

# A CORRUPÇÃO PRIVADA NO BRASIL

## PRIVATE CORRUPTION IN BRAZIL

### **Anna Cecília Santos Chaves**

annacchaves@usp.br

Doutoranda na área de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo. Bolsista de Doutorado em Direito da FAPESP. Possui especialização em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

---



## RESUMO

Busca-se tratar do tema da corrupção privada à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, procura-se, inicialmente, delimitar seu âmbito conceitual, partindo-se da análise do conceito geral de corrupção. Após, examina-se o tratamento dado à corrupção privada no Direito Internacional e no direito estrangeiro. A partir dessas premissas introdutórias, tenta-se traçar um panorama, ainda que impreciso, em face da escassez de dados estatísticos e estudos acadêmicos da corrupção privada no Brasil. Também se discute, no presente trabalho, acerca dos instrumentos jurídicos de repressão a essa espécie delitosa que figuram em nosso ordenamento, analisando-se seus elementos e sua eficiência prática na tutela dos bens jurídicos que ensejaram a sua criação. Discute-se também a eficácia do Direito Penal como instrumento de repressão dessa modalidade de corrupção perante os demais instrumentos de que dispõe o ordenamento pátrio.

## PALAVRAS-CHAVE

Corrupção privada. Corrupção privada nos tratados internacionais. Corrupção privada no direito estrangeiro. Corrupção privada no Brasil. Crimes de concorrência desleal. Eficácia dos instrumentos jurídicos e administrativos de repressão à corrupção.

## ABSTRACT

This paper aims to discuss the private corruption according to national law. To reach this goal, we seek to initially define its conceptual framework, starting the analysis from the general concept of corruption. After, we intend to examine the treatment given to private corruption in international law and foreign law. These assumptions try to draw a picture, albeit imprecise, given the paucity of statistical data and academic studies about private corruption in Brazil. We also discuss, in this paper, about the legal instruments for repression of this kind of corruption available in our juridical system, analyzing its elements and its practical efficiency in the protection of legal interests that gave rise to its creation. We also analyse the effectiveness of criminal law as an instrument of repression of this kind of corruption, compared to other instruments available in the Brazilian juridical order.

## KEYWORDS

Private corruption, private corruption in international treaties. Private corruption in foreign law. Private corruption in Brazil. Crimes of unfair competition. Effectiveness of legal and administrative instruments for repression against corruption.

## SUMÁRIO

Introdução. 1. O conceito de corrupção privada. 1.1 Da necessidade de prévia determinação de um conceito geral de corrupção. 1.2 Das peculiaridades da corrupção privada. 2. A corrupção privada nos tratados internacionais. 3. A corrupção no setor privado: perspectivas e situação no Brasil. 3.1 Dados estatís-

ticos da Transparência Brasil (2003). 3.1.1 Gráficos estatísticos. 3.2 A corrupção privada no Brasil: legislação e doutrina. 3.2.1 Concorrência desleal na legislação brasileira. 3.2.1.1 Antecedentes normativos. 3.2.1.2 Espécies delituosas da concorrência desleal. 3.2.1.3 Sujeito passivo, bem jurídico tutelado e pena cominada. 3. Reflexões conclusivas acerca da eficiência do Direito Penal como instrumento de repressão aos atos de corrupção na esfera privada.

## INTRODUÇÃO

Tratar do tema corrupção privada no Brasil é se propor a praticamente inserir tal assunto no cenário doutrinário brasileiro. Isso porque a tradição jurídica da América Latina concebe o fenômeno da corrupção apenas em sua forma tradicional, na qual deverá estar necessariamente presente, como parte do *pactum sceleris*, o funcionário público, conforme o previsto em seus ordenamentos jurídicos.

Essa perspectiva não abarca, entretanto, o fenômeno da corrupção no setor privado. Inobstante o parco debate interno sobre o assunto e a escassez de dados estatísticos e estimativas oficiais aptos ao fornecimento de subsídios para uma análise das proporções e características desse fenômeno no Brasil, há significativas iniciativas, de caráter supranacional, que buscam consolidar políticas de repressão à corrupção privada, sobretudo entre os países integrantes da União Europeia.

Em janeiro de 1999, foi celebrada, em Estrasburgo, a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, que regula a corrupção privada em seus artigos 7º e 8º, tendo entrado em vigor em julho de 2002. Não se pode deixar de mencionar também a Ação Comum da União Europeia, de dezembro de 1998, “cujo objeto específico e exclusivo”, conforme aponta Foffani<sup>1</sup>, “é a corrupção no âmbito privado”.

Mais recentemente, há a Decisão Marco do Conselho da União Europeia, de julho de 2003, que lança seu foco sobre a necessidade de criação de instrumentos jurídicos eficazes na repressão da corrupção privada, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, que contém, em seu artigo 21, a previsão do suborno no setor privado.

Nessa esteira, também o projeto de harmonização do Direito Penal Econômico na União Europeia, intitulado “Eurodelitos”, que prevê a tipificação de um delito de corrupção ativa e passiva no tráfico econômico.

Como visto, é crescente a preocupação da União Europeia com a repressão à corrupção, seja na esfera pública ou privada, nacional ou internacional, por considerá-la “do ponto de vista econômico-criminológico, como um fenômeno patológico agigantado pela globalização e que afeta gravemente o correto funcionamento de uma economia de mercado em um Estado de Direito.”<sup>2</sup>

---

1 FOFFANI, 2009, p. 49. Tradução livre.

2 FOFFANI, 2009, p. 50. Tradução livre.

As convenções mencionadas trazem a expressa recomendação, aos países signatários da inserção, em seus ordenamentos jurídico-penais, da figura da corrupção privada. Atendendo a esse preceito, diversos países europeus tipificaram a conduta de corrupção entre particulares, conforme será examinado a seguir.

No Brasil, os únicos instrumentos punitivos da corrupção na esfera privada são a Lei 12.529, de 2011, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, seguindo os princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico; e a Lei 9.279, de 1996, que regulamenta a Propriedade Industrial e, inobstante tenha, em seu artigo 195, um rol de 14 tipos penais que constituem crimes de concorrência desleal, é dotada de questionável eficácia prática na qualidade de instrumento repressivo das condutas nela elencadas. Precisamente, dois incisos do referido artigo serão aqui enfocados, cujo teor é consoante com a definição de corrupção privada ativa e passiva contida nos tratados internacionais sobre tal matéria e na legislação penal comparada.

O enfoque deste trabalho, na análise do ordenamento interno, serão os delitos tipificados na Lei 9.279/96, intitulados crimes de concorrência desleal.

Com tal objetivo, busca-se aqui somar esforços ao impulsionamento do debate acadêmico sobre o assunto, bem como da produção de pesquisa estatística sobre essa espécie de corrupção, o que tornaria possível delinear um panorama mais preciso do fenômeno no Brasil, com suas especificidades, características e consequências econômicas e sociais, identificando-se a necessidade ou não da intervenção penal nesse âmbito, sua eficácia como instrumento punitivo e uma melhor definição dos bens jurídicos que efetivamente necessitam da tutela do ordenamento jurídico.

## **1. O CONCEITO DE CORRUPÇÃO PRIVADA**

### **1.1 Da necessidade de prévia determinação de um conceito geral de corrupção**

Não obstante seja o objetivo deste trabalho o tratamento de temas relativos à corrupção privada, torna-se necessário, como tarefa primeira, a definição do conceito jurídico de corrupção. Tal delimitação conceitual afigura-se como tarefa imprescindível à especificação do significado de corrupção privada, estabelecendo-se uma relação de gênero e espécie entre os dois termos.

Conforme preceituam Berdugo Gómez de la Torre e Dario Cerina<sup>3</sup>, para entender o significado da corrupção entre particulares é necessário, previamente, aclarar em que consiste a corrupção penalmente relevante.

---

3 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p.164. Tradução livre.

Corrupção, conforme aponta Ziouvas, “não é um termo jurídico legalmente definido, mas um termo antijurídico, usado, sobretudo, nas ciências sociais.”<sup>4</sup> Procede a observação de Ziouvas, uma vez que tal termo é dotado de patente atecnia jurídica, fazendo-se presente na legislação penal brasileira em acepções diversas, que transcendem seu já plural e amplo espectro de significados sociais.

Etimologicamente, “corrupção deriva do latim *rumpere*, equivalente a romper, dividir, gerando o vocábulo *corruptere*, que, por sua vez, significa deterioração, depravação, alteração, sendo largamente coibida pelos povos civilizados.” Garcia destaca que “a corrupção é um fenômeno universal (...). Além disso, o termo corrupção, aos olhos do leigo e de não poucos operadores do direito, é o elemento aglutinador das condutas mais deletérias à função pública, isto sem olvidar a degradação de caráter que indica ao mais leve exame.”<sup>5</sup>

Apesar da praticamente imediata associação do termo corrupção às atividades realizadas em prejuízo dos interesses da Administração Pública, Beraldi sublinha que a corrupção constitui um obstáculo ao desenvolvimento, sendo algo que “não apenas perturba a marcha normal da gestão pública, como também se projeta sobre a atividade econômica privada, entorpecendo seu livre desenvolvimento e sua transparência.”<sup>6</sup>

Berdugo Gómez de la Torre e Dario Cerina sustentam que, inicialmente, a doutrina concebia, a partir da análise de ordenamentos jurídicos de diversos países, a corrupção como um “peculiar ‘negócio jurídico’ de caráter marcadamente patrimonial”<sup>7</sup>. Por sua vez, Carrara observava que a corrupção consiste em um “particular tipo de compra e venda, cujas características essenciais que diferenciam a compra e venda corrupta da compra e venda lícita seriam essencialmente dois: por um lado que o sujeito que venda mantenha uma relação com a Administração Pública; por outro, que o objeto do contrato seja um ato próprio da função desse sujeito.”<sup>8</sup>

Esse modelo, no entanto, foi criticado por sua estruturação demasiadamente simplista de um delito que se sabe mais complexo em suas especificidades e de plurais formas de consumação. A principal crítica consiste no fato de que o entendimento expresso por Carrara restringe o fenômeno da corrupção a situações em que a esfera Pública deverá estar, necessariamente, envolvida.

Tal crítica é, para o foco deste trabalho, particularmente relevante, vez que expressa a necessidade de uma construção conceitual dotada de maior amplitude, capaz de abarcar a corrupção entre particulares.

---

4 ZIOUVAS, 2003, p. 151. Tradução livre.

5 GARCIA, 2004, p. 203-204.

6 Apud CAIROLI MARTÍNEZ, 1999, p. 13-14. Tradução livre.

7 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p. 165-166. Tradução livre.

8 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p. 165-166. Tradução livre.

A construção doutrinária de corrupção, tecida por Carrara, “não ajuda o intérprete a individualizar o objeto de proteção do injusto típico ou a responder à pergunta sobre o porquê da necessidade de se sancionar a corrupção.”<sup>9</sup>

A doutrina anglo-saxônica defendeu um outro modelo, baseado na relação *principal-agente*, que consistiria numa relação formada entre três pessoas: o *principal*, que seria aquele que estabelece uma relação com o *agente*, o qual passa a atuar em sua representação, e o *outro*, que oferece vantagem ao *agente* para que traia o *principal*, por meio da quebra dos deveres funcionais inerentes à sua posição de representante.

O esquema descrito diferencia-se dos demais conceitos apresentados por sua possibilidade de explicar a corrupção nos setores público e privado. Complementam Berdugo Gómez de la Torre e Dario Cerina que, “no caso do setor público, a Administração atua como *principal* do servidor público. Em função de uma relação que poderíamos chamar de agência, o servidor público adquire uma posição qualificada por meio da qual, em troca da concessão de certos poderes, encontra-se vinculado a atuar no interesse do principal – Administração e a fazê-lo respeitando certas regras.”<sup>10</sup>

## 1.2 Das peculiaridades da corrupção privada

Proseguindo-se no exame do esquema apresentado por Berdugo Gómez de la Torre e Dario Cerina, no que tange ao setor privado, um chamado centro de interesses, comumente uma empresa, outorga a um *agente*, normalmente, um de seus empregados, o poder de atuar em seu nome. Para tanto, deverá o *agente* se pautar por regras direcionadas a sujeitos que operam no mercado, sejam elas de cunho interno (regulamento interno ou código de ética da empresa) ou externo (legislação positiva). Assim como ocorre no setor público, o *outro* será aquele responsável pelo oferecimento de vantagem ao *agente*, para que este quebre seus deveres de função e realize determinadas ações no interesse desse *terceiro*, em prejuízo do *principal*.

A questão central que se coloca perante essa construção teórica é a dificuldade em se determinar quais são os deveres cuja quebra integra a ação corrupta. Na esfera pública, aponta-se que a quebra da imparcialidade é a falta que dá substrato à aplicação de uma sanção. Já no setor privado, não existe esse dever de imparcialidade, que é eminentemente público, razão pela qual questiona-se de quem viria a ser o interesse em que a conduta do *agente* se desenvolva dentro do respeito às regras estabelecidas.

Uma primeira posição se sustenta no argumento de que incumbe ao Direito Penal a guarda do interesse do *principal*, preservando-se o dever de lealdade existente em sua relação com o *agente*. Far-se-ia, pois, presente uma dimensão de interesse público em se evitar atos de corrupção entre particulares, já que a corrup-

9 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p. 165-166. Tradução livre.

10 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p. 165-166. Tradução livre.

ção privada lança reflexos em interesses de terceiros, tais como os competidores do corruptor e os consumidores que, direta ou indiretamente, sofreriam os impactos de uma ingerência artificial nas regras das relações econômicas, desestabilizando o princípio da livre concorrência.

Essa posição acarreta, no entanto, problemas na análise de suas consequências, “pois parece evidente que o interesse do *principal*, em determinadas hipóteses, pode, inclusive, colidir com os interesses de terceiros interessados.”<sup>11</sup> Ademais, “a adoção do modelo *agente-principal* é que favorece a confusão entre dois planos que a doutrina nem sempre diferencia com clareza: o do bem jurídico lesionado ou colocado em perigo pelo pacto corrupto e o do bem jurídico lesionado ou colocado em perigo pelo ato-consequência do pacto corrupto, ou seja, diferenciar entre o pacto e a atuação objeto do pacto.”<sup>12</sup>

O grande problema que resulta dessa possível confusão entre os planos descritos é que a análise se foca apenas nos resultados danosos produzidos pelo acordo corrupto, tal pacto de vontades representaria apenas o perigo de que o crime de corrupção se realize. Não obstante, é entendimento aparentemente majoritário, na doutrina dos países que possuem esse tipo penal em seus ordenamentos, o de que o crime de corrupção se consuma no momento da realização do acordo, sendo dispensável que o mesmo produza um resultado material danoso.

É, pois, cediço que o Direito Penal promove a proteção do bem jurídico que se vê lesionado no momento em que se estabelece o acordo entre o *agente* e o *terceiro*, ou seja, quando o *agente* aceita realizar um determinado ato em prejuízo dos interesses do *principal*, em razão da vantagem que lhe é oferecida, porque ferido estaria o princípio da imparcialidade, requisito essencial a todos os atos praticados pela Administração Pública. Transportando-se esse raciocínio para a esfera privada, qual seria, nessa esteira, o bem jurídico tutelado e quem seria o sujeito passivo do delito, uma vez que o crime ocorreria independentemente da lesão a eventuais concorrentes do corruptor e de interesses dos consumidores? Haveria justificativa para a intervenção penal em atos de corrupção na esfera privada?

Tais questões demonstram a necessidade de uma delimitação precisa do conceito de corrupção na esfera privada. Para ir adiante em questões de maior profundidade na órbita da dogmática penal, faz-se necessário que sobre esse conceito não pairessem as sombras da indeterminação.

Cairolí Martínez apresenta um conceito presente na obra *Controlando a corrupção*, de Robert Klitgaard, que aponta ser aquele mais adequado a definir, atualmente, o fenômeno da corrupção: “conduta corrupta é aquela que se desvia dos deveres formais de um rol público em razão de ambições privadas (pessoal, familiar ou grupal), ou que viola as regras do exercício de certos tipos de conduta de inte-

11 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p.168-169. Tradução livre.

12 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p.168-169. Tradução livre.

resse privado.”<sup>13</sup> Prossegue, afirmando que tal definição encerra o sentido global de corrupção, o qual abarca não apenas as ações de desvio que são exercidas no âmbito dos órgãos que cumprem funções públicas, mas também na esfera de atuação daqueles que exercem funções privadas.

Para Cairoli Martinez, assim como os governantes que exercem a autoridade pública, os grupos empresariais “conformam uma elite e podem situar-se dentro dos grupos que regem os destinos de muitas pessoas. São dirigentes distintos, pessoas que, de alguma maneira, têm o predomínio ou hierarquia sobre outras pessoas e, através de suas atitudes, determinam ações que terão consequências nas vidas e situações das mesmas. Definitivamente, são dois tipos que estão muito unidos, não é difícil que apareçam interagindo e produzindo efeitos que às vezes levam à criação de monopólios que impedem a concorrência econômica.”<sup>14</sup>

É válido ressaltar que a corrupção na esfera privada pode se dar, conforme sublinha Acle Tammaro<sup>15</sup>, com a prática de atos que configurem uma contrapartida tanto à Administração Pública quanto a uma grande empresa.

No caso da Administração Pública, a contrapartida se dá com vistas à agilização de um trâmite ou à conquista de algum benefício outro em detrimento de eventuais concorrentes. Entre empresas, ela se dá em razão da vantagem deslealmente proporcionada a concorrente do empregador por funcionário que falta com seus deveres de empregado com o intuito de obtenção de determinado proveito. Interessam, à análise tecida neste trabalho, especificamente as práticas corruptas praticadas nessa segunda hipótese, já que a primeira, ainda que tenha um ente privado figurando em um dos polos da relação pactual, representa um crime praticado contra a Administração Pública. Entre empresas, determinadas práticas de deslealdade concorrencial configuram essencialmente aquilo que se conceitua corrupção privada.

Por todo o exposto, soa bastante acertada a definição expressa na Ação Comum de 22 de dezembro de 1998<sup>16</sup> sobre a corrupção no setor privado, que estabelece, em seu artigo 2º, que “constituirá corrupção passiva no setor privado o ato intencional de uma pessoa que, diretamente ou por meio de terceiros, solicite ou receba, no exercício de atividades empresariais, vantagens indevidas de qualquer natureza, para si mesma ou para um terceiro, ou aceite a promessa de tais vantagens em troca de realizar ou abster-se de realizar um ato, descumprindo suas obrigações.”<sup>17</sup>

Nesse mesmo sentido, enuncia o referido instrumento jurídico, em seu artigo 3º, que “constituirá corrupção ativa no setor privado a ação intencionada de quem

13 Apud CAIROLI MARTÍNEZ, 1999, p. 13. Tradução livre.

14 CAIROLI MARTÍNEZ, 1999, p. 12. Tradução livre.

15 ACLE TAMMARO, 1999, p. 144. Tradução livre.

16 Conforme elucidam Berdugo Gómez de la Torre e Dario Cerina, a Ação Comum de 22.12.2008 sobre a corrupção no setor privado foi o primeiro instrumento jurídico relacionado com a sanção penal da corrupção entre particulares elaborada no marco da União Europeia.

17 Apud BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p.180-181. Tradução livre.

prometa, ofereça ou dê, diretamente ou por meio de terceiros, uma vantagem indevida de qualquer natureza a uma pessoa, para que esta ou um terceiro, no exercício de suas atividades empresariais, realize ou se abstenha de realizar um ato, descumprindo suas obrigações.”<sup>18</sup>

## 2. A CORRUPÇÃO PRIVADA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Conforme já abordado, “a internacionalização se projeta de modo notável sobre as relações econômicas, tanto sobre a estrutura empresarial, como sobre as relações concretas que vão mais além das fronteiras dos Estados. (...) Nesse novo marco, política e economicamente condicionado, há que se aceitar a presença de condutas que devem ser reguladas para garantir a manutenção dos distintos modelos constitucionalmente contemplados. Se é assim, também há que contar com a presença de comportamentos que se apartem dos comportamentos esperados, que possam ser contrários ao direito.”<sup>19</sup>

Num mundo globalizado, em que as atividades econômicas encontram-se interligadas numa rede de interdependência mercadológica, a criação de uma política criminal que expresse valores comuns torna-se imprescindível, sob pena de atos de deslealdade concorrencial serem severamente punidos em um determinado país e, simplesmente, não configurarem crime em outros, desequilibrando as relações econômicas estabelecidas na esfera transnacional, pela desproporção dos encargos jurídicos que permeiam tais relações.

As políticas comuns favorecem, também, “a colaboração policial e processual entre os diferentes Estados.”<sup>20</sup>

Atualmente, o instrumento jurídico internacional de maior relevo na luta contra a corrupção é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003. Tal diploma legal, “obriga os países signatários, dentre os quais figura o Brasil, a considerar a possibilidade de tipificar como delito o suborno entre particulares.”<sup>21</sup>

Além da referida Convenção, existem outros instrumentos jurídicos supranacionais que buscam promover a inserção gradativa, no ordenamento jurídico de seus signatários, da figura penal da corrupção privada. É o caso da Convenção de Direito Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, de 1999, que abarca a corrupção em suas formas pública e privada, e a já mencionada Decisão Marco de 2003, também do Conselho da Europa, que versa especificamente sobre a corrupção privada.

Quanto à Convenção de Direito Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, o *Explanatory Report*, documento que a integra e elucida seus objetivos e conceitos, expressa os seguintes pontos principais:

---

18 Apud BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p.180-181. Tradução livre.

19 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p.170. Tradução livre.

20 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p.170. Tradução livre.

21 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p.170. Tradução livre.

1) Os atos de corrupção privada representam uma vulneração dos valores de lealdade e confiança, necessários para a manutenção e desenvolvimento das relações sociais e econômicas. Não pode haver regulação distinta para a esfera pública e a privada, já que não se pode regular de forma diferente relações iguais.

2) A penalização da corrupção no setor privado é necessária para assegurar o respeito às regras que possibilitam uma concorrência leal.

3) Os massivos processos de privatização promoveram a transferência de funções tradicionalmente prestadas pelo setor público para o setor privado.

4) Traz recomendações às partes para que promovam a tipificação do delito em consonância com seu ordenamento jurídico interno.<sup>22</sup>

Também é dotada de grande relevo a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida sob o epíteto de Convenção de Mérida, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada por meio do Decreto nº 5.687, de 2006. Embora não conste de seu texto uma definição precisa acerca que venha a ser corrupção, faz-se presente a expressão exigência aos Estados signatários da inserção de medidas hábeis a coibir também os atos corruptos que ocorrem no setor privado, dada a gravidade de suas repercussões. Seus principais pontos são:

2) Exige aos signatários que tipifiquem delito contendo uma série de condutas que considerem atos de corrupção.

2.1 É obrigatória a tipificação do delito de corrupção pública, tanto ativa quanto passiva;

2.2 Cada Estado considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas de outra índole que sejam necessárias para tipificar o delito. Dentro desse grupo se incluiria o delito de corrupção privada.

3) O pagamento de suborno no setor privado assume relevância penal sempre que realizado intencionalmente no curso de atividades financeiras, econômicas ou comerciais.

4) O dolo consiste em ação ou omissão que constitua "falta ao dever inerente às funções"<sup>23</sup>

---

22 Apud BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p.175-195. Tradução livre.

23 Apud BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p.175-195. Tradução livre.

Atendendo às exigências internacionais, países como a Espanha inseriram, de maneira expressa, a figura típica da corrupção privada em seus ordenamentos jurídicos. A título de exemplificação, no Código Penal Espanhol (CPE) foi criado, em 2010, o tipo penal de corrupção entre particulares, no artigo 286, *bis*, inserido no Título XIII, *verbis*:

Art. 286, *bis*, CPE: Dos delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica:

1. Quem por si mesmo, ou por interposta pessoa, prometa, ofereça ou conceda a empresários, administradores, empregados ou colaboradores de uma empresa mercantil ou de uma sociedade, associação, fundação ou organização, um benefício ou vantagem de qualquer natureza, sem justificativa, para que seja favorecido a si mesmo ou a terceiro, perante outros, faltando com suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais, será punido com a pena de prisão de seis meses a quatro anos, inabilitação especial para o exercício da indústria ou comércio por tempo de um a seis anos e multa até o triplo do valor do benefício ou vantagem.

2. Com as mesmas penas será punido o empresário, administrador, empregado ou colaborador de uma empresa mercantil, ou de uma sociedade, associação, fundação ou organização que, por si mesmo ou por interposta pessoa, receba, solicite ou aceite um benefício ou vantagem de qualquer natureza, sem justificativa, com a finalidade de favorecer, perante terceiros, a quem lhe outorgou ou prometeu a vantagem ou benefício, faltando com suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais. (...) <sup>24</sup>

Como visto, o mesmo tipo penal, bastante amplo e permeado de condutas alternativas, prevê as ações delitivas de corrupção ativa e passiva. Esse movimento, que tem gerado reformas nas legislações penais dos países europeus, de forma a introduzir a figura da corrupção privada em seus ordenamentos, reflete a tentativa de cumprimento dos comandos internacionais, somando-se esforços a fim de que sejam menos danosos à economia global os efeitos das condutas desleais, especialmente no atual contexto de grave crise financeira que assola, de maneira profunda, a Europa e os Estados Unidos.

### **3. A CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO: PERSPECTIVAS E SITUAÇÃO NO BRASIL**

Conforme já exposto alhures, a tentativa de traçar um panorama da corrupção no setor privado no Brasil representa uma tarefa de grande complexidade, em razão da escassez de dados estatísticos e estimativas oficiais, bem como de pesqui-

---

<sup>24</sup> Apud FURTADO, 2011, p. 1.

sas acadêmicas que versem sobre o assunto. Somada à quase ausência de dados e estudos, está a própria natureza do delito que, quase sempre, envolve uma teia bastante intrincada de sujeitos e meios de execução, dificilmente chegando a ser completamente desmantelada.

Ademais, por ser um delito que se consuma entre particulares, há menor interesse da imprensa em sua investigação e exposição à sociedade, ao contrário do que ocorre em casos que envolvem a Administração Pública. A legislação penal vigente tampouco contribui a que a corrupção privada ganhe algum relevo na atuação repressora do Poder Público, já que as penas relativas aos delitos de concorrência desleal são tão baixas que, dificilmente, ensejam uma ação judicial e, quanto menos, uma condenação penal.

O único relatório estatístico<sup>25</sup> encontrado, na ampla pesquisa realizada para a elaboração deste trabalho, foi aquele elaborado no âmbito de uma colaboração entre as organizações não governamentais Kroll Brasil e a Transparência Brasil, relativamente aos anos de 2002 e 2003<sup>26</sup>.

Ocorre que, conforme esclarece o parágrafo introdutório do relatório estatístico divulgado no site da Transparência Brasil, as “pesquisas tinham como foco tanto a corrupção quanto a fraude interna às empresas.”<sup>27</sup> É dizer, os dados estatísticos apresentados não fazem distinção entre os delitos de corrupção praticados pelas empresas contra a Administração Pública e os delitos de corrupção privada, propriamente ditos. Não obstante, as estatísticas conclusivas relativas ao primeiro grupo de delitos serão também expostas neste trabalho, já que, por sua importância, auxiliam a traçar um panorama dos níveis de corrupção presentes no setor privado.

Quanto ao universo pesquisado, 4.000 empresas foram convidadas a responder ao questionário proposto pela Kroll Brasil e Transparência Brasil, que lhes foi disponibilizado em um sítio na internet. Cada empresa convidada recebeu uma senha pessoal, a qual era desativada após o envio das respostas. Do total de empresas chamadas à pesquisa, apenas 78 participaram desse estudo sobre corrupção. No que tange ao perfil das participantes, a maior parte possuía sede no estado de São Paulo, mais da metade tinha mais de 500 funcionários, 42% atuavam no setor industrial, 36% no setor de serviços e 15% no setor de comércio, na maioria das empresas o capital era predominantemente fechado e também a maioria tinha controle societário nacional.

O questionário aplicado foi dividido em três seções: percepções, experiência da empresa e comportamento da empresa.

---

25 ABRAMO, 2004, p. 1-21.

26 A íntegra do Relatório, referente ao ano de 2003, intitulado “Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado, 2003”, encontra-se disponível para acesso público em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/kroll-final-2003.pdf>>.

27 ABRAMO, 2004, p. 2.

### 3.1 Dados estatísticos da Transparência Brasil (2003)

A pesquisa realizada concluiu, quanto às percepções, que:

- a) Para 74% dos respondentes, a corrupção é vista como um obstáculo **muito importante** para o desenvolvimento empresarial no Brasil; outros 22% consideram **importante**.
- b) O nível geral da corrupção nos setores de atuação das empresas consultadas é visto como moderado. A média das empresas considera que o problema da corrupção não está piorando nem melhorando com o passar dos anos, e não melhorará no futuro.
- c) A cobrança de propinas e o nepotismo ocorrem com alta frequência em **licitações públicas** para 87% dos respondentes; na **fiscalização tributária**, a porcentagem é de 83%. A área menos vulnerável, na percepção dos respondentes, é a de **privatizações**, com 56%<sup>28</sup>.

No tocante à experiência da empresa, concluiu-se que:

- a) Cerca de 70% das empresas afirmam gastar até 3% de seu faturamento com o pagamento de propinas. Para 25% das empresas, esse custo se situa entre 5% e 10%.
- c) Metade das empresas da mostra participa ou já tentou participar de **licitações públicas**. Destas, 62% relatam já terem sido sujeitas a pedidos de propinas relativas a algum aspecto do certame ou do contrato.
- d) Um quarto das empresas sofreu esses pedidos em relação a **licenças** concedidas pelo Poder Público.
- e) Mais da metade afirma já ter sido objeto de aques por **fiscais tributários**.
- f) O imposto mais vulnerável, para 78% das empresas, é o **ICMS** (estadual), e o principal “favor” que fiscais corruptos prestam é **relaxar fiscalizações e inspeções**.
- g) O problema da corrupção em licitações, impostos e licenças é visto como indiscriminadamente grave nos planos federal, estadual e municipal.
- h) Mais de um quarto das empresas relata ter sido constrangido a contribuir com **campanhas eleitorais**. Metade destas afirma que a doação é feita mediante promessa de **troca de favores**.
- i) **Oferecer** presentes e outras gentilezas a agentes públicos é o principal método de obter tratamento diferenciado para 86% das empresas. Em segundo lugar, com 77% vem a contribuição para campanhas eleitorais, e com 74% do **nepotismo**.
- j) 29% das empresas admitem que **ameaçar agentes públicos** é forma de obter vantagens.<sup>29</sup>

---

28 ABRAMO, 2004, p. 2.

29 ABRAMO, 2004, p. 2-3.

Por fim, quanto ao comportamento das empresas, foram obtidas as conclusões seguintes:

- a) 21% das empresas afirmam que a corrupção é **aceita tacitamente** pelas políticas gerenciais.
- b) 78% das empresas possuem **códigos de ética** que proíbem o pagamento de propinas. Todas as que responderam afirmativamente ao item anterior têm código de ética.
- c) 56% das empresas contam com um mecanismo de **denúncia de suspeita de corrupção**, das quais 89% **protegem o denunciante** de represálias.
- d) Mas a **investigação de casos** de suspeita de corrupção já aconteceu em apenas 22% das empresas. A presença de código de ética e mecanismo de denúncia não resulta em diferença significativa na frequência de casos.
- e) A **punição de funcionários** culpados aconteceu em 14% das empresas.
- f) Empresas que participam de licitações usam pouco o **direito de contestação**: apenas 23% já entraram com recurso administrativo junto aos órgãos responsáveis, 5% solicitaram investigação a Tribunais de Contas e 5% foram aos tribunais.<sup>30</sup>

### 3.1.1 Gráficos estatísticos

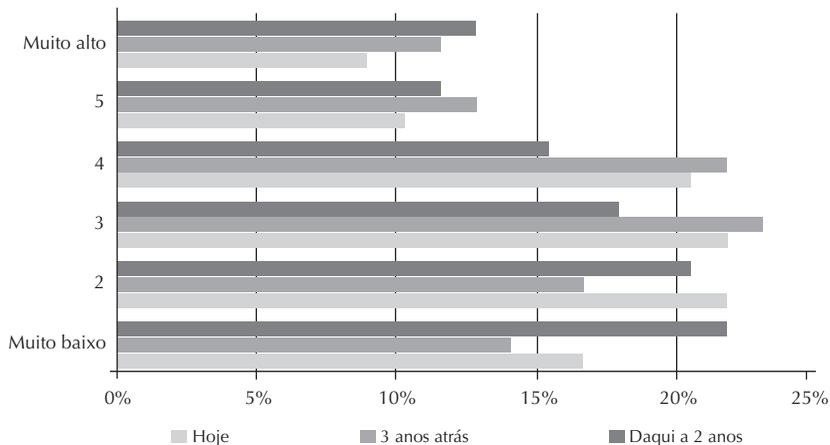
a) **Percepção:** Conforme informa o relatório, “as empresas foram perguntadas a respeito de sua percepção sobre o nível de corrupção praticado em seu setor de atuação três anos no passado, ‘hoje’ (isto é, na época da pesquisa, entre meados e final de 2003) e dois anos no futuro. As respostas eram dadas numa escala de seus níveis, de ‘muito baixo’ a ‘muito alto.’”<sup>31</sup>

---

30 ABRAMO, 2004, p. 3.

31 ABRAMO, 2004, p. 5.

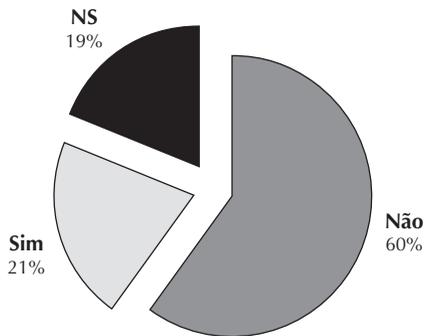
**Qual é o nível geral de corrupção em seu setor?**  
(percepção, escala de seis níveis)



Fonte: Transparência Brasil, 2003.

b) **Comportamento:** Nesse item, o relatório “procurou explorar o ambiente em que as empresas operam e seu comportamento em relação à prevenção e punição de atos de corrupção praticados por seus funcionários. Verifica-se que para nada menos 21% das empresas, as políticas gerenciais do setor em que atuam incorporam tacitamente a possibilidade de corrupção no trato com agentes do Estado.”<sup>32</sup>

**A corrupção é aceita tacitamente pelas políticas gerenciais das empresas de seu setor?**



Fonte: Transparência Brasil, 2003.

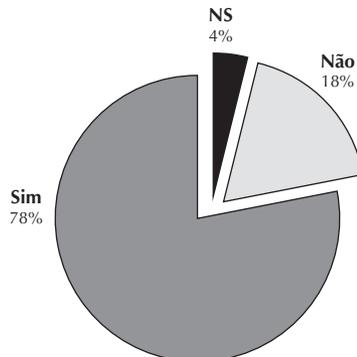
32 ABRAMO, 2004, p. 13.

Quanto à ética empresarial, o relatório obteve as seguintes informações: as empresas majoritariamente adotam códigos de ética. Entretanto, todas as participantes que declararam contar com um código de ética responderam afirmativamente quando questionadas se a corrupção é aceita tacitamente pelas políticas gerenciais das empresas de seu setor. Ou seja, o mecanismo da adoção de um código de ética interno mostra-se ineficiente e parece ser tratado apenas como um entre tantos outros requisitos formais de constituição de uma empresa, embora não obrigatório.

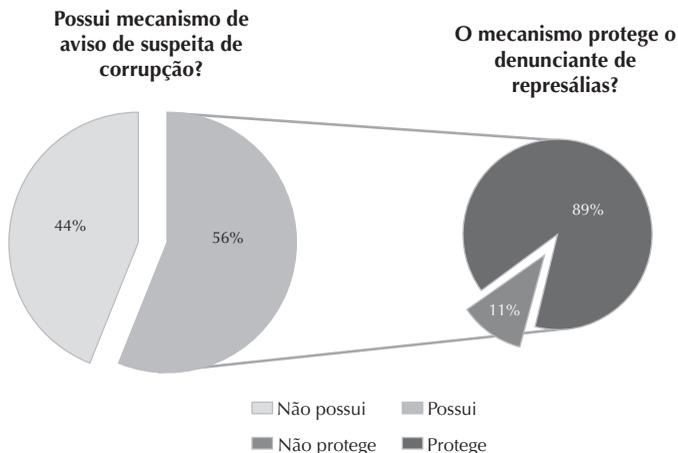
Além disso, é válido anotar que, na consecução deste trabalho, foi realizada uma pesquisa na internet em sítios de grandes empresas, a qual demonstrou que seus códigos de ética se encontram frequentemente disponibilizados ao acesso público. Em todos os códigos de ética acessados, são expressamente descritos como valores a honestidade, a transparência, a integridade e a ética, o que garante a tais empresas uma imagem positiva perante seus consumidores e a necessária confiabilidade por parte de investidores.

Há, também, em todos os códigos consultados, a expressa vedação ao oferecimento de vantagens, privilégios, contribuições ou presentes a representantes do governo, partidos políticos ou candidatos a cargos públicos eletivos. A concorrência leal é também mencionada como o princípio pelo qual a empresa se pauta em suas relações com o mercado e seus concorrentes. No entanto, é válido lembrar que 70% das empresas afirmaram gastar até 3% de seu faturamento com o pagamento de propinas. Para 25% das demais entrevistadas, esse custo se situa entre 5% e 10%, o que é um valor bastante expressivo. Não se pode olvidar que esses custos são, invariavelmente, repassados ao consumidor que, necessariamente, pagará mais caro pelos produtos que consome.

**Sua empresa conta com um código de ética que proíba explicitamente o pagamento de propinas?**



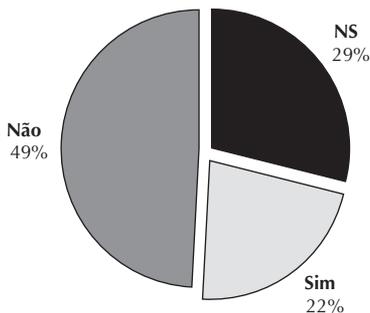
Outro interessante dado obtido é que mais da metade das empresas entrevistadas dispõem de um segundo mecanismo de combate à corrupção, que consiste na existência de um procedimento de aviso de suspeitas de condutas corruptas, como, por exemplo, um “disque-denúncia”. Dentre aquelas que responderam possuir tal procedimento, 91% estão entre as que dispõem de um código de ética que proíbe a corrupção. Anota-se também que 89% das empresas responderam que o mecanismo de aviso é eficiente na proteção dos denunciadores contra eventuais represálias.



Fonte: Transparência Brasil, 2003.

No que tange à ocorrência de investigação de funcionários suspeitos de terem efetuado pagamento ou oferecido propinas a terceiros, 49% das empresas afirmaram que tal situação nunca ocorreu.

**Já houve em sua empresa casos de investigação de funcionários suspeitos de terem pago ou oferecido propinas a terceiros?**



Fonte: Transparência Brasil, 2003.

Quando realizado o cruzamento das respostas às perguntas relativas à presença de código de ética e de mecanismos de denúncia, com as de ocorrência de investigação de funcionários suspeitos de condutas corruptas, concluiu-se que a presença dos mecanismos de repressão à corrupção “não parecem refletir diferença significativa na frequência de casos concretos investigados.”<sup>33</sup>

<b>Já houve em sua empresa casos de investigação de funcionários suspeitos de terem pago ou oferecido propinas a terceiros?</b>					
	<i>Todas</i>	<i>Com código de ética</i>	<i>Sem código de ética</i>	<i>Com mecanismo</i>	<i>Sem mecanismo</i>
<i>Não</i>	49%	49%	57%	43%	56%
<i>Sim</i>	22%	20%	36%	30%	32%
<i>NS</i>	29%	31%	7%	27%	12%
<i>Totais</i>	78	61	14	44	34

Fonte: Transparência Brasil, 2003.

Questionadas se a investigação de funcionários suspeitos da prática de atos corruptos redundou na efetiva punição daqueles considerados culpados, apenas 14% das empresas responderam afirmativamente, dentre as quais apenas 16% possuíam código de ética e 20% possuíam mecanismo de denúncia de atos suspeitos. Esse dado confirma que não há uma relação efetiva e eficiente entre a existência de mecanismos de repressão à corrupção e a punição de atos corruptos praticados no âmbito da empresa. Reitera-se aqui a constatação de que tais mecanismos relacionam-se mais fortemente com a imagem que a empresa pretende projetar de si própria a consumidores e investidores do que com uma efetiva preocupação em conduzir-se de forma ética no exercício de seu objeto social.

<b>Já houve em sua empresa casos de punição de funcionários por terem pago ou oferecido propinas a terceiros?</b>								
	<i>Todas</i>	<i>Com código de ética</i>	<i>Sem código de ética</i>	<i>Com mecanismo</i>	<i>Sem mecanismo</i>	<i>Houve investigação</i>	<i>Não houve investigação</i>	<i>Não sabe se houve investigação</i>
<i>Não</i>	62%	59%	86%	57%	68%	47%	95%	17%
<i>Sim</i>	14%	16%	7%	20%	6%	47%	5%	4%
<i>NS</i>	24%	25%	7%	23%	26%	6%	0%	78%
<i>Totais</i>	78	61	14	44	34	17	38	23

Fonte: Transparência Brasil, 2003.

33 ABRAMO, 2004, p. 15.

### 3.2 A corrupção privada no Brasil: legislação e doutrina

Os acontecimentos que permearam o cenário econômico mundial, no começo da passada década, “envolvendo empresas de grande porte, quase todas transnacionais, causaram consequências que se fizeram sentir profundamente, também no Brasil, confirmando a tese de que no mundo globalizado as influências correm rápidas e atingem sensivelmente a todos os países.”<sup>34</sup>

Mais recentemente, a crise econômica que assolou os Estados do Hemisfério Norte, sobretudo os países integrantes da União Europeia e os Estados Unidos, confirmou essa inevitável interligação entre os mercados.

Esse cenário de crise e instabilidade econômica fez com que se tornasse crescente a preocupação em se coibir fraudes no âmbito do setor privado, fazendo com que a esfera jurídica fosse rogada “a oferecer propostas que possibilitem acalmar o sistema, e garantir um pouco mais de segurança no tráfego jurídico negocial. Assim, nesse contexto ‘globalizado’ não seria de se estranhar que no direito interno surgissem (legítimas) preocupações sobre quais deveriam ser as respostas e posturas públicas frente ao problema da delinquência econômico-financeira, especialmente aquela em que a fraude e a corrupção de altos cargos estivessem presentes.”<sup>35</sup>

A primeira questão que se coloca é o necessário exame dos instrumentos de que dispõe nosso ordenamento jurídico para coibir esse tipo de criminalidade, bem como de sua eficácia repressora.

Conforme já expresso nas considerações introdutórias a este trabalho, o arsenal jurídico-penal pátrio “é ainda fundamentalmente pouco suficiente e relativamente inadequado para conter esse tipo de criminalidade.”<sup>36</sup> Sua questionável eficiência, somada à falta de dados estatísticos e de estudos jurídicos mais aprofundados a respeito da corrupção privada, tornam bastante difícil a tarefa de tecer propostas concernentes ao teor de uma eventualmente necessária reforma legislativa no campo penal sobre a matéria. Também se mostra penosa a tentativa de indicação de soluções alternativas, já que não existem estudos concernentes ao grau de efetividade dos instrumentos extrapenais na obliteração das condutas corruptas que se desenvolvem no âmbito privado.

Oliveira e Ribeiro destacam que devem ser reconhecidos os esforços governamentais na criação de “mecanismos tendentes ao reforço das instituições democráticas e de controle da corrupção, ampliando as instâncias administrativas nesse sentido (com a criação das “ouvidorias” e órgãos de corregedoria no setor público).”<sup>37</sup>

Com a devida vênia aos autores, não se sabe ao certo quão efetivos são os órgãos de ouvidoria presentes na Administração Pública, vez que as descobertas de

34 OLIVEIRA; RIBEIRO, 2003, p. 159-160.

35 OLIVEIRA; RIBEIRO, 2003, p. 159-160.

36 OLIVEIRA; RIBEIRO, 2003, p. 159-160.

37 OLIVEIRA; RIBEIRO, 2003, p. 159-160.

grandes esquemas de corrupção derivam, na maior parte das vezes, de denúncias realizadas pelos próprios integrantes dessas organizações aos órgãos de imprensa, em virtude de desavenças internas. Frequentemente, são também os partidos políticos de oposição que exercem essa tarefa fiscalizadora, mais em razão da acirrada disputa pelo poder do que propriamente pelo exercício de zelo do interesse público. Mesmo os órgãos de controle externo, como os Tribunais de Contas, não raramente falham na averiguação de irregularidades. Cabe pontuar também que os mecanismos mencionados integram o Poder Público, não tendo significativa eficiência na contenção da corrupção privada.

### 3.2.1 Concorrência desleal na legislação brasileira

No que tange à tradição jurídico-penal brasileira, Oliveira e Ribeiro fazem uma interessante observação, apontando que “a introdução de tipos penais semelhantes aos que tutelam os interesses da Administração Pública no setor privado seria algo incomum. Por outras palavras, não seria usual e viável trasladar automaticamente a estrutura dos delitos de corrupção de funcionários públicos para o setor privado, sem antes considerar as matizações e particularidades que o mundo econômico-financeiro brasileiro possui.”<sup>38</sup>

Uma alteração legislativa relativamente recente no Título XI do Código Penal Brasileiro, dedicado aos crimes contra a Administração Pública, foi promovida com o objetivo de dar efetividade ao Decreto nº 3.678, de 2000, que recepciona em nosso ordenamento jurídico a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, de 1997.

Para Oliveira e Ribeiro, “não existiria nenhum impedimento a que surgissem iniciativas tendentes a introduzir tipos penais sobre a ‘corrupção privada.’”<sup>39</sup> Na verdade, nosso ordenamento já prevê, embora não sob a rubrica marginal de “corrupção privada ativa” e “corrupção privada passiva”, as figuras do suborno ativo e passivo de empregado de empresa privada, contidas na Lei 9.279, de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Antes de se passar à análise dos elementos desses tipos penais, afigura-se interessante a realização de um repasso acerca de como os crimes de concorrência desleal foram introduzidos na legislação brasileira. Esse histórico terá relevo na análise da *mens legislatoris* que deu ensejo à Lei 9.279.

#### 3.2.1.1 Antecedentes normativos

A primeira previsão jurídica referente à concorrência desleal se deu com a edição da Convenção de Paris, em 1883, revista em Haia, no ano de 1925<sup>40</sup>.

38 OLIVEIRA; RIBEIRO, 2003, p. 159-160.

39 OLIVEIRA; RIBEIRO, 2003, p. 159-160.

40 Verificar artigo 10º-bis, da Convenção de Paris. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/>

O Brasil aderiu a tal Convenção, integrada ao sistema jurídico nacional pelo Decreto nº 11.385, de 1914. Em 1992, a Convenção foi novamente revista, em Estocolmo, e promulgada pelo Decreto nº 635. Mais tarde, a Declaração de Adesão foi ratificada pelo Decreto nº 1.263, de 10 de outubro de 1994.

Internamente, o combate à concorrência desleal foi integrado nas legislações que tratam da propriedade industrial, que gozou de proteção constitucional nas Cartas de 1934, 1937, 1946, 1967 e na atual Constituição, de 1988.

No Código Penal, o combate à concorrência desleal era tratado no art. 196, Capítulo IV, revogado pelo Código de Propriedade Industrial de 1945 (Decreto-lei nº 7.903), conjuntamente aos capítulos II e III (Crimes contra o Privilégio de Invenção e Crimes contra as Marcas de Indústria e Comércio).

A Lei 5.772, de 1971, ao dar novo tratamento à propriedade industrial, manteve em vigor os tipos penais estabelecidos no Código de Propriedade Industrial de 1945. Em 1996, o Decreto-lei nº 7.903, de 1945, e a Lei 5.772, de 1971, foram revogados pela Lei 9.279, de 1996, em vigor atualmente, que regulamenta direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

### **3.2.1.2 Espécies delituosas da concorrência desleal**

O artigo 195 da Lei 9.279 estabelece 14 tipos penais que constituem crime de concorrência desleal. Tais atos dividem-se, segundo classificação de Rubens Requião, em:

- a) Atos geradores de confusão que incide sobre os signos distintivos usados pelo concorrente;
- b) Atos de desvio de clientela, que buscam denegrir o concorrente e seus produtos e serviços (agressão ao competidor);
- c) Atos contrários à moralidade comercial que estão situados na violação dos segredos dos concorrentes, por meio de seus empregados ou demais integrantes da empresa e na propaganda falsa.<sup>41</sup>

### **3.2.1.3 Sujeito passivo, bem jurídico tutelado e pena cominada**

Para Pontes de Miranda, “o que se condena na repressão da concorrência desleal é o emprego de certos meios de luta. O ato de concorrência desleal é reprimível criminalmente e gerador de pretensão à abstenção ou à indenização que se praticou no exercício de alguma atividade e ofende a de outrem no plano da livre-concorrência”<sup>42</sup>

---

[index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-de-paris-para-a-protecao-da-propriedade-industrial.html](http://index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-de-paris-para-a-protecao-da-propriedade-industrial.html)>. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

41 Apud LADEIA, [s.d.], p. 5-6. Disponível em: <[http://www.franca.unesp.br/Fernanda\\_Cristina\\_Ladeia.pdf](http://www.franca.unesp.br/Fernanda_Cristina_Ladeia.pdf)>. Acesso em: 23 de outubro de 2011.

42 Apud LADEIA, [s.d.], p. 5-6. Disponível em: <[http://www.franca.unesp.br/Fernanda\\_Cristina\\_Ladeia](http://www.franca.unesp.br/Fernanda_Cristina_Ladeia).

Com a devida vênia ao respeitável entendimento de Pontes de Miranda, o legislador, em consonância com o que dispõe a Carta Magna de 1988, estabeleceu o *usus honestos* como fundamento da repressão à concorrência desleal. Ou seja, a boa-fé deverá ser a norteadora dos atos dos competidores entre si e perante os consumidores. O comando constitucional é o de que a legislação brasileira deverá orientar-se pela liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, com o objetivo de preservar os mecanismos do mercado.

O que se deseja sublinhar é que, embora se apresente correta a *mens legislatoris*, a tutela jurídica dos crimes de concorrência desleal não deveria ser pensada apenas em vista dos interesses do concorrente, mas também e, principalmente, da coletividade, que sofrerá os reflexos decorrentes da ingerência artificial de forças nas leis do mercado.

Na Lei 9.279, os dispositivos atinentes à matéria não são dotados, aparentemente, de grande relevância jurídica. Os crimes de concorrência desleal encontram-se inseridos num diploma cujo foco está na tutela da propriedade industrial que, em razão de atecnia legislativa em se conjugar a *mens legislatoris*, a redação legislativa e o princípio da adequação entre a conduta reprovada e a pena cominada, afigura-se como o bem jurídico literalmente tutelado. O sujeito passivo da conduta é, pois, o concorrente imediato, ou seja, aquele que diretamente sofreu as condutas típicas.

Prova disso é a baixa reprovabilidade desses tipos penais, quando comparados aos delitos praticados contra a Administração Pública, elencados no Título XI do Código Penal, o que demonstra que o legislador positivo desconsiderou, na cominação das penas, o interesse público afetado por tais condutas.

Na análise do diploma em tela, merecem destaque os incisos IX e X do art. 195, que estabelecem tipos penais consoantes à definição de corrupção privada presente em ordenamentos jurídicos de países europeus, como a Espanha (art. 286, bis, Título XIII, CPE):

Lei 9.279/96 - 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;

(...)<sup>43</sup>

pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2011.

43 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm)>. Acesso em: 27 de novembro de 2011.

Para Delmanto, no delito descrito no primeiro inciso, “o sujeito passivo será sempre o concorrente que tem ou teve a pessoa subornada a seu serviço. Outros contendores que não este, ainda que indiretamente também lesados pela ação desonesta do autor, não terão a qualidade de ofendidos, para os efeitos do item analisado. De acordo com as circunstâncias, poderiam, em tese, ser considerados vítimas da conduta, mas sob o ângulo de outra figura penal concorrencial, a que vem inscrita a propósito do desvio fraudulento de clientela.”<sup>44</sup>

Quanto ao delito de suborno passivo do empregado, descrito no segundo inciso citado, “o sujeito passivo será o seu empregador.” Trata-se também de um crime próprio, uma vez que o sujeito ativo do delito deverá ser, necessariamente, um empregado que atua na qualidade de preposto ou representante do sujeito passivo.

Carece de amplitude a perspectiva do legislador na positivação desses delitos. Nos ordenamentos jurídicos que concebem tais condutas com a especial qualificação de crimes de corrupção privada, como ocorre em países europeus, o sujeito passivo, como é característica dos delitos de corrupção, está disperso na sociedade e o bem jurídico tutelado é sempre difuso.

Não se busca afirmar, aqui, que o concorrente imediato não seja sujeito passivo da conduta, pois ele o é, *também*. Ao seu lado, sofrendo os efeitos da conduta de concorrência desleal, estão os consumidores, a ordem econômica e os mecanismos do livre mercado. Tratam-se, pois, de delitos que deveriam ter sido pensados, assim como as demais figuras típicas, em face de uma interpretação sistêmica da ordem constitucional, considerando-se como bens jurídicos também os direitos difusos que se fazem presentes na razão de ser da lei.

Os atos de corrupção no setor privado, conforme expressam Berdugo Gómez de la Torre e Dario Cerina, “representam uma vulneração dos valores de *lealdade* e *confiança* necessários para a manutenção e desenvolvimento das relações sociais e econômicas. O desprezo a esses valores podem ser consequência tanto da corrupção no setor público, como do suborno no setor privado, o que desautoriza regular de forma distinta relações iguais, com o único argumento que umas concernem ao setor público e outras ao setor privado. Ademais, a penalização da corrupção no setor privado é necessária para assegurar o respeito às regras que possibilitam uma concorrência leal.”<sup>45</sup>

Quanto à pena, estabelecida em 3 meses a 1 ano de detenção, ou multa, como é sabido, no Brasil, delitos cuja pena máxima não ultrapassa 2 anos, cumulada ou não com multa, são considerados infração penal de menor potencial ofensivo, conforme o disposto no art. 61, da Lei 9.099/95, que estabelece, inclusive, um procedimento especial que se orienta pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou transação, conforme se extrai do art. 2º do próprio diploma.

44 DELMANTO, 1974, p. 191.

45 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; DARIO CERINA, 2011, p.175. Tradução livre.

Ora, conforme muito bem pontua Delmanto, os efeitos da concorrência desleal são por demais gravosos, sendo que seus efeitos podem perdurar por meses, anos e até mesmo para sempre, resultando na falência de empresas. Por conseguinte, a redução ou eliminação da concorrência gerarão reflexos que serão sofridos pelo consumidor, o qual, com a redução ou ausência de opções de escolha, estará sujeito ao aumento injustificado de preços e à diminuição da qualidade dos produtos ou serviços que consome.

Prossigue o autor, apontando a incoerência da legislação penal brasileira, ao comparar o delito de apropriação indébita com o delito descrito no art. 195, IX, da Lei 9.279/96: “um seu funcionário comete, por exemplo, um desfalque de quarenta mil cruzeiros; descoberto o alcance, acabará ele punido com a pena do delito de apropriação indébita, que é de um a quatro anos na lei atual<sup>46</sup> (...) E se alguém, ainda que estranho à firma, colaborou no desfalque, estará esse cúmplice sujeito a sofrer igual condenação. Mas o mesmo empregado, com a ajuda daquele comparsa, pode perpetrar *outro crime* contra a empresa, causando-lhe prejuízo muito superior à perda dos quarenta mil cruzeiros, embora apenas se arrisque – com seu colaborador – a receber uma sanção leve<sup>47</sup>, de detenção.”<sup>48</sup>

### 3. REFLEXÕES CONCLUSIVAS ACERCA DA EFICIÊNCIA DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE REPRESSÃO AOS ATOS DE CORRUPÇÃO NA ESFERA PRIVADA

Existe uma notável dificuldade no exercício do controle dos atos de irregularidade que ocorrem no âmbito do setor privado, em razão da forma independente como se dá sua atuação, característica do Estado Liberal, resultado do respeito à livre concorrência, da menor ingerência governamental e da menor transparência

46 A obra *Crimes de concorrência desleal*, de autoria de Celso Delmanto, embora publicada em 1975, não perdeu sua atualidade. Isso porque os tipos penais analisados, de suborno ativo e passivo de empregado, permanecem, no texto da Lei 9.279/96, com praticamente igual teor à legislação vigente à época da publicação da obra consultada. Nessa lei, foi apenas suprimida a qualificação “indevida” atribuída a elementar vantagem, em ambos os tipos penais. Quanto à comparação do preceito secundário, realizada pelo autor, dos tipos penais de suborno ativo de empregado e apropriação indébita, a incoerência entre as penas ainda se faz presente. O art. 168 do Código Penal, na redação atual, estabelece, para a figura simples de apropriação indébita, a pena de reclusão de 1 a quatro anos e multa. Faz-se presente, entretanto, uma causa de aumento que seria aplicada no presente caso, descrita no § 1º, III, do referido artigo. Segundo o texto da lei, “a pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa em razão de ofício, emprego ou profissão.” Essa causa de aumento só vem a provar a desproporção entre as penas previstas para os tipos penais entelados, demonstrando que o legislador não avaliou as consequências, sujeitos e bens jurídicos tutelados nos crimes de corrupção privada, no momento da cominação das penas.

47 Mais leve, ainda, seria a pena hodiernamente aplicada, consistente numa prestação penal alternativa, podendo ser uma pena restritiva de direito ou multa.

48 DELMANTO, 1975, p. 177.

exigida no exercício de atividades empresarias, comparativamente ao exercício das funções públicas.

Na maior parte dos países, em especial, na América Latina, não existem tipos penais aptos a punir eficazmente as condutas que consubstanciem atos de corrupção ocorridos no âmbito das empresas. Esse panorama é agravado pela frequente ausência ou ineficiência de um órgão regulador que efetivamente fiscalize e puna a corrupção privada, ainda que apenas na esfera administrativa.

O princípio da livre concorrência parece autorizar todo e qualquer tipo de conduta que objetive ampliar o mercado consumidor, dentro da lógica da guerra do mercado. Entretanto, mesmo a guerra deve ser conduzida segundo regras e, na concorrência econômica, não poderia ser diferente. Os princípios da boa-fé e da lealdade devem ser rigorosamente observados, sob pena de desestabilização das leis naturais de mercado, orientadoras do próprio princípio da livre concorrência.

Ocorre que, conforme já demonstrado, a lei penal existente no ordenamento jurídico não vislumbrou, em sua expressão positiva, o caráter público dos bens jurídicos que, de fato, autorizam, nesse caso, a intervenção do Direito Penal na esfera privada. As penas insignificantes são incapazes de ensejar qualquer receio no cometimento dos delitos de corrupção privada, deixando a competência leal desamparada de proteção. Ou seja, nem mesmo o caráter simbólico do Direito Penal, cujo gravame inerente à sua essência repressiva repercute num fundado receio de descumprimento da norma, se faz expressar em nosso ordenamento nos delitos relativos à corrupção privada.

Também a natureza de seus efeitos, por se fazerem sensíveis à coletividade de forma reflexa, dificilmente ensejaria repercussão social hábil a colocar a corrupção privada na pauta das discussões do Congresso Nacional.

Como discorrido, os tipos penais existentes tratam da corrupção privada apenas sob a perspectiva patrimonial, tendo como sujeito passivo um ente privado bem definido, que sofre diretamente os efeitos da lesão. A equivocada compreensão do teor da corrupção privada, desconsiderando-se sua real gravidade e seus impactos coletivos, leva a crer que, mesmo uma reforma da legislação vigente ou a criação de um diploma penal específico para conter manifestações de corrupção no setor privado, inclinar-se-ia a ter como fundamento a proteção do patrimônio e não propriamente a luta contra a corrupção.

A repressão penal, nesse sentido, só teria chances de maior eficiência se partisse da premissa de que a corrupção é relevantemente atentatória aos interesses do normal tráfego econômico-financeiro, como ocorreu quando da positivação do delito de corrupção privada nos ordenamentos internos de países como a Espanha e a Alemanha, atendendo a uma preocupação de cunho internacional e, no âmbito da União Europeia, comunitário.

Pelo exposto, é patente que o arsenal jurídico-penal nacional é ainda fundamentalmente pouco suficiente e inadequado para conter a corrupção privada. Somam-se ao descaso legislativo, a escassez de dados, estimativas oficiais e o parco

debate acadêmico sobre o assunto. No Brasil, são raríssimas as fontes de consulta sobre o assunto, em especial que discorra sobre o tema à luz do ordenamento jurídico pátrio.

O que se questiona, fundamentalmente, é se seria conveniente a formulação de tipos penais complementares, especificamente criados com a finalidade de combate à corrupção privada. Ou seria mais eficaz “o aprimoramento de outras vias de controle social, como a administrativa, a civil, a ética nos mercados ou mesmo as de cunho comercial”<sup>49</sup>?

Oliveira e Ribeiro apontam iniciativas de êxito no Brasil, tais como a reformulação do cadastro de pessoas físicas e jurídicas e fiscalização de movimentação de capitais e dinheiro, a Lei 9.526, de 1997, que promoveu o recadastramento dos titulares de contas correntes e tomou medidas quanto à circulação de cheques, e a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, órgão que é, necessariamente, informado sobre a circulação de altos valores financeiros no país. “Tais iniciativas demonstram que o estabelecimento de outras formas de controle social podem ser eficientes e mais pragmáticas no controle dos delitos econômico-financeiros e da corrupção.”<sup>50</sup>

Não se pretende, neste trabalho, fornecer respostas conclusivas sobre um tema de tamanha complexidade. Para tanto, há ainda um longo caminho a se percorrer que passa, inclusive, pela reflexão do Direito Penal acerca de seu próprio papel na sociedade hodierna. O objetivo de todo o exposto é, justamente, impulsionar essa discussão, fazendo com que, no futuro, a presença de uma pluralidade de estudos, inclusive empíricos, em áreas diversas como a Sociologia, a Criminologia e diferentes campos do Direito, além de pesquisas estatísticas, possam fornecer as respostas a essas questões que aqui são colocadas como uma tentativa de estimular um começo de reflexão.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Cláudio Weber. *Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado*, 2003. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/kroll-final-2003.pdf>>. Acesso em 10 de outubro de 2011.
- ACLE TAMMARO, Roberto. Los males de la corrupción en la pequeña y mediana empresa. In: *La corrupción y la empresa*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p.187, p.143-148.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; DARIO CERINA, Giorgio. Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 19, nº 89, p.159-213, mar./abr. 2011.

49 OLIVEIRA; RIBEIRO, 2003, p. 162-163.

50 OLIVEIRA; RIBEIRO, 2003, p. 162-163.

- BOTTAN, Alejandro. Prevención contra la corrupción en las empresas. In: *La corrupción y la empresa*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999. 187 p. p.159-172.
- CABALLERO BRUN, Felipe. Corrupción en el sector privado: Chile. *Revista Penal, Barcelona*, nº 11, p.163-164, jan. 2003.
- CAIROLI MARTÍNEZ, Milton H. La corrupción como mal social, su avance en las empresas. In: *LA corrupción y la empresa*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999. 187 p.11-23.
- CARRAU, Jaime. La corrupción y las decisiones empresariales. In: *LA corrupción y la empresa*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999. 187 p. p.113-116.
- CUAREMA TERÁN, Sergio J. Corrupción en el sector privado: Nicaragua. *Revista Penal, Barcelona*, nº 11, p.180-182, jan. 2003.
- DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974. p. 174-205.
- FARALDO CABANA, Patricia. Hacia un delito de corrupción en el sector privado. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, nº 23, p.59-98, 2001/2002.
- FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 17, nº 81, p.48-60, nov./dez. 2009.
- FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. O combate à corrupção no setor privado – o crime de corrupção entre particulares do Art. 286 bis do Código Penal espanhol. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, nº 221, p.4-5, abr. 2011.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. El problema de la corrupción: una revisión latinoamericana. *Capítulo Criminológico*: Revista de las Disciplinas del Control Social, Maracaibo, v. 15, p.111-126, 1987.
- GARCIA, Emerson. A corrupção: uma visão jurídico-sociológica. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, nº 26, p.203-245, 2004.
- LADEIA, Fernanda Cristina. *Concorrência desleal na legislação brasileira*. Disponível em: <[http://www.franca.unesp.br/Fernanda\\_Cristina\\_Ladeia.pdf](http://www.franca.unesp.br/Fernanda_Cristina_Ladeia.pdf)>. Acesso em 18 de outubro de 2011.
- LIVIANU, Roberto. *Corrupção e Direito Penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MUÑOZ POPE, Carlos Enrique. Corrupción en el sector privado: Panamá. *Revista Penal, Barcelona*, nº 11, p.182-183, jan. 2003.
- NIETO MARTÍN, Adán. A corrupção no setor privado: reflexões a partir do ordenamento espanhol à luz do direito comparado. *Revista do Ministério Público, Lisboa*, nº 51, p.105-111, ago./dez. 2003.
- NIÑO ALZUETA, Luis Fernando. Corrupción en el sector privado: Argentina. *Revista Penal, Barcelona*, nº 11, p.154-159, jan. 2003.

- OLIVEIRA, William Terra de; RIBEIRO, Darci Guimarães. Corrupción en el sector privado: Brasil. *Revista Penal*, Barcelona, nº 11, p.159-163, jan. 2003.
- PASCUAL, Antoni Gili. Bases para la delimitación del âmbito típico en el delito de corrupción privada: Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007. *Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminología*. Disponível em <<http://criminet.urg.es/recpc>>. Acesso em 26 de outubro de 2011.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Corrupción en el sector privado: Colombia. *Revista Penal*, Barcelona, nº 11, p.165-169, jan. 2003.
- PORTO, Patrícia Carvalho da Rocha. *A concorrência desleal e o crime de falsa alegação de direito de exclusiva*. Disponível em <[www.uj.com.br](http://www.uj.com.br)>. Acesso em: 24 de outubro de 2011.
- RINCÓN RINCÓN, Jesús Enrique. Corrupción en el sector privado: Venezuela. *Revista Penal*, Barcelona, nº 11, p.185-191, jan. 2003.
- RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro. Corrupción en el sector privado: Guatemala. *Revista Penal*, Barcelona, nº 11, p.178-180, jan. 2003.
- TORRES CHAVES, Efraín. Corrupción en el sector privado: Ecuador. *Revista Penal*, Barcelona, nº 11, p.172-174, jan. 2003.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. Algunas consideraciones sobre el delito de cohecho cometido por particular en el código penal español. *Revista de Derecho Penal: Fundación de Cultura Universitária*, Montevideo, nº 15, p.185-203, out. 2005.
- ZANNOTTI, Roberto. La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento - riflessioni su un dibattito in corso. *L'Indice Penale*, Padova, v. 8, nº 2, p.531-557, mai./ago. 2005.
- ZIOUVAS, Dimitris. Corrupción en el sector privado: Alemania. *Revista Penal*, Barcelona, nº 11, p.151-154, jan. 2003.

Submetido: 30/11/2012

Aceite: 01/02/2013