

Rogério Taffarello: Corrupção privada é uma lacuna a ser preenchida

29/06/2015

[Artigo originalmente publicado no Blog do Fausto Macedo, do jornal O Estado de S. Paulo, no dia 25 de junho de 2015]

Em meio ao escândalo de corrupção relacionado a dirigentes da FIFA, muito se tem questionado por que não teria sido possível a autoridades brasileiras investigar eficazmente, aqui, parte das condutas submetidas à investigação norteamericana.

Argumenta-se que dos atos investigados teriam participado cidadãos brasileiros, exercendo papéis diversos nas cadeias de suborno noticiadas; que o produto das supostas transações escusas teria circulado, em boa parte, pelo sistema financeiro local; e que um dos campeonatos cujos direitos de transmissão teriam sido objeto das negociações é a Copa do Brasil, limitado ao território nacional. De outra parte, ao longo dos últimos anos, diversos foram os relatos da imprensa nacional e estrangeira acerca de suspeitas que pairam sobre dirigentes e intermediários atuantes no Brasil.

Ressalve-se que, por ora, o que se tem é apenas uma investigação — ainda que já haja algumas acusações formalizadas perante a Corte de Nova Iorque — e, ao final, nem todos os fatos alardeados podem mostrar-se verdadeiros, podendo os investigados ser inocentados. Lá como cá, cabe às instituições oficiais garantir aos envolvidos amplo direito de defesa e evitar que a repercussão midiática contamine julgamentos e propicie prisões ou condenações injustas — algo que nenhuma democracia madura pode admitir.

De todo modo, é preciso responder à pergunta inicialmente formulada. O Brasil não conduziu, e nem poderia ter conduzido, investigação semelhante àquela empreendida pelo Departamento de Justiça estadunidense, por uma razão singela: aqui, ao contrário do que ocorre em muitos outros países, grande parte das condutas investigadas não constitui crime. A FIFA, a Confederação Brasileira de Futebol, federações estaduais e agremiações esportivas são pessoas jurídicas de direito privado, a exemplo das empresas em geral. E os crimes de corrupção previstos pela legislação brasileira, tipificados nos artigos 317 e 333 do Código Penal, somente subsistem se praticados em prejuízo da Administração Pública, com violação ao dever de probidade que se impõe ao agente público.

Não por acaso, quando indagados acerca de suspeitas de subornos e outros desvios, dirigentes de organizações esportivas invariavelmente enfatizam-lhes o caráter privado para refutar cobranças por maior transparência de seus negócios. Essa circunstância, porém, não lhes serve de escusa em outras jurisdições.

Está-se a tratar, essencialmente, de corrupção privada, a que se liga uma série de outras infrações conexas, notadamente as de associação criminosa (*conspiracy*, no direito norteamericano), fraudes e lavagem de dinheiro. Não se tratando como delito o fato original,

tampouco se pode falar em eventual lavagem de valores dali provenientes, porquanto não possuem procedência ilícita, e, por elementar, também inexistente associação criminosa voltada à prática de atos não delituosos. Ao Brasil, então, restou investigar fatos conexos como evasão de divisas, falsidades documentais e, em certos casos, desvios de recursos públicos ligados à gestão esportiva.

Ao passo que a corrupção de agentes públicos é tratada como delito na generalidade dos países, o mesmo não ocorre no tocante ao setor privado — conquanto sejam crescentes os movimentos jurídicos e políticos por sua criminalização. Tal cenário é particularmente notável no Continente Europeu, sobretudo a partir de diretriz de 1998 do Conselho da UE (Ação Comum 98/742/JAI), à qual se seguiu, no ano seguinte, a Convenção Penal sobre Corrupção e, em 2003, a Decisão-Quadro 2003/568/JAI, emanada do Parlamento Europeu e que determina aos Estados-membros a criminalização da hipótese.

Como resultado dessas medidas, desde a década passada muitos países europeus incluíram a corrupção privada em suas legislações criminais internas, somando-se à Alemanha, a Inglaterra e à França, que já o faziam desde o início do último século. Nos EUA, há tempos diversos estados tratam a corrupção privada como delitos em seus códigos estaduais, e, mesmo não havendo um crime federal pertinente no U. S. Code, o Departamento de Justiça comumente combina delitos estaduais com previsões federais de fraude por meios de comunicação (*wire fraud*) para avocar fatos à sua competência, como fez no caso FIFA.

Na doutrina penal brasileira, vão-se mais de dez anos desde que Miguel Reale Jr. (*Dever de lealdade do administrador da empresa e direito penal*, 2004) originalmente propugnou a tipificação da corrupção privada, assinalando a elevada frequência com que, entre nós, empregados e gestores de empresas subordinam interesses delas a seus próprios, faltando com o dever de lealdade nos negócios e obtendo proveitos patrimoniais indevidos — como nos casos em que fornecedores pagam “comissões” responsáveis por determinadas compras ou naqueles em que o colaborador adquire bens para posterior revenda à empresa com obtenção de lucro.

Em 2006, por meio do Decreto 5.687, o Brasil internalizou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, firmada três anos antes, a qual, em seus artigos 12 e 21, recomenda aos signatários um duro tratamento legislativo contra a corrupção no setor privado, inclusive com normas de caráter criminal. Em anos recentes, e sob o influxo das normativas internacionais citadas, estudiosos brasileiros tem se dedicado cada vez mais ao tema em universidades daqui e do exterior.

O Projeto de Código Penal em trâmite no Senado Federal (PLS 236/12) tencionou introduzir a corrupção privada em nosso ordenamento, mas cometeu, no tema, mais alguns de seus muitos equívocos, os quais tendem a inviabilizar a boa aplicação da lei (artigo 167). De um lado, arrolou a figura entre os crimes patrimoniais, quando, em verdade, afeta-se antes a lealdade e a confiança nas relações negociais do que o patrimônio da empresa; de outro, estabeleceu que corrupto somente possa ser o “representante da empresa ou instituição privada”, malgrado subornos ou outras vantagens possam envolver qualquer funcionário ou administrador; ainda, incluiu hipótese de conduta característica do agente público, que não se amolda à fenomenologia das relações entre particulares. Evidencia-se, pois, a necessidade de maior



reflexão com vistas a que se obtenha um modelo penal adequado ao tratamento da questão.

A legislação brasileira já tutela o dever de probidade nos negócios em âmbitos civil (Código Civil, artigo 1011) e societário (Leis das Sociedades Anônimas, artigos 153 a 156). Sob o ângulo criminal, porém, ainda se punem somente hipóteses de concorrência desleal (Lei 9.279, artigo 195, incisos IX e X) ou de corrupção de agentes públicos (Código Penal, artigos 317 e 333). É certo, contudo, que a lealdade e a confiança nas transações particulares requer tratamento penal, desde que restrito às hipóteses que mais gravemente as violem, de maneira a afetar o interesse social.

Afigura-se, portanto, chegado o momento de a sociedade e a comunidade jurídica discutirem serenamente — pois toda produção legislativa em matéria penal requer serenidade e reflexão — um modelo de tipificação dessa modalidade de corrupção, a fim de tutelar a ética e a probidade também nos negócios essencialmente privados, no âmbito de empresas e de associações civis. Com isso, suprir-se-á uma relevante lacuna de nossa legislação criminal e se estará a reforçar a importância da honestidade como valor tanto em relações negociais públicas quanto privadas.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-jun-29/rogerio-taffarello-corrupcao-privada-lacuna-preenchida/>