade e a subsidiariedade e o princípio da lesividade, consentâneos à proteção dos bens jurídicos mais importantes ao convívio social.¹⁹

2.1.1 A proteção de bens jurídicos

A intervenção jurídico-penal no Estado democrático de Direito é justificada por meio do reconhecimento de que há uma função social atrelada ao Direito penal, devendo este ter como objetivo somente assegurar a coexistência livre e pacífica dos cidadãos.²⁰ Para tanto, os instrumentos jurídicos-penais devem assegurar condições

¹⁶ Ibidem, p. 15.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal: parte general**. 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. p. 59.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral...** op. cit., p. 49.

¹⁹ Na opinião de BATISTA (2007, p. 64), são cinco os princípios básicos do direito penal: legalidade, lesividade, intervenção mínima, humanidade e culpabilidade.

²⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. org. e trad. André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 17.

individuais e instituições estatais adequadas a essa finalidade, estabelecendo os bens jurídicos dignos de proteção pelas normas jurídico-penais, tais como a proteção da vida e do corpo, da liberdade, da propriedade e também a administração da justiça eficiente, o sistema monetário e de impostos saudáveis, a administração livre de corrupção, entre outros.²¹ Assim, bens jurídicos são “circunstancias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todo os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.²²

É importante destacar que o bem jurídico não se confunde com o objeto material do delito, mas ambos se complementam, sendo esse último o referente concreto materializado de algo denominado bem jurídico, ou em outras palavras, o interesse jurídico protegido (ex. o patrimônio) tem um caráter mais amplo que o objeto sobre o qual incide a ação do sujeito (objeto concreto do patrimônio, como um carro, uma carteira, etc.).²³

As concepções sobre o bem jurídico podem ser agrupadas em duas tendências: transcendentalistas e imanentistas. Para os transcendentalistas, o bem jurídico encontra-se para além da norma jurídica, no plano do Direito natural ou na natureza das coisas, na vida social ou cultural; para os imanentistas o bem jurídico situa-se dentro do ordenamento jurídico e nasce com a norma jurídica.²⁴ Sem embargo, os aspectos de realidade e finalidade associados aos bens jurídicos demonstram que eles podem ser tanto estabelecidos previamente ao legislador (realidade) como podem ser criados por ele (finalidade).²⁵

Na atualidade, tem destaque a fundamentação do bem jurídico sob o ponto de vista jurídico-constitucional, o qual identifica a prevalência da norma constitucional sobre a norma penal na conformação do bem jurídico, tratando a Constituição como padrão de referência da valoração social e base para a seleção de bens jurídicos.²⁶ Ao legislador cabe o dever de levar em consideração as diretrizes e valores consagrados na Constituição, considerando-se as normas constitucionais prioritárias para a incriminação ou não de condutas, critério para um conceito material de bem

²¹ Ibidem, p. 18.

²² Ibidem, p. 18-19.

²³ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral...** op. cit. p. 366.

²⁴ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 45.

²⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos...** op. cit. p. 19.

²⁶ Ibidem.

jurídico, dado que a Constituição retrata os fundamentos e valores de uma dada época.²⁷ Por outro lado, esta posição merece ressalvas, uma vez que há constituições outorgadas a força, ou mesmo normas constitucionais que não podem ser identificadas com os interesses fundamentais da sociedade, vide os Estados constitucionais de Hitler, na Alemanha e o de Stálin na União Soviética.²⁸ Além disso, há bens jurídicos que não possuem referência expressa na constituição e mesmo assim seu caráter de essencialidade para o desenvolvimento humano é inegável (ex. a liberdade sexual); da mesma forma, as discussões sobre o bem jurídico penal antecede o constitucionalismo europeu.²⁹

As discussões no plano da teoria do bem jurídico devem começar pelo exame das vantagens de se manter uma só concepção de bem jurídico, referida como monismo, a qual abarca tanto bens jurídicos individuais e coletivos, ou duas concepções, referida como dualismo, as quais separam de um lado os bens jurídicos individuais e de outro os bens jurídicos coletivos e transindividuais.³⁰ A perspectiva monista ainda pode se dividir em monista coletiva e monista personalista. Segundo Hefendehl,

A teoria pessoal do bem jurídico reporta-se ao por ela chamado Direito penal clássico e defende uma restrição ao Direito penal aos bens jurídicos imediatamente referidos a uma pessoa, dentre os quais se encontram além da vida, da saúde e da liberdade, também a propriedade e o patrimônio. A teoria pessoal do bem jurídico está inseparavelmente ligada a chamada Escola de Frankfurt, que pugna por um Direito penal nuclear ou mínimo (*Kernstrafrecht*), reduzido e simples, e considera tanto os delitos de perigo abstrato como a proteção de bens jurídicos coletivos uma expansão ilegítima do Direito penal.³¹

Em favor da concepção monista personalista afirma-se que ela apresenta a melhor adequação aos pressupostos democráticos de proteção do indivíduo além de possuir a melhor resposta quando se estabelece tal proteção baseada em princípios.³² Contudo, verifica-se que o monismo personalista chega a estabelecer a negação da

²⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constitucional**. 7ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 139.

²⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral...** op. cit. p. 359-360.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, p. 373.

³¹ HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. Tradução de Luis Greco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.87, nov./dez. 2010. p. 109.

³² BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos...** op. cit. p. 59.

intervenção penal no âmbito de bens jurídicos coletivos, os quais são remetidos para um direito de intervenção não penal, criando um caráter dual para fora do bem jurídico e perigoso por sua abertura a seletividade preconceituosa.³³ A perspectiva monista coletiva identifica a existência de um bem jurídico desde que seja de interesse para a coletividade, defendendo a primazia do coletivo em detrimento de interesses individuais.³⁴ Dessa maneira, o monismo coletivo “padece de um grave déficit de realidade, consistindo, em geral, em um desenho utópico de Direito penal que não se coaduna com a necessidade imediata de resolução de problemas entregue cotidianamente aos operadores do direito”.³⁵

O dualismo, que estabelece critérios distintos para justificar a proteção de bens jurídicos coletivos e individuais, não está isento de problemas: (i) torna-se difícil legitimar bens jurídicos coletivos cujos critérios distintivos não se refiram aos interesses próprios dos seres humanos e caso tais critérios tenham como centralidade o ser humano, torna-se inútil a necessidade de um dualismo; (ii) o Estado pode prejudicar as pessoas, quando a ele é dado “a possibilidade de uma justificação de intervenção intrínseca”, calcado na ideia de um dualismo que abriga “tendências coletivas auto justificantes”; (iii) o monismo parece ser mais adequado à redução do âmbito da intervenção estatal.³⁶

Na discussão sobre a legitimidade da proteção de bens jurídicos coletivos destaca-se a teoria social dos bens jurídicos, defendida por Hefendehl. Segundo esse autor, a teoria pessoal do bem jurídico é reacionária pois segue caudatária da perspectiva da classe dominante, cujo interesse no Direito penal é a proteção de suas posses,³⁷ que caracteriza um Direito penal superado e defasado, da pobreza e da miséria.³⁸ O Direito penal socialmente integrado é aquele que “leva em conta a sociedade e, logicamente cada um de seus membros, sem privilegiar uma parte deles”.³⁹ O fundamento do bem jurídico social se assenta na importância dada ao objeto a ser protegido e no respectivo titular do bem, mas sobretudo na dimensão de confiança, que torna o bem jurídico essencial para a sociedade.⁴⁰ O núcleo de um

³³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral...** op. cit. p. 374.

³⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral...** op. cit. p. 374.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, p. 375-376.

³⁷ HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico...** op. cit. p. 105.

³⁸ *Ibidem*. p. 110.

³⁹ *Ibidem*, p. 111.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 114-115.

bem jurídico coletivo se constitui pela não exclusividade do gozo, não rivalidade do consumo e a não distributividade (impossibilidade de dividir em partes atribuíveis ao indivíduo).⁴¹

Diante da impossibilidade (e desnecessidade) de um conceito fechado de bem jurídico, sustenta-se que o mais importante é dotá-lo de “um conteúdo de requisitos para que se possa identificar a validade do bem jurídico como elemento de preenchimento da dimensão material do tipo de ação”, bem como de “um instrumento de recorte na legitimidade da intervenção do sistema punitivo”.⁴² Na lição do ilustre jurista Paulo César Busato,

(...) o bem jurídico não deve ser entendido como um dado conceitual, mas sim como um princípio, uma diretriz normativa, uma referência de recorte da intervenção. Não basta que exista um bem jurídico para justificar a intervenção penal, mas ela não pode estar justificada senão guardando referência a um bem jurídico. O fato de que nessa construção, esteja inserido no sistema dogmático pela via da pretensão de ofensividade, não significa que se exija um conceito fechado. Isso porque o próprio sistema proposto é um sistema aberto, permeável a interferências não apenas a princípios limitadores e corretores da intervenção penal, mas também ao reconhecimento social, histórico e político de valores e bens.⁴³

Ainda, deve-se reconhecer que os problemas mais graves da sociedade contemporânea atingem bens jurídicos coletivos ou transindividuais, exigindo sua legitimação dentro dos mesmos critérios utilizados para os bens jurídicos individuais, adequado ao Estado Democrático de Direito e fundamentado intersubjetivamente para o desenvolvimento das pessoas.⁴⁴ O bem jurídico penalmente relevante é aquele que se encontra entre os essenciais para o desenvolvimento humano em sociedade, sob os mesmos filtros de interpretação (filtro hermenêutico compreensivo), e nessa lógica, configura-se um modelo mais adequado do monismo, denominado *monismo humanista*.⁴⁵

Por fim, são atribuídas ao bem jurídico três funções: a dogmática, a sistemática e a interpretativa. A função dogmática tem relevo “porque a transgressão da norma se explica como lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos tutelados

⁴¹ Ibidem, p. 114.

⁴² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral...** op. cit. p. 381.

⁴³ Ibidem, p. 368.

⁴⁴ Ibidem, P. 382-383.

⁴⁵ Ibidem, p. 384-385.

pela lei”⁴⁶, a função sistemática ou selecionadora “se traduz no uso do bem jurídico por referência, a partir do que se estabelecem hierarquias entre as infrações individualmente descritas na parte especial”⁴⁷ e a função interpretativa, na qual se considera o bem jurídico como “base sobre a qual se estrutura o tipo penal (...) a partir de onde se inicia o trabalho de interpretação”⁴⁸, sendo a proteção de bens jurídicos o elemento de referência para os objetivos do Direito penal.

2.1.2 Princípio da legalidade

A legalidade como princípio (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) é fundamental ao Estado de Direito porque a partir dela torna-se possível garantir ao cidadão o conhecimento dos delitos e das penas que podem recair sobre si de maneira prévia, em lei escrita e precisa, não ficando simplesmente ao alvedrio do Estado em matéria de imputação e sanção criminal.⁴⁹ Destarte, o princípio da legalidade, em seu aspecto formal, estabelece que a atuação estatal durante todo o processo criminal se submeta as garantias derivadas de *um lex previa, lex scripta, lex stricta e lex certa*.⁵⁰

Conforme ensina Munõz Conde,

O princípio da legalidade é o principal limite imposto pelas exigências do Estado de Direito no exercício do poder punitivo e inclui uma série de garantias para os cidadãos que de maneira geral pode conduzir a impossibilidade de que o Estado intervenha penalmente para além do que permite a lei (tradução nossa).⁵¹

Destaca-se dois significados do princípio da legalidade: o político e o técnico. Sob o enfoque político, fundamenta-se na divisão de poderes, na qual o Poder Legislativo tem a primazia de traduzir a vontade geral do povo em lei, e esta torna-se a única fonte do Direito. Além disso, vincular-se a uma determinada concepção da gênese da sociedade civil e do Estado, a qual está atrelada a doutrina do contrato social, da soberania popular e da divisão de poderes.⁵² O significado técnico do princípio da legalidade se associa a dois planos: o plano das garantias individuais e o

⁴⁶ Ibidem, p. 386.

⁴⁷ Ibidem, p. 387.

⁴⁸ Ibidem, p. 388.

⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 3ª ed. Barcelona: PPU, 1990. p. 84-85.

⁵⁰ BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos...** op. cit. p. 146.

⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal...** op. cit. p. 99.

⁵² BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos...** op. cit. p. 151.

pano dos requisitos legais exigidos à norma jurídico-penal. No primeiro plano, estipula-se que nenhuma conduta pode ser qualificada como crime sem uma lei que a declare anteriormente (*nullum crimen sine lege*), a pena deve estar condicionada a determinação legal (*nulla poena sine lege*), deve haver um juízo formal para impor os castigos sob juízes, órgão competentes e com respeito as garantias processuais definidas em lei (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*) e a execução das penas deve obedecer a previsão legal (*legalidade da execução*).⁵³ No segundo plano, a lei deve ser escrita, prévia, certa e estrita.⁵⁴

2.1.3 Princípio da intervenção mínima

A regência e a limitação do poder de punir atribuído ao Estado devem ser realizadas pelo princípio da intervenção mínima, uma vez que ao Direito penal cabe interferir somente nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes.⁵⁵ O princípio da intervenção mínima está incluído entre os princípios básicos do Direito penal, uma vez que participa do rol de princípios indeclináveis para a compreensão de todo o ordenamento positivo, sobretudo em um sentido programático que sirva de sustentação para um Direito penal em um Estado de Direito Democrático.⁵⁶ Sob o brocardo *nulla lex poenalis sine necessitate*, o princípio da intervenção mínima encontra íntima relação com a tarefa do legislador, obrigando-o a observar critérios materiais de delimitação do âmbito jurídico-penal, sobretudo a inviolabilidade da liberdade e a dignidade da pessoa humana.⁵⁷

Os fundamentos para o uso moderado do Direito penal encontram-se no fracasso do modelo dissuasório como instrumento de prevenção de delitos, na ruína do caráter intimidador da pena por ele imposta, no custo social e na efetividade do uso do Direito penal.⁵⁸ Destaca-se também que o uso abusivo e desnecessário da intervenção punitiva sob a égide penal é o instrumento mais custoso e lesivo aos direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana.⁵⁹ Além disso, o

⁵³ Ibidem, p. 153-154.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal...** op. cit. p. 72.

⁵⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 62-63.

⁵⁷ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de direito penal: dos princípios penais de garantia**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 272.

⁵⁸ BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos...** op. cit. p. 167.

⁵⁹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos ...** op. cit. p. 273.

sistema repressivo apresenta custo operacional elevado, a criminalização possui efeito estigmatizante e verifica-se a falência da ideologia da punição como fato ressocializador.⁶⁰

Diante disso, os critérios de fragmentariedade e subsidiariedade apresentam-se como expressões diretas do princípio da intervenção mínima no Direito penal.⁶¹ Consoante à explicação de Juarez Cirino dos Santos

...a proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito penal é de natureza subsidiária e fragmentária – e, por isso, se diz que o Direito penal protege bens jurídicos apenas em *ultima ratio*: por um lado, proteção *subsidiária* porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sócio-político e jurídico do Estado; por outro lado, proteção *fragmentária* porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República e protege apenas parcialmente os bens jurídicos selecionados para proteção penal.⁶²

2.1.3.1 O critério de fragmentariedade

Há ações que, mesmo lesionando bens jurídicos, não ensejam proibição penal, do mesmo modo que há bens jurídicos que são desprovidos de proteção pelo Direito penal. A fragmentariedade do Direito penal é identificada na seguinte consideração: apenas as condutas mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes da vida social devem receber a sanção penal.⁶³ De acordo com Muñoz Conde e Arán,

Este caráter fragmentário do Direito penal aparece em uma forma tríplice nas atuais legislações penais: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico apenas contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente em alguns casos, etc.; em segundo lugar tipifica somente uma parte daquilo que nos demais ramos do Ordenamento jurídico se estima como antijurídico; e por último, deixando sem castigo, em princípio, as ações meramente imorais (tradução nossa).⁶⁴

2.1.3.2 O critério de subsidiariedade

⁶⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

⁶¹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos** ... op. cit. p. 275.

⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2014. p. 5-6.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**... op. cit., p. 55.

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**... op. cit. p 80.

O critério de subsidiariedade do Direito penal se expressa pelo seguinte: somente é recomendável e legítima a criminalização de uma conduta quando outras formas de controle social se mostram insuficientes para proteção do bem jurídico.⁶⁵ Quando o ataque não seja muito grave ou o bem jurídico não seja tão importante, ou quando o conflito possa ser resolvido com soluções menos radicais que as sanções penais propriamente ditas, devem ser aquelas as aplicáveis.⁶⁶

2.1.4 Princípio da lesividade

Diante da consideração de que a função do Direito penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes contra os ataques mais gravosos, torna-se fundamental “para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido”.⁶⁷ Nesse sentido, o princípio da lesividade (também referido como princípio da ofensividade), realiza uma função político-criminal, que no Estado Democrático de Direito, orienta o legislador em sua tarefa de elaborar tipos penais e incriminar condutas que tenham verdadeiro conteúdo ofensivo.⁶⁸

Conforme a lição de Nilo Batista, o princípio da lesividade comporta quatro funções principais: (i) proibir a incriminação de uma atitude interna, como ideias, convicções, desejos, mesmo que se trate de um projeto mental para o cometimento de um crime; (ii) proibir incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, como a autolesão e os atos preparatórios de um crime cuja execução não se iniciou; (iii) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, a fim de reforçar um Direito penal da ação e não um Direito penal de autor; (iv) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.⁶⁹ Além disso, o princípio da lesividade cumpre também uma função interpretativa ou dogmática, a qual serve de limite ao *ius puniendi* do Estado, destinada ao aplicador da lei e constringendo-o a “encontrar e cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido”.⁷⁰

⁶⁵ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos** ... op. cit. p. 277.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**... op. cit. p. 74.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**... op. cit. p. 61.

⁶⁸ *Ibidem*, 61-62.

⁶⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica**... op. cit. p. 91-94

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**... op. cit. p. 62.

Juarez Cirino dos Santos declara que o princípio a lesividade encontra-se no rol dos princípios constitucionais mais importantes.⁷¹ Para o eminente jurista, por conta do princípio da lesividade, as lesões irrelevantes a bens jurídicos protegidos pela lei penal não ensejam a cominação, aplicação ou execução de penas e de medidas de segurança sob dois pontos de vista: o qualitativo, referente ao bem jurídico lesionado, impedindo incriminações que reduzam ou excluam as liberdades constitucionais e o quantitativo, relacionado à extensão da lesão ao bem jurídico, excluindo a criminalização de lesões irrelevantes ou insignificantes.⁷²

2.2 A FUNÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL

Os grandes problemas sociais e políticos da atualidade, tais como poluição ambiental, terrorismo, drogas, corrupção, tráfico de produtos, sonegação fiscal, máfias, etc., elevaram o Direito penal e a imposição da pena a emissários da esperança de que, com o aumento das vedações penais e das sanções, se convertam em soluções para tais problemas.⁷³ Entretanto, a expectativa de solução que desprende o Direito penal da orientação pelo ilícito e pela retribuição de culpa em direção às promessas de recuperação de criminosos condenados por meio da execução da pena e da intimidação dos criminosos potenciais pela ameaça de punição parece que não se harmonizou com determinada experiência e tradição do conceito, sentido e fim da pena.⁷⁴

Os fundamentos da pena são explicados historicamente mediante as denominadas teorias absoluta e relativa. Enquanto que essas respaldam a imposição de pena na ideia de torna-la meio útil para combater e prevenir a criminalidade, seja por meio da prevenção geral ou prevenção especial, aquelas atribuem à pena um caráter eminentemente retributivo, sem qualquer finalidade, centrada na reprovação pessoal do sujeito, sob o qual recai o mal da pena como confronto ao mal do crime por ele praticado.⁷⁵

⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral...** op. cit. p. 19.

⁷² Ibidem, p. 26.

⁷³ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário.** trad. Regina Greve. coord. e sup. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 83.

⁷⁴ Ibidem, p. 84.

⁷⁵ BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos...** op. cit. p. 212-214.

Dentre os defensores da teoria absoluta ou retributiva da pena destacam-se os filósofos Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Para Kant, a pena “nunca pode servir meramente como meio para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil, mas sim tem de ser infligida contra ele apenas porque ele cometeu o crime”.⁷⁶ O eminente filósofo entende que o verdadeiro parâmetro de justiça é a medida de talião, pois somente ela oferece, nos limites do tribunal, a qualidade e a quantidade da punição, adequada a pura e estrita justiça⁷⁷, declarando que “tantos quantos sejam, pois, os assassinos que cometeram, ordenaram ou ajudaram a praticar um assassinato, tantos são os que têm de sofrer a morte: assim o quer a justiça, enquanto ideia do poder judiciário segundo leis universais fundadas a priori.”⁷⁸ Para Kant,

Mesmo que a sociedade civil se dissolvesse com o consentimento de todos os seus membros (...), o último assassino no cárcere teria de ser executado, de modo que cada um recebesse o que merecem seus atos e a culpa sangrenta não recaísse sobre o povo, que não fez por merecer essa punição, mas poderia ser considerado cúmplice nessa violação pública da justiça.⁷⁹

Hegel, no mesmo sentido, promove a pena como retribuição ética de Kant a uma retribuição jurídica ao estabelecer, em termos lógicos, que, sendo o direito uma expressão da vontade racional, o delito se transforma em uma contradição a esta racionalidade, portanto nega o direito. A resposta a esta negação do direito é a pena, que se estabelece como uma negação do delito. A negação de uma negação (o crime como negação do direito e a pena como negação do crime) converte-se em negação da negação do direito, portanto afirmando o direito, e, por conseguinte, a pena converte-se em instrumento de reestabelecimento da ordem jurídica, para além da simples retribuição de um mal com outro mal.⁸⁰ Assim declara Hegel:

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito.⁸¹[...] A supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois

⁷⁶ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária, 2013. p. 145.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem, p. 148.

⁷⁹ Ibidem, p. 147.

⁸⁰ BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos...** op. cit. p. 217-218.

⁸¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 87.

ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Todavia, esta identidade fundada no conceito não é a igualdade qualitativa, é a que provém da natureza em si do crime, a igualdade de valor.⁸²

As teorias relativas difundem a noção de que a pena, mesmo sendo um mal, é instrumento necessário à preservação da ordem e prevenção de crimes. Conforme os fins que se desejam alcançar, a prevenção pode ser geral, dirigida à coletividade, que em seu aspecto negativo revela-se como intimidação destinada a todos, como coação psicológica determinada pelo do sofrimento infligido ao delinquente, ou geral positiva na qual “visaria a afirmação de determinados aspectos coletivos e não a intimidação”.⁸³ Além disso, a prevenção pode ser especial, voltada ao próprio delinquente, para que este não cometa novos crimes. Tal intento se busca por meio da prevenção especial negativa, traduzida no isolamento do sujeito delituoso, e pela prevenção especial positiva, a qual corresponde à tentativa de correção do autor do delito, conjugando esforços de sociólogos, psicólogos, psiquiatras e outros funcionários do sistema penal no sentido de “curar” o desvio social identificado no criminoso.⁸⁴

Sobre o sentido da pena estatal, pergunta-se o eminente jurista Claus Roxin: “Como e sob que pressupostos pode se justificar que um grupo de homens associados no Estado prive de liberdade a alguns de seus membros ou intervenha de outro modo, conformando sua vida e sua existência social (tradução nossa)?”⁸⁵ A partir desse questionamento, o autor estabelece sua crítica às teorias absoluta e relativa da pena. Para Roxin, a teoria da retribuição apresenta debilidade teórica e um perigo prático, pois não explica os fundamentos da necessidade da pena, ou seja, sob que argumentos o Estado é autorizado a castigar, e por isso, não oferece um limite ao poder penal do Estado.⁸⁶ Além disso, ante a justificação da sanção penal pela ideia da compensação da culpabilidade, essa pressupõe o livre arbítrio, ainda que não refutável, também resta indemonstrável, bastando a suposição de tal fundamento para

⁸² Ibidem, p. 90.

⁸³ BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos...** op. cit. p. 224.

⁸⁴ Ibidem, p. 228.

⁸⁵ ROXIN, Claus. **Sentido y límites de la pena estatal**. In. Problemas Básicos del Derecho Penal. Trad. Luzón Pena. Madrid: Reus, 1976. p. 11.

⁸⁶ Ibidem, p. 13.

justificar a intervenção penal.⁸⁷ Também não é compreensível, sob o prisma racional, atribuir um mal para combater outro mal.

Quanto à teoria da prevenção especial, também essa não estabelece limites ao *ius puniendi* estatal, além de deixar o particular ilimitadamente a mercê do Estado, sob o ponto de vista da pena como tratamento até que se alcance a definitiva correção do apenado.⁸⁸ Outra questão que surge é o porquê de se impor pena a delitos sem perigo de repetição, ainda que graves, quando os autores já se encontram “ressocializados”? Sob esse aspecto, a teoria da prevenção especial não teria como fundamentar a pena.⁸⁹ Conclui o autor que

A teoria da prevenção especial não é idônea para justificar o Direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade dos delitos sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social forçosa, mediante uma pena, não contém em si mesma sua legitimação, senão que necessita de fundamentação jurídica a partir de outras considerações (tradução nossa).⁹⁰

A respeito da teoria da prevenção geral, ainda permanecem as questões quanto aos limites de punir do Estado, adicionando-se o “terror estatal”, pois para intimidar mediante a pena, é preciso castigar o mais duramente possível.⁹¹ Ademais, não se provou que a pena tem efeito dissuasório para delinquentes profissionais ou aqueles impulsivos ocasionais, chegando-se mesmo a conclusão que o delito é em si mesmo uma prova contra a eficácia da prevenção geral.⁹² Ainda segundo Roxin, como é possível justificar o castigo imposto a um indivíduo em consideração a outros?⁹³ Conclui o autor então acerca da prevenção geral: “Não pode fundamentar o *jus puniendi* estatal em seus pressupostos nem limitá-lo em suas consequências; é discutível político-criminalmente e precisa de legitimação que concorde com os fundamentos do ordenamento jurídico (tradução nossa)”⁹⁴

Roxin também critica a teoria unificadora, a qual combina as três teorias entre si, porque a simples adição destrói a lógica interna de cada uma e aumenta o âmbito

⁸⁷ Ibidem, p. 14

⁸⁸ Ibidem, p. 15-16

⁸⁹ Ibidem, p. 16.

⁹⁰ Ibidem, p. 17.

⁹¹ Ibidem, p. 18.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem, p. 19.

de aplicação da pena, multiplicando seus efeitos.⁹⁵ Para o autor, é preciso entender que ameaçar com pena, impor a pena e executar a pena são esferas separadas da atividade estatal que necessitam cada qual de suas próprias justificativas.⁹⁶

As cominações de pena devem responder “O que pode proibir o legislador aos seus cidadãos sob ameaça de pena?” Segundo Roxin, incumbe ao Estado assegurar a proteção dos bens jurídicos e garantir a vida em comum de todo cidadão sob os ditames de um Direito penal subsidiário, vedado ao legislador castigar condutas imorais que não lesam bens jurídicos.⁹⁷ Assim, “as cominações penais só estão justificadas se tem em conta a dupla restrição que encerra o princípio de proteção subsidiária de prestações e bens jurídicos”, com fins de prevenção geral.⁹⁸ A culpabilidade, inadequada para fundamentar o poder de punir do Estado, transforma-se em limite a tal poder, pois assegura ao cidadão livre e capaz de culpabilidade que a punição estatal terá os limites de prevenção geral e especial correspondente à sua responsabilidade.⁹⁹

Para Roxin, “a imposição de pena serve para proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e prestações estatais, mediante um procedimento que salvaguarde a autonomia da personalidade e que ao ditar a pena, está limitado à medida de sua culpabilidade (tradução nossa)”.¹⁰⁰ A execução da pena deve ter como conteúdo a reintegração do delinquente à comunidade,¹⁰¹ dentro dos limites já estabelecidos como missão do Direito penal, qual seja, “a proteção de bens jurídicos e prestações de serviços estatais mediante prevenção geral e especial que salvaguarde a personalidade no marco traçado pela medida da culpabilidade individual”.¹⁰² Com os observa, Roxin não abandona as ideias de prevenção geral e especial, mas estabelece elementos limitadores da incidência da pena e estabelece finalidades para sua aplicação.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem, p. 20.

⁹⁷ Ibidem, p. 21-23.

⁹⁸ Ibidem, p. 24.

⁹⁹ Ibidem, 28.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 31.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ibidem, p. 33.

3 A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA ÉTICO-POLÍTICO E JURÍDICO-PENAL

O termo “Corrupção” tem origem na palavra latina *corruptio*, à qual originalmente se atribui o sentido de putrefação, decadência física e deterioração da matéria.¹⁰³ Neste sentido, assevera Clovis de Barros Filho que

A ideia de corrupção compreende um tipo particular de transformação. De passagem de uma coisa para outra. Um deixar de ser. Mas não qualquer transformação. Na corrupção, há decomposição. Mudança que resulta em degradação. Processo no sentido da morte. Explicando melhor, em toda transformação corrompida, o que resulta está mais próximo da morte, do fim, da decomposição radical, do que aquilo que iniciou o processo.¹⁰⁴

Tal qual grande parte dos fenômenos sociais, é tarefa difícil definir ou conceituar corrupção de maneira unívoca e acabada, sobretudo porque o termo transcende o âmbito jurídico, fazendo parte também das discussões da sociologia, da política, das relações transnacionais, etc.¹⁰⁵ Contudo, sustenta-se que é possível identificar práticas corruptas desde os alvares da humanidade. Há relatos que remetem ao ano de 74 a.C, quando Cícero, atuando como advogado de acusação, registrou que *Staius Albinus Oppianicus* corrompeu dez jurados a fim de escapar do processo em que era acusado de ser o mandante de um envenenamento; ou ainda no caso em o Pretor romano *Gaius Verres* destacou-se como o primeiro a subornar prestadoras de serviços do Império Romano; ou mesmo na narrativa bíblica em que Judas foi subornado para entregar Jesus aos soldados inimigos.¹⁰⁶

Sob uma perspectiva histórica mais moderna, associa-se, em grande medida, a ideia de corrupção à conduta criminosa de agentes públicos e à participação do Estado, bem como ao Direito penal, quando este tipifica as condutas consideradas corruptas, sobretudo aquelas descritas como crimes contra a Administração Pública.¹⁰⁷ Considerando o aspecto da descrição de situações analíticas, relaciona-se

¹⁰³ PIMENTEL FILHO, André. **(Uma) teoria da corrupção: corrupção, estado de direito e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.6.

¹⁰⁴ BARROS FILHO, Clovis de. **PRAÇA**, Sergio. **Corrupção: parceria degenerativa**. Campinas: Papyrus, 2014. p. 25.

¹⁰⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil – estudo de casos e lições para o futuro**. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Forum. 2015. p.27.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 1-2.

¹⁰⁷ Ibidem.

à corrupção as percepções de abuso de poder, desvio das finalidades públicas e uso dos poderes públicos para fins privados.¹⁰⁸

3.1 A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA ÉTICO-POLÍTICO

O sentido habitual da palavra ética remete a “regulação das ações humanas segundo valores não egoisticamente determinados, ao respeito do próximo e a integridade de caráter, à constância dos comportamentos retos”.¹⁰⁹ Desse modo, relaciona-se à ideia da virtude greco-romana (prudência, temperança, coragem, justiça, etc.), que para os pensadores da Antiguidade Clássica, era suficiente para formar tanto indivíduos justos, realizados e felizes na esfera privada quanto cidadãos responsáveis nas atividades públicas e militares.¹¹⁰ Assim, a moral privada e a ética pública eram indissociáveis. Aristóteles declara que

Dos mesmos princípios depende a felicidade do Estado. É impossível que um Estado seja feliz se dele a honestidade for banida. Não há nada de bom a esperar dele, nem tampouco de um particular, sem a virtude e a prudência; a coragem, a justiça e a prudência têm no Estado o mesmo caráter e a mesma influencia que nos particulares; são exatamente os mesmos que merecem de nós a reputação de corajosos, justos e prudentes.¹¹¹

Com o advento da modernidade, sobretudo a partir do pensamento de Maquiavel, operou-se uma nova concepção da relação entre ética e vida pública, rompendo-se com o pensamento clássico greco-romano e com os valores cristãos consolidados na Idade Média, concepção esta que estabelecia uma nova visão do exercício do poder político no qual imperava uma nova ética com vistas à conquista e preservação do mando soberano e à proteção e promoção dos interesses da comunidade.¹¹² Esta nova ética é entendida também como uma antiética, pois para manter-se no poder, o soberano poderia fazer uso de todos os meios, inclusive de crueldades ditas proveitosas, praticadas em prol dos súditos, evidenciando que a ação

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ TORRES, Joao Carlos Brum. **Ética, direito e política**. In: Manual de Ética: Questões de ética teórica e aplicada. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 408.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 58.

¹¹² TORRES, Joao Carlos Brum. **Ética, direito e política...** op. cit. p. 410.

política deveria seguir um caminho distinto da ação moral.¹¹³ De acordo com Ana Cristina Melo de Pontes Botelho,

Afastada da Moral e reduzida à técnica de exercício de Poder legítimo, a teoria maquiavélica vem sendo, ao longo dos anos, veementemente criticada e tida como um modelo imoral de prática do Poder. Tomando-se como exemplo o caso do Brasil, infelizmente, a prática política vem desde os tempos do Império, seguindo à risca este modelo imoral teorizado por Maquiavel, cinicamente tão criticado, mas seguido mesmo que camulfladamente. O que vemos hoje são escândalos e mais escândalos sem solução jurídicas e éticas e que dão margem, ante a impunidade reinante, ao cometimento de outras atrocidades éticas, tudo com justificativa da manutenção e exercício do poder.¹¹⁴

Frequentemente a percepção da corrupção é conectada com a prática política do Estado, transitando de uma identificação de todo o sistema político como corrupto, independentemente de ser monárquico ou republicano, por não cumprir seu dever de promoção do bem comum, para a identificação individual do político corrupto.¹¹⁵ Na ótica de Enrique Dussel, fundamentalmente

A corrupção é dupla: do governante que se crê sede soberana do poder e da comunidade política que permite, que consente, que se torna servil em vez de ser ator da construção do político (ações, instituições, princípios). O representante corrompido pode usar um poder fetichizado pelo prazer de exercer sua vontade, como vaidade ostensiva, prepotência despótica, sadismo ante seus inimigos, apropriação indevida de bens e riquezas. Não importa quais benefícios aparentes sejam outorgados ao governante corrompido, o pior não são os bens apropriados indevidamente, mas sim o desvio de sua atenção como representante: de servidor ou do exercício obediencial do poder em favor da comunidade transformou-se em seu prebendário (esquilador), seu "sanguessuga", seu parasita, sua debilitação, e até extinção como comunidade política.¹¹⁶

Mesmo reconhecendo as consequências no plano político, econômico e social, Pimentel Filho entende que a corrupção tem sua gênese em um problema moral.¹¹⁷ Por moral, entende-se um conjunto de normas e condutas que se impõe a si

¹¹³ BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. **Corrupção política: uma patologia social**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 41-42.

¹¹⁴ BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. **Corrupção política...** op. cit. p. 43.

¹¹⁵ PILAGALLO, Oscar. **Corrupção: entrave ao desenvolvimento do Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier: ETCO 2013. p. 42-43.

¹¹⁶ DUSSEL, Enrique. **20 teses sobre política**. 1. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão popular, 2007. p. 16.

¹¹⁷ PIMENTEL FILHO, André. **(Uma) teoria da corrupção...** op. cit. p. 5.

mesmo e livremente se decide respeitar, prescindindo de fiscalização e vigilância externa de outrem.¹¹⁸

Conforme ensina Edmundo Oliveira

O primeiro objetivo de cada homem, no campo da moral, é o de atingir a perfeição. Ele próprio deve ser sua obra prima. Para isso não basta saber; a máxima socrática, de que ninguém é mau senão por ignorância, é falsa. Quantos são os corruptos com plena ciência do que fazem? A integridade não se contenta com o conhecimento; ela exige o concurso da vontade. E ainda: a corrupção atinge o refinamento intelectual com aqueles que são mais inteligentes e mais instruídos. Eles se valem de sofismas, de raciocínios deturpados para anestesiar a própria consciência de se desculpar perante si mesmos. Colocados diante da possibilidade de satisfação de sua ganancia, de sua avidez, de sua usura, eles sufocam a própria consciência moral ou a deturpam para justificar a corrupção.¹¹⁹

Para Rousseau, o homem, ao caminhar em direção da sociedade civil organizada vai perdendo sua natureza boa, uma vez que, "tendo uma vida simples e solitária, necessidades muito limitadas e os instrumentos que haviam inventado para satisfazê-las, os homens, desfrutando um grande lazer, empregaram-no para obter vários tipos de comodidades desconhecidas de seus pais; e foi esse o primeiro jugo que impensadamente se impuseram e a primeira fonte de males que prepararam para seus descendentes".¹²⁰ Com efeito, Hobbes apresenta uma pintura diversa daquela apresentada por Rousseau, quando aquele afirma que "fora do Estado Civil, se desata a guerra de todos contra todos" pois é "manifesto que durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum que os atemorize, se encontram em condição ou estado que se denomina guerra (tradução nossa)."¹²¹

Admitindo-se que a posição de Rousseau a qual declara o homem como naturalmente bom, tanto quanto a tese de Hobbes da guerra de todos contra todos são alegorias extremadas cada qual com seu objetivo político, pode-se admitir que a natureza humana é marcada por um egoísmo moderado com relação a suas necessidades individuais e familiares, tornando o homem bom ou mau, a depender das circunstâncias dadas, cabendo então aos controles e punições externos desencorajar as práticas antissociais, tal qual a corrupção.¹²²

¹¹⁸ BARROS FILHO, Clovis de. PRAÇA, Sergio. **Corrupção...** op. cit. p. 53.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção** .. op. cit. p. 163.

¹²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret. 2009. p. 65.

¹²¹ HOBBS, Thomas. **Leviatan: o la materia, forma y poder de uma República Eclesiastica y Civil**. Bogotá: Editorial Skla, 1982. p. 107.

¹²² PIMENTEL FILHO, André. **(Uma) teoria da corrupção...** op. cit. p. 31-32.

3.2 A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA JURÍDICO-PENAL

Verifica-se que as notícias de corrupção envolvendo autoridades públicas brasileiras atravessaram o fim do Império, passaram pela ascensão e queda de Getúlio Vargas e adentraram ao golpe civil-militar de 1964, avançaram para o período de redemocratização pós 1989¹²³, e atualmente, são expostas quase que diariamente pelos diversos canais da mídia.

Hodiernamente é no Estado de Direito de feições democráticas, no qual se estabelece o império da lei, a divisão de poderes, a submissão a órgão de controle e fiscalização e a proteção dos direitos e garantias fundamentais que se engendra o arranjo institucional que melhor responde às necessidades de combate à corrupção, seja por meio preventivos ou repressivos.¹²⁴ Não é outro o entendimento que se retira da recomendação presente na primeira parte do artigo 5, Capítulo II da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção quando declara:

Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.¹²⁵

Seria preferível que o homem, em seu convívio social, evitasse praticar condutas relacionadas à corrupção por mera virtude. Mas como a lei moral é insuficiente, o Direito penal insere-se na estrutura do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito como uma forma legítima de intimidação a partir da inflição de pena àquele envolvido em atos de corrupção.¹²⁶ Há um vasto ferramental jurídico que visa controlar, inibir e penalizar os atos corruptos, dentre os quais o Direito penal sempre tem atuação destacada.

¹²³ CARVALHO, José Murilo. **Quem transgride o que?** In: CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, Marcílio Marques (Orgs.). *Cultura das transgressões no Brasil: lições de história*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92-93.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 129-130.

¹²⁵ ONU. **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**, out. 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em 06 de jul. 2017. p. 9.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 164. A intimidação não é a principal função da pena, mas a certeza de pena e não sua gravosidade faz com que o agente seja dissuadido de cometer o delito.

Desde o Código Criminal do Império de 1830, os delitos relativos à corrupção eram tipificados como crimes de *peita* (art. 130) e *suborno* (art. 133), ambos localizados no Capítulo I - que tratava da prevaricação, abusos e omissões dos empregados públicos - do Título V – Dos crimes contra a boa ordem e administração pública. O termo *peita* tornou-se a denominação clássica do crime de corrupção por influência das Ordenações Portuguesas (Afonso, livro V, título 31; Manuelina livro V, título 56 e Felipina, livro V título 71).¹²⁷ Não obstante, a figura da corrupção foi caracterizada em duas espécies, sendo a *peita* associada ao ato realizado por dinheiro ou coisa equivalente e o *suborno* a corrupção por influência ou peditório:

Peita

Art. 130. Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei.

Penas - de perda do emprego com inhabilidade para outro qualquer; de multa igual ao trespobro da peita; e de prisão por tres a nove mezes.

A pena de prisão não terá lugar, quando o acto, em vista do qual se recebeu, ou aceitou a peita, se não tiver effectuado.¹²⁸

Suborno

Art. 133. Deixar-se corromper por influencia, ou peditorio de alguém, para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever.

Decidir-se por dadiva, ou promessa, a eleger, ou propôr alguém para algum emprego, ainda que para elle tenha as qualidades requeridas.

Penas - as mesmas estabelecidas para os casos da peita.¹²⁹

Com o advento da Republica, foi promulgado um novo código penal no ano de 1890, o qual manteve em linhas gerais a orientação do código anterior quanto a caracterização da corrupção, destacando-se o fato de o legislador ter reunido as espécies *peita* e *suborno* em uma só seção, dando a impressão de serem termos sinônimos.¹³⁰

SECÇÃO III

Peita ou suborno

¹²⁷ SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal. Tomo IV**, Rio de Janeiro: Konfino, 1947. p. 612.

¹²⁸ BRASIL. **Código Criminal do Império do Brazil. Lei de 16 de dezembro de 1830.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 18 jul. 2017

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal...** op. cit. p. 613.

Art. 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida; aceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dádiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei.

Exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do officio ou comissão de que for encarregado:

Penas – de prisão cellula por seis mezes a um anno e perda do emprego com inhabilitação para outro, além da multa igual ao triplo da somma, ou utilidade recebida.

Art. 215. Deixar-se corromper por influencia, ou suggestão de alguém, para retardar, omittir, praticar, ou deixar de praticar um acto contra os deveres do officio ou cargo; para prover ou propor para emprego publico alguém, ainda que tenha os requisitos legaes:

Penas – de prisão cellula por seis mezes a um anno, e perda do emprego com inhabilitação para outro.

Art. 216. Nas mesmas penas incorrerá o juiz de direito, de facto, ou arbitro que, por peita ou suborno, der sentença, ainda que justa.

§ 1º Si a sentença for criminal condemnatoria, mais injusta, soffrerá o peitado ou subordinado a mesma pena que tiver imposto ao que condemnara, além da perda do emprego e multa.

Art. 217. O que der ou prometter peita, ou suborno, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado e subornado.

Art. 218. São nullos os actos em que intervier peita ou suborno.¹³¹

A partir do Código Penal de 1940, os termos peita e suborno foram substituídos pelo vocábulo corrupção, sendo que o delito, inspirado pelo Código suíço, foi desmembrado nas condutas de corrupção ativa e corrupção passiva, tornando possível trata-las de maneira separada como crimes autônomos, extirpando a bilateralidade obrigatória do delito e consequentemente, tornando a consumação do crime pelas práticas independentes entre si.¹³² Segundo Busato, é a melhor opção, haja vista que, ao se considerar a corrupção passiva e ativa em uma única fórmula de imputação, a não demonstração de uma das faces da corrupção tornaria impossível reconhecer a outra como crime consumado, ao passo que, a partir da separação da

¹³¹ BRASIL. **DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm>. Acesso em: 18 jul. 2017.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 6. Ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012. p.111.

condutas, fica desnecessário demonstrar o crime de corrupção ativa para identificar a corrupção passiva.¹³³

A tipificação da corrupção passiva em sua redação mais atual é assim definida:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

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

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

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

A corrupção ativa encontra-se assim delineada:

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

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

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

Destaca-se que o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, sob o aspecto do dever atribuído aos agentes públicos quanto à regular prestação do serviço público, bem jurídico coletivo próprio que passa a ser ofendido quando o dever da referida prestação fica na dependência de oferta de vantagens aos agentes públicos, vilipendiando a prestação de serviços públicos.¹³⁴

A partir de uma reflexão a respeito das figuras de corrupção simples (§§ 331 I, 333 I StGB) e corrupção com infração funcional (§§ 332, 334 StGB), definidas no ordenamento jurídico alemão, Greco e Teixeira realizam interessantes considerações a respeito do tema. Os autores identificam na vantagem o principal elemento constitutivo da corrupção¹³⁵, destacando-se que “o injusto da corrupção simples

¹³³ BUSATO, Paulo César. **Direito Pena: parte especial 2**, v.3 São Paulo: Atlas, 2016. p. 504.

¹³⁴ Ibidem, p. 505;

¹³⁵ GRECO, Luis. TEIXEIRA, Luiz. **Aproximação a uma teoria da corrupção**. In: Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Organização Alaor Leite, Adriano Teixeira. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 28.

consiste em um *abuso de poder via perversão da coisa pública em um benefício privado*¹³⁶, ao passo que “o injusto da corrupção com infração funcional reside, conseqüentemente, no *abuso de poder por meio do desrespeito, condicionado por um recebimento de vantagem, à ideia de legalidade do serviço público*”.¹³⁷ Assinalam ainda que

Na corrupção simples, a irregularidade na combinação entre exercício do serviço e vantagem reside no atrelamento do público com o privado. Isso quer dizer, vantagens que se movem no plano do público não são capazes de caracterizar o pacto de injusto. Apenas a combinação com vantagens privadas para o próprio funcionário ou para terceiro constitui corrupção simples.

De outro lado, como o injusto da corrupção com infração funcional encontra-se na violação condicionada por vantagem da legalidade do serviço público, o respectivo pacto de injusto não exige um componente normativo que vá além dessa relação lógica. Toda combinação entre vantagem e ação funcional ilegal constitui um pacto de injusto no sentido da corrupção com infração funcional.¹³⁸

Para que se complete o pacto de injusto, a vantagem deve ser concedida não em razão da posse ou titularidade do cargo, mas deve se combinar com o exercício da função e a contrapartida deve se referir às funções exercidas pelo funcionário, é necessário também haver alguma conexão com ato de ofício praticado no exercício da função, ainda que o ato seja indeterminado e não individualizado.¹³⁹

Por conta de tal reflexão, os autores enxergam com ceticismo a possibilidade de um delito geral de corrupção, tal qual definido no Reino Unido através do *Bribery Act 2010*. Ainda, Greco e Teixeira declaram que na figura da corrupção privada prevista no ordenamento jurídico alemão (§§ 299 StGB) se trata de uma infidelidade patrimonial mal-entendida, pois não apresenta o injusto da corrupção, “já à mingua do elemento abuso de poder”.¹⁴⁰

¹³⁶ Ibidem, p. 30.

¹³⁷ Ibidem, p. 31.

¹³⁸ Ibidem, p. 33.

¹³⁹ Ibidem, p. 33-34.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 38-40

4 A CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES

4.1 A CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA NOS ORDENAMENTOS JURIDICOS EUROPEUS

Atualmente é possível identificar quatro modelos principais que fundamentam a punição para as condutas de corrupção no setor privado, conforme o bem jurídico que se pretende proteger: o modelo laboral, fundamentado no rompimento da boa-fé contratual nas relações de trabalho entre empregador e empregado; o modelo de concorrência, apoiado na percepção de uma perturbação no mercado e na livre concorrência; o modelo de administração desleal, sustentado pela ideia de quebra do dever de lealdade do agente com seu principal e o modelo que integra a corrupção pública e privada em uma regulação genérica da corrupção.¹⁴¹

A corrupção privada foi criminalizada pela primeira vez em 1906, no ordenamento jurídico inglês, por meio da criação do instrumento normativo chamado *Prevention Corruption Act (PCA)* de 04 de agosto daquele ano. Tratava-se de norma penal que intentava reprimir as condutas de desvio de poder praticadas por particulares, associada à violação da relação de lealdade e confiança existente entre empregado e empregador.¹⁴² Segundo a *PCA*, configurava-se a corrupção passiva quando um agente obtinha ou aceitava receber uma recompensa indevida para praticar ou deixar de praticar ato que conflitasse com os interesses do seu empregador. Já a corrupção ativa figurava quando um agente oferecia vantagens ilegais a determinada pessoa que possuísse relações de emprego com o principal, para que este deixasse de atuar ou atuasse contrariamente as obrigações atinentes a função profissional desempenhada pelo agente corrompido.¹⁴³ Atualmente vigora no Reino Unido o *Bribery Act 2010*, que regula a corrupção como delito geral, que abarca tanto o âmbito público como o âmbito privado, incluindo aí o suborno em um contexto puramente comercial.¹⁴⁴

¹⁴¹ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?**. Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n. 74, 2012. p. 228-229.

¹⁴² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção no setor privado**. LiberArs: São Paulo. 2016. p. 80.

¹⁴³ Ibidem, p. 82.

¹⁴⁴ DEL POZO, Miguel Ángel Encinar. **El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios**. Editorial Aranzadi: Navarra. 2016. p. 210-211.

Na Alemanha, no ano de 1909, o delito de corrupção entre particulares foi previsto na lei denominada *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (GWG)*, ou Lei de Concorrência Desleal, sob a qual era criminalizada a conduta do empregado que recebia vantagem indevida para favorecer um concorrente de seu empregador.¹⁴⁵ A proteção da concorrência permaneceu na aludida lei até os anos 90, quando então foi substituída pela inclusão no núcleo do *StGB*, por meio da Lei de luta contra a corrupção (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*) de 13 de agosto de 1997, de uma nova seção sob o título "Delitos contra a concorrência".¹⁴⁶

Na França, a partir de uma reforma legislativa no ano de 1919, introduziu-se no Código Penal Francês, por meio do artigo 177, o crime de corrupção privada, o qual incidia sobre "quaisquer empregados, prepostos, assalariados ou agentes, os quais solicitassem ou aceitasse doações, presentes, comissões, descontos ou prêmios para que praticassem ou abstivessem de praticar atos próprios de suas funções laborais".¹⁴⁷ Posteriormente, em 1994, os as condutas definidas pelo artigo 177 foram transpostas para legislação trabalhista, e de forma mais abrangente, consolidou a punição ao empregado que descumpre os deveres de ofício, violando a confiança nele depositado. No ano de 2005, nova reforma legislativa translada para o Código Penal o supracitado delito, incluído no capítulo "*corrupção de pessoas no exercício de funções não públicas*", com pontuais alterações, mas ainda embasada no modelo de infração de deveres.¹⁴⁸

Na Holanda, o delito de corrupção privada se insere no âmbito do direito do trabalho, que visa assegurar a lealdade ou integridade nas relações laborais; o Código Penal Belga delimita a atuação penal para proteger a as relações laborais, sobretudo a boa-fé entre as parte; a legislação da Áustria criminaliza o enriquecimento ilícito do representante; a legislação italiana trata a corrupção privada como um tipo especial de administração desleal, tipificada no Código Civil em seu artigo 2635, no qual é tutelado o patrimônio social, exigindo-se um dano para sua configuração; o modelo sueco não faz distinção entre corrupção pública ou privada sob o argumento que ambas as condutas acarretam ineficácia econômica e perdas para os cidadão.¹⁴⁹

¹⁴⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção**... op. cit. p. 92.

¹⁴⁶ BOLEA BARDON, Carolina. **El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes**. InDret. Revista para el Análisis del Derecho, 2013, num. 2, p. 1-29, 2013, p. 7.

¹⁴⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção**... op. cit. p. 104.

¹⁴⁸ FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. **Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico**. In Revista: Liberdades, Vol.15, Janeiro a Abril de 2014. São Paulo: IBCCrim, 2014. p. 154.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 153-159

Apesar de haver uma tradição de longa data nos países europeus no tratamento jurídico da corrupção no âmbito privado, observa-se que há tratamentos heterogêneos para o fenômeno considerado, levando a constatação de que, tal qual a corrupção em seu sentido mais amplo, uma definição precisa e unívoca de corrupção privada no âmbito jurídico-penal parece não ter sido alcançada. Também chamada de corrupção no âmbito dos negócios, corrupção no setor privado ou corrupção privada, a corrupção entre particulares pode ser entendida, de maneira ampla e em sentido negativo à corrupção pública, como a prática de comportamentos desviados no âmbito restrito de relações entre sujeitos não públicos.¹⁵⁰ Como conceito jurídico-penal para fundamentar finalidades repressivas, tal definição de caráter amplo torna-se problemática para o Direito penal, porquanto esta ciência exige, entre outros quesitos, a taxatividade¹⁵¹ em suas proposições, fato que demanda delimitação mais rigorosa no conceito de corrupção privada, bem como a investigação do bem jurídico tutelado e das condutas incriminadas.

4.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E SUPRANACIONAIS SOBRE O COMBATE A CORRUPÇÃO PRIVADA

A globalização econômica e a integração entre os mercados trouxeram consigo a transnacionalização da atividade delitiva de corruptos e corruptores, além da possibilidade de os sujeitos do delito escolherem um foro jurídico mais favorável aos seus negócios ilícitos.¹⁵² Empresas transnacionais, algumas vezes com poderio econômico maior que alguns Estados, aproveitam-se das assimetrias e diferenças econômicas, sociais, políticas e jurídicas intensificadas pelo processo de globalização para recorrer às práticas corruptas no comércio internacional. A globalização também

¹⁵⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D. M. **Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y derecho comparado.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 19, n. 89, p. 159-213, mar./abr. 2011. p. 177.

¹⁵¹ “O princípio da taxatividade está implícito no princípio da reserva legal e, por consequência, no princípio da legalidade. A taxatividade exige que a lei penal seja, entre outras características, taxativa (certa). Isso significa que a lei penal deve trazer descrição pormenorizada de seus elementos essenciais e circunstanciais para que se permita a proibição inquestionável de determinada conduta. O princípio da taxatividade impede que a lei penal seja ambígua ou apresente descrição imprecisa ou vaga, situações que podem favorecer interpretações arbitrárias da lei penal. A taxatividade da lei penal garante a segurança jurídica, pois espanca qualquer dúvida em relação às condutas que podem ou não ser praticadas. São estas as premissas necessárias para iniciar o estudo completo dos princípios da legalidade, reserva legal, anterioridade e da taxatividade” (WIDAL, 2013).

¹⁵² CERINA, Giorgio. **La comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado.** IUSTITIA, n. 9, p. 95-138, 2011. p. 97.

evidenciou espaços carentes de regulação efetiva e ausência de resposta uniforme, além de níveis distintos de reprovação social e repressão penal da corrupção, fazendo surgir núcleos de impunidade naqueles países com legislações penais mais brandas.¹⁵³ Por conseguinte, no contexto da globalização dos delitos, um *jus puniendi* atrelado a territorialidade e caracterizado pelo tratamento diferenciado dado pelos ordenamentos jurídicos de cada Estado aos crimes de corrupção, os quais não favorecem a persecução penal dos delitos cometidos para além de suas fronteiras nacionais, fizeram com que a comunidade internacional buscasse elaborar ferramentas para cooperação entre países e para a harmonização das diversas legislações discrepantes em matéria de combate a corrupção.¹⁵⁴

O ponto de partida para os acordos internacionais sobre o combate a corrupção é identificado na norma legal norte-americana denominada *Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)*, expedida no ano de 1977, a qual subordina à jurisdição dos Estados Unidos as empresas e indivíduos que pratiquem atos de corrupção com a finalidade de subornar autoridades estrangeiras e obter vantagens e contratos públicos.¹⁵⁵ Por impulso dos Estados Unidos, sobretudo por temerem que suas empresas perdessem competitividade no mercado internacional, foram realizadas convenções internacionais para exportar as disposições penais do *FCPA* para o mundo. Conglomerados econômicos norte-americanos, apoiados pelo governo, por não usufruírem das mesmas liberdades de atuação das concorrentes estrangeiras, exerceram pressão para que imposições análogas aquelas estabelecidas pelo *FCPA* fossem criadas no ordenamento jurídico dos demais países participantes do mercado global.¹⁵⁶ As referidas ações não surtiram efeito de modo imediato, mas foram fundamentais para conduzir à realização da Convenção Contra a Corrupção de 29 de março de 1996 no âmbito da *Organização dos Estados Americanos (OEA)* e, sobretudo, da *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*, concluída em Paris, em 17

¹⁵³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, C. Demelsa. **La política criminal internacional contra la corrupción**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 19, n. 89, p. 13-61, mar./abr. 2011. p. 15-16.

¹⁵⁴ CERINA, Giorgio. **La comunidad internacional**... op. cit. p. 99-101.

¹⁵⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **El Derecho en el Proceso de la Globalización Económica**. In: HERNÁNDEZ, Moisés Moreno (org.) Orientaciones de la Política Criminal Legislativa. México D.F.: INACIPE, 2005., p. 11.

¹⁵⁶ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção**... op. cit. p. 52.

de dezembro de 1997, sob a batuta da *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)*.¹⁵⁷

A partir de então, houve uma proliferação de instrumentos internacionais de luta contra a corrupção: a União Europeia celebrou dois convênios em 1996 e 1997, respectivamente, sendo um para proteção dos interesses financeiros da Comunidade Europeia e o outro relativo a luta contra os atos de corrupção dos funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados membros; o Conselho da Europa celebrou no ano de 1999 a Convenção de Direito penal e a Convenção de Direito Civil de luta contra a corrupção; as Nações Unidas (ONU) realizaram a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003; A União Africana realizou o Convênio da União Africana para Prevenir e Combater a Corrupção de 2003.¹⁵⁸ Dentre estas iniciativas, a Convenção da ONU, a Convenção da União Africana e as Convenções de Direito penal e Direito Civil do Conselho da Europa trouxeram medidas relacionadas a tipificação de um delito de corrupção privada. No mesmo diapasão, destacaram-se também os instrumentos jurídicos do Conselho Europeu relativos a Ação Comum 98/742/JAI e a Decisão Marco 2003/568/JAI.

4.2.1 Convenção de Direito penal de Luta Contra a Corrupção

Na data de 27 de janeiro de 1999, em Estrasburgo, o Conselho da Europa¹⁵⁹ iniciou a abertura para assinatura e ratificação do texto jurídico da Convenção de Direito penal contra a Corrupção, tanto para países membros quanto para aqueles que participaram na elaboração do texto normativo.¹⁶⁰ A Convenção de Direito penal

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ CERINA, Giorgio. **La comunidad internacional...** op. cit. p. 102.

¹⁵⁹ “O Conselho da Europa, com sede em Estrasburgo, foi criado em 1949, no final da II Guerra Mundial com o intuito de promover a defesa dos Direitos Humanos e concluir acordos à escala europeia para alcançar uma harmonização das práticas sociais e jurídicas em território europeu. Hoje, o Conselho da Europa é a maior e mais antiga organização intergovernamental com carácter político integrando 46 países, incluindo todos os Estados-membros da União Europeia e 21 países da Europa Central e Oriental”.

O que é o Conselho da Europa? Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/o-que-e-o-conselho-da4586/>. Acesso em: 04 de mar. 2017.

¹⁶⁰ CONCIL OF EUROPE. **Criminal Law Convention on Corruption**. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/173>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

de Estrasburgo não traz um conceito de corrupção; ele aparece apenas na Convenção de Direito Civil contra a Corrupção, de 4 de novembro de 1999, a qual assinala em seu artigo 2 que:

Para o propósito desta Convenção, 'corrupção' significa requerer, oferecer, dar ou aceitar, direta ou indiretamente, um suborno ou qualquer outra vantagem indevida ou promessa dela, que distorce o correto cumprimento de qualquer dever ou comportamento requerido por parte de quem recebe o suborno ou a vantagem indevida ou a promessa de vantagem (tradução nossa).¹⁶¹

Trata-se de uma definição que engloba tanto a corrupção pública quanto a privada, a qual traz como ponto central o descumprimento de um dever mediante pagamento ou promessa de pagamento, que no caso da corrupção privada, a identificação deste dever se assenta nas normas que definem como devem atuar os sujeitos nos mercados.¹⁶²

Em seu preâmbulo, a Convenção de Direito penal parte da proposição de que a corrupção em geral é prejudicial ao Estado de Direito, à democracia e aos direitos humanos, prejudica a boa governança, a lealdade e a justiça social, distorce a concorrência, atrapalha o desenvolvimento econômico, põem em perigo as instituições democráticas e as fundações morais da sociedade.¹⁶³ Em consonância com preâmbulo, o *Relatório Explicativo* da Convenção estabelece as razões invocadas pelo Conselho da Europa que justificam a criminalização da corrupção entre particulares, as quais baseiam-se na ideia de que violações das relações de lealdade e confiança e da livre concorrência afetam o desenvolvimento social e econômico, além da prática de corrupção nas empresas que passaram pelo processo de privatização.¹⁶⁴

Assim, o artigo 7 se refere à corrupção ativa:

Cada parte adotará medidas legislativas e de outra índole que sejam necessárias para tipificar como delito, conforme o seu direito interno, quando se cometa intencionalmente no curso de uma atividade mercantil, o fato de prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, qualquer vantagem indevida, a uma pessoa que dirija ou trabalhe em qualquer qualidade para

¹⁶¹ CONCIL OF EUROPE. **Civil Law Convention on Corruption**. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174>>. Acesso em 04 jul. 2017. p. 2.

¹⁶² CERINA, Giorgio. **La comunidad internacional...** op. cit. p. 108-109.

¹⁶³ CONCIL OF EUROPE **Criminal Law Convention on Corruption**, p. 1. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007f3f5>>. Acesso em 04 jun. 2017.

¹⁶⁴ CONCIL OF EUROPE. **Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption**, p. 11. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16800cce44>>. Acesso em: 04 de jul. 2017.

uma entidade do setor privado, para si ou qualquer outra pessoa, com o fim de que se realize ou se abstenha de realizar um ato descumprindo seus deveres (tradução nossa).¹⁶⁵

Quanto a corrupção passiva, o artigo 8 da Convenção assim indica:

Cada parte adotará as medidas legislativas e de outra índole que sejam necessárias para tipificar como delito, conforme o seu direito interno, quando se cometa intencionalmente no curso de uma atividade mercantil, o fato de que uma pessoa que dirige ou trabalhe em qualquer qualidade para uma entidade do setor privado, solicite ou receba, direta ou por mediação de terceiros, uma vantagem indevida ou de que aceite a oferta ou promessa dessa vantagem, para si ou para qualquer outra pessoa, com o fim de que realize ou se abstenha de realizar um ato descumprindo seus deveres (tradução nossa).¹⁶⁶

Conforme se extrai da proposta da Convenção, o bem jurídico protegido é a confiança e lealdade necessárias as relações privadas, estabelecendo um modelo privado de corrupção entre particulares.¹⁶⁷ Del Pozo¹⁶⁸ traça uma análise da aludida proposta, formulando as seguintes considerações: o sujeito ativo do delito da modalidade ativa, aquele que suborna, pode ser qualquer pessoa, em qualquer posição: empresário, pessoa privada, funcionários públicos, etc. Prometer (se comprometer a dar uma vantagem indevida posteriormente), oferecer (disposição de dar a vantagem indevida a qualquer momento) ou dar (entregar) vantagem indevida, direta ou indiretamente, revelam a conduta típica. A vantagem indevida pode ser econômica, financeira ou imaterial, sob diversas formas como dinheiro, férias, alimentos e bebidas, melhores perspectivas de carreiras, etc. O termo “indevido” remete a algo a lei não faculta ao destinatário aceitar ou receber.

Em relação à atividade mercantil, trata-se da atividade comercial, em particular do comércio de bens e serviços e excluindo qualquer atividade sem fins lucrativos. O termo “entidades do setor privado” abarca empresas, sociedades, fundações ou outras entidades que possuam ou não personalidade jurídica, excluindo as entidades públicas, além de poder incluir pessoas físicas.

Os destinatários da vantagem indevida, os agentes ativos do delito na modalidade passiva, são os empregados que mantém vínculo com o setor privado e

¹⁶⁵ CONCIL OF EUROPE. **Criminal Law Convention on Corruption**, op. cit. p. 3.

¹⁶⁶ CONCIL OF EUROPE. **Criminal Law Convention on Corruption**, op. cit. p. 3.

¹⁶⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção**... op. cit. p. 62.

¹⁶⁸ DEL POZO, Miguel Ángel Encinar. **El delito de corrupción**... op. cit. p. 138-139.

mesmo aquelas que não possuem status de empregados, como auditores e advogados. Inclui-se também no rol dos destinatários não apenas aqueles associados a uma pessoa jurídica, mas também os diretores, administradores, sócios, agentes externos, assessores, os quais mantenham com o principal uma relação de interesses.¹⁶⁹ Tais pessoas devem descumprir seus deveres para com o principal, pois haveria um dever geral de lealdade, uma obrigação geral de não atuar contrariamente aos interesses do principal, levando a crer que o que se protege com a referida norma é a confiança e a lealdade que são necessárias para manter as relações privadas, em um modelo privado de corrupção entre particulares.¹⁷⁰

4.2.2 A Ação Comum 98/742/JAI da União Europeia

O Conselho Europeu, em 22 de dezembro de 1998, adotou um instrumento normativo denominado Ação Comum, o qual tinha como escopo principal tratar da corrupção no setor privado. Em seu preâmbulo traz a menção de que a corrupção degenera a concorrência leal, comprometendo compromete o correto funcionamento e os princípios de abertura e liberdade dos mercados, além da oposição à transparência e a abertura do comércio internacional.¹⁷¹

O artigo 2º da Ação Comum dispõe a definição de corrupção passiva no setor privado:

1. Para efeitos da presente acção comum, constitui corrupção passiva no sector privado o acto deliberado de qualquer pessoa que, no exercício da sua actividade profissional, solicite ou receba, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza, ou aceite a promessa de tais vantagens, para si próprio ou para terceiros, a fim de, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos.

2. Sem prejuízo do disposto no n. 2 do artigo 4o., os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para que as condutas referidas no n. 1 constituam crimes. Tais medidas deverão visar, no mínimo, qualquer conduta que implique ou possa implicar distorções de concorrência, pelo menos no mercado comum, e da qual resultem ou possam vir a resultar prejuízos económicos para terceiros em virtude da indevida celebração ou da indevida execução de um contrato.¹⁷²

¹⁶⁹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção...** op. cit. p. 61-62.

¹⁷⁰ DEL POZO, Miguel Ángel Encinar. **El delito de corrupción...** op. cit. p. 139; GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção...** op. cit. p. 62.

¹⁷¹ CONSEJO EUROPEO. **ACCIÓN COMÚN - de 22 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0742&from=ES>>. Acesso em 5 de jul. 2017.

¹⁷² Ibidem, p. 2.

O artigo 3º assim define a corrupção ativa:

1. Para efeitos da presente acção comum, constitui corrupção activa no sector privado a acção deliberada de alguém que prometa, ofereça ou dê, directamente ou por interposta pessoa, uma vantagem indevida, de qualquer natureza, a uma pessoa, para esta ou para terceiros, no exercício das actividades profissionais dessa pessoa, a fim de, em violação dos seus deveres, pratique ou se abstenha de praticar determinados actos.

2. Sem prejuízo do disposto no n. 2 do artigo 4o., os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para que as condutas referidas no n. 1 constituam crimes. Tais medidas deverão visar no mínimo qualquer conduta que implique ou possa implicar distorções de concorrência, pelo menos no mercado comum, e da qual resultem ou possam vir a resultar prejuízos económicos para terceiros em virtude da indevida celebração ou da indevida execução de um contrato.¹⁷³

A partir da análise do preambulo da Ação Comum, tem-se uma ideia inicial que o bem jurídico protegido seria a concorrência. Contudo, o texto normativo se afasta do que fora estipulado no preambulo ao ensejar acolhida de múltiplos interesses, fazendo referência também a proteção dos interesses dos empresários e do patrimônio de terceiros, mesmo que alheios ao acordo criminoso, donde se conclui que os interesses individuais dos competidores do mercado, a concorrência leal, as pretensões de lealdade do principal para com o *intra-neus* e a ordem econômica *lato sensu* eram salvaguardados pelo texto jurídico.¹⁷⁴

O delito de corrupção passiva atribui relevância penal à conduta praticada por "qualquer pessoa", o que levaria a crer se tratar de um delito comum. Contudo, o instrumento normativo traz em seu Artigo 1º que "pessoa" deve ser entendida como qualquer assalariado ou outra pessoa que exerça funções de direção ou outras, por conta de uma pessoa singular ou coletiva que opere no sector privado. Assim como a Convenção de Direito penal contra a Corrupção, o objeto específico do dolo é a "violação de um dever", ressaltando-se que a Ação comum declara que "violação do dever" deve ser entendido, de acordo com a legislação nacional, devendo abranger, no mínimo, qualquer comportamento desleal que constitua violação de uma obrigação legal ou, consoante o caso, violação de instruções ou regras profissionais aplicáveis

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção**... op. cit. p. 57.

à atividade profissional de uma “pessoa”, tal como definida pela próprio instrumento normativo.¹⁷⁵

4.2.3 A Decisão marco 2003/568/JAI da União Europeia

Decisão marco (também chamada Decisão quadro) é um instrumento normativo do Conselho Europeu que, a partir do Tratado de Amsterdã, substituiu a Ação Comum, permanecendo até a entrada em vigor do Tratado de Lisboa.¹⁷⁶Sua a finalidade principal foi a de aproximar as disposições legais e regulamentares dos Estados-Membros da União Europeia, tendo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia reconhecido seu efeito indireto nos ordenamentos nacionais, obrigando os juízes a interpretar o Direito interno de cada Estado-Membro em conformidade com as disposições das Decisões marco.¹⁷⁷

A Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho Europeu de 22 de julho de 2003, a qual derogou a Ação Comum 98/742/JAI, é uma norma de abrangência comunitária da União Europeia, a qual traz em seu bojo regramento que visa estabelecer diretrizes para a luta contra a corrupção no setor privado.¹⁷⁸ O instrumento normativo inicia suas considerações a partir da constatação do aumento do comércio transfronteiriço de bens e de serviços como efeito da globalização. Por conseguinte, a corrupção no setor privado passa de um problema interno para um problema transnacional, exigindo uma ação comum que envolve todos os Estados na União Europeia.¹⁷⁹ Além disto, estabelece que

O objectivo da presente decisão-quadro é, designadamente, garantir que tanto a corrupção activa como a passiva no sector privado sejam consideradas infracções penais em todos os Estados-Membros, podendo também as pessoas colectivas serem responsabilizadas por essas infracções que, por sua vez, devem implicar sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas.¹⁸⁰

¹⁷⁵ CONSEJO EUROPEO. **ACCIÓN COMÚN**... op. cit. p. 2.

¹⁷⁶ UNIÃO EUROPEIA, **Tratado de Amsterdão**. Artigo K.6, 2, “b” e Artigo K.7 Disponível em:<https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf>. Acesso em: 17 ago 2017. p.18-19.

¹⁷⁷ CERINA, Giorgio. **La comunidad internacional**... op. cit. p. 116.

¹⁷⁸ DEL POZO, Miguel Ángel Encinar. **El delito de corrupción**... op. cit. 149.

¹⁷⁹ CONSELHO EUROPEU. **DECISÃO-QUADRO 2003/568/JAI DO CONSELHO de 22 de Julho de 2003 relativa ao combate à corrupção no sector privado**. Disponível em:<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568&from=ES>>. Acesso em: 2. ago. 2017. p. 01.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 2.

Sob o fundamento de que a corrupção, tanto no setor público como no setor privado, estabelece-se como ameaça ao Estado de Direito, distorce a economia e prejudica o desenvolvimento econômico, impôs-se a obrigação aos Estados de adotar as medidas cabíveis para constituir infração penal tanto a corrupção ativa quanto a corrupção passiva no setor privado. Destarte, o Artigo 2.1, letra a), assim define a corrupção ativa:

Prometer, oferecer ou dar, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza a uma pessoa que, a qualquer título, dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, em benefício dessa pessoa ou de terceiros, a fim de essa pessoa, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos;¹⁸¹

A corrupção passiva, descrita no Artigo 2.1, letra b), assim é definida:

Solicitar ou receber, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza, ou aceitar a promessa de tais vantagens, em benefício do próprio ou de terceiros, quando, a qualquer título, essa pessoa dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, a fim de, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos.¹⁸²

Novamente estabelece-se como bem jurídico a ser protegido a livre concorrência. Entretanto, a análise dos os elementos típicos que caracterizam a corrupção privada, a partir do artigo 2º, revela a obrigatoriedade de o corrupto agir em desconformidade com suas obrigações, fazendo com que a conduta que supostamente viola o bem jurídico concorrência não seja concebida sem a violação dos deveres do trabalhador junto ao empregador, além de um possível autorização do empregador quanto as vantagem recebidas descaracterizar a prática criminosa, dado que nenhum violação da lealdade estaria em curso.¹⁸³

A corrupção ativa é delito comum praticável por qualquer pessoa que pratique a conduta de promover, dar ou oferecer vantagem indevida a qualquer indivíduo que trabalhe ou dirija um ente privado, visando um atuação desleal, em desarmonia com uma obrigação legal ou violação de regras profissionais.¹⁸⁴ Os sujeitos ativos da corrupção passiva são dirigentes ou trabalhadores de entidades privadas que

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção**... op. cit. p. 66.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 65.

solicitarem¹⁸⁵, receberem ou aceitarem processa de vantagem indevida, direta ou indiretamente, para que violem as obrigações que os vinculam ao principal.

4.2.4 A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

Desde o início de sua existência, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução 415 (V) da Assembleia Geral de 01 de dezembro de 1950, reclamou para si o encargo de prevenir crimes. Posteriormente no ano de 1975, editou a resolução 3514 (XXX) da Assembleia Geral, que especificamente tratava da corrupção e da cooperação entre governos para prevenir práticas corruptas.¹⁸⁶ Em dezembro de 2003, aconteceu na cidade de Mérida, no México, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a qual se consolidou como o instrumento jurídico de maior relevância internacional contra a corrupção.¹⁸⁷ Destaca-se que não se encontra no texto normativo da convenção uma definição de corrupção, senão comportamentos concretos tidos como atos de corrupção. O texto foi estruturado em oito capítulos, sendo que no Capítulo III - Penalização e aplicação da lei, recomenda-se ou exige aos estados signatários a tipificação de uma série de delitos que se consideram atos de corrupção.¹⁸⁸ Permeiam o texto normativo três classes de disposições, segundo o grau de obrigatoriedade de seu conteúdo para os Estados membros que subscrevam a Convenção, identificado pelos termos “Cada Estado parte adotará”, “cada Estado parte considerará a possibilidade de adotar” e “Cada Estado parte poderá adotar”.

Com relação à corrupção privada, dispõe a Convenção:

Artigo 21

Suborno no setor privado

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

a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito

¹⁸⁵ Ibidem. p. 67.

¹⁸⁶ RAMINA, Larissa L. O. **Ação internacional contra a corrupção**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 44.

¹⁸⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D. M. **Sobre la corrupción...** op. cit. p. 189.

¹⁸⁸ ONU. **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**, out. 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em 06 de jul. 2017. p. 19.

ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar;
 b) A solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.¹⁸⁹

Como se verifica, há apenas uma recomendação para que o Estado signatário avalie a possibilidade de que as condutas descritas sejam incriminadas. Como o Brasil foi um dos signatários da Convenção, o instrumento normativo em questão foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da promulgação do Decreto no. 5.687/2006.¹⁹⁰

Conforme destaca Gontijo, o bem jurídico que se procura salvaguardar é a relação de confiança que deve existir entre o empregador e o diretor ou agente que realiza atividades em entidade do setor privado, deveres que vinculam o *intrañeus* ao *principal* nas relações privadas.¹⁹¹ A ação ou omissão que estabeleça uma falta “ao dever inerente às suas funções” constitui o objeto do dolo, sancionado apenas para o aspecto próprio antecedente da corrupção privada¹⁹²; os deveres violados são entendidos de forma ampla como os derivados de leis, regulamentos, contratos e códigos de ética, relacionados com a função do corrupto em uma “entidade do setor privado”, esta última expressão também interpretada de maneira ampla.¹⁹³ Quanto ao benefício indevido, deve ele estar “fora do alcance da norma todo tipo de vantagem considerada lícita por alguma fonte normativa”.¹⁹⁴

A Convenção não estabelece de maneira clara quais seriam os sujeitos passivos idôneos à prática do delito de corrupção privada passiva, e levando-se em consideração segundo a expressão “cumpra qualquer função”, pode-se incluir no rol de sujeitos puníveis advogados, consultores e auditores independentes, entre outros.¹⁹⁵

¹⁸⁹ Ibidem, p. 21-22

¹⁹⁰ BRASIL. Decreto Nº 5.687, DE 31 de janeiro de 2006.

¹⁹¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção...** op. cit. p. 78.

¹⁹² Conforme EDMUNDO OLIVEIRA, op. cit., “Algumas legislações distinguem duas espécies de corrupção: a própria e a imprópria. Na primeira o funcionário pede ou recebe vantagem indevida para realizar ato contrário ao devido; na segunda, o funcionário pede ou recebe vantagem indevida a fim de praticar ato devido. (...). Levando em conta o momento da aceitação da vantagem indevida, pelo funcionário, a corrupção passiva será anterior ou posterior.” p. 45-47.

¹⁹³ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D. M. **Sobre la corrupción...** p. 195-196.

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção...** op. cit. p. 78.

4.3 A LEGISLAÇÃO ESPANHOLA SOBRE A CORRUPÇÃO PRIVADA: BREVES APONTAMENTOS

A penalização da conduta vislumbrada como corrupção entre particulares foi introduzida no ordenamento jurídico espanhol por meio da reforma legislativa trazida pela *Ley Orgánica 5/2010* (LO 5/2010), a qual alterou o Código Penal espanhol então vigente.¹⁹⁶ Ao contrário do que se observa no ordenamento jurídico de alguns países em seu entorno, na Espanha, o delito de corrupção entre particulares é um elemento estranho à sua tradição jurídico-penal. Foi só a partir do ano de 1998, com prazo inicialmente definido para o ano 2000, por força da Ação Comum, e posteriormente da Decisão marco, que se abriu o debate parlamentar e jurídico para que a tipificação de um delito de corrupção entre privados tivesse lugar no ordenamento espanhol.¹⁹⁷

Assim, a aludida mudança não se operou por demanda social, nem por solicitação da doutrina, tampouco da jurisprudência espanhola, mas, sobretudo, por imposição dos acordos e compromissos assumidos pela Espanha diante do direito comunitário da União Europeia.¹⁹⁸ Nesse sentido, teve destacada influência as disposições estabelecidas pela Decisão Marco 2003/568/JAI, as quais foram transpostas à LO 5/2010.

A referida lei trouxe como justificativa em sua Exposição de Motivos para alteração do Código Penal espanhol a consideração de que a garantia da concorrência justa e honesta passa pela repressão dos atos que visam corromper os administradores de empresa, similarmente ao que ocorre no crime de suborno, sobretudo porque tais comportamentos excedem a esfera do privado e rompem as regras de bom funcionamento do mercado.¹⁹⁹ Assim, a criminalização da corrupção entre particulares foi inserta no Código Penal espanhol por meio do artigo 286 bis, que por sua redação determinava:

Artículo 286 bis.

¹⁹⁶ FRÍAS, Irene Navarro; BOSCH, Lourdes V. Melero. **Corrupción entre particulares y tutela del mercado**. InDret, n. 4, 2011. p. 3.

¹⁹⁷ CERINA, Giorgio. **La comunidad internacional**... op. cit. p.131-132.

¹⁹⁸ FRÍAS, op. cit. p. 4.

¹⁹⁹ ESPANHA, **Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Preámbulo, XIX. Disponível em: <<https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.²⁰⁰

4.3.1 O bem jurídico protegido

O legislador espanhol deixou expresso no preâmbulo da *Ley Orgánica 5/2010* de 22 de junho que o bem jurídico merecedor da tutela penal seria a proteção da concorrência justa e honesta, incluindo-se aí as regras de bom funcionamento do mercado. Não obstante, a interpretação da nova tipificação legal com relação ao bem jurídico protegido tornou-se complexa e problemática, especialmente porque a redação do tipo legal não parecia expressar o bem jurídico que fora definido no preâmbulo.²⁰¹ Inicialmente, aponta-se como indício dessa constatação, o fato de que no rol de sujeitos ativos do delito de corrupção passiva não esteja incluído o próprio empresário, exclusão esta própria dos modelos baseados no descumprimento de obrigações e deveres de lealdade; em segundo lugar, a exigência do tipo legal para que o sujeito atue “*incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de*

²⁰⁰ ESPANHA, **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Disponível em: <<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&tn=1&p=20100626&acc=Elegir>>. Acesso em 05 ago. 2017.

²⁰¹ DEL POZO, Miguel Ángel Encinar. **El delito de corrupción...** p. 254.

*mercancías o en la contratación de servicios profesionales*²⁰² como elemento da conduta punível, leva a consideração do descumprimento de obrigações profissionais, indicando proteção da lealdade no âmbito das relações entre empregador e empregado; e em terceiro lugar, a disposição do tipo privilegiado do artigo 286 bis. 3 (o qual estabelece que os juízes e tribunais “*en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.*”²⁰³) não mencionar os impactos dos fatos sobre a concorrência.²⁰⁴

Na tentativa de superar os diversos problemas apontados pela doutrina, sobreveio uma nova lei denominada *Ley Orgánica 1/2015*, aprovada na data de 30 de março, a qual promoveu outra reforma ao Código Penal espanhol. Alterou-se a tipificação da corrupção entre particulares, introduzindo-se uma nova seção denominada “*Delitos de corrupción nos negocios*”. Ademais, a reforma trouxe outros elementos para reforçar a ideia de que a corrupção entre particulares aflige as relações econômicas e mercantis e que, portanto, o bem jurídico protegido pelo tipo penal deve ser a concorrência leal. Corroborar com essa ideia o seguinte: no preâmbulo, parte XVIII, o objetivo de impedir que o agente obtenha vantagens competitivas mediante suborno; a revisão técnica do delito não considerou necessário exigir dano ao patrimônio do empresário, terceiros ou prejuízo para mercados e consumidores ou delimitado as condutas com impacto sobre a concorrência; e introduziu uma nova redação do artigo 286 bis que excluiu a menção de que o sujeito atue descumprindo suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou contratação de serviços.²⁰⁵ Assim, o artigo 286 ficou com a seguinte redação:

Artículo 286 bis.

1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para

²⁰² “descumprindo suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou uma contratação de serviços profissionais” (Art. 286 bis, 3 do Código Penal Espanhol, tradução nossa).

²⁰³ “em atenção a quantidade do benefício ou o valor da vantagem, e a importância das funções do culpado, pode impor a pena em menor grau e reduzir a multa para conforme seu prudente arbítrio” (Art. 286 bis, 3, Código Penal Espanhol, tradução nossa).

²⁰⁴ DEL POZO, Miguel Ángel Encinar. **El delito de corrupción...** p. 256-257.

²⁰⁵ Ibidem. p. 272-273.

el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminedar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

Ainda assim, a reforma não ficou isenta de críticas. Entre os pontos analisado, a manutenção da atenuação facultativa em razão da transcendência das funções do culpável, e a pena, entendida como excessiva na tipificação anterior, não foi reduzida; ficou de fora do rol de sujeitos ativos da corrupção passiva o titular da empresa e não se limitou o círculo de sujeitos ativos àqueles com poder de comando.²⁰⁶

De maneira geral, as principais críticas quanto a inclusão do tipo incriminador da corrupção privada no ordenamento jurídico espanhol baseiam-se nas seguintes considerações, desde um ponto de vista de política-criminal: não houve um debate sério sobre o merecimento e a necessidade de pena das condutas tipificadas no artigo 286 bis, as condutas por ele abrangida como suborno tem suficiente abrangência e resposta nas normas mercantis e administrativas que tratam da defesa da concorrência; a existência de condutas que vulneram a concorrência de maneira mais

²⁰⁶ NOBAJAS, María Soledad Gil. **El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia.** Estudios Penales y Criminológicos, v. 35, 2015. p. 576.

grave e que se encontram fora da esfera de atuação do Direito penal e a prevalência de um direito pena simbólico apartado da exclusiva proteção de bens jurídicos.²⁰⁷ Soma-se às considerações apontadas o fato de que inúmeras relações comerciais que se realizam no dia a dia se estariam enquadradas no tipo definido pelo artigo 286 bis tendo-se em conta que afetam de um modo de ou outro a concorrência leal, e também nem toda infração contra concorrência leal mediante acordos vantajosos deve perseguir-se penalmente.²⁰⁸

4.4 AFINAL, O QUE É ISSO – A CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES?

Ao que tudo indica, não há uma definição de corrupção que seja precisa, ao mesmo tempo aplicável a todo tipo, grau e forma de corrupção e que tenha alcance em todos os ordenamentos jurídicos existentes. A depender do tempo e do espaço em estudo, condutas consideradas como corruptas para uns tornam-se permissíveis, lícitas e louváveis para outros. Por consequência, qualquer legislação que tenha por objetivo instituir regras direcionadas a coibir práticas de corrupção, torna-se fruto da consideração de determinada sociedade, em determinado momento histórico, própria para o seu adequado funcionamento.²⁰⁹

Sem embargo, para Gómez de La Torres²¹⁰, os convênios internacionais apresentam, de maneira geral, uma estrutura comum para explicar a tipificação das condutas de corrupção no setor privado, conforme uma relação de compra e venda na relação principal-agente, assim delineada: (i) um sujeito não qualificado que compra ou quer comprar uma atuação de um sujeito qualificado; (ii) um sujeito qualificado, por manter uma certa relação com uma entidade do setor privado, que vende ou quer vender uma atuação contrária a seus deveres. Na mesma toada segue a consideração de Patricia Faraldo Cabana, a qual considera que a corrupção entre particulares retrata a compra e venda de um cargo privado que se ostenta.²¹¹ Para a eminente professora, a motivação para a prática do delito é fundamentalmente econômica para ambas as partes e só raramente inclui outras prestações, o vínculo é

²⁰⁷ BOLEA BARDON, Carolina. **El delito de corrupción privada...** op. cit. p.5.

²⁰⁸ Ibidem, p. 12.

²⁰⁹ RAMINA, Larissa L. O. **Ação internacional contra a corrupção.** Curitiba: Juruá, 2002. p. 26-27.

²¹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D. M. **Sobre la corrupción...** p. 173.

²¹¹ FARALDO CABANA, Patricia. **Hacia un delito de corrupción en el sector privado.** Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela, no 23, 2001/2002. p. 69.

contratual entre partes iguais, portanto horizontal, e o conteúdo da relação é ilegal ou ilícito.²¹²

Para Daniel Laufer, a “corrupção privada” ou “corrupção na atividade privada” está essencialmente ligada a atos praticados com total ausência do poder público ou de funcionários públicos “em que determinado empregado (...) solicita ou recebe vantagem indevida para determinado ato praticado dentro da empresa ao qual está ligado”²¹³ ou mesmo um terceiro, desvinculado da relação empregatícia, que oferece ou entrega vantagem ao empregado.²¹⁴

Conforme Gómez de La Torres, quando se fala a respeito do descumprimento de obrigações como contraprestação da vantagem indevida, não há unanimidade quando se quer determinar quais são os deveres concretos cuja violação atribui relevância penal à corrupção entre particulares, quem são os sujeitos qualificados que podem ser sujeitos do delito e principalmente, qual é o bem jurídico protegido?²¹⁵

²¹² Ibidem.

²¹³ LAUFER, Daniel. **Corrupção e Direito Penal: Algumas Linhas Sobre a Corrupção no Setor Privado à Luz da Legislação Brasileira**. In: Corrupção - Uma Perspectiva entre as Diversas Áreas do Direito. Curitiba: Juruá, 2013. p. 157.

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D. M. **Sobre la corrupción...** p. 173..

5 A CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Ainda que a legislação penal em vigor no Brasil não trate especificamente do termo “corrupção entre particulares”, a lei 9.279/96, a qual regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, traz em seu artigo 195, incisos IX e X, figura típica que se amolda à corrupção privada no que tange à proteção da concorrência leal:²¹⁶

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

(...)

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

Para Laufer, trata-se de uma tutela da livre concorrência de alcance limitado, uma vez que as condutas do empregado e do *extraneus* criminalizadas pela lei brasileira estão associadas à “responsabilização do empregado que se corrompe para prejudicar diretamente seu empregador em favor de um concorrente direito deste”²¹⁷ Seria um meio termo entre criminalizar a quebra de deveres entre empregado e empregador, possível no ordenamento francês, e a tutela ampla da livre concorrência presente, como no ordenamento alemão.²¹⁸ Apesar de o artigo 195, incisos IX e X estar sob a ideia de proteção da concorrência leal, segundo Ferreira, há uma incompatibilidade com o bem jurídico tutelado, uma vez o artigo 199 estabelece que se processa o delito mediante ação penal privada, conferindo ao indivíduo o interesse da persecução penal em oposição ao interesse coletivo inerente ao bem jurídico protegido.²¹⁹

5.1 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL E O DELITO DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES

²¹⁶ LAUFER, Daniel. **Corrupção e Direito penal...** op. cit. 176-178.

²¹⁷ Ibidem, p. 177.

²¹⁸ Ibidem, p. 178.

²¹⁹ FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. **Corrupção no setor privado...** op. cit. p. 169.

Sob a perspectiva de que o Brasil sofreu profundas transformações sociais, deixou de ser um país predominantemente agrário, pouco industrializado e ganhou expressividade internacional, teve sua população aumentada para mais de 200 milhões de pessoas convivendo em uma sociedade democrática e que não mais tolera discriminações de gênero, de crenças, de etnias ou de condição física, argumenta-se que a legislação penal em vigor não é mais adequada às práticas sociais da atualidade. Assim sendo, constituiu-se uma "Comissão de Juristas com a finalidade de elaborar um anteprojeto que reformulasse o Código Penal para melhor refletir a evolução da própria sociedade Brasileira".²²⁰ A Comissão de Juristas, criada a partir do Requerimento nº 756, de 2011, do Senado Federal, elaborou o anteprojeto do novo Código Penal, o qual foi apresentado como Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (PLS 236/2012), pelo Senador José Sarney e publicado no Diário do Senado Federal em 10 de julho de 2012.²²¹ Posteriormente foi apresentado o Substitutivo ao PLS 236/2012 sob a denominação de Parecer no. 1.576 de 2013, o qual trouxe modificações ao texto original do projeto, e mais tarde, em 17 de dezembro de 2014, foram apresentadas pelo Senador Vital do Rego novas modificações ao texto do Substitutivo.²²²

É mister deixar evidente que o projeto do novo Código Penal, sobretudo em sua parte geral, enfrentou, e ainda enfrenta, severas críticas formuladas tanto pela doutrina mais abalizada sobre o assunto, como por manifestações institucionais e coletivas, críticas essas que, no limite, defendem a rejeição total das propostas desenvolvidas no aludido projeto.²²³ Entre os juízos manifestados, convém destacar: a prematuridade com que o projeto foi apresentado ao mundo, com apenas sete meses de discussões²²⁴; a descontinuidade científica entre o projeto original e seu substitutivo, bem como a obscuridade das bases científicas do Substitutivo e da

²²⁰ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012**. Disponível em:<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>. Acesso em: 20 jul. 2017. p. 196.

²²¹ SENADO FEDERAL, **Diário do Senado Federal nº 106** Publicado em 10/07/2012 Sessão 09/07/2012. p. 33259.

²²² SENADO FEDERAL. **Adendo ao Parecer No, de 2014**. Disponível em:<<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3518180&disposition=inline>>. Acesso em: 20 jul. 2017. p. 196.

²²³ LEITE, Alaor. **A reforma da reforma da parte geral reformada do código penal - subsídios para a história do projeto de novo código penal (PLS 236/2012)**. In: LEITE, Alaor (Org.). Reforma penal. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5-7.

²²⁴ Ibidem, p.4.

comissão que o elaborou²²⁵; o desprezo da ciência penal jurídica como elemento constitutivo das discussões internas ao projeto de reforma e a subserviência à jurisprudência²²⁶, realização de audiências públicas com críticos da reforma apenas para legitimá-la, sem que as críticas formuladas fossem levadas em consideração no relatório final do projeto²²⁷; aceitação e inserção de teses sem qualquer debate público²²⁸ e incoerências no discurso de justificação que orienta e sustenta a reforma do Código Penal vigente.²²⁹

Nesse cenário de intensas críticas, entre as novidades trazidas na parte especial, encampadas pelo Projeto, a Comissão de juristas que o elaborou entendeu oportuno incluir uma tipificação específica para o crime de corrupção entre particulares.

5.2 O TIPO PENAL

Assim o projeto do novo Código Penal originalmente descrevia o tipo legal “Corrupção entre particulares”:

Art. 167. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições:
Pena – prisão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.²³⁰

O artigo traz no *caput* a previsão da corrupção passiva e em seu parágrafo único a previsão da corrupção ativa. Cabe destacar que não foi definido claramente se a pena é de detenção ou de reclusão, referenciada somente com o termo “prisão”. Com a apresentação, em 10 de dezembro de 2013, pelo Senador Pedro Taques, do Relatório Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236, de 2012, o qual

²²⁵ Ibidem. p. 8-9.

²²⁶ Ibidem, p. 11-12

²²⁷ Ibidem, p.13

²²⁸ Ibidem, p.14-16

²²⁹ Ibidem, p. 17 e ss.

²³⁰ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012...** op. cit. p. 67.

contemplou diversas emendas, alterou-se a redação tipo penal relativo a “Corrupção entre particulares”, que ficou assim estabelecida:

Art. 172. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como empregado ou representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições:

Pena – prisão, de um a quatro anos.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.

§ 2º. As penas serão aumentadas de um sexto até a metade se, em razão da conduta do agente, a empresa ou instituição privada sofrer prejuízo patrimonial.²³¹

Destacam-se na nova redação dada pelo Substitutivo: a incorporação do empregado como sujeito ativo do delito, uma vez que a tipificação anterior se dirigia apenas aos representantes da empresa; a inclusão da hipótese de prejuízo patrimonial à empresa como causa de aumento de pena, sob o argumento de que o mau empregado ou representante, em razão da aceitação de vantagem indevida, pode adquirir produtos ou serviços por preços supervalorizados que prejudicam os negócios da empresa; e a necessidade de representação para o processamento do delito.²³² Manteve-se o termo “prisão”.

Posteriormente, um novo relatório, desta feita sob a responsabilidade do Senador Vital do Rêgo, trouxe outro Substitutivo e nova redação para o tipo definido como corrupção entre particulares, ficando assim estabelecida:

Art. 172. Receber vantagem indevida, como empregado ou representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições:

Pena – prisão, de um a quatro anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao empregado ou representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.

²³¹ SENADO FEDERAL. **Parecer n. 1.576 de 2013**. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516855&disposition=inline>>. Acesso em: 20 jul. 2017. p. 362.

²³² Ibidem. p. 191.

§ 2º Nos casos previstos neste artigo, somente se procede mediante representação.²³³

Nessa nova redação, procedeu-se a remoção de verbos nucleares do tipo, excluiu-se a causa de aumento de pena e inseriu-se a delimitação do tipo de ação penal cabível. A nova redação da modalidade passiva da corrupção entre particulares eliminou os verbos “exigir”, “solicitar”, “aceitar”, presentes na primeira tipificação, permanecendo apenas o verbo “receber” e a expressão “aceitar promessa”. Ademais, para a modalidade ativa, foram fulminados os verbos “oferecer” e “prometer”, permanecendo apenas os verbos “entregar” e “pagar”.

Apesar de não se saber exatamente qual é a redação “que vale”, a seguir será apresentada algumas considerações acerca de algumas características comuns das redações do tipo, bem como outras que são específicas de determinada redação.

5.2.1 O bem jurídico tutelado

Inicialmente, cumpre apontar que o aludido dispositivo legal se localiza na seção dos “Crimes contra o Patrimônio”, o que permite, considerando a função sistemática ou seletora do bem jurídico, estabelecer que o legislador se preocupou com a proteção do patrimônio. Esse é o entendimento de Ferreira, o qual assevera que a aludida localização do tipo, aliada ao fato de haver um outro título específico que trate dos crimes de concorrência desleal²³⁴, bem como a sugestão presente no Parecer da Comissão para definição de causa de aumento de pena quando a conduta do agente promover prejuízo patrimonial à instituição privada, parecem indicar a preocupação com a proteção do patrimônio do empresário-principal.²³⁵

Na perspectiva de Prado, trata-se de tipo incriminador que pretende proteger o patrimônio social, entendido como bem jurídico de natureza individual do qual fazem parte bens corpóreos, incorpóreos e direitos, cujo titular se revela na figura do empresário ou da instituição privada e que se dirigem as atividades de natureza

²³³ SENADO FEDERAL. **Adendo ao Parecer n. de 2014**. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516855&disposition=inline>>. Acesso em: 20 jul. 2017. p. 65.

²³⁴ SENADO FEDERAL. **Parecer n. 1.576 de 2013...** Título XIV, Capítulo VI, “Dos crimes de concorrência desleal”, op. cit. p. 433.

²³⁵ FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. **Corrupção no setor privado...** op. cit. p.171.

econômica e não econômicas, como as atividades intelectuais, filantrópicas, culturais, científicas ou literárias.²³⁶

A ordem jurídica brasileira, tal qual outros sistemas normativos, estabelece garantias à defesa do patrimônio, e de maneira ampla, abarca os direitos de conteúdo econômico na previsão constitucional definida no artigo 5º, inciso XXII, o qual estabelece que “é garantido o direito de propriedade” no rol de direitos fundamentais. Além disso, o direito à propriedade privada é elevado a princípio fundamental para 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”, conforme estabelecido no artigo 170, inciso II, da Constituição da República. Gontijo destaca ainda que além das garantias constitucionais, o sistema jurídico brasileiro oferece proteção aos direitos patrimoniais em uma série de legislações, com destaque para o Código Civil, o Código Penal e outros diplomas normativos que evidenciam o patrimônio como objeto material de primeira importância para o ordenamento jurídico brasileiro.²³⁷

A propriedade como objeto material de proteção da criminalização da corrupção privada pode ser encarada sob dois aspectos: a tutela do patrimônio das empresas competidoras e a tutela do patrimônio da empresa à qual se vincula o agente corrupto.²³⁸ Sobre o primeiro aspecto, entende-se que os competidores, por não participarem da atividade corrupta, restam afastados do mercado, tendo assim um prejuízo em seus negócios. Desde o segundo ponto de vista, a conduta do agente que sucumbe ao pagamento de suborno para favorecer determinada empresa diante de seus competidores, e que essa ofereça bens e serviços de pior qualidade e com preços superiores, incorrem em conduta que muito se assemelha a administração desleal.²³⁹ Conforme defendido por Ferreira, a tipificação brasileira se alia à segunda perspectiva.²⁴⁰

Aliada à valorização do patrimônio como o elemento central de proteção, pode-se também invocar a tutela da lealdade e confiança, ao entender a corrupção privada como fenômeno pluriofensivo, a qual afeta também a relação de confiança e

²³⁶ PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patrícia Carraro. **Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol, v. 114, n. 2015, 2015. p. 57.

²³⁷ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção**... op. cit. p.169-170.

²³⁸ DEL POZO, Miguel Ángel Encinar. **El delito de corrupción**... p. 265.

²³⁹ *Ibidem*, 266-267.

²⁴⁰ FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. **Corrupção no setor privado**... op. cit. p. 171.

lealdade entre *principal* e *intrañeus*, além de causar lesão ao patrimônio dos agentes do setor privado.²⁴¹ Considerando-se que é impossível proteger todos os bens jurídicos que possam ser prejudicados pelo fenômeno da corrupção privada em um único tipo, Gontijo declara ser necessário reconhecer que a tutela da confiança e da lealdade é o denominador comum de todas as hipóteses de corrupção entre particulares, mas como é insuficiente para a criminalização, torna-se necessário salvaguardar o patrimônio particular, sobretudo “para que a sua utilização seja instrumento de promoção, nos termos do artigo 5º, inciso XXIII e 170 da Constituição Federal, do bem público e de sua função social”²⁴². Assim, torna-se vital a apuração do efetivo prejuízo patrimonial acometido ao *principal*; a mera solicitação da vantagem indevida fica excluída do rol de comportamentos criminalizáveis.²⁴³

As críticas que se dirigem ao modelo de proteção penal do patrimônio fundamentam-se, inicialmente, no fato de que a aludida proteção, seja do competidor ou da própria empresa que vincula o corrupto, não recebe grande atenção dos organismos internacionais e supranacionais que tratam do tema.²⁴⁴ Além disso, a propriedade tem amplo espectro de proteção por diversos preceitos legais vigentes no nosso ordenamento a bastante tempo, conforme já posto em destaque anteriormente. Ainda, é possível que a conduta tida como corrupta não acarrete a diminuição do patrimônio da empresa e mesmo se tal fato ocorre, pode ser impossível estabelecer os prejuízos e a lesão a outros competidores, em virtude de lucros não alcançados, é difícil de legitimar a tutela penal, uma vez que pode se tratar apenas da perda de uma chance e não propriamente a perda patrimonial.²⁴⁵ Sendo autônomos os delitos de corrupção ativa e passiva, a mera solicitação já acarreta a conduta criminalizada, sem que o principal, vítima, experimente qualquer prejuízo. Desta maneira, o Direito penal incide onde não há afetação concreta do bem jurídico, e a incriminação de mero perigo abstrato para o patrimônio ofende o princípio da ofensividade.²⁴⁶

Não obstante, mesmo que o bem jurídico patrimônio tenha relevância para a proteção penal, salienta-se que a tipificação apresentada se encontra em desacordo

²⁴¹ *Ibidem*, p. 183.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ *Ibidem*, p. 184.

²⁴⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção**... p. 172.

²⁴⁵ *Ibidem*... p.173.

²⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**... op. cit. p.282.

com a própria justificativa dada para introduzi-la no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, “dar cumprimento à tratados e convenções internacionais”, uma vez que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, ratificada pelo Brasil e no que tange ao tema da corrupção entre particulares, não é vinculante e sobretudo, não estabelece o patrimônio como causa de proteção.²⁴⁷ Não há nenhum documento jurídico internacional ou supranacional que estabeleça como justificativa central para a tipificação do delito de corrupção entre agentes privados a ameaça ao patrimônio do principal ao qual vincula-se o agente corrupto, preferindo-se a proteção da lealdade ou da concorrência.²⁴⁸

Assim, se o que se deve levar em conta é a justificativa utilizada para inserir o novo delito no ordenamento brasileiro, a saber, “dar cumprimento à tratados e convenções internacionais”, e como já indicado, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 5686 de 31 de janeiro de 2006, a tipificação brasileira deveria se aliar à proteção dos deveres de lealdade existente entre empregador e o diretor ou agente que exerça funções em entidade privada²⁴⁹. Segundo a Convenção, merece reprimenda penal o sujeito que, no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, atue ou deixe de atuar “faltando ao dever inerente às suas funções”. Nesse sentido caminha a opinião de Daniel Laufer:

A proposta encaminhada recentemente ao Senado Federal é alheia ao vetor da lealdade da concorrência como fundamento para a criminalização da corrupção privada e promove a responsabilização do funcionário privado apenas em razão de eventual quebra de deveres funcionais junto ao empregador. Bem por isso é que a redação do art. 167 do Anteprojeto não vincula, indevidamente, qualquer finalidade concorrencial nem sequer, minimamente, interesses patrimoniais do empresário/ empregador.²⁵⁰

Em contrapartida, Prado afirma que, ao justificar a inclusão da corrupção entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro sob o argumento do cumprimento de tratados internacionais, não apenas contradiz o modelo patrimonial de proteção, como seria mais coerente pretender a tutela da livre concorrência.²⁵¹

²⁴⁷ PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patrícia Carraro. **Contributo ao estudo da corrupção...** op. cit. p. 58-59.

²⁴⁸ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção...** op. cit. p. 166.

²⁴⁹ Ibidem, p. 78.

²⁵⁰ LAUFER, Daniel. **Corrupção e Direito penal...** op. cit. p. 179.

²⁵¹ PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patrícia Carraro. **Contributo ao estudo da corrupção...** op. cit. p. 58.

Abre-se então nova rodada de questões referentes à natureza dos deveres que possuem relevância penal e que devem ser levados em consideração para o reconhecimento da conduta delituosa. Para Cerina, quando a Convenção da ONU falara expressamente em “deveres inerente a suas funções”, trata-se de deveres que guardam alguma relação com a função do sujeito, devendo a referida expressão ser interpretada em sentido amplo, abarcando, além de deveres que derivam do ordenamento legal, também violações de obrigações contratuais, regras contidas em códigos de ética ou simples instruções.²⁵²

Defende-se a ideia de que a dinâmica econômica da atualidade evoca a proteção efetiva da lealdade nas relações privadas, sobretudo no âmbito dos negócios, para tornar possível o desenvolvimento de atividades empresariais. Nessa perspectiva, Patricia Faraldo Cabana defende que, sob o ponto de vista da Exposição de Motivos da Ação Comum sobre a corrupção no setor privado, o delito de corrupção privada pode ser aproximado a delitos contra o mercado e os consumidores. Mesmo a criminalização da corrupção privada tenha por missão fundamental a proteção dos bens jurídicos individuais, tais como os interesses legítimos dos empresários competidores, ainda assim se tutela em segundo plano o correto funcionamento do mercado.²⁵³ Declara a autora que o bem jurídico individual de conteúdo econômico tutelado pelo delito de corrupção privada são os interesses dos empresários competidores, mas que a tutela do aludido bem jurídico “se orienta a proteção de um bem jurídico mediato supraindividual, a concorrência leal, que é lesionada já ao se pôr em perigo abstrato o bem jurídico individual (tradução nossa)”.²⁵⁴

A corrupção ativa supõe um ataque intolerável a leal concorrência porque ataca o princípio da concorrência pelo próprio esforço, pois se compra o descumprimento de obrigações de um trabalhador ou membro de uma empresa.²⁵⁵ A ordem econômica, entendida como a regulação jurídica da produção, produção, distribuição e consumo de bens e serviços, torna-se o bem jurídico mediato, cuja vulneração não está presente no tipo de injusto, não sendo necessário assim no caso concreto se lesione ou se ponha em perigo o bem jurídico, nem que o dolo ou a imprudência do autor esteja nele referido.²⁵⁶ Defende Faraldo Cabana que

²⁵² CERINA, Giorgio. **La comunidad internacional...** op. cit. p. 127.

²⁵³ FARALDO CABANA, Patricia. **Hacia un delito de corrupción...** op. cit. p. 71.

²⁵⁴ Ibidem, p.72.

²⁵⁵ Ibidem.

²⁵⁶ Ibidem, 73.

... a mera colocação dos interesses econômicos legítimos dos empresários competidores em perigo abstrato supõem ou pode supor uma distorção na concorrência, mas que não é necessária sua prova no processo penal para considerar consumado o delito (tradução nossa).²⁵⁷

Marcadamente, a redação do novo tipo proposto não exige que a conduta dos agentes se dê na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços ou nas relações comerciais tal qual a tipificação do delito de corrupção privada no ordenamento espanhol. Nem se localiza sob alguma seção que refere ao delito no âmbito dos negócios. Portanto, a tutela da leal concorrência, como objetivo primordial da tipificação, fica descartada. Resta então a ideia de proteção mediata da leal concorrência, tal qual defendida por Faraldo Cabana. Contudo, não há referências que permitam deduzir que o tipo se presta a proteger o patrimônio dos competidores, ao passo que a Exposição de Motivos faz referência expressa ao prejuízo patrimonial enfrentado pela empresa à qual se vincula o trabalhador corrupto.²⁵⁸ Cumpre lembrar que a análise do delito de corrupção entre particulares realizada por Faraldo Cabana inscreve-se no âmbito da Ação comum, a qual menciona expressamente a concorrência como objeto de proteção, juntamente com a necessidade de prejuízos econômicos a terceiros.²⁵⁹

5.2.2 Sujeitos do delito

Quanto aos sujeitos do delito: na primeira redação o sujeito ativo da corrupção passiva é referido apenas como representante da empresa; a partir da segunda redação inclui-se também o empregado de empresa ou instituição privada. Trata-se de delito especial próprio por haver uma restrição a pessoas com determinadas qualidades ou requisitos. Na visão de Prado é preciso delimitar os sujeitos ativos por meio da legislação laboral, mercantil ou empresarial, uma vez que a conduta do agente corrupto infringe a lealdade para com o empresário ou instituição privada.²⁶⁰ Ainda, o eminente jurista destaca que os sócios com poder de administração, diretores, gerentes, membros do conselho de administração ou qualquer outro

²⁵⁷ Ibidem, 74.

²⁵⁸ SENADO FEDERAL. **Parecer n. 1.576 de 2013...** op. cit. p. 191.

²⁵⁹ CONSEJO EUROPEO. **ACCIÓN COMÚN - de 22 de diciembre de 1998...** op. cit. p.2.

²⁶⁰ PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patrícia Carraro. **Contributo ao estudo da corrupção...** op. cit. p. 58-60.

individuo com poder de decisão que represente a pessoa jurídica podem ser autores do delito.²⁶¹ A menção a prática direta ou indiretamente do delito torna possível a autoria imediata única, coautoria imediata e autoria/coautoria mediata.²⁶²

O sujeito passivo é a instituição privada ou empresa. Para Prado, definir o sujeito passivo com o vocábulo "empresa" causa perplexidade, uma vez que o legislador ignora que o termo técnico relacionado a "empresa" define-se como "atividade econômica de produção e circulação de bens e serviços explorada pelo empresário". Valendo-se do sentido leigo atribuído ao termo, o que é totalmente inadmissível, o legislador ofende o princípio da determinação, corolário do princípio da legalidade penal; quanto a expressão "instituição privada", abarca as pessoas jurídicas de direito privado previstas no ordenamento brasileiro, relacionadas a partir do art. 40 do Código Civil.²⁶³

Aquele que entrega ou paga a vantagem indevida direta ou indiretamente ao empregado ou representante da empresa ou instituição privada é o sujeito ativo da corrupção privada ativa, consistindo assim em delito comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. O sujeito passivo é também a instituição privada ou empresa.

5.2.3 A corrupção privada passiva

Considerando a estrutura do tipo em sua redação originária, destaca-se que o núcleo do tipo é constituído pelos verbos *exigir*, *solicitar*, *aceitar* e *receber*. *exigir* é a ação de impor como obrigação, intimidar; *solicitar* é a ação de pedir, rogar de forma explícita ou não; *receber* é tomar para si a vantagem que pode ou não ter sido ofertada ou prometida; *aceitar* significa anuir com a proposta de um benefício indevido imediato ou futuro. Assim, são diversas as modalidades de condutas, caracterizando-se com um tipo misto alternativo. Vantagem indevida é toda e qualquer prestação material ou imaterial.

Para Prado, o elemento fundamento do delito encontra-se "na infração dos deveres próprios de seu ofício ou na exposição a um perigo de lesão do patrimônio social"²⁶⁴ por meio de uma ação (praticar um ato) ou omissão (deixar de praticar um

²⁶¹ Ibidem. p. 59.

²⁶² Ibidem.

²⁶³ Ibidem. p. 60.

²⁶⁴ Ibidem, p. 61.

ato) em função da vantagem indevida. Se o ato praticado é lícito, dá-se a corrupção privada passiva imprópria; se o ato praticado é ilícito, ocorre a corrupção privada passiva própria. Como a conduta praticada deve ocorrer "a fim de realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições", o pacto fechado antes da prática delitiva configura a corrupção passiva antecedente.

O tipo subjetivo é dolo configurado na consciência e vontade de exigir, solicitar, receber ou aceitar vantagem indevida atual ou futura para realizar ou omitir atos inerentes às suas atribuições. O especial fim de agir, manifestado pela expressão "para favorecer a si ou terceiros" vincula-se a vantagem indevida e não ao resultado que pode advir da realização ou omissão do ato. A simples exigência, solicitação, recebimento ou aceitação da promessa é suficiente para a consumação do delito.

5.2.4 A corrupção privada ativa

O parágrafo único, e posteriormente o parágrafo 1º, consiste na forma de corrupção ativa, revelando-se no ato de oferecer, prometer, entregar ou pagar, direta ou indiretamente, vantagem indevida ao representante ou empregado de sociedade empresária ou instituição privada, para que realize ou omita ato inerente a suas atribuições. Assim, o núcleo do tipo fica determinado pelos verbos *oferecer*, *prometer*, *entregar* ou *pagar*. *oferecer* é propor, apresentar, colocar à disposição; *prometer* é afirmar que previamente que se vai cumprir, dar ou realizar algo; *entregar* é dar posse de algo, transferir a propriedade; *pagar* é remunerar, recompensar.²⁶⁵

A vantagem indevida é todo benefício contrário ao Direito. O tipo subjetivo é o dolo de oferecer, prometer, entregar ou pagar vantagem indevida ao empregado ou representante da empresa ou instituição privada e conjunto com o especial fim de agir que tem como propósito levar o sujeito ativo da corrupção passiva a realizar ou omitir ato inerente a sua função.²⁶⁶ O mero oferecimento, promessa, entrega ou paga da vantagem indevida é suficiente para a consumação do delito.

A corrupção privada tanto na modalidade passiva quanto na ativa revela-se como delito de perigo abstrato.

²⁶⁵ PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patrícia Carraro. **Contributo ao estudo da corrupção...** op. cit. p. 63.

²⁶⁶ *Ibidem*.

5.3 ESTUDO DE CASOS

A fim de colocar em discussão o novo tipo de corrupção entre particulares proposto pela Comissão de jurista que elaborou o Projeto para o novo Código Penal Brasileiro, apresenta-se a seguir dois casos que se apresentam como associados à conduta de corrupção entre particulares.

Caso 1: “A” é o proprietário da empresa fornecedora de alimentos “X”. “A” se aproxima pessoalmente de vários “Chefs” de cozinha e promete-lhes comissões em troca de favorecer a empresa “X” como fornecedora para seus respectivos restaurantes. Segundo a proposta de “A”, os “Chefs” receberiam determinada quantia em dinheiro uma vez a cada dois ou três meses, com base em uma porcentagem do valor total dos produtos comprados. Em troca, eles continuariam a realizar os pedidos de compra de alimentos da empresa “X”.²⁶⁷

Este caso apresenta o recebimento de comissão pelos Chefs para dar preferência a determinado fornecedor. Sob a perspectiva da proteção da ordem econômica, conforme referida por Faraldo Cabana, o delito em tela vulnera os interesses econômicos legítimos dos competidores, ou seja, os interesses dos fornecedores preteridos por conta da vantagem ofertada pelo corruptor, entendido como bem jurídico individual imediato, e também, mediatamente, ofende-se a ordem econômica em sentido amplo, bem jurídico supraindividual, uma vez que o pagamento de vantagem indevida e o seu recebimento foi condição para o negócio, vulnerou-se o princípio da concorrência por eficiência.²⁶⁸

Em oposição a essa interpretação, pode-se dar ênfase apenas ao prejuízo patrimonial acometido ao principal, denominando a conduta narrada de *kick-back*, na qual “o funcionário ou representante de uma empresa recebe propina para contratar o serviço ou adquirir um produto de um determinado fornecedor”.²⁶⁹ Nesse caso, configura-se um dano patrimonial, considerando-se que o preço do produto ou serviço é inflado pela inclusão do valor da propina, resultando em um valor mais caro para o

²⁶⁷ Adaptado de "Fine line between tradition and corruption". Disponível em: <<https://www.cpib.gov.sg/case-studies/private-sector/fine-line-between-tradition-and-corruption>>. Acesso em 22 out. 2017.

²⁶⁸ FARALDO CABANA, Patricia. **Hacia un delito de corrupción...** op. cit. p. 72-73.

²⁶⁹ LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. **Caixa dois como um crime contra o patrimônio? Breves notas sobre o crime de infidelidade patrimonial.** In: Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Organização Alaor Leite, Adriano Teixeira. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 225.

comprador, e por fim, acarretando um dano ao patrimônio do empresário na medida da diferença entre o preço normal que o serviço ou produto custaria e o preço mais caro praticado pelo fornecedor.²⁷⁰ Tem-se então, à primeira vista, um sujeito que paga uma vantagem indevida diretamente a empregado de uma “empresa” privada para comprar um comportamento, juntamente com o empregado que recebe a vantagem indevida para realizar ato inerente a suas atribuições.

Tendo em vista que o Chef não é um simples cozinheiro, supõe-se que ele detém responsabilidades quanto a tutela do patrimônio alheio, sobretudo no controle da solicitação de compras. Assim, configuram-se os dois elementos essenciais do injusto da infidelidade patrimonial²⁷¹: “a violação do dever de tutelar o patrimônio alheio e a ocorrência de um dano patrimonial, decorrente precisamente daquela violação de dever”.²⁷² Segundo Leite e Ferreira, trata-se de um delito de resultado, no qual não se protege abstratamente o patrimônio, mas se realiza apenas quando se produz um dano patrimonial.²⁷³ Considerando a conduta narrada, sob ponto de vista da infidelidade patrimonial, a reprimenda penal deveria se dar por meio de um tipo distinto da corrupção entre particulares tal qual proposto pela comissão, colocando em relevo o resultado concreto da conduta.

Conforme as observações de Prado, o tipo visa proteger o patrimônio social do empresário, mas como a natureza do delito é de perigo abstrato, não toma como obrigatório o resultado concreto de lesão ao patrimônio, senão apenas uma probabilidade de lesão. Nesse sentido, a conduta do Chef é criminalizável por meio do tipo proposto pela Comissão, pois há a possibilidade de o negócio ter sido realizado com preços supervalorizados, e desta forma, lesado o patrimônio do principal. Ainda, mesmo que o negócio tenha ocorrido sem sobrepreço, ainda assim a conduta do Chef é típica.

Considerando-se a posição de Laufer, o bem jurídico diretamente protegido pela norma penal proposta não é o patrimônio, tampouco a concorrência leal, mas sim a lealdade laboral, uma vez não há menção explícita na redação do tipo que, da realização da conduta proibida, deva resultar prejuízo à empresa ou entidade privada.

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ Alaor Leite e Adriano Teixeira afirmam que no direito penal brasileiro não há tipificação expressa do delito de infidelidade patrimonial, tampouco discussão científica a respeito do tema, mesmo que mundialmente as discussões teóricas sobre o aludido delito disfrutem de notoriedade. (LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. op. cit. p. 218).

²⁷² Ibidem, p. 221.

²⁷³ Ibidem.

Por consequência, para o eminente jurista, a proteção dos deveres de lealdade laboral entre empregado e empresário/empregador parece se adequar melhor a proteção pretendida pela norma legal. Cabe se perguntar então a quais deveres o Chef deveria obediência e que foram lesados em sua conduta? Ao se adotar o entendimento de Giorgio Cerina, que considera deveres em sentido amplo, desde os deveres legais, contratuais, éticos ou de simples instrução, parece inevitável que o Direito penal invada a esfera de outros ramos do Direito, mormente as que regulam os deveres de lealdade nas relações de trabalho. Pergunta-se então: é o Direito penal o ramo mais indicado para tratar da tutela da lealdade laboral? Ao admitir a intervenção penal sobre comportamento associado a mera desobediência de qualquer tipo de norma, o Direito penal perde o caráter de *ultima ratio*, correndo o risco de servir de régua moral do comportamento da sociedade, inadmissível de se pensar para um Direito penal mínimo fundamentado na fragmentariedade, subsidiariedade e lesividade.

Observa-se que, mesmo tendo como reprovável a conduta do Chef que recebe comissão para dar preferência a determinado fornecedor, não é fácil delimitá-la sob o enfoque dado na tipificação proposta para o delito de corrupção entre particulares, mormente no âmbito do bem jurídico protegido, que levanta sérias questões sobre o que realmente se pretende proteger com a criminalização da aludida conduta e por consequência, se o ataque é tão grave a ponto de tornar inevitável a reprimenda penal.

Caso 2: “**A**” e “**B**” são jogadores profissionais de futebol, ex-jogadores do time “**X**” que participa do principal campeonato do país “**P**”. Em determinado dia, “**C**”, goleiro do time “**X**” recebe uma ligação, na qual lhe é oferecido determinado valor em dinheiro para combinar resultados de jogos nos quais “**C**” jogaria. Posteriormente “**A**” encontra-se com “**C**” e lhe dá determinada quantia para que permitisse a derrota do time “**X**” para o time “**Y**”. Além disso, outra quantia é dada a “**C**” para que fosse passada a outro jogador “**D**” do mesmo time “**X**” e também auxiliasse na derrota de “**X**”. “**C**” rejeitou a proposta. Por outro lado, “**B**”, a fim de combinar o mesmo jogo, encontrou-se com o atacante “**F**” do time “**X**” e prometeu-lhe determinada quantia se “**F**” evitasse de marcar gols durante a partida.²⁷⁴

²⁷⁴ Adaptado de "Men of the match". Disponível em: <<https://www.cpib.gov.sg/case-studies/private-sector/men-match>>. Acesso em 22 out. 2017.

De pronto, a criminalização das condutas descritas no caso 2, ao que tudo indica, não necessita de um novo tipo de corrupção entre particulares, uma vez que a Lei 10.671 de 15 de maio de 2003, conhecida como Estatuto de Defesa do Torcedor, já prevê os seguintes crimes:

Art. 41-C. Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

Art. 41-D. Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva ou evento a ela associado:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

Assim, em um conflito aparente com a nova tipificação proposta, pelo princípio da especialidade, a tipificação da corrupção desportiva prevista no Estatuto do Torcedor teria precedência. Mas assumindo que o delito fosse identificado a partir do tipo de ação corrupção entre particulares, qual seria o bem jurídico “em jogo”? A fidelidade do jogador para com o dono do clube? O *fair play*? O patrimônio do clube de futebol? Ademais, a relação do jogador com o clube é de emprego ou representação? Sem a pretensão de discutir a adequação ou não dos tipos de ação definidos no Estatuto do Torcedor, nos parece que tal como colocado, já permitiria não deixar impune a conduta descrita no caso 2.

Evidentemente, não se busca, a partir de dois casos singelos, esgotar a (in)adequação do tipo de ação corrupção entre particulares proposto para o novo Código Penal, mas deixar em destaque que é preciso discutir mais profundamente o tema, conjugando esforços entre sociedade, legislador e dogmática penal, para que se possa responder adequadamente às duas questões levantadas por Laufer: a) merece e necessita de pena o empregado de determinada empresa privada e seu corruptor que se conduzem em atos de corrupção privada?; b) O modelo atualmente seguido pelo Brasil e pretendido pelo Projeto de Reforma do Código Penal são ideais constitucionais, e assim, garantistes, brasileiros?²⁷⁵

²⁷⁵ LAUFER, Daniel. **Corrupção e Direito penal...** op. cit. p. 171.

6 CONCLUSÃO

O Direito penal é o braço mais forte que dispõe o Estado para o controle social do intolerável. O conjunto de normas penais tem como função precípua a proteção dos bens jurídicos mais importantes para o convívio social. Assim, a aplicação das normas penais deve ser entendida sempre como *ultima ratio*, aplicável subsidiariamente apenas quando outros instrumentos do ordenamento jurídico não se apresentam eficazes. Nesse sentido, utilizar o Direito penal como instrumento de combate à corrupção deve levar esses aspectos em consideração. Nas últimas décadas o problema da corrupção no âmbito público ganhou destaque nos principais veículos de comunicação e foi reconhecido como um dos comportamentos desviantes mais pernicioso para o convívio social. Nessa esteira, a corrupção entre particulares, caracterizada na esfera das relações puramente privadas em ambientes negociais também ganhou destaque.

Com a globalização e a expansão das relações econômicas, a corrupção entre particulares adquire dimensão internacional. Isso exige dos Estados que se busque a harmonização entre os diferentes ordenamentos jurídicos e a cooperação internacional para o combate desse fenômeno. Assim, para alcançar tal intento, organismos internacionais e regionais elaboram tratados e convenções que exigem de seus signatários posturas mais duras contra a corrupção, sobretudo de índole penal. Contudo, o que se observa é uma miríade de tratados que tornam o tratamento penal da corrupção, e também da corrupção particulares, complexo, contraditório e ineficaz.

Como se observa, entre os instrumentos internacionais e supranacionais, e mesmo entre os ordenamentos jurídicos estatais que já criminalizam a corrupção privada a bastante tempo, não há consenso sobre qual é o bem jurídico a ser protegido pela incriminação da corrupção privada: a lealdade e confiança no âmbito laboral, a livre concorrência ou o patrimônio do empresário. Em cada um desses aspectos, subjaz dificuldades que colocam o direcionamento do arsenal penal contra a corrupção privada em dúvida, sobretudo se a criminalização de tais comportamentos condiz com um Direito penal subsidiário, fragmentário, de *ultima ratio* ou mínimo. Como uma das possíveis respostas, tem-se que seria mais coerente fortalecer os instrumentos extrapenais que já são aplicados para combater a corrupção entre particulares. Ao menos sob o ponto de vista da reforma penal que propõe um novo

Código Penal Brasileiro, essa não parece ser a escolha feita, uma vez que emerge o delito de corrupção na esfera privada como um novo tipo penal, colocado na seção dos delitos contra o patrimônio. Critica-se o modelo de proteção patrimonial porque tanto a proteção do patrimônio do principal quanto de seus competidores não é o elemento central nos documentos internacionais sobre o tema, já existe um amplo espectro de proteção do patrimônio em outros ramos do direito e a conduta de corrupção entre particulares não está necessariamente relacionada a diminuição do patrimônio da empresa. Para os competidores, pode ser a perda de uma chance e não propriamente dita a perda patrimonial, além de ser praticamente impossível estabelecer os prejuízos.

A julgar pela posição da doutrina mais notável sobre os aspectos da reforma, a inclusão de tal delito peca por não levar em consideração o que tem a dizer a ciência penal, bem como pelo modo açodado que a reforma em sua totalidade foi conduzida. A dúvida quanto ao bem jurídico tutelado, a delimitação dos sujeitos do delito e as deficiências técnicas na redação do tipo são alguns problemas apontados que suscitam uma melhor compreensão do fenômeno da corrupção entre particulares, do mesmo modo que colocam como necessário um maior diálogo entre o legislador e ciência penal. É preciso reforçar ainda que, sob o aspecto de um Direito penal mínimo e de garantias, cabe ao sistema penal apenas aquilo que sempre lhe pertenceu, vale dizer, a função de proteção subsidiária de bens jurídicos mais importantes para o convívio social.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Julia. MACEDO, Fausto. **OAB diz que ‘corrupção é sistêmica no Brasil**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/oab-diz-que-corrupcao-e-sistemica-no-brasil/>>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARAN, Katna. **Moro afirma que quadro de corrupção sistêmica é ‘desalentador’**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/moro-afirma-que-quadro-de-corrupcao-sistemica-desalentador-19856300>>. Acesso em: 20 de ago. 2016

BARROS FILHO, Clovis de.; PRAÇA, Sergio. **Corrupção: parceria degenerativa**. Campinas: Papirus, 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 6. Ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva.

_____. **Tratado de Direito penal: Parte Geral**. Vol. 1. 22ª ed, rev., ampl, e atual,, São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Nas prisões brasileiras, o mínimo que se perde é liberdade**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-06/cezar-bitencourt-massacre-manaus-foi-tragedia-anunciada>>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

BOLEA BARDON, Carolina. **El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes**. InDret. Revista para el Análisis del Derecho, 2013, num. 2, p. 1-29, 2013.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. **Corrupção política: uma patologia social**. Belo Horizonte: Forum, 2010.

BRASIL. **Decreto Nº 5.687, DE 31 de janeiro de 2006**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 06 de jul. 2017

_____. **Código Criminal do Império do Brasil. Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BUENO, Eduardo. **A coroa, a cruz e a espada: lei, ordem e corrupção no Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil. 2016.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito penal: Parte Especial – vol. 3 -**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CERINA, Giorgio. **La comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado**. IUSTITIA, n. 9, p. 95-138, 2011.

CONCIL OF EUROPE. **Civil Law Convention on Corruption**. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174>>. Acesso em 04 jul. 2017.

_____. **Criminal Law Convention on Corruption**. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/173>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

CONSEJO EUROPEO. **ACCIÓN COMÚN - de 22 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0742&from=ES>>. Acesso em 5 de jul. 2017.

CONSELHO EUROPEU. **DECISÃO-QUADRO 2003/568/JAI DO CONSELHO de 22 de Julho de 2003 relativa ao combate à corrupção no sector privado**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568&from=ES>>. Acesso em: 2. ago. 2017.

DEL POZO, Miguel Ángel Encinar. **El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios**. Editorial Aranzadi: Navarra. 2016.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?**. Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n. 74, 2012.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARALDO CABANA, Patricia. **Hacia un delito de corrupción en el sector privado**. Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela, no 23, 2001/2002

FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. **Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico**. In Revista Liberdades, Vol.15, Janeiro a Abril de 2014. São Paulo: IBCCrim, 2014.

FRÍAS, Irene Navarro; BOSCH, Lourdes V. Melero. **Corrupción entre particulares y tutela del mercado**. InDret, n. 4, 2011. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247787/331746>>. Acesso em 12 ago. 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil – estudo de casos e lições para o futuro**. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Forum. 2015.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Fávio. **O jogo sujo da corrupção**. Bauru, SP: Astral Cultural, 2017

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D. M. **Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y derecho comparado**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 19, n. 89, p. 159-213, mar./abr. 2011.

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

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. trad. Regina Greve. coord. e sup. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatan: o la materia, forma y poder de una República Eclesiástica y Civil**. Bogotá: Editorial Skla, 1982.

HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. Tradução de Luis Greco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.87, nov./dez. 2010.

LAUFER, Daniel. **Corrupção e Direito Penal: Algumas Linhas Sobre a Corrupção no Setor Privado à Luz da Legislação Brasileira**. In: Corrupção - Uma Perspectiva entre as Diversas Áreas do Direito. Curitiba: Juruá, 2013.

LEITE, Alaor. **A reforma da reforma da parte geral reformada do código penal - subsídios para a história do projeto de novo código penal (PLS 236/2012)**. In: LEITE, Alaor (Org.). Reforma penal. São Paulo:Atlas, 2015.

MARCOLINI, Rogério. **Ingressar no sistema prisional é como deixar o mundo dos vivos**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2017-jan-12/rogerio-marcolini-presos-deixar-mundo-vivos>>. Acesso em 16 de jun. 2017.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito penal: dos princípios penais de garantia**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 3ª ed. Barcelona: PPU, 1990.

MOTTOLA, Mariana Castellanos. **¿ Qué es la Corrupción?**. Análisis de la Realidad Nacional, v. 100, 2016

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010.

NOBAJAS, María Soledad Gil. **El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el**

administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia. Estudios Penales y Criminológicos, v. 35, 2015.

OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ONU. **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**, out. 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em 06 de jul. 2017.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, C. Demelsa. **La política criminal internacional contra la corrupción.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 19, n. 89, p. 13-61, mar./abr. 2011.

PIMENTEL FILHO, André. **(Uma) teoria da corrupção: corrupção, estado de direito e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constitucional.** 7ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis; ROSSETTO, Patrícia Carraro. **Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. v. 114, n. 2015, p. 51-97, 2015.

RAMINA, Larissa L. O. **Ação internacional contra a corrupção.** Curitiba: Juruá, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** São Paulo: Martin Claret. 2009.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal.** org. e trad. André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

ROXIN, Claus. **Sentido y límites de la pena estatal.** In: Problemas Básicos del Derecho Penal. Trad. Luzón Pena. Madrid: Reus, 1976.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El Derecho en el Proceso de la Globalización Económica.** In: HERNÁNDEZ, Moisés Moreno (org.) Orientaciones de la Política Criminal Legislativa. México D.F.: INACIPE, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 6ª ed., ampl. e atual. Curitiba:ICPC; Lumen Juris, 2014.

SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal nº 106** Publicado em 10/07/2012 Sessão 09/07/2012.

_____. **Parecer n. 1.576 de 2013.** Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516855&disposition=inline>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. **Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012.** Disponível em:<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito penal. Tomo IV.** Rio de Janeiro: Konfino, 1947.

SOUZA, Jessé. **Weber.** In: *Corrupção: ensaios e críticas.* Belo Horizonte, MG: Ed. UFMG, 2008.

SOUZA, Jessé. **Escravidão, e não corrupção, define sociedade brasileira, diz Jessé Souza.**

Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/09/1920559-escravidao-e-nao-corrupcao-define-sociedade-brasileira-diz-jesse-souza.shtml>>. Acesso em 02 nov. 2017.

TORRES, Joao Carlos Brum. **Ética, direito e política.** In: *Manual de Ética: Questões de ética teórica e aplicada.* Petrópolis: Vozes, 2014.

URBINA, Eduardo de Porres Ortiz de. **El delito de corrupción privada.** Disponível em: <http://www.elderecho.com/penal/delito-corrupcion-privada_11_464680001.html>. Acesso em: 01 ago. 2017

WIDAL, Marcio. **Breve ensaio: princípios da legalidade, reserva legal, anterioridade e taxatividade.** Disponível em: <<https://marciowidal.wordpress.com/2013/03/02/descomplicando-principios-da-legalidade-reserva-legal-anterioridade-e-taxatividade/>>. Acesso em 13 jul. 2017.