

## CONTRIBUTO AO ESTUDO DA CORRUPÇÃO DELITIVA ENTRE PARTICULARES

A study on corruption offenses between individuals  
Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 114/2015 | p. 51 - 97 | Mai - Jun / 2015  
DTR\2015\9159

### Luiz Regis Prado

Titular de Direito Penal. Universidade Estadual de Maringá.

### Patrícia Carraro Rossetto

Doutoranda em Direito Penal. Universidade de Málaga (Espanha).

### Área do Direito: Penal

**Resumo:** Este estudo procura analisar o fenômeno jurídico da corrupção entre particulares ou no âmbito das relações privadas. Versa-se sobre o delito de corrupção privada disciplinado na legislação comparada, especialmente europeia, bem como sobre a problemática de sua criminalização no Brasil.

**Palavras-chave:** Corrupção - Delito de corrupção entre particulares - Legislação comparada e brasileira.

**Abstract:** This study seeks to analyze the legal phenomenon of corruption between individuals or within the private relations. Is about the disciplined private corruption offense in comparative law, especially European, as well as on the issue of criminalization in Brazil.

**Keywords:** Corruption (bribery) - Crime of corruption between individuals - Comparative law and Brazilian law.

### Sumário:

1.Considerações gerais - 2.Modelos de incriminação da corrupção entre particulares na legislação comparada - 3.A criminalização da corrupção entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro - 4.Conclusões principais - 5.Bibliografia

### 1. Considerações gerais

A corrupção é um fenômeno complexo, multimodo, eivado de dificuldades e nuances.<sup>1</sup> Enquanto conceito se vincula a determinado sistema de referência (normativo), entendido em sentido amplo. Não é abordável assim apenas do ponto de vista jurídico, mas também econômico, político, sociológico e ético.<sup>2</sup>

No âmbito dos comportamentos humanos, liga-se à ideia de perversão, de transgressão de algum dever ou obrigação. Não se trata de fenômeno puramente metajurídico, nem se vincula de forma obrigatória a uma autoridade ou agente público.

De modo geral, a noção de corrupção se relaciona a comportamentos ilícitos praticados no exercício da função pública, mas, sob um prisma mais amplo, pode abarcar também condutas realizadas no âmbito privado. Como bem se disserta, “para el Derecho sería corrupta toda acción de un sujeto público o privado que incumpla las normas jurídicas y viole obligaciones del cargo, con abuso de posición y finalidad de obtener beneficios privados personales o para un grupo del que forma parte el corrupto. Esta corrupción, en consecuencia, puede ser pública o privada. Para esta distinción, segue o autor, la clave está en el sujeto que actúa y en calidad de qué actúa. En suma, en la corrupción pública se trata de acciones u omisiones vinculadas con el abuso de cargo público y con el incumplimiento de normas jurídicas por parte de las personas con responsabilidades públicas. En la corrupción privada se trataría de acciones u omisiones vinculadas a un abuso de posición en el entorno de organizaciones privadas, con incumplimiento de las normas jurídicas que regulan los deberes del agente frente al principal. Pero en ambos casos con la finalidad de beneficiarse directa o indirectamente gracias a ese abuso.”<sup>3</sup>

Em virtude dessa perspectiva, pode ser conceituada como sendo a ação ou omissão praticada por alguém, em conjunto ou não com duas ou mais pessoas, que implica a transgressão do sistema

normativo de referência a que se encontra vinculado, e cujo objetivo é a obtenção de benefícios indevidos, atuais ou futuros, para si e/ou para terceiros.<sup>4</sup> Noutras palavras: “Es un delito o infracción participativo en el que una de las partes intenta influenciar el comportamiento de la otra através de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema normativo relevante”.<sup>5</sup> No campo jurídico pode ser pública ou privada e seu desiderato é sempre a obtenção de um benefício indevido.

A identificação dos comportamentos aos quais seria possível atribuir o qualificativo *corruptos*, portanto, se dá pela análise de três critérios principais: existência de um sistema normativo de referência; violação de deveres e/ou abuso de poder, por parte de um agente, que atua ou não em conjunto com outras pessoas; e finalidade de obtenção de benefícios indevidos.

O conceito de corrupção, portanto, está vinculado ao de sistema normativo, amplamente considerado. “Não é possível falar de corrupção sem fazer referência simultaneamente ao marco normativo dentro do qual se produz o ato ou a atividade qualificada como corrupta”.<sup>6</sup> Por sistema normativo de referência se entende “todo conjunto de regras que – em cada caso concreto – regulam uma prática social. Nesse sentido, se pode referir, por exemplo, a sistemas normativos religiosos, jurídicos, políticos, econômicos, desportivos etc.”.<sup>7</sup> O comportamento, ademais, deve implicar a transgressão desse sistema normativo por parte de quem se encontra a ele vinculado, seja mediante a violação de um dever ou o abuso de um poder e com indiferença de se esse agente atua ou não em conjunto com outras pessoas. Por fim, é necessário que o agente atue com a finalidade de obter *benefícios indevidos*, significa dizer, visando à percepção de vantagens que extrapolam aquelas que estão previstas no sistema normativo de referência como contraprestação lícita pelo exercício de um determinado complexo de atribuições, sejam públicas ou privadas.

Esse conceito amplo de corrupção tem a virtualidade de identificar que espécie de comportamentos pode ser qualificada como corrupta, com independência de, por um lado, se tais condutas são praticadas na esfera pública ou privada e, por outro, se o comportamento corresponde ou não a uma figura delitiva.

Dessa forma, para que seja legítima a intervenção penal deve o legislador limitar o âmbito do jurídico-penalmente relevante, ou seja, dentro do universo de condutas abarcadas por esse conceito é necessário selecionar aquelas que supõem ataques intoleráveis a interesses previamente considerados imprescindíveis à convivência social e aos quais os demais setores do sistema normativo não podem oferecer uma resposta mais eficaz e menos gravosa.<sup>8</sup>

Atualmente, as condutas associadas ao fenômeno corrupção sobre as que incidem juízos desvalorativos de índole penal são classificadas considerando-se a qualidade do sujeito e o sistema normativo ao que se encontra vinculado.<sup>9</sup> A partir desses critérios, a doutrina especializada e as organizações internacionais que se ocupam do tema, defendem que o vocábulo corrupção se trata de um gênero que abriga duas espécies: a *corrupção pública* e a *corrupção privada*.<sup>10</sup> A primeira se caracteriza por “acciones u omisiones vinculadas con el abuso del cargo público y con el incumplimiento de normas jurídicas por parte de las personas con responsabilidades públicas”, e a segunda se caracteriza por “acciones u omisiones vinculadas a un abuso de posición en el entorno de organizaciones privadas, con incumplimiento de las normas jurídicas que regulan deberes del agente frente al principal”.<sup>11</sup>

Seguindo a lógica conceitual descrita *ut supra*, a corrupção privada pode ser conceituada como a *ação ou omissão de um particular, no exercício de uma atividade empresarial ou profissional, em concurso ou não com um ou mais particulares, que implica a violação de um dever ou o abuso de um poder previsto em lei, com vistas à obtenção de benefícios indevidos, atuais ou futuros, para si e/ou para terceiros, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas*.

Tendo em conta tal assertiva, faz-se necessário tecer alguns breves esclarecimentos a respeito do tema.

Em primeiro lugar, na corrupção privada o sistema normativo de referência ao que se encontra vinculado o agente é o *sistema jurídico*. Significa dizer: em qualquer caso, o comportamento corrupto implica a violação de diplomas legais que regulam a atividade empresarial ou profissional exercida pelo agente, em especial a Constituição; as legislações laborais, mercantis ou empresariais; as leis que regulem normas de boas práticas empresariais e os códigos de conduta profissional.

Em segundo lugar, a violação desses diplomas normativos é realizada por particulares sujeitos a observância da lei em razão do *exercício da atividade profissional ou empresarial*, com independência de se estes agentes atuam ou não dentro do marco de tomada de decisões. Entretanto, nada impede que legislação penal, ao definir uma determinada figura delitiva, limite o círculo de sujeitos ativos àqueles indivíduos que possuam poderes de carácter decisório capazes de vincular juridicamente a pessoa jurídica, sendo eles: sócios com poder de administração; diretores; gerentes; membros do conselho de administração ou qualquer outro indivíduo que, possuindo o poder de decisão, atue como representante da pessoa jurídica.

Em terceiro lugar, a violação do sistema jurídico a que se encontra vinculado o particular se dá para a obtenção de *benefícios indevidos*, sejam eles de natureza patrimonial ou não. Essa expressão deve ser interpretada em sentido amplo, de forma a abarcar tanto as vantagens de natureza patrimonial, como dinheiro, imóveis, joias etc., como também outros tipos de vantagens, tais como, a ascensão profissional, as distinções honoríficas ou a satisfação de desejos sexuais ou de vingança. Ademais, este benefício pode ingressar diretamente e imediatamente na esfera de discrição do agente, como também ser futuro ou se destinar a terceira pessoa, seja física ou jurídica.<sup>12</sup>

A atribuição de um sentido mais amplo à expressão corrupção privada é uma tendência que vem ganhando força na doutrina especializada.

De acordo com a doutrina suíça, por exemplo, a corrupção privada consiste em gênero que abarca inúmeras espécies delitivas, entre as quais se destacam: a administração desleal (art. 158, Code Pénal Suisse – CPS); a fraude contra credores no processo de liquidação, falência ou recuperação judicial levada a cabo por meio de um ato de corrupção entre o devedor e um determinado credor ou seus respectivos representantes legais (arts. 167-168, CPS); a violação dos deveres profissionais, o que se verifica, por exemplo, na expedição de atestado médico falso (art. 318, CPS), violação de cláusula de confiança (art. 321, CPS), violação de segredo profissional na pesquisa médica (art. 321 bis, CPS); etc.<sup>13</sup>

Essa também parece ser a interpretação proposta pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, na medida em que, depois de assinalar em seu artigo 12 a necessidade de se prevenir a corrupção no setor privado, em seu Capítulo III, que trata da penalização e aplicação da lei, estabelece que cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outra índole que sejam necessárias para tipificar como delito, quando sejam cometidos intencionalmente e no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, tanto o suborno (art. 21) como o peculato (art. 22).

No Brasil, é possível afirmar que a proteção penal contra a corrupção privada tradicionalmente tem se valido de normas incriminadoras extraídas do âmbito dos delitos contra o patrimônio, como por exemplo, o estelionato (art. 171) e a apropriação indébita (art. 168); dos delitos contra o sistema financeiro (Lei 7.492/1976); dos delitos que tutelam a ordem econômica, em especial os arts. 4.º, 5.º e 6.º da Lei 8.137/1990; dos crimes contra o mercado de capitais, previstos na Lei 6.385/1976, tais como o delito de manipulação de mercado (art. 27-C) e o delito de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D); além de disposições penais previstas na Lei 9.279/1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, a qual prevê, em seu art. 195, IX e X,<sup>14</sup> a corrupção ativa e passiva praticadas por particulares como modalidades do delito de concorrência desleal.

A partir do exposto, tem-se que a *expressão* corrupção privada não deve ser confundida como o *delito* de corrupção privada, também denominado *corrupção de (ou entre) particulares*, figura esta associada à prática de suborno no âmbito privado que vem sendo paulatinamente tipificada em inúmeros ordenamentos jurídicos e que seria um dos delitos abarcados por aquela expressão. Sua criminalização é consequência da remodelação da política criminal de combate à corrupção proposta por inúmeros instrumentos internacionais, em especial a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, de 27.01.1992 (arts. 7.º e 8.º); a Ação Comum da União Europeia de 22.12.1998 – 1998/742/JAI – (arts. 2.º e 3.º); a Decisão Marco da União Europeia, de 22.07.2003 – 2003/568/JAI – (art. 2.º) e, mais especificamente no que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (art. 21).

## 2. Modelos de incriminação da corrupção entre particulares na legislação comparada

Na legislação comparada existe amplo consenso no que diz respeito à criminalização de comportamentos corruptos realizados na esfera privada.

Os sistemas jurídicos de países europeus como Alemanha,<sup>15</sup> Inglaterra, Áustria, França, Holanda, Suíça, Bélgica e, mais recentemente, Espanha, Portugal, Polónia e Itália<sup>16</sup> preveem o delito de corrupção privada no Código Penal ou em outros diplomas legais, sendo possível encontrar, de acordo com um estudo do Instituto Max Planck<sup>17</sup>, pelo menos quatro modelos de incriminação: o laboral; o omnicomprensivo, o patrimonial e o de proteção da livre concorrência.<sup>18</sup>

A partir da ótica laboral, o delito de corrupção privada tutela a *integridade das relações trabalhistas*,<sup>19</sup> mais concretamente as relações de confiança, lealdade e de boa-fé existente entre empregados e empregadores.<sup>20</sup> Este é o modelo adotado pelo art. 328 *ter*, do Código Penal holandês<sup>21</sup> e pelo ordenamento jurídico francês durante a vigência do art. L-152.6<sup>22</sup> do *Code du travail*, o qual foi revogado pela Lei 2005-750, de 04.07.2005. Atualmente está contemplado, com certos matizes, nos arts. 445-1 e 445-2 do Código Penal francês.

Em linhas gerais, o ordenamento jurídico holandês e o antigo *Code du Travail* francês sancionam a conduta do particular que, por um lado, oferece, promete, entrega ou paga uma vantagem indevida a fim de que o empregado, no marco de sua atividade profissional ou empresarial, sem conhecimento ou permissão de seu empregador ou abusando de sua boa-fé, leve a cabo ou se abstenha de realizar atos próprios de seu ofício visando à percepção desse benefício indevido.

Dada a construção dos respectivos tipos penais e considerando que o que se pretende proteger por meio deles são as relações de fidelidade e boa-fé existentes entre empregados e empregadores, é possível concluir que, segundo esse modelo, o ponto nevrálgico do delito de corrupção privada se refere ao fato de que o empregado atua *sem conhecimento ou permissão do empregador, abusando de sua boa-fé*.<sup>23</sup> Significa dizer: o que se pretende coibir por meio da intervenção penal é a conduta maliciosa e desleal do empregado, quem atua abusando da boa-fé e da confiança que lhe é dispensada pelo empregador, violando, assim, as regras que disciplinam a relação de trabalho subordinado,<sup>24</sup> mais especificamente aquelas que regulam os deveres fiduciários e de lealdade do empregado em relação ao empregador.<sup>25</sup>

A adoção desse modelo acarreta algumas consequências na delimitação do conteúdo do injusto e na conformação do tipo penal. A primeira e mais importante delas diz respeito ao fato de que o legislador não logra conferir um conteúdo material à órbita de proteção da norma penal e acaba por identificar o delito de corrupção privada a uma mera infração de deveres de lealdade e fidelidade,<sup>26</sup> em flagrante ofensa ao princípio de lesividade e exclusiva proteção de bens jurídicos, diretas estas tão caras à tradição jurídico-penal ocidental.<sup>27</sup> A segunda se refere à legitimidade ativa para a realização do delito, uma vez que apenas os empregados podem ser considerados sujeitos ativos, jamais o empregador.<sup>28</sup> A terceira consiste no fato de que o consentimento do empregador em relação à conduta praticada pelo empregado possui relevância jurídico-penal,<sup>29</sup> configurando causa de exclusão da tipicidade quando a falta de consentimento constituir elemento normativo do tipo ou causa de exclusão da ilicitude nos demais casos, pois se o empregador admite ou tolera que seus empregados recebam gratificações e subornos no exercício de suas atribuições não há que se falar em má-fé, deslealdade e abuso de confiança.

Atualmente, o sistema jurídico francês contempla a corrupção privada nos arts. 445-1 e 445-2 do Código Penal.<sup>30</sup> Em linha gerais, estes dispositivos sancionam a conduta de quem oferece, promete, solicita ou aceita, direta ou indiretamente, qualquer tipo de benefício indevido para que o sujeito, no marco de sua atividade profissional ou empresarial, realize ou deixe de realizar ato próprio de sua função ou que seja facilitado pelo seu exercício, em violação de suas obrigações legais, contratuais ou profissionais. Com essa previsão, embora o sistema francês continue adotando o modelo laboral de incriminação da corrupção ativa, a configuração do delito deixa de estar atrelada exclusivamente à violação de deveres de lealdade e de boa-fé, passando a vincular-se à violação de um determinado sistema de normas reguladoras da relação trabalhista existente entre as partes.

O modelo omnicomprensivo de incriminação da corrupção privada pressupõe a adoção de um *tipo unitário de corrupção*, que envolve tanto a corrupção pública como a privada.<sup>31</sup> Isto vale dizer: a corrupção consiste em um *delito comum*, não sendo exigido pelo tipo penal qualquer qualidade especial do sujeito ativo, podendo a conduta típica ser praticada tanto por agentes públicos como por particulares. Trata-se do modelo perfilhado pelo legislador penal sueco (cap. 17, §7 e cap. 20, §2, do

Código Penal<sup>32</sup>), cuja decisão político-criminal se sustenta na ideia de que a corrupção sempre gera ineficiência econômica e custos excessivos que acabam por onerar a todos os cidadãos, sejam eles administrados ou consumidores.<sup>33</sup>

A adoção dessa técnica legislativa surge como uma resposta à redução dos limites da Administração Pública resultante de três situações distintas: privatização de sociedades empresárias estatais; transferência da gestão de serviços públicos ao setor privado,<sup>34</sup> bem como, da sujeição de determinados entes estatais a regimes jurídicos de natureza híbrida.<sup>35</sup>

Tais fenômenos criam uma zona de penumbra entre o setor público e o privado e naqueles sistemas jurídicos cujas definições de “agente público” são mais restritas dão lugar ao surgimento de lacunas de punibilidade em relação àquelas condutas que, uma vez praticadas por particulares, deixam de ser consideradas crime visto que não estão mais abrangidas pelo regime jurídico próprio dos delitos funcionais.<sup>36</sup>

O terceiro modelo de incriminação da corrupção privada é aquele que atende aos seus aspectos patrimoniais. O bem jurídico tutelado é o *patrimônio social* e o delito de corrupção privada consiste em um tipo especial de *administração desleal do patrimônio social*,<sup>37</sup> também denominada *infidelidade patrimonial (Untrue)*. Esta última vem a ser a opção adotada pelo ordenamento jurídico italiano, tendo em vista o disposto no art. 2.635<sup>38</sup> do Código Civil respectivo, com redação modificada pela Lei 190, de 06.11.2012.<sup>39</sup>

Em linhas gerais, a legislação italiana sanciona penalmente a conduta de administradores, diretores, gerentes responsáveis pela elaboração de relatórios financeiros da empresa, auditores e liquidatários que, em virtude de paga ou promessa de pagamento de dinheiro ou outro benefício, direta ou indiretamente, realize ou omita atos com violação ao seu dever de ofício ou de fidelidade, causando dano à sociedade.

De um ponto de vista técnico-legislativo, o modelo patrimonial consegue forjar de maneira mais satisfatória o tipo de injusto da corrupção privada. Diferentemente do que ocorre no modelo laboral, neste âmbito o bem jurídico tutelado (*patrimônio social*) é dotado de um conteúdo material concreto, o que possibilita delimitar com clareza qual espécie de conduta representam ataques intoleráveis àquela realidade social, a partir de um ponto de vista *ex ante*. Também permite averiguar quais efeitos lesivos advindos dessas condutas são relevantes do ponto de vista de justificação da intervenção jurídico-penal. Em outras palavras, nesse modelo de incriminação é possível distinguir, de um lado, o desvalor da ação, que está fundamentado pelo dolo, e demais elementos subjetivos do injusto, e, ainda, pela infração do dever de fidelidade ou dos deveres próprios da função desempenhada pelo sujeito ativo, e, de outro, o desvalor do resultado, que, por sua vez, se identifica com a lesão ou exposição a perigo concreto de lesão do bem jurídico patrimônio social.

Outro dado de suma importância passível de nota diz respeito à preferência do legislador italiano pela estrutura de delitos de lesão na construção do tipo penal, uma vez que a consumação do delito depende da causação de dano à sociedade empresarial (“cagionando nocumento alla societa”). Com isso, não há crime quando a solicitação, a aceitação ou o recebimento do benefício indevido, com vistas à realização ou omissão de determinados atos em violação aos deveres de fidelidade ou aqueles próprios de seu ofício, não determinem qualquer tipo de lesão ao patrimônio social. Tampouco configura crime os casos de oferecimento e pagamento de vantagem, com vistas a que o empregado realize ou omita tais atos, quando a expectativa patrimonial gerada por esta atuação configure uma contraprestação econômica que compense o oferecimento ou seu efetivo pagamento.<sup>40</sup>

Por fim, o último e mais significativo modelo de incriminação da corrupção privada é o que se efetua a partir do *direito de concorrência*. Tal modelo é adotado pelos ordenamentos jurídicos alemão (§§299 e 300 StBG<sup>41</sup>), espanhol (art. 286 *bis*, do Código Penal<sup>42</sup>), suíço (arts. 4a e 23 da Lei de Concorrência Desleal<sup>43</sup>), austríaco (n. 1 e 2, § 10, UGW<sup>44</sup>) e pelos mais relevantes tratados internacionais que tratam do tema.

De acordo com a referida construção, o bem jurídico tutelado é a *livre concorrência*,<sup>45</sup> de forma que a corrupção privada consiste afinal em uma forma de *concorrência desleal*. Entende-se por livre concorrência a “situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos”.<sup>46</sup>

Trata-se de bem jurídico transindividual e, portanto, indisponível, de forma que o consentimento do empresário ao qual se encontra vinculado o empregado que tenha oferecido, prometido, aceitado ou recebido o benefício indevido resulta irrelevante para a conformação do tipo penal.<sup>47</sup>

Para que seja possível entender a concorrência como objeto de proteção jurídico-penal do delito de corrupção privada, é necessário considerar que ela desempenha pelo menos duas funções de extrema importância: uma de natureza econômica e outra de natureza político-social.<sup>48</sup> A função econômica se reflete na qualidade de mercadorias e serviços disponibilizados no mercado, bem como, na livre formação de preços. A partir dessa perspectiva, a tutela da competência pretende assegurar que os preços de mercado se formem perfeitamente “segundo a correção entre oferta e procura, sem interferência predominante de compradores ou vendedores isolados”.<sup>49</sup> Isso propicia que os capitais circulem livremente entre os vários ramos e setores, de modo a haver a transferência dos menos rentáveis para os mais rentáveis em cada conjuntura econômica.<sup>50</sup>

Por outro lado, a função político-social se vincula ao direito de competir que ostenta todo aquele que participa profissionalmente no tráfico econômico, devendo-lhes ser garantido um mínimo econômico competitivo que facilite ao máximo os benefícios inerentes à concorrência.<sup>51</sup> “Esse mínimo é garantido exigindo um comportamento leal e trata de erradicar os comportamentos que de fato restringem a liberdade dos competidores (convênios ou acordos monopolísticos) e os comportamentos desonestos na luta pela clientela”,<sup>52</sup> dentre os quais estão abarcados os atos de corrupção privada.

A ideia reitora desse marco teórico, portanto, é que a corrupção privada configura uma forma de concorrência desleal,<sup>53</sup> conduta esta que supõe a “transgressão das normas objetivas de conduta que emanam diretamente do princípio de concorrência econômica e que pesam sobre todos aqueles que desenvolvem uma atividade econômica de produção ou mediação de bens ou serviços no mercado”.<sup>54</sup> Em consequência, o desvalor da ação que caracteriza o delito não se baseia na infração dos deveres de lealdade<sup>55</sup> para com o empregador, nem tampouco em um dever genérico de probidade ou de honestidade empresarial.<sup>56</sup> Pelo contrário, são sancionados comportamentos que infringem as regras do bom funcionamento do mercado<sup>57</sup> e que implicam na corrupção de pessoas com capacidade decisória no seio de entidades empresariais.<sup>58</sup> Com essa previsão, pretende-se impedir que a posição que um determinado agente ocupe no mercado dependa da quantidade de benefícios indevidos que prometa ou ofereça, em detrimento do preço e da qualidade dos bens e serviços oferecidos.<sup>59</sup>

### 3. A criminalização da corrupção entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a corrupção entre particulares, tal como proposta pelas convenções internacionais, não encontra adequação típica, seja na legislação penal, seja na administrativa. Para suprir essa “lacuna de punibilidade”, o Projeto de Reforma do Código Penal brasileiro (Projeto de Lei do Senado – PSL – n. 236, 2012) – chamado “Projeto Sarney” – pretende criminalizar no art. 167, do Título II, que trata dos Delitos contra o Patrimônio, a figura da *corrupção de particulares*, nos termos seguintes:

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

Pena – prisão, de um a quatro anos.

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

Prefacialmente à análise dogmática do dispositivo ínsito no Projeto de Reforma do Código Penal, convém asseverar que a criminalização dos comportamentos vinculados ao delito de corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro decorre da adoção irreflexiva pelo legislador brasileiro da política criminal internacional de combate à corrupção.<sup>60</sup>

A decisão que culmina na apresentação da presente iniciativa penal não vem precedida por um verdadeiro debate legislativo, doutrinário e jurisprudencial dedicado a verificar, de um lado, a existência de uma firme convicção social a respeito da legitimidade da intervenção penal nessa seara privada,<sup>61</sup> e, de outro, se tal intervenção está justificada com base em critérios de merecimento e da necessidade de pena.<sup>62</sup>

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

### 3.1 Bem jurídico tutelado

Tendo em vista a opção do legislador no citado Projeto de prever o delito de corrupção entre particulares no título que versa sobre os delitos contra o patrimônio, e considerando que essa escolha não é casual, uma vez que a melhor técnica legislativo-penal impõe que o legislador esclareça no próprio diploma legal quais são os valores que pretende tutelar por meio da previsão de comportamentos delitivos.<sup>63</sup> resulta forçoso concluir que o bem jurídico tutelado em uma eventual criminalização dessa figura é o *patrimônio social*.

Trata-se de bem jurídico de natureza individual consistente no complexo de bens e direitos, de titularidade do empresário ou da instituição privada, destinados à exploração de atividades de natureza econômica ou de outra espécie, tais como as atividades intelectuais, filantrópicas, culturais, científicas ou literárias.

Para fins penais, o acervo patrimonial é composto pelos bens corpóreos e bens incorpóreos que compõem o ativo patrimonial da pessoa jurídica. Os bens corpóreos são os dotados de existência física<sup>64</sup> e compreendem os bens imóveis; as mercadorias do estoque; os mobiliários; utensílios; veículos; maquinaria e todos os demais bens imateriais que o empresário ou a instituição privada utilizam na exploração de sua atividade. Por outro lado, os bens incorpóreos são os bens meramente conceituais, desprovidos de materialidade física.<sup>65</sup> Abrangem os direitos patrimoniais (direitos do autor sobre a obra de arte, literária ou científica; direitos de crédito; direitos reais quanto à coisa); os bens industriais (patente de invenção, de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marca registrada, nome empresarial e título de estabelecimento); o “ponto comercial” (local em que se explora a atividade econômica) e todos os demais bens imateriais cuja titularidade recai sobre o empresário ou a instituição privada.<sup>66</sup>

A dignidade penal desse bem jurídico é indiscutível. Os bens e direitos englobados pelo conceito de patrimônio social constituem um suporte material imprescindível para a realização exitosa de atividades valiosas e socialmente relevantes. Em última análise, o exercício de tais atividades impulsiona a satisfação de objetivos fundamentais preconizados pela Constituição de 1988, estejam eles vinculados a tarefas assistenciais promotoras de desenvolvimento social em condições de justiça, igualdade e solidariedade, ou ainda, ao normal funcionamento de uma economia social de mercado que promova o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas no seio social e que esteja comprometida com o bem-estar de todos os cidadãos; com o desenvolvimento econômico nacional; com a erradicação da pobreza e da marginalização e com a redução de desigualdades sociais.

Contudo, a dignidade penal de tal bem jurídico pode justificar a criminalização da figura de administração desleal do patrimônio alheio, seja de natureza genérica<sup>67</sup> ou exclusivamente societária,<sup>68</sup> sendo bastante questionável, desde uma perspectiva político-criminal, que possa fundamentar a criminalização da corrupção privada, figura associada a certos tipos comportamentais empreendidos no âmbito da exploração empresarial da atividade econômica que estão direcionados ao ataque de determinadas condições essenciais ao funcionamento do sistema econômico estabelecido, mais concretamente o regime da livre concorrência.

Na realidade, o legislador brasileiro não é capaz de identificar os interesses lesionados e delimitar satisfatoriamente o âmbito do injusto e o dano social provocado pelos atos de corrupção privada.

Os comportamentos corruptos privados, na medida em que condicionam a aquisição de bens e a prestação de serviços relativos à percepção de benefícios indevidos, mais do que eventualmente ocasionam dano patrimonial ao empresário ou à instituição privada, distorcem as condições competitivas do mercado, atingindo de forma intolerável as funções econômica e de político-social desempenhadas pelo regime de livre concorrência. Isso porque se refletem negativamente tanto na qualidade de mercadorias e serviços disponibilizados no mercado e na livre formação de preços,

como também, impedem que as demais empresas que participam profissionalmente no tráfico econômico possam competir em regime de relativa igualdade.<sup>69</sup>

Por fim, a escolha do modelo patrimonial de certa forma contradiz o argumento trazido pelo próprio legislador brasileiro da citada proposta legal ao justificar a introdução da corrupção privada no ordenamento jurídico-penal brasileiro, qual seja: a obrigação de “dar cumprimento a tratados e convenções internacionais”. Ora, se o legislador entende que está obrigado a introduzir no novo Código Penal o delito de corrupção entre particulares em razão da ratificação pelo Estado brasileiro da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (art. 21), o que de *per se* já é bastante discutível, de acordo com os argumentos acima desenvolvidos, seria mais coerente que tivesse associado essa figura delitiva à proteção da livre concorrência e não à tutela do patrimônio social.

### 3.2 Sujeitos do delito

O art. 167 do Projeto de Reforma do Código Penal brasileiro, na sequência lógica dos tradicionais delitos de corrupção passiva (art. 317, CP<sup>70</sup>) e corrupção ativa (art. 333, CP<sup>71</sup>), incrimina o acordo entre dois particulares, o representante da sociedade empresária ou instituição privada (corrupto) e o particular alheio a elas (corruptor), cujo objeto consiste em prestações reciprocamente consideradas. De um lado, o corruptor oferece, promete, entrega ou paga uma vantagem indevida a fim de que o corrupto realize ou omita ato inerente às suas atribuições, o qual, por sua vez se propõe a atuar ou omitir-se visando a percepção do benefício indevido.

São sancionadas todas as possíveis formas e modalidades do mencionado ajuste e, para efeitos de pena, é irrelevante que a iniciativa para sua concretização tenha partido do corrupto ou do corruptor.<sup>72</sup> Tampouco é necessário que o ato ou a omissão objeto do *pactum sceleris* esteja perfeitamente individualizado no momento da realização do ajuste corrupto, bastando que seja possível inferir com clareza que a vantagem indevida consiste em uma forma de contraprestação pela realização ou omissão de uma determinada classe de ato inerente às atribuições do representante da sociedade empresária ou instituição privada.

Dessa forma, quer dizer, na forma proposta, a corrupção privada constitui um *delito de concurso necessário*, na medida em que exige a presença de duas pessoas, o corrupto e o corruptor.<sup>73</sup>

Entretanto, a despeito de participarem de um mesmo fato delitivo, cada um dos sujeitos responde por um crime distinto, tratando-se de uma exceção à teoria monística da ação prevista no art. 29, CP.<sup>74</sup>

Desse modo, o corrupto responde pelo delito de corrupção privada passiva (art. 167, *caput*), enquanto o corruptor responde pelo delito de corrupção privada ativa (art. 167, parágrafo único).

#### 3.2.1 Sujeitos ativo e passivo do delito de corrupção privada passiva (art. 167, *caput*)

*Sujeito ativo* do crime de corrupção privada passiva é o *representante de empresa ou instituição privada*.

Trata-se de delito especial próprio, na medida em que o tipo penal restringe a autoria delitiva àquelas pessoas que reúnem determinados requisitos ou qualidades pessoais, e cuja conduta consista em uma infração de dever jurídico específico,<sup>75</sup> em regra previsto na legislação de natureza extrapenal.<sup>76</sup>

No caso em análise, os deveres infringidos pela conduta do agente seriam os de lealdade para com o empresário ou instituição privada e o de salvaguarda do patrimônio social respectivo. Para delimitar o círculo de sujeitos ativos faz-se necessário, em primeiro lugar, identificar na legislação laboral, mercantil ou empresarial os indivíduos obrigados à observância dos deveres de lealdade e de salvaguarda patrimonial e, em um segundo momento, determinar aqueles a quem a lei atribui poderes decisórios capazes de vincular juridicamente a pessoa jurídica. Consideradas essas premissas, regra geral, são autores do delito: os sócios com poder de administração, diretores, gerentes, membros do conselho de administração ou qualquer outro indivíduo que, tendo poder de decisão, atue como representante da pessoa jurídica.<sup>77</sup>

De acordo com a redação contida no Projeto, a conduta pode ser praticada *direta ou indiretamente* pelo representante do empresário ou instituição privada. Com tal previsão, o legislador fez referência expressa à possibilidade de autoria imediata única, coautoria imediata e autoria/coautoria mediata no

delito de corrupção privada passiva.<sup>78</sup>

O sujeito ativo pratica diretamente o delito (autoria direta ou imediata) quando realizar pessoalmente todos os elementos do tipo, ou ainda, quando, para a consecução do comportamento típico, utilizar-se de pessoa interposta que não realiza conduta, o que se dá nos casos de força física irresistível (*vis absoluta*); estados de inconsciência absoluta – desde que não deliberada –; reflexos corporais estritamente somáticos; e ainda, falta de capacidade de ação ou imobilidade por incapacidade de dirigir movimentos. Por outro lado, pratica indiretamente o delito (autoria indireta ou mediata) quando, na realização delitiva, valer-se de terceira pessoa que atua como mero instrumento. Em síntese, tem-se a autoria mediata nas hipóteses de coação moral irresistível (art. 22, CP); obediência hierárquica (art. 22, CP); na indução a erro ou nos casos em que o autor mediato se aproveita da situação de erro de tipo ou de proibição do sujeito; bem como, nos casos de utilização de inimputáveis ou de pessoa amparada por alguma causa de justificação.<sup>79</sup>

O tratamento dogmático do comportamento delitivo daquele que coopera dolosamente na conduta do sujeito que reúne as qualidades especiais previstas no tipo penal, de acordo com a sistemática do concurso de agentes delineada no Código Penal brasileiro (arts. 29 e 30), transita entre as hipóteses de coautoria e participação, sendo o critério distintivo a natureza da contribuição do comportamento do agente ao evento delitivo. De sua vez, é coautor todo aquele que, mediante acordo prévio e em regime de divisão de trabalho, contribuir para a consecução da empresa delitiva comum.<sup>80</sup> Por outro lado, é participe quem realiza uma conduta acessória ao comportamento típico empreendido pelo autor, ou seja, quem contribuir para a realização do delito em caráter secundário, seja por meio das formas de participação moral (instigação ou induzimento) ou de participação material (auxílio). Vale ressaltar que mesmo o *extraneus* poderá responder pelo delito tanto a título de coautoria como de participação, tendo em vista o disposto no art. 30 do CP, que dispõe, *a contrario sensu*, que as circunstâncias e condições pessoais do agente se comunicam quando elementares do tipo.<sup>81</sup>

*Sujeito passivo* do delito, por sua vez, é a *empresa* ou a *instituição privada* ao qual se vincula o sujeito ativo.

A utilização do vocábulo *empresa* causa certa perplexidade. Em termos técnicos, empresa é definida como a *atividade econômica* de produção e circulação de bens e serviços explorada pelo empresário, sendo este pessoa física (empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada), mediante a articulação dos fatores de produção (mão de obra, capital, insumo e tecnologia).<sup>82</sup> Trata-se, portanto, de um conceito abstrato que se refere ao objeto de direito (atividade), e não ao sujeito de direito (empresário) e que, como tal, não pode ser titular de direitos ou interesses imprescindíveis à existência humana e coexistência social passíveis de ataque pelo sujeito ativo.<sup>83</sup>

Ao que tudo indica o legislador vale-se do sentido leigo atribuído ao vocábulo.<sup>84</sup> Ocorre que a linguagem usual lhe confere dois significados bastante distintos, quais sejam: o de *sociedade empresária* ou *estabelecimento empresarial*. Dependendo de qual deles é privilegiado pelo legislador, o rol de sujeitos ativos e passivos da corrupção privada passiva resta mais ou menos abrangente. Isso porque, se o legislador pretende conferir à palavra empresa o sentido de sociedade empresária, o que parece ser o mais lógico (é o sentido aqui adotado), está excluído do âmbito da figura delitiva o empresário individual, justamente porque não constitui uma forma de sociedade. Por outro lado, se por empresa entende-se estabelecimento empresarial,<sup>85</sup> o empresário individual integra o rol dos sujeitos passivos do delito, uma vez que tal forma empresarial de exploração de atividade econômica pode ser titular de, no mínimo, um estabelecimento comercial.

A imprecisão do conteúdo do tipo de injusto decorrente da falta de técnica legislativa é, para além de lastimável, totalmente inadmissível, pois ofende o princípio da determinação, corolário do princípio da legalidade penal.

A redação do tipo penal não foi suficientemente clara e precisa, o que leva que a conformação do rol de sujeitos ativos e passivos do delito dependa de uma interpretação casuística do julgador, propiciando uma absoluta insegurança jurídica.<sup>86</sup>

A expressão *instituição privada*, por sua vez, engloba todas as demais pessoas jurídicas de direito privado previstas no ordenamento jurídico pátrio (art. 40, CC), sendo elas: as associações, as fundações, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades simples, as organizações religiosas e os partidos políticos.

As *associações* são pessoas jurídicas que decorrem da união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, não havendo entre os sócios direitos e obrigações recíprocos (art. 53, CC). Consistem em reflexo do exercício do direito constitucional de associação, previsto no art. 5.º, XVII e XVIII, o qual está regulamentado pelo disposto nos arts. 44, I, 53 a 61 do Código Civil. *Fundação* é a pessoa jurídica resultante da afetação de um patrimônio para fins culturais ou de assistência, realizada por seu instituidor por meio de escritura pública ou testamento.<sup>87</sup> Seu regime jurídico está delineado nos arts. 62 a 69 do CC. Há de ser mencionado que embora as associações e fundações não persigam fins econômicos, isso não significa que não possam auferir lucro com as atividades que desenvolvem. Pelo contrário, ambas as pessoas jurídicas somente podem cumprir seus objetivos se logram gerar receita líquida com a administração dos bens de seu patrimônio.<sup>88</sup>

A *empresa individual de responsabilidade limitada* (Eireli) foi incluída no Código Civil brasileiro pela Lei 12.441, de 12.07.2011, com entrada em vigor no dia 09.01.2012, tendo em vista o período de *vacatio legis* de 180 dias. Assim, em termos legais, a empresa individual de responsabilidade limitada consiste em uma pessoa jurídica de direito privado (art. 44, VI, CC) constituída por uma única pessoa natural titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não é inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente (art. 948-A, CC).<sup>89</sup>

As *sociedades simples*, por sua vez, são pessoas jurídicas de fins econômicos. Significa dizer: o “que aproxima os sócios é unicamente o objetivo de fazerem dinheiro por meio da exploração em conjunto de uma atividade econômica. Nenhuma outra razão influencia o ânimo de manter a sociedade (a *affectio societatis*)”.<sup>90</sup> Entretanto, diferente da sociedade empresária, onde a exploração econômica se dá com a articulação dos quatro fatores de produção (capital, mão de obra, insumo e tecnologia), nestas agremiações estão ausentes estes quatro elementos. São sociedades simples, por exemplo, por expressa previsão legal (art. 966, parágrafo único, CC), as sociedades que exercem atividades de natureza intelectual, científica, literária ou artística, ainda que tal exercício se dê com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.<sup>91</sup>

As *organizações religiosas*, após o advento da Lei 10.825/2003, que alterou o Código Civil, passam a ser consideradas pessoas jurídicas distintas das associações e fundações e se destinam à propagação de dogmas religiosos, além da realização de atividades de caráter assistencial. Consistem em pessoas jurídicas de natureza institucional, sendo regidas por seu respectivo estatuto.<sup>92</sup> O fundamento de validade das organizações religiosas repousa no art. 5.º, VI, XVII, XVIII e XVIII, bem como, no art. 19, ambos da Constituição Federal e no art. 44 do CC, em cujo § 1.º lhes é assegurada a liberdade de criação, organização, estruturação interna e funcionamento, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos necessários ao seu funcionamento.

Por fim, os *partidos políticos* são pessoas jurídicas de natureza institucional,<sup>93</sup> cujo fundamento legal está previsto nos arts. 14, V, e 17 da Constituição Federal, os quais são regulados pela Lei 9.096/1995. De acordo com os arts. 1.º e 2.º deste último diploma legal, tais agremiações destinam-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal, sendo livre a criação, fusão, incorporação e extinção daqueles cujos programas respeitem a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

### 3.2.2 Sujeitos ativo e passivo do delito de corrupção privada ativa (art. 167, parágrafo único)

*Sujeito ativo* do delito de corrupção privada ativa pode ser *qualquer pessoa*, seja ela um particular, o empresário individual, ou ainda, qualquer pessoa que esteja vinculada a uma sociedade empresária ou instituição privada, tais como, sócios, diretores, gerentes, administradores, empregados etc. Trata-se, portanto, de delito comum.

A conduta prevista no parágrafo único do art. 167 pode ser praticada *direta ou indiretamente*. Tal como ocorre no crime de corrupção privada passiva, com essa previsão o legislador fez referência expressa à possibilidade de autoria imediata única, coautoria imediata e autoria/coautoria mediata no delito de corrupção privada ativa. Sobre este tema, remetemos à leitura das considerações acima traçadas.

*Sujeito passivo*, por sua vez, vem a ser a sociedade empresária ou instituição privada à qual se

encontra vinculado o sujeito que se pretenda corromper por meio da vantagem indevida. Dessa forma, tal como se dá na corrupção privada passiva, são sujeitos passivos as sociedades, comuns ou empresárias, as associações, as fundações, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades simples, as organizações religiosas e os partidos políticos.

### 3.3 Estrutura do tipo de injusto

#### 3.3.1 Corrupção privada passiva

A *corrupção privada passiva* está prevista no *caput* do art. 167 do Projeto. O núcleo do tipo se consubstancia pelos verbos reitores *exigir*, *solicitar*, *aceitar* ou *receber*. O verbo *exigir* denota a ação de impor como obrigação, reclamar de forma imperiosa, intimar etc. *Solicitar* implica a ação de pedir, de requerer, de rogar, podendo se dar de forma explícita ou mediante comportamento astucioso do agente que deixa transparecer sua proposta venal. Cumpre registrar que o agente pode utilizar qualquer meio para exigir ou solicitar a vantagem indevida, como palavras, atos, gestos insinuantes, escritos etc. *Receber* denota a ideia de tomar o que é oferecido, dado ou mandado; obter a vantagem indevida. *Aceitar* significa receber o que é oferecido. O ato de aceitar expressa a anuência do representante da sociedade empresária ou instituição privada à proposta corruptora de um benefício atual ou futuro ofertado pelo corruptor. Tanto na modalidade receber como na de *aceitar* há uma conduta passiva do representante, em contrapartida à ação de oferecer, prometer, entregar ou pagar praticada pelo corruptor, prevista no parágrafo único do art. 167. Trata-se, portanto, de delito de ação múltipla ou conteúdo variável uma vez que o tipo se refere a várias modalidades de conduta, permanecendo a inalterada a unidade delitiva ainda que perpetrada mais de uma dessas ações.<sup>94</sup>

Dada a falta de técnica legislativa na construção do tipo penal, a apreensão da conduta penalmente relevante resulta bastante problemática. Entretanto, parece razoável concluir que a conduta típica prevista no *caput* do art. 167, consiste no ato de o representante de sociedade empresária ou instituição privada exigir, solicitar, receber ou aceitar a paga ou a promessa de pagamento de vantagem indevida, direta ou indiretamente, para favorecer a si ou a terceiros, a fim de realizar ou omitir atos inerentes às suas atribuições.

*Vantagem indevida* é todo benefício ou proveito contrário ao direito. Trata-se de elemento normativo jurídico do tipo que representa toda e qualquer prestação, material ou imaterial, que melhore a situação pessoal ou jurídica do beneficiário, desde que não justificados; ou seja, para a configuração do tipo é essencial que o agente não tenha direito sobre tais benefícios.<sup>95</sup> A expressão deve ser interpretada em sentido amplo, de forma a abarcar tanto os benefícios de natureza econômica ou patrimonial quanto aqueles de natureza não patrimonial, uma vez que o legislador brasileiro quando quer restringir o sentido da expressão “vantagem indevida” aos benefícios de natureza econômica, o faz expressamente, conforme se observa no delito de extorsão, previsto no art. 158 do CP.<sup>96</sup> Dessa forma, a expressão abrange benefícios como dinheiro, bens imóveis, joias, distinções honoríficas, promoção funcional, ou ainda, a satisfação de desejos sexuais ou de vingança etc. Tal qual na extorsão, a percepção da vantagem indevida não precisa ser imediata, podendo concretizar-se no futuro, e se destinar tanto ao agente como também a terceira pessoa.

Agrega-se, por oportuno, que a retribuição pretendida pelo representante da empresa ou instituição privada com o ato realizado, omitido, a realizar-se ou a omitir-se, deve ser vista no aspecto objetivo e subjetivo, já que os benefícios visados ou recebidos pelo agente nem sempre se inserem no âmbito de um pacto de corrupção. Portanto, além da relação objetiva que deve aflorar entre a vantagem que gravita na corrupção e o ato praticado pelo agente, impõe-se a necessária análise de uma relação subjetiva, no sentido de haver um interesse pessoal do representante em alcançar uma retribuição e a vontade de retribuir por parte do particular, de forma que, ausente tal interesse pessoal, não se configura o delito em epígrafe.

Assim, as homenagens feitas ao representante de empresa ou instituição privada por honorabilidade, manifestadas por estima ou admiração, bem como pequenos presentes recebidos por mera cortesia, como comestíveis, bebidas etc., ofertados desinteressadamente, *v.g.*, nas festividades natalinas ou do Ano Novo, não encontram tipicidade na norma em exame, visto que não há vontade de corromper, nem mesmo a consciência do representante em praticar nenhum ato movido pela venalidade.<sup>97</sup>

O dado essencial do delito de corrupção entre privados não reside exatamente na solicitação ou recebimento de uma vantagem indevida pelo representante da empresa ou instituição privada, mas

na infração dos deveres próprios de seu ofício que resultem na lesão ou na exposição a um perigo de lesão do patrimônio social.

Para a configuração delitiva se faz necessário que a vantagem indevida exigida, solicitada, aceita ou recebida esteja relacionada à realização ou omissão de um ato inerente às atribuições do representante da empresa ou instituição. Na forma comissiva o representante pratica um ato atentando contra os deveres inerentes ao exercício do seu cargo, enquanto na modalidade omissiva, o agente deixa de praticar ato sobre o qual gravita o pacto criminoso. A exemplo do que ocorre na corrupção passiva praticada por funcionários públicos, na corrupção passiva entre particulares este ato pode ser lícito ou ilícito. Assim, quando o representante pratica um *ato lícito* visando à obtenção de vantagem indevida, dá-se a *corrupção privada passiva imprópria*, enquanto a prática de um *ato ilícito*, que expressa a violação dos deveres de seu ofício caracteriza a *corrupção privada passiva própria*.

Em regra, a corrupção passiva pode ainda ser classificada em *antecedente* e *subsequente*, dependendo do momento em que se concretiza a vantagem. A corrupção passiva é antecedente quando o pacto é selado com anterioridade à prática, pelo agente, do ato ou omissão objeto do acordo, enquanto a subsequente se clarifica quando o agente recebe a vantagem ilícita, pelo ato ou omissão, sem que tenha havido um prévio ajuste com o *particular beneficiado*. No entanto, tendo em vista a configuração da conduta típica proposta pelo projeto, a corrupção privada passiva não abarca a modalidade de recompensa por atos realizados (corrupção privada passiva subsequente), pois a conduta deve ser realizada *a fim de realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições*, o que supõe que o ajuste delituoso deva necessariamente ser anterior à prática ou omissão de ato próprio das atribuições do representante, ainda que a vantagem acordada seja entregue depois.

Por fim, exige-se como pressuposto do delito em exame, que o ato cuja realização ou omissão constitui objeto do pacto corrupto seja abarcado pelas atribuições inerentes à função exercida pelo representante da sociedade empresária ou instituição privada. Caso o agente não seja competente para a prática de tal ato, pode responder a título de coautoria, autoria mediata ou participação, quando, de forma efetiva, influenciar no comportamento do sujeito competente, levando-o a omitir ou realizar ato inerente às suas atribuições.

O *tipo subjetivo* da corrupção privada passiva está representado pelo *dolo* consubstanciado na consciência e vontade de exigir, solicitar, receber, aceitar vantagem indevida, atual ou futura para realizar ou omitir atos inerentes às suas atribuições. Em todas as modalidades de conduta típica exige-se o dolo direto, pois o agente deve pretender o acordo corrupto, ou seja, deve reconhecer que a vantagem indevida consiste em contraprestação pela realização ou omissão de um ato inerente às suas atribuições.

Além do dolo, o tipo subjetivo traz um *elemento subjetivo do injusto* manifestado pelo especial fim de agir, contidos nas expressões *para favorecer a si ou a terceiros*. Trata-se de um delito de intenção (tendência interna transcendente),<sup>98</sup> pois o objetivo do suborno é conseguir uma vantagem para si ou para um terceiro, o qual pode ser o beneficiário último.<sup>99</sup>

A terminologia empregada pelo projeto, no entanto, não é tecnicamente correta e gera confusão quanto ao âmbito do favorecimento pretendido, que no caso em análise está vinculado à percepção da vantagem indevida e não ao benefício percebido pelo corruptor que pode resultar da realização ou omissão, pelo representante, do ato inerente às suas atribuições. Dessa forma, teria sido mais técnico e correto que o legislador tivesse utilizado a expressão *para si ou para outrem*, já tradicional no ordenamento jurídico brasileiro.

O delito se consuma com a mera exigência, solicitação, recebimento ou aceitação da promessa ou paga da efetiva vantagem indevida. Trata-se de delito mutilado de dois atos, pois o sujeito ativo realiza a primeira conduta (exigir, solicitar, aceitar ou receber) a fim de levar a termo a segunda (realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições),<sup>100</sup> cuja efetiva realização configurará mero exaurimento do crime. Por tanto, não basta que o representante de empresa ou instituição privada exija, receba ou aceite a paga ou a promessa de pagamento de vantagem indevida. Para que essa conduta seja considerada típica, deve atuar a fim de alcançar um resultado que fica fora do tipo penal, consubstanciado na realização ou omissão de ato inerente às suas funções. Configura mero exaurimento da conduta delitiva o fato de o sujeito ativo realizar ou omitir atos inerentes às suas atribuições em face da motivação propiciada pela vantagem indevida ou promessa de recebê-la.

Entretanto, se este segundo ato configurar alguma espécie delitiva prevista no ordenamento jurídico, há possibilidade de se verificar concurso material de delitos.

Quanto à materialidade, consiste a corrupção privada passiva em *delito de perigo abstrato*. A opção legislativa por esta técnica, entretanto, causa alguma estranheza, pois uma incursão no direito comparado com vistas a identificar as características básicas da corrupção privada dentro do modelo patrimonial de incriminação permite concluir que, via de regra, e considerando a natureza individual do bem jurídico tutelado, a corrupção privada passiva consiste em delito de lesão ou, no máximo, delito de perigo concreto. Isso porque, de acordo com os postulados básico desse modelo de incriminação, o desvalor da ação recai sobre a conduta do empregado que resulta na *infração do dever de fidelidade* ou *dos deveres próprios de seu ofício*, em razão da efetiva percepção ou da promessa de um *benefício indevido* (vantagem indevida), *para si ou para outrem*. O desvalor do resultado, por sua vez, corresponderia à lesão ou, no mínimo, à exposição a um perigo concreto de lesão do bem jurídico *patrimônio social*, sendo que, via de regra, esse resultado está previsto como *elemento normativo do tipo penal* (delito de resultado).

### 3.3.2 Corrupção privada ativa

A conduta típica descrita no parágrafo único do art. 167 do Projeto de Reforma, por sua vez, consiste em uma forma de *corrupção ativa* e se consubstancia no ato de oferecer, prometer, entregar ou pagar, direta ou indiretamente, vantagem indevida ao representante de sociedade empresária ou instituição privada, para determiná-lo a realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições. Pune-se, desse modo, o particular que corrompe ou tenta corromper o representante de empresa ou instituição privada mediante oferecimento, promessa, entrega ou pagamento de vantagem indevida. Nos casos de decisão colegiada, basta que a vantagem indevida seja oferecida para apenas um dos membros para que reste configurado o delito, visto que plenamente realizada a conduta típica.<sup>101</sup>

O núcleo do tipo está expresso pelos verbos *oferecer*, *prometer*, *entregar* ou *pagar*. Tal como ocorre com o *caput* do art. 167, trata-se de delito de ação múltipla ou conteúdo variável uma vez que o tipo se refere a várias modalidades de conduta, permanecendo a inalterada a unidade delitiva ainda que perpetrada mais de uma dessas ações. *Oferecer* denota a ação de propor, apresentar, de colocar a disposição. *Prometer*, por sua vez, significa fazer promessas, afirmar previamente que se vai cumprir, dar ou realizar algo, enfim, expressa o ato de obrigar-se a dar, de empenhar o compromisso de que dará ou fará algo em favor de alguém.<sup>102</sup> Tais condutas se distinguem tanto do ato de *entregar*, que tem o sentido de efetivamente dar posse de algo, transferir a propriedade, como do ato de *pagar*, que consiste em remunerar, recompensar o representante de sociedade empresária ou instituição privada com uma vantagem indevida.<sup>103</sup> Cumpre registrar que o agente pode utilizar qualquer meio para corromper o representante de sociedade empresária ou instituição privada, como palavras, atos, gestos insinuantes, escritos etc.

O elemento normativo do tipo *vantagem indevida* constitui todo benefício ou proveito contrário ao Direito. Tal como ocorre na corrupção privada passiva, a vantagem pode ser de qualquer natureza, seja ela patrimonial ou não. Frise-se que pequenos mimos oferecidos ao representante da empresa ou instituição privada sem o ânimo de corrompê-lo não se amoldam ao tipo de injusto em análise. As homenagens feitas a representante por honorabilidade, manifestadas por estima ou admiração, bem como pequenos presentes recebidos por mera cortesia, como comestíveis, bebidas etc. ofertados desinteressadamente, v.g., nas festividades natalinas ou do Ano Novo, não encontram tipicidade na norma em exame, visto que não há vontade de corromper, nem mesmo há consciência do representante no sentido de realizar ou omitir ato relativo a suas atribuições, movido pela venalidade.

O *tipo subjetivo* está representado pelo dolo, consubstanciado na consciência e vontade de *oferecer*, *prometer*, *entregar* ou *pagar* vantagem indevida a representante de sociedade empresária ou instituição, acrescido do *elemento subjetivo do injusto*, manifestado pelo especial fim de agir, que, *in casu*, é o escopo de levar o representante da empresa ou instituição a realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições (delito de tendência interna transcendente).

O delito se consuma com o mero oferecimento, promessa, entrega ou paga de vantagem indevida ao representante da sociedade empresária ou instituição privada.

Trata-se de delito de resultado cortado, pois o sujeito ativo realiza a conduta (oferecer, prometer, entregar ou pagar) visando a produção de um resultado que fica fora do tipo e que não depende de sua posterior intervenção (que o representante da sociedade empresária ou instituição privada

realize ou omita ato inerente às suas atribuições).<sup>104</sup> Entretanto, se este segundo ato configurar alguma espécie delitiva prevista no ordenamento jurídico, haverá a possibilidade de o sujeito ativo responder pelo delito na qualidade de partícipe (*indução* ou *instigação*).

Por fim, tal como ocorre na corrupção privada passiva, quanto à materialidade, a corrupção privada passiva consiste em delito de perigo abstrato.

### 3.4 Sanção penal

A pena prevista para ambos os delitos é de pena privativa de liberdade de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

## 4. Conclusões principais

O objetivo do trabalho é contribuir ao debate sobre a criminalização da corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro, oferecendo para tanto uma visão do direito comparado.

Aborda-se o conceito de corrupção, que vem definida como *a ação ou omissão empreendida por um decisor no exercício de suas atribuições que implica na violação de algum dever previsto no sistema normativo relevante ao qual aquele se encontra vinculado, com vistas à obtenção de benefícios extrapositionais para si ou para terceiros*.

Como mencionado, trata-se de um conceito amplo cuja pretensão é abarcar comportamentos praticados tanto na esfera pública como na privada. Dessa forma, a legitimidade da intervenção penal, depende que o legislador selecione aqueles comportamentos que supõem ataques intoleráveis a interesses previamente considerados imprescindíveis à convivência social e em relação aos quais os demais setores do sistema normativo não podem oferecer uma resposta mais eficaz e menos gravosas.

Atualmente, as condutas associadas ao fenômeno corrupção, sobre as quais incidem juízos desvalorativos penais, são classificadas levando-se em consideração a qualidade do sujeito ativo e o sistema normativo relevante ao qual se encontra vinculado. Considerando tais critérios, sustenta-se que o vocábulo *corrupção* faz referência a gênero que abriga duas espécies: a *corrupção pública* e a *corrupção privada*.

Posteriormente, ao longo do texto, esclarece-se que existe um amplo consenso de criminalização desses comportamentos na legislação comparada. Sistemas jurídicos de países europeus como Alemanha, Inglaterra, Áustria, França, Holanda, Suíça, Bélgica e, mais recentemente, Espanha, Portugal, Polônia e Itália preveem o delito de corrupção privada no Código Penal ou em outros de diplomas legais, sendo possível encontrar pelo menos quatro modelos de incriminação dessa conduta: o laboral; o omnicomprensivo, o patrimonial e o de proteção da livre concorrência.

Por fim, após a abordagem de alguns dos postulados básicos dos referidos modelos, procede-se à análise dogmática do art. 167 do Projeto de Reforma do Código Penal brasileiro, (Projeto de Lei do Senado – PSL – n. 236, 2012), chamado “Projeto Sarney”, cujo escopo é criminalizar a figura da *corrupção de particulares*.

As críticas veiculadas à inditosa legislação projetada dizem respeito, em suma, à escolha do bem jurídico tutelado, à delimitação dos sujeitos ativos e passivos da corrupção privada passiva e ativa, bem como à técnica empregada pelo legislador na construção do tipo de injusto de corrupção privada.

## 5. Bibliografia

ÁLVAREZ, Silvina. Reflexiones sobre la calificación moral del soborno. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

ACQUAROLI, R.; FOFFANI, L. *La corruzione tra privati*. Milano: Giuffrè, 2003.

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

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

BAÑERES SANTOS, Francisco. Corrupción entre privados (art. 286 bis, 287 y 288). In: QUINTERO OLIVARES (dir.). *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

BLANCO CORDERO, Isidoro. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas. *La Ley*. n. 7.534. p. 23-27. 2010.

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

BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional. *Uned. Teoría y realidad constitucional*. n. 25. p. 69-109. 1.º semestre, 2010.

CARUSO FONTÁN, María Viviana. El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. *Foro. Nueva época*. n. 9, p. 145-172, 2009.

CEREZO MIR, José. *Curso de direito penal espanhol: parte general*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. t. II.

COELHO, Fábio Uihôa. *Curso de direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. I.

COLLAO. Delimitación del concepto penal de corrupción. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXV. p. 339-359. 2004.

CRESPO, Demetrio. Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública. Pensamiento penal y criminológico. *Revista de Derecho Penal Integrado*. n. 07. ano IV. p. 103-126. 2003.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. ¿Qué intereses lesionan las conductas de corrupción? *Eguzkilore*. n. 23. p. 245-259. 2009.

DEMETRIO CRESOPO, Eduardo. Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública. Pensamiento penal y criminológico. *Revista de Derecho Penal integrado*, ano IV, n. 07, p. 103-126, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español: parte general. En esquemas*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

\_\_\_\_\_. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 1.

DUPUIS, Maria Benedetta. *La corruzione*. Milano: Cedam, 1995.

ESER, Albin; ÜBERHOFEN, Michael; HUBER, Barbara. *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht: ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz*. Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

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

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

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Calamidades*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

\_\_\_\_\_. Acerca del concepto de corrupción. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

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

\_\_\_\_\_; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 81, p. 07-35. São Paulo: Ed. RT, 2009.

HEIDENHEIMER, Arnold J. Perspectives on the perceptions of corruption. In: \_\_\_\_\_. JOHNSTON, Michael. *Political Corruption: concepts and contexts*. Transaction Publishers, New Brunswick, 2009.

JIMÉNEZ DE PADUA, Manuel. La corrupción en la democracia. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

MALEM SEÑA, Jorge F. El fenómeno de la corrupción. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal económico y de empresa. Parte especial*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MASSAGUER FUENTES, José; FOLGUERA CRESPO, Jaime; GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso; SALA ARQUER, José Manuel (dirs.). *Comentario a la ley de defensa de la competencia*. 2. ed. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2010.

NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V. *Corrupción entre particulares y tutela del mercado*. Barcelona, InDret, n. 4, 2011.

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

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

OTERO GONZÁLEZ, Pilar. Corrupción entre particulares (Delito de). Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*. n. 3. p. 174-183. set. 2012/fev. 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2013.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. 1, 2 e 7.

\_\_\_\_\_. *Direito penal econômico*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

QUELOZ, Nicolas; BORGHI, Marco; CESONI, Maria Luisa. *Processus de corruption en Suisse*. Bâle, Gêneve, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2000.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español: parte especial*. 6. ed. rev. actual. Barcelona: Atelier, 2010.

\_\_\_\_\_. La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales. *Cuadernos de derecho judicial* (Ejemplar dedicado a: Derecho penal económico). n. 2. p. 39-86. 2003.

REALE JUNIOR, Miguel. *Problemas econômicos concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. I.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delimitación del concepto penal de corrupción. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXV. p. 339-359. 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*.  
Página 16

Trad. de la 2. ed. alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. 11. ed. São Paulo: Best Seller, 2002.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Curso de derecho penal: parte especial*. Madrid: Dickinson, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; ROBLES PLATA, Ricardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El delito de corrupción entre particulares (art. 286 BIS). In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); PASTOR MUÑOZ, Nuria (coord.). *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2012.

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

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

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

---

1 Cf. VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006, p. 26 e ss.; BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional. *Uned. Teoría y realidad constitucional*. n. 25. p. 69-109. 1.º semestre, 2010, p. 74; COLLAO. Delimitación del concepto penal de corrupción. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXV. p. 339-359. 2004, p. 342; PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. 7, p. 125 e ss.

2 Cf. VILLORIA MENDIETA, M. Op. cit., p.28 e ss. Este último autor ressalta ainda a necessidade de se fazer a devida distinção entre a corrupção e outros conceitos similares (escândalo público, conflito de interesses, desvio de poder, financiamento ilegal de partido político, aceitação de propina ou presente, fraude, clientelismo político, por exemplo – cit., p. 56-72).

3 Idem, p. 29. A propósito, adverte o referido autor que, em sentido contrário às várias definições jurídicas, “es preciso decir que estas definiciones son demasiado estrechas y dejan fuera situaciones dignas rechazo moral, acciones que, aunque no entran en categorías jurídicas penalizadas, atentan contra la legitimidad de los regimenes políticos y pueden producir cambios substanciales a médio o largo plazo en los mismos” (p. 33-34).

4 A respeito do conceito de corrupção, vide GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Calamidades*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 203; NAVARRO FRÍAS, Irene; MELERO BOSCH, Lourdes V. *Corrupción entre particulares y tutela del mercado*. Barcelona, InDret, n. 4, 2011, p. 17; ÁLVAREZ, Silvina. Reflexiones sobre la calificación moral del soborno. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, p. 101-102; CARUSO FONTÁN, María Viviana. El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. *Foro. Nueva época*. n. 9, p. 145-172, 2009, p. 151-152; MALEM SEÑA, Jorge F. El fenómeno de la corrupción. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, p. 80. Para este último autor, “é possível definir um ato de corrupção como a violação de um dever posicional realizada por quem ostenta um cargo ou cumpre uma função determinada por certo sistema de regras, efetuada com motivo no exercício do cargo ou no cumprimento da função ou realizada no marco de discricionariedade, com o objetivo de lograr algum benefício extraposicional”. Sobre o tema, aduz Demetrio Crespo que “em sentido amplo, os atos de corrupção poderiam ser definidos como aqueles que implicam, por ação ou omissão, a violação de um ‘dever posicional’ ou o incumprimento de uma função específica, em um marco de discricionariedade, e com o objetivo de obter algum tipo de benefício ‘extraposicional’ (Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública. Pensamiento penal y criminológico. *Revista de Derecho Penal Integrado*. n. 07. ano IV. p. 103-126. 2003, p. 108).

5 GARZÓN VALDÉS, E. Acerca del concepto de corrupción. In: J. LAPORTA. Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, p. 45.

6 GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades* cit., p. 202. Vale mencionar, entretanto, que o autor não faz uso da expressão “sistema normativo de referência” e sim a “sistema normativo relevante”.

7 Idem, p. 202.

8 Para Gómez de la Torre e Fabián Caparrós, “se há pretensão de sintetizar as características-chaves que hoje apresenta a corrupção, faz-se necessário tomar como ponto de partida o fato inegável de que as condutas que incluímos dentro deste término não afetam somente ao bem jurídico que constitui o normal funcionamento da Administração Pública, mas que, em suas manifestações mais graves, seus efeitos sobre as relações econômicas a levam ao âmbito da delinquência socioeconômica e que, por outra parte, a dimensão internacional de alguns desses comportamentos leva a que o interesse de sua prevenção transcenda aos Estados individualmente considerados e vá à comunidade internacional” (Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 81, p. 07-35. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 23-24).

9 Ao tratar do conceito jurídico de corrupção, Villoria Mendieta destaca que “para o direito seria corrupta toda ação de um sujeito público ou privado que descumpra as normas jurídicas e viole as obrigações do cargo, com abuso de posição e a finalidade de obter benefícios privados pessoais ou para o grupo do qual forma parte o corrupto. Essa corrupção, por consequência, pode ser pública ou privada. Para a distinção, a chave está no sujeito que atua e em que qualidade atua. Em suma, a corrupção pública consiste em ações ou omissões vinculadas ao abuso do cargo público e com o descumprimento de normas jurídicas por parte das pessoas com responsabilidades públicas. A corrupção privada trataria de ações ou omissões vinculadas com o abuso de posição no âmbito das organizações privadas, com o descumprimento de normas jurídicas que regulam os deveres do agente frente ao principal. No entanto, em ambos os casos com a finalidade de se beneficiar direta ou indiretamente graças a esse abuso” (op. cit., p. 29).

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

11 VILLORIA MENDIETA, M., op. cit., p.29

12 Nessa linha, VILLORIA MENDIETA, M., op. cit., p. 53-54.

13 Sobre o tema, vide QUELOZ, Nicolas; BORGHI, Marco; CESONI, Maria Luisa. *Processus de corruption en Suisse*. Bâle, Genève, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 46-47; 330.

14 “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;

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1.º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.”

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

16 Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas. *La Ley*. n. 7.534. p. 23-27. 2010, p. 26; FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (orgs.). *Doutrinas essenciais - direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. IV, p. 662.

17 A propósito, vide ESER, Albin; ÜBERHOFEN, Michael; HUBER, Barbara. *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht: ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz*. Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1997.

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

19 NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 56.

20 Nesse sentido, FOFFANI, L., op. cit., p. 664, para quem o bem jurídico tutelado nesse modelo de incriminação é o dever de fidelidade que vincula o trabalhador ao empregador.

21 “Artikel 328ter

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

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

22 “Article L152-6. Le fait, par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d’agréer, directement ou indirectement, un avantage ou un service en échange de son silence ou de sa fidélité, est puni de la prison de six mois à deux ans et d’une amende de 150 000 francs à 300 000 francs.”

indirectement, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros (1) d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative.

Dans les cas prévus au présent article, le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal."

23 De acordo com NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 58, atualmente o conceito de boa-fé se concretiza distanciando-se de qualquer referência a deveres éticos, sendo-lhe atribuído um significado essencialmente patrimonial somado aos interesses econômicos do proprietário.

24 Cf. FOFFANI, L., op. cit., p. 662.

25 Segundo GÓMEZ DE LA TORRE, I. B.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 436, o que caracteriza o delito de corrupção privada previsto na legislação penal holandesa "é a violação por parte do corrupto dos deveres que mantém *com seu empregador* e o caráter *oculto* do suborno para o empregador ou principal. A ausência de qualquer desses dois elementos levaria a que a conduta fosse típica".

26 Nesse sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de empresa. Parte especial*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 309.

27 Posicionando-se criticamente à adoção desse modelo de incriminação, GÓMEZ DE LA TORRE, I. B.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 444. Para os autores, "parece duvidoso que um direito penal que se ocupa de proteger a *lealdade* ou a *fidelidade* do trabalhador-agente em relação ao seu empregador-principal seja respeitoso da ideia do Direito Penal como *ultima ratio*. Além disso, a falta de concretização destes deveres abre a porta a um intento moralizador do mundo dos negócios o que parece intrínseco nos próprios conceitos de lealdade e fidelidade. Em síntese, não parece que seja capaz de ir mais além de um direito penal societário focalizado sobre o interesse pessoal dos principais".

28 Nesse sentido, NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 56; GÓMEZ DE LA TORRE, I. B.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 437.

29 Sobre o tema, asseveram GÓMEZ DE LA TORRE, I. B.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 437, que "a identificação do bem jurídico protegido com a lealdade do empregado-agente em relação ao empregador-principal, implica que o consentimento deste último é logicamente incompatível com a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico protegido e, por conseguinte, converte a conduta em irrelevante". A propósito: ARGADOÑA, A., op. cit., p. 09; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C., op. cit., 2011, p. 309.

30 "Section 1: De la corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique. Article 445-1 (Modifié par LOI n. 2011-525 du 17 mai 2011 – art. 154)

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder à une personne visée au premier alinéa qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des

dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte visé audit alinéa, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

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

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

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

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

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

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

31 Assim, OTERO GONZÁLEZ, P., op. cit., p. 178.

32 “Chapter 17. On Crimes against Public Activity. (...)

Section 7

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

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

Section 2

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

The provisions of the first paragraph in respect of an employee shall also apply to:

1. a member of a directorate, administration, board, committee or other such agency belonging to the State, a municipality, county council, association of local authorities, parish, religious society, or social insurance office,

2. a person who exercises an assignment regulated by statute,

3. a member of the armed forces under the Act on Disciplinary Offences by Members of the Armed Forces etc. (1986:644), or other person performing an official duty prescribed by Law,

4. a person who, without holding an appointment or assignment as aforesaid, exercises public

authority, and

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

33 Cf. NIETO MARTÍN, A. op. cit., p. 57. Vale mencionar que, de acordo com o autor, esse processo de privatização sueco não significou a sujeição das atividades anteriormente estatais ao direito comum, pelo contrário, o setor público sueco é particularmente extenso e goza de um grande prestígio neste país, o que levou a que a esfera privada adotasse as formas de gestão próprias da esfera pública.

34 No Brasil, a transferência para o setor privado da gestão de serviços públicos se dá mediante a celebração de contratos de concessão de serviço e obra pública ou de contratos de permissão de exploração de serviços públicos, ambos regulados pela Lei 8.987, de 13.02.1995.

35 Esse é o caso das sociedades de economia mista e das empresas públicas, as quais, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, estão sujeitas a um regime jurídico de natureza híbrida, por força do disposto no art. 173, § 1.º, II e III, da Constituição Federal.

36 Cf. NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 57-58. De acordo com o autor, diante dessa nova realidade, o ordenamento jurídico alemão, por exemplo, optou pela redefinição do conceito de funcionário público (§ 11 StGB), com vistas, sobretudo, a incluir dentro deste termo a particulares que, por encargo da Administração, realizam funções públicas. Por outro lado, na Áustria, e a partir de uma perspectiva complementar, formulou-se um tipo penal específico por meio do qual se sanciona a corrupção de empregados de empresas públicas (§ 305.1 (2) y §307.1 (2) OstGB).

37 Cf. NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 58, 65-68. Nesse sentido: FOFFANI, L., op. cit., p. 666.

38 "Art. 2.635. – (Corruzione tra privati). – Salvo che il fatto costituisca piu' grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilita', per se' o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedelta', cagionando nocumento alla societa', sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto e' commesso da chi e' sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi da' o promette denaro o altra utilita' alle persone indicate nel primo e nel secondo comma e' punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di societa' con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi."

39 A lei também alterou o *nomen iuris* da figura delitiva prevista no art. 2.635 do Código Civil Italiano, que passou de "Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" a "Corruzione tra privati".

40 Nesse sentido, CARUSO FONTÁN, M. V., op. cit., p. 166.

41 "Section 299. Taking and giving bribes in commercial practice

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

(2) Whosoever for competitive purposes offers, promises or grants an employee or agent of a business a benefit for himself or for a third person in a business transaction as consideration for such

employee's or agent's according him or another an unfair preference in the purchase of goods or commercial services shall incur the same penalty.

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

#### Section 300

##### Aggravated cases of taking and giving bribes in commercial practice

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

1. the offence relates to a major benefit or
2. the offender acts on a commercial basis or as a member of a gang whose purpose is the continued commission of such offences.”

42 “Artículo 286 bis. Añadido por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. 1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple 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 predeterminedar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.”

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

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

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

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

(...)

#### Art. 23 Concurrence déloyale

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

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

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

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

45 A livre concorrência vem a ser "a liberdade para competir no mercado, consistindo a concorrência na existência de diversos agentes que, num mesmo tempo e espaço, buscam um mesmo e similar objeto. (...) Nesse domínio, a concorrência decorre, como consequência necessária, da *liberdade de iniciativa econômica*, sendo então adjetivada como 'livre', isto é, acessível a todos, liberta de certos obstáculos que têm por efeito impossibilitar ou dificultar sobremaneira a acessibilidade, a todos, de ofertar, num mesmo mercado, bens ou serviços iguais, similares ou análogos, por parte de diversos operadores" (REALE JUNIOR, Miguel. *Problemas econômicos concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 73). Nesse sentido, FIGUEIREDO, Leonardo Vizeo. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67. Para este autor, a concorrência consiste "na ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela do mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico".

46 SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. 11. ed. São Paulo: Best Seller, 2002, p. 118-119.

47 Nesse linha, NIETO MARTÍN, A., op. cit., 2002, p. 56-57; BLANCO CORDERO, I.; DEL A CUESTA ARZAMENDI, J. L. La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español? In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro en homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 272. De acordo com os autores, no ordenamento jurídico alemão, para a configuração do delito de corrupção privada, não é necessário que o corrupto infrinja as obrigações que o vinculam ao empresário. "Pelo contrário, é prática uniforme dos tribunais, aceita pela maioria da doutrina, que o conhecimento e aprovação do empregador não evita a deslealdade competitiva, de forma que não exclui o delito. Assim foi decidido no caso mais importante sobre esta matéria, o *Korkengeld-Fall* (RGSt 48, 291)".

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

49 SANDRONI, P., op. cit., p. 118-119.

50 PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 50.

51 Sobre o tema, FIGUEIREDO, L. V., op. cit., p. 206. Para o autor, "a defesa da concorrência, dentro de um contexto político-social, não é um fim 'em si mesmo', mas um meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente, por meio do estabelecimento de políticas públicas e de um ordenamento jurídico específico para tanto. Em um sistema econômico eficiente, os cidadãos dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis e, conseqüentemente, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico. O objetivo final da defesa da concorrência, portanto, é tornar máximo o devido processo competitivo e, por corolário, o nível de bem-estar econômico da sociedade. Economias competitivas são, também, uma condição necessária para o desenvolvimento econômico sustentável de uma Nação, a longo prazo".

52 BACIGALUPO, S.; BAJO FERNANDES, M. op. cit., p. 432.

53 A doutrina suíça costuma referir-se à corrupção privada como um gênero que abarca inúmeras espécies delitivas, dentre as quais se destaca: a administração desleal (art. 158, CPS); a fraude contra credores no processo de liquidação, falência ou recuperação judicial levada a cabo por meio de um “pacto de corrupção” entre o devedor e um determinado credor ou seus respectivos representantes legais (art. 167-168, CPS); a violação de deveres profissionais, tais como a atestado médico falso (art. 318 CPS), violação de confidencialidade (art. 321, CPS), violação de segredo profissional na investigação médica (art. 321bis, CPS); etc. Sobre o tema, QUELOZ, Nicolas; BORGHI, Marco; CESONI, Maria Luisa, op. cit., p. 46-47; 330.

54 MASSAGUER FUENTES, José; FOLGUERA CRESPO, Jaime; GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso; SALA ARQUER, José Manuel (dirs.). *Comentario a la ley de defensa de la competencia*. 2. ed. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2010, p. 147.

55 Cf. ARGADOÑA, A., op. cit., p. 10. Nesse sentido: OTERO GONZÁLEZ, P., op. cit., p. 178.

56 Cf. BAÑERES SANTOS, Francisco. *Corrupción entre privados* (art. 286 bis, 287 y 288). In: QUINTERO OLIVARES (dir.). *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, p. 248.

57 SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Curso de derecho penal: parte especial*. Madrid: Dickinson, 2012, p. 369. Nesse sentido, NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 56-57. De acordo com o autor, “neste marco a infração do dever posicional se situa no contexto das obrigações dos operadores do sistema econômico para com o mercado”.

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

59 Cf. BAÑERES SANTOS, F., op. cit., p. 248. De acordo com o ordenamento jurídico espanhol, na corrupção ativa, “se castiga o particular que corrompe ou tenta corromper os responsáveis de uma empresa ou sociedade, com a intenção de resultar beneficiados frente aos seus competidores, não sendo exigido para sua consumação nem o prejuízo patrimonial nem sequer um perigo efetivo para este patrimônio. Configura-se, assim, como um delito de mera atividade”. Já na corrupção passiva, “se castigam os comportamentos de empregados ou diretores de empresas (não o empresário, que está fora do círculo de sujeitos ativos) que, infringindo suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais, recebem, solicitam ou aceitam vantagem indevida com o fim de favorecer ao outorgante de tal vantagem frente a terceiros” (SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A.; SERRANO TÁRRAGA, M. D.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., op. cit., p. 370)

60 A respeito do tema e comentando sobre a incriminação dessa figura no ordenamento jurídico espanhol, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; ROBLÉS PLATA, Ricardo; GÓMEZJARA DÍEZ, Carlos. *El delito de corrupción entre particulares* (art. 286 BIS). In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); PASTOR MUÑOZ, Nuria (coord.). *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2012, p. 421; VENTURA PÜSCHEL, A., op. cit., p. 325; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C., op. cit., p. 306; NAVARRO FRÍAS, I.; MELERO BOSCH, L., op. cit., p. 04; NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 55. Para este último autor, nem o legislador, nem a doutrina espanhola difundiram a obrigação de incluir um delito destas características no ordenamento jurídico espanhol. “E mais, não resulta exagerado indicar que a expressão corrupção privada resulta quase desconhecida no glossário de termos jurídico-penais espanhóis. No máximo, se faz menção a ela no momento de proceder a alguma classificação dos distintos tipos de corrupção”.

61 A questão da convicção social a respeito da legitimidade da intervenção penal sobre comportamentos que supõem ataques intoleráveis a interesses tidos como imprescindíveis à convivência social não é questão de menor importância e possui um reflexo direto no que respeita à eficácia da legislação penal. Sobre o tema, vale a pena fazer referência à abordagem de

Heidenheimer sobre a graduação da censurabilidade social a respeito dos atos de corrupção pública, HEIDENHEIMER, Arnold J. Perspectives on the perceptions of corruption. In: \_\_\_\_\_; JOHNSTON, Michael. *Political Corruption: concepts and contexts*. Transaction Publishers, New Brunswick, 2009, p. 152. Neste estudo, Heidenheimer distinguiu três tipos de corrupção: a negra, a cinza e a branca. A corrupção negra abarca todas aquelas condutas consideradas corruptas tanto pelas elites morais da sociedade correspondente como pela população em geral, de forma que muito frequentemente existe uma congruência entre a lei e a opinião pública. Por outro lado, a corrupção cinza compreende aquelas situações ambíguas em que não há consenso pleno e definitivo quanto à censurabilidade de determinado comportamento, mas em relação aos quais setores relevantes da sociedade, mais comumente as elites, estão a favor da condenação por considerarem-no corrupto. Assim, com frequência ocorre que determinadas condutas, ainda que presentes na tipologia das ações corruptas, não são rechaçadas pela população em geral. Por fim, os comportamentos característicos da corrupção branca não encontram uma oposição forte no seio social, seja pelas elites ou pela sociedade em geral, de forma que tais condutas não são condenadas abertamente, mas sim toleradas ao menos parcialmente, inexistindo, por conseguinte, “leis condenatórias de tais práticas dada a falta de apoio generalizado” (VILLORIA MENDIETA, M., op. cit., p. 42). Tanto nas hipóteses da corrupção cinza quanto na branca, dada indiferença social a respeito da nocividade de determinadas condutas corruptas, qualquer iniciativa penal que pretenda tipificar estes comportamentos está fadada à ineficácia e à produção de efeitos meramente simbólicos.

62 Tais critérios servem para aportar certo nível de racionalidade às decisões legislativo-penais. Sobre o tema DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005. Nesta obra, o autor pretende desenvolver uma teoria da legislação penal que aprofunde os conteúdos da racionalidade das decisões legislativas, especialmente as de natureza penal. Após descrever as fases do processo de elaboração de leis penais (pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa), aborda os conteúdos de racionalidade legislativa, os quais estão estruturados em cinco níveis de racionalidade (ética; teleológica; pragmática; jurídico-formal; linguística) e que são afetados por uma dimensão transversal: a da eficiência. Nessa oportunidade, vale a pena mencionar apenas o conteúdo da racionalidade ética, o qual é formado por princípios fundamentais do Direito Penal, que por sua vez, estão reunidos em três grandes grupos: *os princípios de proteção* (lesividade, fragmentariedade, interesse público, correspondência com a realidade), que dariam as bases para se assentar os conteúdos de tutela do Direito Penal; *os princípios da responsabilidade* (segurança jurídica, responsabilidade do fato, imputação, culpabilidade, jurisdição), que se ocupariam dos requisitos fundamentais que a sociedade considera sejam necessários para que se possa exigir a responsabilidade criminal; *os princípios de sanção* (humanidade, teleológico, proporcionalidade das penas e monopólio punitivo estatal), que determinariam os critérios configuradores das reações sancionadoras à conduta criminalmente responsável, de forma a adequá-los aos limites do exercício do poder acordados socialmente.

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

64 COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 204.

65 Idem, p. 204.

66 Sobre os bens que compõem o patrimônio das sociedades empresárias, REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. I, p. 181-186. COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. I, p. 120-124.

67 A administração desleal de patrimônio alheio, também denominado delito de infidelidade patrimonial (*Untrue*), está previsto no ordenamento jurídico austríaco nos n. 1 e 2 do §153, StGB. De acordo com este dispositivo, aquele que dolosamente abusando da autoridade que lhe é conferida por lei, ordem oficial ou contrato, dispor de patrimônio que não lhe pertence ou obrigar outro a dispor, causando danos a outra pessoa, será sancionado com pena de prisão de até seis meses ou multa de até 360 dias-multa. Se o dano resultante da conduta for superior a 3.000,00 o tempo de prisão será de até três anos; entretanto, se o dano exceder a 50.000,00 a pena de prisão será de um a dez anos.

A legislação penal austríaca também prevê o delito de aceitação de vantagem por executivos (*Geschenkannahne durch Machthaber*, §153a, StGB), onde está previsto que aquele que aceitar mais que uma simples vantagem patrimonial de menor importância (qualquer valor abaixo de 100, RIS-Justiz, RS0099085) no exercício da autoridade conferida por lei, ordem oficial ou contrato, para dispor de bens que não lhe pertencem ou para obrigar outra pessoa sem transmitir essa vantagem, violando suas obrigações, será castigado com uma pena de prisão de até um ano.

68 O ordenamento jurídico espanhol prevê o delito de administração desleal do patrimônio empresarial no Capítulo XIII, do Código Penal, o qual trata dos delitos societários. De acordo com o art. 295 deste diploma legal, os administradores de fato ou de direito ou os sócios de qualquer sociedade constituída ou em formação, que em benefício próprio ou de um terceiro, com abuso das funções próprias de seu cargo, disponham fraudulentamente dos bens da sociedade ou contraíam obrigações a cargo desta causando diretamente um prejuízo avaliável economicamente a seus sócios, depositários, contra-partícipe ou titulares dos bens, valores ou capital que administrem, serão castigados com pena de prisão de seis meses a quatro anos, ou multa até o triplo do benefício obtido. Sobre a eleição do legislador espanhol, aduz Martínez-Buján Pérez, que anterior à criminalização dessa figura delitiva, havia um amplo acordo doutrinário no sentido da necessidade político-criminal e dogmática de criar um delito com essas características. Ainda segundo o autor, boa parte da doutrina, respaldada explicitamente por decisões judiciais, defendia a conveniência de se tipificar um delito genérico de administração desleal do patrimônio alheio que, tutelando exclusivamente o patrimônio (e não o direito à propriedade e nem, em seu caso, o direito ao cumprimento de obrigação ou o direito de crédito), se situaria entre os genuínos delitos patrimoniais, na linha do modelo germânico de tipificação. No entanto, persistiu o modelo adotado pelos projetos anteriores ao Código de 1995, de forma que apenas a versão societária do delito acabou sendo criminalizada (MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 209).

69 Defendendo que o modelo a ser adotado em caso de incriminação da corrupção privada deve ser o que protege a livre concorrência, FOFFANI, L., op. cit., p. 667. De acordo com o autor, o perfil econômico do delito e sua orientação específica para a proteção da concorrência foi acentuado pelo legislador alemão de 1997, “que precisou que o *pactum sceleris* entre os dois sujeitos deve integrar-se necessariamente ao ‘tráfico econômico’ (*im geschäftlichen Verkehr*) e a conduta do corruptor tem que ser realizada para fins de concorrência (*zu Zwecken des Wettbewerbs*). Considerando a atual tendência à globalização dos mercados, enfim, o legislador alemão quis, expressamente, estender o marco da intervenção penal às condutas que se realizam na ‘concorrência exterior’ (*im ausländischen Wettbewerb*)” (p. 665).

#### 70 “Corrupção passiva

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

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei 10.763, de 12.11.2003)

§ 1.º 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.

§ 2.º 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 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

#### 71 “Corrupção ativa

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

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei 10.763, de 12.11.2003)

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.”

72 Nesse sentido, VENTURA PÜSCHEL, A., op. cit., p. 325; SILVA SÁNCHEZ, J.; ROBLES PLATA, R.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., op. cit., p. 422.

73 Assim, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales. *Cuadernos de derecho judicial* (Ejemplar dedicado a: Derecho penal económico). n. 2. p. 39-86. 2003, p. 626. Para o autor, “se o corrompido realiza, além da aceitação do suborno, um delito, o sujeito ativo do presente delito será indutor”.

74 “Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)

§ 1.º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)

§ 2.º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984).”

75 CERESO MIR, José. *Curso de direito penal español: parte general*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. t. II, p. 119. Para este autor, “a partir de um ponto de vista não meramente formal, mas material, em relação ao conteúdo do injusto, somente merecem a consideração de delitos especiais – próprios ou impróprios – aqueles em que a conduta do autor corresponde a uma infração de um dever jurídico específico”. Nessa linha, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español: parte general. En esquemas*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 169; WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 73-72; PRADO, L. R. *Tratado... cit.*, vol. 2, p. 70 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. de la 2. ed. alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 338.

76 Cf. ROXIN, C., op. cit., p. 387-388.

77 Nesse sentido, SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A.; SERRANO TÁRRAGA, M. D.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., op. cit., p. 370.

78 Seguindo essa tendência de mencionar no tipo penal a possibilidade de coautoria e participação no delito de corrupção privada, o ordenamento jurídico espanhol se vale da expressão “pessoa interposta”. Sobre o tema, advertem SILVA SÁNCHEZ, J.; ROBLES PLATA, R.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., op. cit., p. 423, que “era provavelmente desnecessário que se indicasse ser punível a conduta tanto se o sujeito a realiza *de per se* (autoria única direta) como se a realiza mediante pessoa interposta. Em todo caso, a específica referência legal às pessoas interpostas pode estar relacionada com a proliferação de intermediários em contextos como os contemplados. Seja como for, o recurso à ‘pessoa interposta’ não descreve uma figura dogmática precisa. Pelo contrário, é compatível com uma autoria mediata (se o sujeito interposto foi instrumentalizado mediante recurso ao engano ou à coação), com uma coautoria e, inclusive, como uma indução. Dado que o Código não se pronuncia sobre o tratamento dogmático nem punitivo da pessoa ‘interposta’, parece que a conduta desta poderá mover-se entre a atipicidade (cooperação neutra, ausência de dolo) e a tipicidade a título de cumplicidade, cooperação necessária e coautoria (sendo ainda possível que a conduta esteja justificada ou exculpada)”.

79 Cf. PRADO, L. R. *Tratado... cit.*, vol. 2, p. 575 e ss.

80 Cf. PRADO, L. R. *Tratado... cit.*, vol. 2, p. 577 e ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español: parte general. En esquemas*, p. 357. Defende este último autor que o acordo de vontades constitui um elemento subjetivo específico cujo conteúdo inclui uma divisão de funções, as quais serão realizadas por meios próprios (diretamente) ou mediante a utilização de instrumentos (indiretamente). Pode ser concretizado antes ou durante a realização do delito e a forma de manifestação pode ser expressa, tácita ou mediante atos conclusivos.

81 Considerando as premissas acima expostas, em especial a cláusula de comunicabilidade prevista no art. 30, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio não admite as soluções propostas por Claus Roxin quando trata de distinguir as hipóteses de autoria e participação nos delitos de infração de dever (delitos especiais). De acordo com seu entendimento, “autor é a figura central do acontecer em forma de ação”, seja porque possua o domínio do fato (delitos de domínio); realiza pessoal e diretamente os elementos do tipo objetivo (delitos de mão própria), ou ainda, porque possui uma relação especial com o conteúdo de injusto do fato, estando obrigado a observar determinados deveres extrapenais (delitos de infração de dever). O partícipe, por sua vez, está fora do centro de ação, encontrando-se apoiado na figura central do autor. Trasladando essa construção ao âmbito do injusto, a figura do autor aparece como um componente de descrição do fato típico; enquanto todas as formas de participação consistem em causas de extensão da aplicação da pena. No que respeita especificamente aos delitos de infração de dever, defende o autor que a violação de um dever extrapenal configura um requisito imprescindível da autoria. Em outras palavras, o que restringe o âmbito da autoria é justamente o dever específico que corresponde a determinadas pessoas de comportar-se adequadamente. O fundamento da autoria é, portanto, a infração consciente de um dever extrapenal, “que não se estende necessariamente a todos os implicados no delito, mas que é necessário para a realização do tipo”. A abordagem proposta pelo autor, produz consequências diretas no que respeita especialmente à delimitação da coautoria e da autoria mediata. Serão coautores de um delito de infração de dever, apenas aqueles que reúnam essa condição especial, restando aos demais implicados no evento delitivo a responsabilização a título de participação. A autoria mediata, por sua vez, se verificará quando “o indivíduo que está sujeito a uma relação de dever deixe a execução da ação a uma pessoa que se encontra à margem da posição de dever que fundamenta a autoria”. Nesta hipótese, portanto, o *intraeus* responderá na qualidade de autor mediato, enquanto o *extraneus* responderá a título de participação (ROXIN, C., op. cit., p. 44-45; 360; 386-389; p. 394).

82 Sobre o tema, REQUIÃO, R., op. cit., p. 46-49, COELHO, F. U., *Curso de direito comercial... cit.*, p. 94-95.

83 Cf. REQUIÃO, R., op. cit., p. 47.

84 REQUIÃO, R., op. cit., p. 48. Adverte este autor, que a “figuração que o leigo faz de empresa é no sentido objetivo de sua materialização. Daí a confusão entre empresa e estabelecimento comercial, e, no mesmo sentido, entre empresa e sociedade. É comum o empresário referir-se ao seu estabelecimento comercial, ou à sociedade de que é titular ou sócio proeminente, como ‘a minha empresa’. E, no entanto, os conceitos são inconfundíveis (...)”. Sobre o tema, adverte Fábio Ulhôa Coelho, que a “pessoa jurídica empresária é cotidianamente denominada “empresa”, e os seus sócios são chamados “empresários”. Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade. É necessário, assim, acentuar, de modo enfático, que o integrante de uma sociedade empresária (o sócio) *não é empresário*; não está, por conseguinte, sujeito às normas que definem os direitos e deveres do empresário” (COELHO, F. U., *Curso de direito comercial... cit.*, p. 94-95).

85 “Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc. Trata-se de elemento indissociável à empresa. Não existe como dar início à exploração de qualquer atividade empresarial, sem a organização de um estabelecimento” (Cf. COELHO, F. U., *Curso de direito comercial... cit.*, p. 120).

86 Cf. PRADO, L. R. *Tratado... cit.*, vol. 1, p. 160 e ss..

87 “O instituidor, pessoa física ou jurídica, destaca de seu patrimônio alguns bens e vincula a administração e os frutos desses bens à realização de objetivos que gostaria de ver realizados. Essa vontade do instituidor, de afetar aqueles bens aos fins eleitos, agrega-se indelevelmente à fundação, mesmo após sua morte (se pessoa física) ou dissolução (se pessoa jurídica). Mas o instituidor não é membro da fundação como são os associados em relação à associação ou os sócios em relação à sociedade” (COELHO, F. U., *Curso de direito civil... cit.*, p. 193).

88 “Para bem situar a questão, deve-se, na verdade, distinguir entre o lucro como *fim* e como *meio*. Sem lucro, nenhuma atividade é promissora no sistema capitalista. As sociedades, por buscarem fins econômicos, *têm* o lucro como fim, ao passo que as associações e fundações, por buscarem fins não econômicos, *podem ter* o lucro como meio” (COELHO, F. U., *Curso de direito civil...* cit., p. 193). Saliente-se ainda que, de acordo com o autor, do ponto de vista jurídico, as organizações não governamentais devem constituir-se como *associação* ou *fundação*. “Não se admite que uma *sociedade* seja a forma da ONG, tendo em vista a finalidade econômica inerente a essa espécie de pessoa jurídica” (COELHO, F. U., *Curso de direito civil...* cit., p. 196).

89 Sobre a forma de constituição dessa pessoa jurídica, vide Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – IN 117/2011, do Sistema Nacional de Registro do Comércio.

90 COELHO, F. U., *Curso de direito civil...* cit., p. 192.

91 Idem, p. 192.

92 Idem, p. 182.

93 Idem, p. 182.

94 Cf. PRADO, L. R. *Tratado...* cit., vol. 7, p. 139 e ss.

95 Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C., *Derecho penal económico y de empresa* cit., p. 310.

96 “Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.”

97 Assim, PRADO, L. R., *Tratado...* cit., vol. 7, p. 140.

98 PRADO, L. R. *Tratado...* cit., vol. 2, p. 397-398.

99 Cf. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español: parte especial*. 6. ed. rev. actual. Barcelona: Atelier, 2010, p. 627.

100 Cf. PRADO, L. R. *Tratado...* cit., vol. 2, p. 74.

101 BAÑERES SANTOS, F., op. cit., p. 249.

102 Cf. OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 71.

103 De se registrar aqui que o legislador deveria prever, entre as condutas que configuram a corrupção privada ativa, a simples *aceitação* da solicitude do representante de sociedade empresária ou instituição privada pelo autor.

104 Cf. PRADO, L. R. *Tratado...* cit., vol. 2, p. 74.