

O DELITO DE CORRUPÇÃO PRIVADA NO BRASIL A PARTIR DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Consuello Alcon Fadul Cerqueira¹

INTRODUÇÃO

O fenômeno da corrupção de agentes públicos é uma preocupação constante dos Estados nacionais. Mais recentemente, tem se verificado um aumento significativo dos esforços públicos na direção de intensificar o combate a práticas corruptas. Essa situação de guerra global à corrupção teria sido impulsionada essencialmente por três fatores, que se inter-relacionam: a ocorrência de escândalos internos e mundiais de corrupção, o reconhecimento de seu impacto social e a pressão exercida por organizações supranacionais².

Diante da danosidade social dessa criminalidade, que se constitui como ameaça às instituições democráticas, aos princípios da administração pública e ao desenvolvimento econômico³, sua criminalização é medida de política criminal adotada em quase todo o globo. Em suas raízes, está ligada a comportamentos perpetrados por agentes públicos que, objetivando o recebimento de vantagens pessoais e indevidas, praticam atos desviados de suas funções. Embora tradicionalmente ligada a uma função pública, o entendimento acerca do que são consideradas práticas corruptas, hoje, ultrapassa esse limite. Em face das alterações na economia global, condutas corruptas perpetradas no setor privado passaram a receber tratamento jurídico-penal, tal qual o fenômeno público.

Essa mudança de paradigma, para CONRADO GONTIJO⁴, se dá em razão do estado da economia atual e das exigências do comércio global, da prevenção da delinquência internacional, da necessidade de observância às normas de governança corporativa, da transparência e da responsabilidade nos setores públicos, aliadas aos efeitos provocados pela corrupção – seja pública, ou privada -, no âmbito de países, governos autoritários ou

¹ Mestranda na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Bacharela pela Universidade Federal Fluminense, Advogada Criminalista.

² BIDINO, Claudio. *O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)*. In: Santos, Cláudia Cruz; Bidino, Claudio; Melo, Débora Thais de. *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009. p. 204.

³ CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Penal sobre a Corrupção*, Estrasburgo, 1999.

⁴ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa, *O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro*, Dissertação (Mestrado) São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2014, p. 6.

democracias consolidadas, indicarem imprescindível o direcionamento ostensivo de esforços para assegurar efetivo combate à sua prática.

Exemplo recente da ocorrência dessas práticas envolve a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) e a Federal Internacional de Futebol (FIFA) em episódio no qual dois ex-presidentes da CBF são acusados de favorecer empresas patrocinadoras e de marketing esportivo em contratos para transmissão dos campeonatos, especificamente da Copa Libertadores da América e da Copa do Brasil⁵. Outro caso de amplo destaque na mídia envolve o ex-presidente do Comitê Olímpico Brasileiro (COB), suspeito de ter realizado, juntamente a empresários e políticos do Rio de Janeiro, a compra de votos para escolha da cidade olímpica de 2016.

No segmento empresarial, dois casos tiveram grande repercussão mundial, principalmente pelos impactos causados. O primeiro deles foi perpetrado pelas empresas Enron Corporation e Arthur Andersen. A Enron, atuante no setor de energia, commodities e serviços nos Estados Unidos, foi o centro do maior escândalo contábil já descoberto após, em 2001, ter se concluído que a empresa escondeu bilhões de dólares em dívidas ao mesmo tempo em que inflacionava os ganhos, ao incluir entradas futuras como atuais. Revelou-se, ainda, que essa prática só foi possível com a conivência da empresa de auditoria contratada, a Arthur Andersen, que o fazia mediante pagamento da Enron⁶.

Outro caso de destaque envolveu a empresa francesa Faurecia, cujos dirigentes teriam pagado valores indevidos a funcionários da empresa BMW para que esta contratasse a Faurecia como fornecedora de peças para a empresa automobilista⁷. Demais exemplos envolvem a celebração de acordos ilícitos para manipular o resultado de competições esportivas, ludibriar as conclusões de auditoria nos dados contábeis de pessoas jurídicas, pagamentos a funcionários de instituições financeiras para obtenção de empréstimos

⁵ José Maria Marin já foi condenado e está preso nos Estados Unidos, que pune a corrupção privada. Já Marco Polo Del Nero, apesar de investigado por autoridades americanas, ainda não teve seu caso analisado por estar no Brasil. Ambos negam as irregularidades.

Link para matéria: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/11/14/Por-que-o-Brasil-n%C3%A3o-pune-corrup%C3%A7%C3%A3o-privada>

⁶ J. (2006) Enron: The Collapse of Corporate Culture, p. 193-205. In: Enron and World Finance: A Case Study in Ethics. Ed. Dembinski, P. H.; Lager, C.; Cornford, A.; Bonvin, J. Palgrave MacMillan

⁷ Ver sobre o assunto: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia, In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). Cuestiones actuales de derecho penal empresarial. Madrid: Colex, 2010, p. 169; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. Corrupción en el sector privado: competencia desleal y o administración desleal. Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n. 74, maio/ago. 2008, p. 236; BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*, cit., p. 163.

bancários com condições especiais, o favorecimento de indústrias em processos de aquisição mercados, entre outros⁸.

Nesse sentido, importante destacarmos que trabalhamos com conceito de corrupção enquanto meio de lesão ao bem jurídico, tal qual estabelecido pelo professor URS KINDHÄUSER. Nesse sentido, define-se corrupção como a vinculação a um interesse contrário ao exercício de um poder de decisão transferido, mediante o recebimento de uma vantagem⁹. A corrupção requer, assim, (i) uma relação trilateral (uma pessoa que confia uma tarefa, aquele a quem se confia a tarefa e um terceiro); (ii) a vantagem pode ser de qualquer natureza e; (iii) o oferecimento da vantagem deve estar referido a uma posição de dever do encarregado¹⁰.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende apresentar o cenário geral da corrupção privada, primeiramente apontando os tratados internacionais celebrados que envolvem o tema, em razão de seu potencial orientador ao combate a esta criminalidade. Como consequência, diversos países europeus passaram a incorporar o delito em suas legislações, o que, dada a especificidade de cada local, deu origem a diferentes meios de tipificação. Por essa razão, serão abordados os principais modelos de tratamento no direito comparado. Na sequência, será apresentado o tratamento desta criminalidade no direito penal brasileiro, para apontar a insuficiência das previsões de direito interno para dar conta do fenômeno da corrupção privada.

1. O CENÁRIO INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO PRIVADA

Com a criação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) pelos Estados Unidos, teve início um processo de combate à corrupção a nível internacional. O escopo desse instrumento repressivo, direcionado às empresas multinacionais norte-americanas, era o de penalizá-las na hipótese de praticarem atos de corrupção contra funcionários públicos dos países estrangeiros em que se inserissem. Ocorre que, com a entrada em vigor do FCPA, as empresas americanas se viram em posição de desvantagem em relação às multinacionais sediadas em outros países, que continuavam podendo exercer seu poder econômico para subornar agentes públicos estrangeiros com objetivo de obter alguma vantagem comercial. Essa situação levou a uma

8 ARGANDOÑA, Antonio. *Private to private corruption*. IESE Business School – Universidad de Navarra, Working Paper WP n. 531, Navarra, dic. 2003, p. 6.

9 KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. Polít. crim. no 3, 2007, A1, p. 6.

¹⁰ *Idem, Ibidem*.

pressão internacional dos Estados Unidos para que os demais adotassem medidas equivalentes, a fim de reequilibrar a competitividade de suas empresas.

A atuação norte-americana foi fundamental na elaboração posterior de diversos tratados internacionais sobre corrupção, como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), assinada em Paris, aos 17 de dezembro de 1997, sendo esse o primeiro documento vinculante de combate à corrupção em nível global¹¹.

De igual forma, a globalização da economia mundial levou à percepção de que a corrupção no setor privado também ultrapassa as fronteiras nacionais. Os processos de privatização de setores econômicos tradicionalmente desenvolvidos pelo poder público, ocorridos no final do século XX, somados à crescente preocupação com o combate à corrupção no âmbito mundial, renovaram o debate. Como consequência, identificou-se movimento internacional de defesa do estabelecimento de padrões globais de criminalização da corrupção entre particulares¹².

Dentre eles, destaca-se a Ação Comum da União Europeia, a Convenção Penal Contra a Corrupção do Conselho da Europa, a Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da Europa e a Convenção da ONU de Combate à Corrupção, em razão de desempenharem importante papel na profusão de normas penais voltadas à disciplina da corrupção entre particulares, além do fato de serem esses diplomas aqueles nos quais se baseiam diversos países que optaram pela tipificação da corrupção privada¹³.

A Ação Comum 98/742/JAI sobre a corrupção privada, primeiro instrumento jurídico supranacional dedicado ao combate à corrupção no setor privado, foi criada em Bruxelas e adotada pelo Conselho da União Europeia¹⁴. FARALDO CABANA aponta que eram salvaguardados pelo texto jurídico os interesses individuais legítimos dos competidores do mercado; a concorrência leal como bem jurídico supraindividual; as pretensões do empresário para o qual trabalhasse o indivíduo destinatário das vantagens indevidas (corrupto) e que dele esperasse atuação leal; além da ordem econômica *lato sensu*, entendida como todo o conjunto

¹¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa, *op. Cit.*, p. 52.

¹² BIDINO, Cláudio, *op. cit.*, p. 219

¹³ Existe, ainda, importante iniciativa de combate à corrupção no setor privado surgida na África, a Convenção da União Africana sobre Corrupção, no entanto, em razão dos limites inerentes ao presente trabalho, ela não será objeto de análise nesse momento.

¹⁴ A entrada em vigor desse diploma ocorreu em dezembro de 1998, data da publicação no diário oficial da União Europeia.

de relações jurídicas que englobam a produção, a distribuição e o consumo de bens e serviços¹⁵.

O debate sobre o tema do combate à corrupção no setor privado foi reacendido com o advento da Decisão Marco 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia, que revogou a Ação Comum 98/742/JAI. Este diploma estabelece em seu preâmbulo a necessidade de harmonização do tratamento penal dispensado ao tema, uma vez que “*a corrupção constitui uma ameaça para a sociedade cumpridora da lei, podendo conduzir a distorções da concorrência em relação à aquisição de bens ou serviços comerciais e prejudicar um são desenvolvimento econômico*”¹⁶. O principal objeto de proteção é, portanto, a liberdade de concorrência, bem jurídico supraindividual.

A modalidade ativa do delito em apreço (artigo 2, alínea a,) proscreeve condutas que consistam em atos de prometer, dar ou oferecer vantagem indevida, intencionalmente, a qualquer indivíduo que dirija ou trabalhe para entes do setor privado com finalidade de promover uma atuação em desconformidade com uma obrigação legal ou profissional que o empregado mantém com o ente do setor privado a que está vinculado. De igual maneira, a modalidade passiva do crime busca proibir que os sujeitos especiais do delito (trabalhador ou dirigente) atuem em desacordo com as obrigações que os vinculam ao empresário (art. 2, alínea b).

A Convenção Penal sobre Corrupção, subscrita em Estrasburgo em 1999, traz em seu preâmbulo a premissa de que afeta a democracia, os direitos humanos, prejudica a eficiência do governo e atrapalha o desenvolvimento econômico¹⁷. Dentre as formas de comportamento corrupto apontadas pelo instrumento, encontra-se aquelas praticadas no setor privado. Da exegese do texto normativo, identifica-se que a ocorrência do delito está vinculada à violação das obrigações do corrupto frente ao empregador, ou seja, a lealdade inerente às relações privadas é igualmente objeto de proteção¹⁸.

¹⁵ FARALDO CABANA, Patrícia. *Hacia um delito de corrupción em el setor privado* in Estudios Penales y Criminológicos, XXIII, 2002, Cursos e Confresos da Universidade de Santiago de Compostela, p. 74: “*Es suficiente para ello que la conducta pueda causar perjuicios económicos a los empresarios competidores, esto es, que sus intereses económicos legítimos sean puestos en peligro abstracto*”.

¹⁶ Tradução nossa. No original: “*Member States attach particular importance to combating corruption in both the public and the private sector, in the belief that in both those sectors it poses a threat to a law-abiding society as well as distorting competition in relation to the purchase of goods or commercial services and impeding sound economic development.*”, COUNCIL OF EUROPE, Framework Decision 2003/568/JAI, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32003F0568>, Acesso em jan/2019.

¹⁷ A Convenção Penal Sobre Corrupção do Conselho da Europa trata, dentre outros, dos crimes de corrupção de funcionários públicos, corrupção de funcionários públicos estrangeiros, corrupção de funcionários de organizações internacionais, lavagem de dinheiro e corrupção privada.

¹⁸ Dispõe o artigo 7º da Convenção os moldes para criminalização da corrupção privada ativa: Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias para classificar como infração penal, nos

A Convenção da ONU de combate à corrupção foi o primeiro texto jurídico de caráter internacional e alcance mundial a tratar da corrupção. Em 2003, na cidade mexicana de Mérida, subscreveu-se a Convenção das Nações unidas sobre Corrupção, promulgada internamente pelo Decreto n. 5687/2006. Ocorre que, embora prevista no texto definitivo, a criminalização da corrupção no setor privado não é obrigatória aos países signatários, tão somente recomenda-se que os Estados criem mecanismos (não necessariamente penais) para fazer frente a esse fenômeno¹⁹.

Tal fato provoca problemas de efetividade, conquanto boa parte dos países signatários, dentre os quais se insere o Brasil, não adotou medidas efetivas de combate ao fenômeno estudado. Da leitura do texto se verifica que, diferentemente dos textos internacionais apontados anteriormente, a Convenção de Mérida não relaciona o combate à concorrência desleal como objeto da criminalização da corrupção privada, mas sim objetiva proteger o bem jurídico que é a relação de confiança que deve existir entre empregador e seus colaboradores²⁰.

2. MODELOS DE TIPIFICAÇÃO ADOTADOS NOS PAÍSES EUROPEUS

Os países europeus contam com certa tradição na abordagem do tema, razão pela qual é pertinente elencarmos os três principais modelos de tipificação da corrupção privada

termos do seu direito interno, o facto de uma pessoa, intencionalmente, no âmbito de uma actividade comercial, prometer oferecer ou entregar, directa ou indirectamente, qualquer vantagem indevida a qualquer pessoa que seja dirigente ou que trabalhe para entidades do sector privado, em beneficio próprio ou de terceiros, para que essa pessoa pratique ou se abstenha de praticar um acto com violação dos seus deveres. As condutas de corrupção passiva, por sua vez, são trazidas pelo artigo 8º: Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias para classificar como infracção penal, nos termos do seu direito interno, o facto de uma pessoa, intencionalmente, no âmbito de uma actividade comercial, que seja dirigente ou trabalhe em entidades do sector privado, solicitar ou receber, directamente ou por intermédio de terceiro, uma vantagem indevida ou aceitar uma oferta ou a promessa de oferta, em beneficio próprio ou de terceiro, para que pratique ou se abstenha de praticar um acto em violação dos seus deveres.

¹⁹ O artigo 12 do texto internacional impõe aos Estados signatários a obrigação de adotar “*medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas*”. Além disso, foram desenvolvidos instrumentos de prevenção de atos de corrupção privada, como o estabelecimento de normais de *compliance*, aplicação de princípios de boa governança, entre outras. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa, *op. Cit.*, p. 81.

²⁰ O artigo 21, que delinea a corrupção ativa e passiva no setor privado, dispõe: Artigo 21: Suborno no setor privado Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais: a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar; b) A solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.

adotados naqueles países. A identificação desses modelos permite, ainda, compreender os interesses de proteção em voga. De acordo com LUIGI FOFFANI, eles variam entre um unitário, no qual o delito é comum, sem distinção entre sujeitos públicos ou privados (Inglaterra); um modelo de violação de deveres laborais (França) e; um modelo orientado à proteção da lealdade concorrencial (Alemanha e Espanha)²¹.

O direito inglês introduziu em 1906 o *Prevention of Corruption Act*²², primeiro instrumento que se tem notícia a ter tipificado comportamentos de desvio de poder perpetrados nas relações entre particulares. O regime jurídico-penal já nessa época não diferenciava em nada as duas facetas do fenômeno corruptivo. Em 2010, foi promulgado o *Bribery Act*, reformulando as normas jurídicas inglesas sobre o tema, mas mantendo a unidade de tratamento.

Os delitos de corrupção (pública ou privada) são elencados no *general bribery offences*, descrevendo na seção 1 a figura ativa do delito de corrupção quando uma pessoa oferece, dá ou promete uma vantagem a outro indivíduo em troca deste atuar indevidamente em alguma atividade ou função relevante relacionada ao seu trabalho. A seção 2 traz a figura passiva do delito quando o funcionário requerer, aceitar ou concordar em aceitar esta vantagem, em troca de atuar indevidamente no desempenho de uma função ou atividade relevantes. Esta função ou atividade é delimitada na seção 3 e inclui qualquer função de natureza pública, qualquer atividade relacionada a negócios, comércio ou profissão ou atividade desenvolvida no curso do trabalho da pessoa.

Pode-se depreender que os bens jurídicos protegidos pela norma jurídica inglesa em relação ao fenômeno da corrupção são a lealdade e a confiança que devem alicerçar as relações entre empregado/funcionário (agente) público e o empregador/Administração Pública (principal). Logo, é indiferente que o ato ilegal seja praticado no âmbito público ou privado, já que o bem jurídico lesionado é o mesmo, estabelecido na lealdade das relações entre principal e agente²³.

Este modelo de violação de deveres é reproduzido na legislação francesa de corrupção privada, sendo, no entanto, diferentes os tipos penais para a pública e privada. Introduzido em

²¹ FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 81, nov. 2009, p. 51-52.

²² REINO UNIDO. *Prevention of Corruption Act*, 1906, Disponível em: [http://www.track.unodc.org/LegalLibrary/LegalResources/United%20Kingdom%20-%20England%20and%20Wales/Laws/England%20and%20Wales%20Prevention%20of%20Corruption%20Act%20\(1906\).pdf](http://www.track.unodc.org/LegalLibrary/LegalResources/United%20Kingdom%20-%20England%20and%20Wales/Laws/England%20and%20Wales%20Prevention%20of%20Corruption%20Act%20(1906).pdf). Acesso em jan/2019.

²³ MARTÍN, Nieto. La Corruzione Nel Settore Privato: Riflessioni Sull'Ordinamento Spagnolo. In: ACQUAROLI, Roberto; FOFFANI, Luigi (org.). *La Corruzione Tra Privati: Esperienze Comparatistiche e Prospettive di Riforma*. Milão: Giuffrè, 2003, p. 123. *Apud* GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa, *op. cit.*, p. 40.

1919²⁴, essa modalidade delitiva passou por duas grandes reformas posteriormente. Em suas origens o crime foi previsto para resguardar a regular e isonômica distribuição de mercadorias, que eram escassas no contexto de guerra mundial. Passado esse momento histórico, a preocupação se deslocou para as relações de trabalho, sendo importante para a sociedade econômica que sejam regidas pela lealdade e pela confiança, alicerces das relações laborais²⁵.

A atual previsão foi imposta pela Lei n. 2005-705, a qual estabeleceu o desvalor da conduta na violação, praticada pelo empregado, das obrigações decorrentes da relação principal-agente, nos seguintes termos:

Article 445-1

É punido com pena de prisão de cinco anos e multa de 75.000 euros quem propõe, sem direito, a qualquer momento, direta ou indiretamente, a quem, sem ser depositário da autoridade pública, nem esteja no comando de uma missão de serviço público, nem investido num serviço público eletivo, exerce, no âmbito de uma atividade profissional ou social, uma função de direção ou de trabalho para uma pessoa singular ou coletiva ou para qualquer organismo, qualquer oferta, promessa, presente ou benefício de qualquer tipo para si mesmo ou para qualquer outra pessoa com a finalidade de realizar ou deixar de realizar, ou para fazer ou abster-se de realizar um ato de sua atividade ou função ou facilitado por sua atividade ou função, em violação de suas obrigações legais, contratuais ou profissionais.

As mesmas penalidades aplicam-se a qualquer pessoa que ceda a uma pessoa referida no primeiro parágrafo que solicite, sem direito, a qualquer momento, direta ou indiretamente, quaisquer ofertas, promessas, presentes, presentes ou vantagens de qualquer tipo, para si ou para os outros, para executar ou para ter feito ou para se abster de realizar um ato referido no referido parágrafo, em violação das suas obrigações legais, contratuais ou profissionais

Artigo 445-2:

É punido com cinco anos de prisão e multa de 75 000 euros uma pessoa que, sem ser depositária da autoridade pública, nem é investida de uma missão de serviço público nem exerce mandato eletivo público, exerce, no decurso de uma atividade profissional ou social, uma função de gestão ou um trabalho para uma pessoa singular ou coletiva ou para qualquer organismo, para solicitar ou aprovar, sem direito, a qualquer momento, direta ou indiretamente qualquer oferta, promessa, presente, ou benefício, seja para si mesma ou para qualquer outra pessoa, para executar ou ter realizado, para abster-se de ou para abster-se de realizar qualquer ato de sua atividade ou sua função ou facilitar por sua atividade ou função, em violação de suas obrigações legais, contratuais ou profissionais²⁶

Tal construção busca proteger os interesses dos empregadores e o regular funcionamento da empresa, na medida em que a confiança na delegação de funções é considerada fundamental ao regular desenvolvimento econômico.

²⁴ Passou-se, assim, a punir o empregado que descumprisse seus deveres de ofício, violando a confiança que lhe era depositada.

²⁵ GONTIJO, Conrado Corrêa, *op. Cit.*, p. 112.

²⁶ Tradução própria. FRANÇA. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20100326>. Acesso em 31 de jul de 2019.

O Direito Penal alemão, em 1909, criou um diploma jurídico destinado a coibir atos contra a concorrência leal (GWG) no qual se inseriu o crime de corrupção de empregados, como era nominado. O crime inscrito se caracterizava por comportamentos de desvio de poder, pelos quais o empregado de uma empresa aceitaria ou receberia vantagem indevida para favorecer um concorrente do empregador²⁷. Posteriormente, o delito foi transplantado para o Código Penal alemão e incorporado ao seu artigo §299 com o título de corrupção ativa e passiva no âmbito econômico.

Sanciona-se com essa tipificação o acordo entre sujeitos com a finalidade de favorecer um deles nas relações comerciais de forma desleal, em troca do fornecimento de vantagem. O modelo alemão objetiva reprimir dos atos de desvio de poder de particulares, evitando interferências e manipulações no mercado e estimulando atuação que mantenha a igualdade competitiva das empresas em condições ordinárias. Destaca-se o fato de estes dispositivos se referirem à concorrência, de modo que somente poderá se configurar o delito em um cenário no qual há mais de um ofertante de bens ou serviços comerciais²⁸.

Recentemente, a Espanha passou a adotar o modelo de proteção à lealdade concorrencial, por meio da Lei Orgânica 5/2010. Anteriormente, o ordenamento jurídico espanhol já dispunha de leis de proteção da concorrência, mas de índole extrapenal, que, ao serem insuficientes para disciplinar essas práticas, foi suplantada pela legislação penal. Recente alteração foi realizada pela Lei Orgânica n. 01/2015, por meio da qual as previsões espanholas incorporaram grande parte das discussões sobre o tema, fruto da influência do direito internacional, mais particularmente da Decisão Marco 2003/568/JAI, que impõe a criminalização da corrupção entre particulares aos países europeus, e do direito alemão²⁹.

O delito foi inserido entre os crimes contra o patrimônio e a ordem socioeconômica, tendo doutrinadores, dentre eles BACIGALUPO³⁰, defendido que a figura típica da corrupção entre particulares tem o escopo de proteção ao ambiente concorrencial justo e honesto, reprimindo atos com propósito de corromper os administradores e colaboradores de entidades privadas. Há quem entenda, todavia, que a característica elementar das condutas seria o descumprimento de obrigações pelo corrupto que aceita a vantagem indevida. Isso, somado a ao fato de que a configuração do crime está condicionada ao incumprimento de uma

²⁷ GONTIJO, Conrado Corrêa, *op. Cit.*, p. 106.

²⁸ KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* no 3, 2007, A1, p. 3.

²⁹ PASCUAL, Antoni Gili. *El delito de corrupción en el sector privado*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 30-31.

³⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 155.

obrigação, leva parte da doutrina a defender que a figura típica também tem por escopo proteger interesses individuais do empresário, notadamente o de fidelidade de seus empregados.

Colocadas as principais bases nas quais se assenta o delito em comento no direito europeu, passaremos a abordar cenário brasileiro de tratamento jurídico ao fenômeno da corrupção privada. Esse trabalho possibilitará determinar em que medida o tratamento está adequado para dar conta do problema e apontar caminhos a serem construídos.

3. A POSSIBILIDADE DE TIPIFICAÇÃO PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O até aqui exposto nos demonstra que a corrupção privada é um problema real e com grave impacto no seio social, a justificar a intervenção do Direito Penal. Além disso, a partir da lesividade social própria dessa criminalidade, os países que o fizeram estabeleceram modelos próprios de tipificação. Diante dessa realidade, questiona-se a alienação do legislador brasileiro diante de tema de tamanha importância no debate internacional.

Tal questionamento, no entanto, não significa negar qualquer impulso nesse sentido. Em verdade, pelo menos desde 2010 o direito brasileiro passou a tipificar uma das formas pelas quais ocorre a corrupção privada, nomeadamente a corrupção esportiva. A Lei n. 12.299 de julho de 2010, posteriormente alterada pela Lei n. 13.155/2015, introduziu no Estatuto do Torcedor os artigos 41-C e 41-D.

De acordo com essas previsões, comete crime de corrupção privada quem solicita ou aceita vantagem para praticar qualquer ato ou omitir-se com objetivo de alterar ou falsear o resultado de competição esportiva, bem como quem dá ou promete tal vantagem. A despeito disso, raras são as menções doutrinárias sobre o tema, o que repercute em pouco conhecimento sobre a previsão legislativa. Isto demonstra duas questões: como o tema da corrupção privada se mantém consideravelmente alheio ao debate nacional sobre corrupção e como são rasas as críticas no sentido de negar a necessidade de intervenção do Direito Penal sobre essa criminalidade.

Por outro lado, a doutrina costuma mencionar as previsões da Lei contra Concorrência desleal, inscritas no artigo 195, incisos IX e X, como correspondentes a situações de corrupção privada. No entanto, tal percepção é ocasionada pela falta de técnica legislativa ao estabelecer essa figura delitiva. A técnica legislativa empregada é inadequada não só ao

compreender catorze distintas condutas, todas essas condutas como crimes de concorrência desleal, mas também ao prever a mesma pena de três meses a um ano³¹.

Além disso, a interpretação sobre quais situações estariam abarcadas por esses dois tipos penais é diversa, sendo certo que a obra mais citada, de autoria de JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, não vislumbrava sequer a possibilidade de sua utilização nos casos de corrupção privada propriamente³². Embora em um primeiro momento a leitura do inciso IX faça parecer ser possível sua adequação às situações de corrupção privada, ao se prosseguir na exegese do inciso X, verifica-se que a intenção do legislador não foi a de criminalizar atos próprios de corrupção entre particular, o que se percebe com a expressão “*proporcionar vantagem a concorrente do empregador*”. A legislação objetiva proteger, portanto, a empresa de seus concorrentes desleais, ou seja, situações de violação de segredo do qual tem conhecimento o emprego por sua função, e não protegê-la de um ato de seu empregado que favorece um futuro prestador de serviços da empresa, o que ofenderia a lealdade concorrencial em relação aos demais prestadores de serviços concorrentes.

Se é verdade que a legislação brasileira não se encontra ausente de resposta de caráter penal ao problema da corrupção entre particulares, também é verdade que tais previsões não correspondem à real violação perpetrada por tais condutas. O posicionamento adotado é considerado inadequado, notadamente em relação à tendência internacional sobre o tema, de modo que não dá conta do problema da corrupção privada. Nesse sentido a importância de trazer debate sobre a necessidade de conferir novo tratamento ao tema, por meio da tipificação específica dessa prática, para que a resposta estatal se mostre mais presente.

A partir da análise do tratamento dado a essa prática no direito internacional e estrangeiro, a pergunta que se apresenta é: como tornar crime a corrupção privada muda o enfrentamento dessa prática no Brasil? Para respondê-la, deve-se ter em mente que a corrupção entre particulares apresenta estrutura muito similar à corrupção no setor público.

Essa similitude se estabelece, conforme leciona a professora PATRÍCIA FARALDO, a partir de três aspectos coincidentes: a motivação de ambas as práticas para as partes é econômica, incluindo, raramente, outras prestações; o vínculo entre as partes se estabelece por

³¹ Nesse sentido Cláudio Bidino in ***O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)***. In: Santos, Cláudia Cruz; Bidino, Claudio; Melo, Débora Thais de. *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência)* sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009. p. 240. Contrariamente José Henrique Pierangeli in ***Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 412 p. ISBN 85-203-2392-8, p. 270.

³² PIERANGELI, José Henrique. ***Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 412 p. ISBN 85-203-2392-8.

uma relação entre iguais que estabelecem um contrato, portanto, horizontal; e o conteúdo da relação é ilícito ou ilegal, o que se consubstancia na necessidade de sua ocultação³³. O conceito de corrupção apresentado no início deste trabalho contribui no sentido de que a corrupção é um meio pelo qual se atinge um bem jurídico valioso à sociedade. Dessa forma, seja no setor público ou privado, o ato praticado é o mesmo, a diferença está, portanto, nas consequências e nos bens violados pela prática criminosa.

Nessa medida, compreendendo que a corrupção entre particulares não está menos disseminada, tampouco causa menos danos do que a corrupção operada no setor público³⁴, essa prática é considerada um fenômeno de grande impacto social negativo. Decisões empresariais muitas vezes extrapolam o campo de interesse individual, produzindo efeitos difusos que afetam o ambiente concorrencial leal, a proteção do patrimônio da empresa e de sua função social, podendo afetar por vezes os consumidores³⁵.

A tipificação da corrupção entre particulares deve ser vista como necessária na medida em que confere tratamento equivalente a condutas que têm relação de identidade. Mais do que isso, como uma forma de auxiliar a regulação no setor, o que repercutiria em uma importante ferramenta para reduzir os níveis da corrupção até mesmo na esfera pública. Isso se explica a razão de que, porquanto a metodologia da prática de corrupção no setor privado e no setor público seja idêntica, a partir do momento em que existem situações concretas de corrupção entre particulares, desenvolve-se um processo de aprendizagem e reiteração das práticas delitivas, o que é reproduzido no setor público, sendo um fenômeno que se auto alimenta na perspectiva empresarial³⁶.

A não repressão penal da prática na esfera privada permite e favorece sua disseminação no âmbito público na relação entre o particular e o agente público, pois as práticas ilícitas transitam de um setor ao outro. Assim, a tipificação da corrupção entre particulares contribuiria para aprimorar o senso coletivo em relação ao exercício irregular do poder, do que poderia resultar a superioridade de interesses individuais, tanto nas relações privadas quanto públicas³⁷.

³³ FARALDO CABANA, Patrícia, *Hacia um delito de corrupción em el setor privado* in Estudios Penales y Criminológicos, XXIII, 2002, Cursos e Confresos da Universidade de Santiago de Compostela, p.69.

³⁴ ARGANDOÑA, Antonio. Private to private corruption cit., p. 2.

³⁵ Nesse sentido: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 97, p. 238, jul./ago. 2012.

³⁶ GONTIJO, Conrado Corrêa, *op. Cit.*, p. 44.

³⁷ GONTIJO, Conrado Corrêa, *op. Cit.*, p. 45.

Ademais, historicamente, a carência de dispositivos legais a coibir o fenômeno de forma específica na esfera privada fez com que o conceito de corrupção pública fosse alargado para dar conta também dessa realidade. CONRADO GONTIJO destaca que na Itália, no julgamento dos casos Tangentopoli e Mani Pulite, aplicou-se o dispositivo legal que previa a corrupção de funcionários públicos a situações fáticas de pactos celebrados entre particulares. Nesse sentido, a interface entre os acordos criminosos relacionados à administração pública e àqueles entre particulares é uma forte argumento a indicar a tipificação da corrupção entre particulares.

Reconhecer a similaridade entre as práticas e defender a criação de um tipo específico requer, conseqüentemente, que se reconheça as distinções entre tais práticas. Seja pela expressividade dos impactos causados pela corrupção no setor público ou em razão do desvio de recursos públicos para benefício individual em detrimento da regular administração pública – para além da lesão à concorrência leal e regular relação de mercado – a corrupção envolvendo agentes públicos deve receber tratamento mais severo que aquele reservado a prática entre particulares – o que não significa que esta deva ser negligenciada.

Para além disso, os modelos já estabelecidos no direito comparado devem ser usados como ponto de partida para se pensar as estruturas de tipificação da corrupção privada e quais bens jurídicos estão sendo violados por esta prática. No Brasil, assim como em outros países, parte da doutrina se levanta contrariamente, entendendo, em grande parte, que as soluções extrapenais seriam mais adequadas³⁸. No entanto, identifica-se que aqui se reproduzem as razões que motivaram diversos países a tipificar a conduta, mais do que isso, esta é medida adequada para dar conta do fenômeno de corrupção no Brasil. De encontro a tais argumentos, o convívio com graves escândalos corporativos, especialmente a partir da deflagração da operação lava-jato, revela patente a concessão de tratamento mais adequado a corrupção entre particulares, o que somente viria a ocorrer com a tipificação penal³⁹.

Referências Bibliográficas

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia*. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). Cuestiones actuales de derecho penal

³⁸ Sobre o assunto ver: GONTIJO, Conrado Corrêa, *op. Cit.*, p. 206 e ss.

³⁹ É o que pontifica Miguel Reale Júnior. REALE JÚNIOR, Miguel. *Dever de lealdade do administrador da empresa no Direito Penal*, cit., p. 238.

empresarial. Madrid: Colex, 2010.

ARGANDOÑA, A. (2003). *Private-to-Private Corruption*. Journal of Business Ethics, 47 (3).

BACIGALUPO, Enrique (director). *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

Bidino, Claudio. *O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)*. In: Santos, Cláudia Cruz; Bidino, Claudio; melo, Débora Thaís de. *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009. p. 203-256.

BLANCO CORDEIRO, Isidoro. *La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional*. PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (org.). *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad Salamanca.

BRASIL. DECRETO Nº 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, Brasília, DF, janeiro de 2006.

COIMBRA, Fabio C. (2011). *Estrutura de governança corporativa e gestão de riscos: um estudo de casos no setor financeiro*. Universidade de São Paulo, Tese de doutorado.

Cuervo-Cazurra, A. (2006). *Who Cares About Corruption?* Journal of International Business Studies, 37 (6).

Dobson, J. (2006) Enron: *The Collapse of Corporate Culture*, p. 193-205. In: Enron and World Finance: A Case Study in Ethics. Ed. Dembinski, P. H.; Lager, C.; Cornford, A.; Bonvin, J. Palgrave MacMillan

FARALDO CABANA, Patrícia, *Hacia um delito de corrupção em el setor privado in Estudios Penales y Criminológicos*, XXIII, 2002, Cursos e Confresos da Universidade de Santiago de Compostela.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal: Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. *Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico*. Revista *Liberdades* (IBCCRIM), n. 15, janeiro/abril de 2014.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio Dario. *Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 97, p. 238, jul./ago. 2012.

GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. *Corrupción en el sector privado: competencia desleal y o administración desleal*. Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias

Económicas y Empresariales, n. 74, maio/ago. 2008.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa, *O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro*, Dissertação (Mestrado) São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2014

MATA BARRANCO, Noberto J. de La. *El Bién Jurídico Protegido en el Delito de Cohecho: La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2a época, jan.. Madrid: Marcial Pons, 2006.

SANTOS, Cláudia Cruz, BIDINO, Cláudio, MELO, Débora Thaís de, A Corrupção: Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Criminalidad de empresa: problemas de autoría e participación*. Revista Penal, Valencia, n. 9, jan. 2002. P. 107. VASQUEZ, Manuel A. Abanto. Hacia un nuevo derecho penal de las empresas: más allá de solución penal y meramente administrativa del delito económico. Revista Penal, Valença, n. 21, jan. 2008.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHÉZ, Cermen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 89, mar. 2011.

PIERANGELI, José Henrique. *Crimes de concorrência desleal* (Lei n 9 279, de 14 de maio de 1996, art. 195), Artigo escrito especialmente para o livro-homenagem ao Prof. Dr. Carlos A Contreras Gomes, da Universidade Nacional de Corrientes (Argentina), p 32-33.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal*. GUEIROS SOUZA, Artur de Brito (org.). Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições Criminológicas, Político- Criminais e Dogmáticas. Brasília: ESMPU. 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, Direito Penal, volume único, São Paulo, Atlas, 2018.

_____. *Breves Considerações sobre a Corrupção em Transações Comerciais Internacionais*. JAPIASSÚ, CARLOS EDUARDO ADRIANO (coord.). Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.