

A ÉTICA EMPRESARIAL E O COMBATE À CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL

BUSINESS ETHICS AND THE FIGHT AGAINST TRANSNATIONAL CORRUPTION

LA ÉTICA EMPRESARIAL Y EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini¹

Ricardo Kloss²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A ética na empresa – 3. Causas da corrupção na Administração Pública – 4. A preocupação internacional com a corrupção – 5. Os objetivos da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – 6. A tipificação penal da corrupção transnacional no Brasil – 6.1. – Corrupção ativa em transação comercial internacional – 6.2. – Tráfico de influência em transação comercial internacional – 7. Análise crítica dos tipos penais – 8. A Convenção foi cumprida pelo Brasil? 9. Referências.

SUMMARY: 1. Introduction - 2. The business ethics - 3. Causes of corruption in Public Administration - 4. The international concern about corruption – 5. The objectives of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions – 6. The criminal typification of transnational corruption in Brazil – 6.1. Bribery in international business transaction – 6.2. Traffic of influence in international business transaction – 7. Critical analysis of criminal types – 8. Was the Convention enforced in Brazil? – 9. References.

RESUMO

O presente estudo versa a respeito da corrupção transnacional e suas implicações dentro da ordem jurídica brasileira. Para uma melhor compreensão do tema, busca-se, inicialmente, apresentar um panorama da ética empresarial, seguido por uma análise acerca das origens da corrupção na esfera pública. Num segundo momento, apresentam-se as convenções internacionais contra a corrupção, com especial ênfase na Convenção Sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Relações Comerciais. Após, cuida-se da tipificação penal dos crimes de corrupção ativa e tráfico de influência em transações comerciais internacionais, adicionados ao Código Penal brasileiro por meio da Lei 10.467/2002. Finalmente, realiza-se a crítica aos novos tipos penais, concluindo-se o estudo quanto ao efetivo cumprimento pelo Brasil das disposições da referida Convenção da OCDE.

PALAVRAS-CHAVE: Ética empresarial. Corrupção transnacional. Convenções internacionais contra a corrupção. Tipos penais. Corrupção ativa e tráfico de influência em transações comerciais internacionais.

ABSTRACT

This study deals with the subject of transnational corruption and its implications in the Brazilian legal system. For a better understanding of the issue, we initially present a historical overview of business

1 Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Líder do grupo de pesquisa “Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social” do UNICURITIBA. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduado pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Membro do grupo de pesquisa “Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social” do UNICURITIBA.

ethics, followed by an analysis of the origins of corruption in the public sphere. Secondly, we present the international conventions against corruption, with special emphasis on the Convention on the Combat of Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. We then address the criminal typification of crimes of bribery and influence peddling in international business transactions, added to the Brazilian Penal Code by Law 10.467/2002. Finally, we offer a critique of new crimes, concluding with the effective compliance by Brazil of the provisions of the OECD Convention.

KEYWORDS: Business ethics. Transnational corruption. International conventions against corruption. Criminal types. Bribery and influence peddling in international business transactions.

RESUMEN

El presente estudio versa sobre la corrupción transnacional y sus implicaciones dentro del orden jurídico brasileño. Para una mejor comprensión del tema se quiere presentar inicialmente un panorama de la ética empresarial, seguido de un análisis acerca de los orígenes de la corrupción en la esfera pública. En segundo lugar se presentan las convenciones internacionales contra la corrupción, con especial énfasis en la Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Relaciones Comerciales. A seguir, se ocupa de la tipificación penal de los crímenes de corrupción activa y tráfico de influencias en transacciones comerciales internacionales, adicionados al Código Penal brasileño por medio de la Ley 10.467/2002. Finalmente, se realiza una crítica a los nuevos tipos penales, concluyendo el estudio en relación al efectivo cumplimiento, por parte de Brasil, de las disposiciones de la referida Convención de la OCDE.

PALABRAS CLAVE: Ética empresarial. Corrupción transnacional. Convenciones internacionales contra la corrupción. Tipos penales. Corrupción activa y tráfico de influencias en transacciones comerciales internacionales.

1 INTRODUÇÃO

No dia 11 de junho de 2002, entrava em vigor no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 10.467, visando dar efetividade ao Decreto 3.678/2000, posto acrescentar ao Código Penal brasileiro os arts. 337-B, 337-C e 337-D, além de adicionar o inc. VIII ao art. 1º da Lei 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro). Tais dispositivos vieram para disciplinar os crimes praticados por particulares contra a administração pública estrangeira, tipificando os delitos de corrupção ativa e tráfico de influência em transações comerciais internacionais.

À primeira vista, esses tipos penais não apresentam grandes novidades, pois se assemelham sobremaneira aos delitos de tráfico de influência e corrupção ativa, previstos respectivamente nos arts. 332 e 333 do Código Penal. Contudo, a partir de uma análise mais aprofundada, pode-se perceber que esta inserção feita pelo legislador brasileiro não se deu por acaso. Na realidade, ao se verificar a origem desses dispositivos, constata-se que eles representam um avanço na nossa ordem jurídica nacional, pois decorrem de um lento processo de desenvolvimento histórico, fruto de amplas discussões no plano internacional no combate à corrupção.

Nesse contexto, para que seja possível compreender os reais motivos que levaram à inclusão desses tipos penais, revela-se imprescindível o traçado de uma linha histórica, que se inicia no estudo da ética empresarial, passa pelas convenções internacionais contra a corrupção e culmina com a edição desses artigos de natureza penal.

2 A ÉTICA NA EMPRESA

Historicamente, a atividade comercial esteve vinculada à noção de desonestidade, sendo desenvolvida por pessoas obstinadas pelo lucro, pouco importando os meios para obtê-lo. O

comerciante, aliás, foi comparado por Aristóteles à figura de um “parasita”,³ que obtinha vantagem econômica em detrimento das demais pessoas.

Posteriormente, durante a Idade Média, a Igreja Católica chegou a condenar a atividade comercial, especialmente a prática da usura, por se tratar de algo imoral e contrário aos princípios cristãos. Pode-se dizer que esta concepção perdurou por vários séculos, até que as grandes revoluções – Revolução Francesa do século XVIII e Revolução Industrial do século XIX – provocaram uma transformação na forma de se compreender e valorar a atividade mercantil.

Surge, nesse período, a figura da empresa. Aos poucos, as relações comerciais, antes adstritas a determinadas localidades, começaram a se expandir e a se tornar cada vez mais complexas. Tem-se, já no início do século XX, a fase das grandes indústrias, inclusive em regime de monopólio, da produção em série, do trabalho assalariado e da urbanização das cidades.

A preocupação por lucros, como fim último e único, continuou imperando no mundo dos negócios. Ao longo dos anos, não faltaram empresários que declararam publicamente que comportamentos éticos não fazem parte do cotidiano das empresas. Um grande exemplo disso é a célebre frase do banqueiro David Rockefeller, que afirmou: “*the business of business is business, not ethics*”.⁴

Todavia, com o passar do tempo, esse paradigma começou a ser modificado. A busca desenfreada por lucros e a selvagem competição entre as empresas acabaram produzindo uma ambiência de corrupção, tráfico de influências e uso indevido de informações privilegiadas, especialmente nos negócios celebrados com o Estado, provocando distorções no mercado e insegurança no mundo dos negócios. Isso fez despertar a necessidade de se estabelecer um mínimo ético nas relações comerciais, o que desencadeou o surgimento dos primeiros movimentos favoráveis à construção de uma ética aplicada ao mundo negocial.

O primeiro passo foi dado ainda na década de 60 do século passado, quando algumas universidades americanas começaram a ministrar cursos de ética aplicada aos negócios. Nesse mesmo momento histórico, iniciaram-se alguns debates, especialmente nos países europeus, com o intuito de elevar o trabalhador à condição de participante dos Conselhos de Administração das organizações, objetivando aumentar o nível de transparência das relações desenvolvidas pelas empresas. Posteriormente, já nos idos dos anos 70, foram realizados os primeiros estudos acerca da ética negocial, tendo como precursor o professor Raymond Baumhart, que foi o responsável pela primeira pesquisa referente ao tema junto aos empresários. Nessa mesma época, ocorreu a expansão das multinacionais americanas e europeias, com a criação de filiais em todos os continentes, o que provocou uma série de conflitos, pois não raras vezes os padrões de ética das matrizes se chocavam com os das filiais, fato que incentivou a criação dos primeiros códigos de ética corporativos.⁵

No decorrer da década de 80, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, foram notados esforços por parte de alguns professores universitários que se dedicaram ao ensino da ética empresarial nas Faculdades de Administração e em Programas de MBA – *Master of Business Administration*. Surgiram, também nesse contexto, os primeiros periódicos especializados no tema, como o *Journal of Business Ethics*.⁶

Finalmente, nos anos 90, formaram-se duas redes acadêmicas de estudo (ISBEE e EBEN) nos EUA e na Europa, universalizando o conceito de ética empresarial. As reuniões anuais destas associações permitiram um profundo avanço no estudo da ética, tanto conceitualmente quanto em sua aplicação às empresas. A partir desses encontros, emergiu a publicação de duas enciclopédias, uma nos Estados Unidos e outra na Alemanha: *Encyclopedic Dictionary of Business Ethics* e *Lexikon der Wirtschaftsethik*.⁷

Além disso, pela primeira vez foram fixados os três modos inter-relacionados de abordagem da ética no âmbito das empresas: o modo semântico (falar sobre a ética); o modo teórico (pensar sobre a ética); e o modo prático (atuar de maneira ética).⁸

3 LUCCA, Newton de. Da ética geral à ética empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 334.

4 LUCCA, op. cit. p. 334.

5 ARRUDA, Maria Cecilia Coutinho de; WHITAKER, Maria do Carmo; RAMOS, José Maria Rodriguez. Fundamentos de ética empresarial e econômica. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.43.

6 LUCCA, op. cit. p. 335-336.

7 LUCCA, op. cit. p. 336.

8 ARRUDA; WHITAKER; RAMOS, op. cit. p. 44.

No Brasil, foi exatamente nesse momento histórico, mais especificamente no ano de 1992, que o Ministério da Educação e Cultura (MEC) sugeriu formalmente que todos os cursos de administração do país, em nível de graduação e pós-graduação, incluíssem em seus currículos a disciplina de ética. Nessa ocasião, o Conselho Regional de Administração (CRA) e a Fundação FIDES reuniram em São Paulo mais de cem representantes de faculdades de administração, que se comprometeram a seguir a instrução do MEC. A partir de então, as instituições de ensino ofertantes de cursos de administração e economia no país incluíram em seus currículos a disciplina de ética empresarial.⁹

Toda essa evolução do estudo da ética aplicada aos negócios, para além de desencadear uma profunda transformação dentro da esfera empresarial, provocou uma grande reflexão por parte dos Estados, dando início a diversas discussões no plano internacional, especialmente em relação ao problema da corrupção na esfera pública, fruto de diversificadas causas, dentre elas os negócios celebrados pelo Estado com as empresas privadas fornecedoras de bens e serviços.

3 CAUSAS DA CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A lógica acerca da ética aplicada aos negócios teve como ponto de partida o âmbito empresarial, ou seja, foi dentro da esfera privada que foram dados os primeiros passos no sentido de se estabelecer as primeiras regras de conteúdo ético a serem aplicadas nas relações comerciais, dando-se origem, posteriormente, a uma série de estudos específicos a respeito desse tema.

Tal fato se deu (origem privada), em grande medida, por conta da ausência de participação do Estado nas relações mercantis, pois sob a égide do modelo liberal-capitalista, a figura estatal não passava de mera expectadora da iniciativa privada, com reduzida intervenção política ou econômica no setor produtivo ou comercial, limitando-se a regular as relações entre particulares por meio do exercício do poder de polícia. Incumbia-lhe, “fundamentalmente, a função de produção do direito e segurança”.¹⁰

Esta situação só começou a se alterar quando da mudança de paradigma acerca do papel do Estado na sociedade, que se deu, dentre outros fatores, após a adoção pelos países, especialmente ocidentais, do modelo de Estado de bem-estar social (também conhecido como *Welfare State*), no qual o ente estatal deixa a sua condição negativa – não intervencionista – e passa a ser o provedor das necessidades básicas da população, seja interferindo diretamente na economia, seja promovendo políticas públicas de saúde, educação, moradia, segurança, etc.¹¹

Isso causou profunda transformação no campo das relações empresariais. Os contratos mercantis, que antes eram realizados apenas entre empresas privadas, começaram a ser realizados também com os Estados, ou seja, com as pessoas jurídicas de direito público interno e as entidades componentes de suas administrações indiretas, justamente para atender a esta nova função atribuída à entidade estatal. Em outras palavras, o Estado, com esse novo perfil, passou a ser consumidor da iniciativa privada, um cliente disposto a investir uma significativa quantia de recursos para adquirir produtos e serviços de todos os gêneros, desde aqueles de baixo custo – como materiais de escritório, produtos de limpeza, etc. – até aqueles de alto custo e complexidade – como aviões, navios, grandes obras de engenharia, etc.

A resultante desse processo não poderia ser outra senão o despertar do interesse por parte das empresas privadas em celebrar contratos com os entes estatais, visando à implementação de seus lucros. Dessa mudança advieram soluções para o atendimento de interesses públicos específicos patrocinados pelo Estado e atendidos por intermédio dos mencionados contratos e, naturalmente, problemas, dentre eles, o mais grave de todos: a corrupção na esfera pública.

O fato de o Estado ter se tornado parte nas relações comerciais, a princípio, não pode ser apontado como a única causa determinante para o surgimento e o incremento dos índices de corrupção dentro do setor público. Entretanto o que não se pode olvidar é que, durante o império do liberalismo econômico – centrado na ideia de regulação pelo mercado –, o espaço para a corrupção

9 ARRUDA; WHITAKER; RAMOS, op. cit. p. 49.

10 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 16.

11 GRAU, Eros Roberto, op.cit. p. 42-43.

administrativa era reduzido, na medida em que os recursos públicos tinham como destinação o custeio de um Estado mínimo, prestador de alguns poucos serviços de forma direta, marcados pelo desinteresse econômico dos particulares na sua prestação.

Por sua vez, no chamado Estado-providência, toda essa lógica se modifica. O ente estatal, como provedor de serviços públicos e regulamentador da atividade econômica, necessita contratar com os particulares, e esses, por sua vez, avistam nisso a oportunidade para obterem e incrementarem os seus lucros mediante a comercialização de mercadorias e a prestação de serviços.

É nesse modelo de Estado provedor que a corrupção encontra as condições necessárias para o seu surgimento e crescimento, porquanto ela se desenvolve exatamente na inter-relação entre o público e o privado, como já destacava Francisco Bilac Moreira Pinto, no final da década de 50, para quem a corrupção política e administrativa é consequência do choque entre o interesse público e o privado.¹²

Vale destacar, nesse passo, que a corrupção não é e nunca foi um problema exclusivo do Poder Público nacional, longe disso. Esse mal sempre esteve presente em todas as sociedades, em todos os períodos da história humana, jamais ficando adstrito a determinados locais ou camadas sociais.¹³ Nas situações em que o ser humano vislumbra a possibilidade de obtenção de uma vantagem pessoal, seja em detrimento alheio ou não, as condições para o surgimento da corrupção estarão presentes, ainda que em maior ou menor medida.

Quando as condições são favoráveis, a corrupção se instala de tal sorte nas instituições que passa a ameaçar a própria credibilidade da Administração Pública, pois cria um verdadeiro paradigma cultural, que para Wallace Paiva Martins Júnior constitui-se na “cultura da improbidade administrativa”.¹⁴ De consequência, estabelece-se um ambiente generalizado de descrédito nas instituições, de desinteresse dos cidadãos pela política e de conformismo perante os desmandos administrativos, o que acaba ameaçando o próprio Estado.

No intuito de enfrentar esta questão, a corrupção como uma “questão global”,¹⁵ os países deram início às primeiras discussões internacionais a respeito do tema.

4 A PREOCUPAÇÃO INTERNACIONAL COM A CORRUPÇÃO

Pode-se dizer que a problemática acerca da corrupção, decorrente em grande parte do ingresso do Estado na atividade econômica, fez com que as nações começassem a se preocupar com esse tema. A razão é muito simples, a partir do momento em que o Estado se torna parte nos contratos firmados com empresas privadas, toda a lógica acerca da ética mercantil adquire grande relevância, porquanto as eventuais condutas lesivas, baseadas na ideia de ganhos a qualquer preço, por parte de empresários e funcionários inescrupulosos, deixam de atingir apenas interesses privados, para também atingir os interesses públicos representados pelo ente estatal.

Em outras palavras, quando a corrupção incide nas relações jurídicas negociais firmadas entre o Estado e as empresas privadas, perde o “interesse público primário”,¹⁶ trate-se ou não de um contrato firmado no âmbito nacional ou decorrente de um negócio jurídico internacional. Em ambos os casos, os efeitos são sempre negativos: enriquecimento ilícito das empresas e dos funcionários corruptos, prejuízo ao erário, violação da lei e da moralidade administrativa, perda da eficiência administrativa em razão da elevação indevida dos custos desses negócios, supressão ou redução de políticas públicas como decorrência do desvio de recursos, aumento da carga tributária para compensar o intencional desperdício.

12 PINTO, Francisco Bilac Moreira. Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 63.

13 BERTONCINI, Mateus. Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

14 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Proibidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 2.

15 BERGSTEN, C. Fred. Prefácio. In: ELLIOTT, Kimberly (Coord.). A corrupção e a economia global. Trad. Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: UnB, 2002, p. 17.

16 Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello, são os interesses que “correspondem à *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, que consistem no plexo dos interesses *dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade* (entificada juridicamente no Estado) (...)”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55 – destaques no original).

Para Luiz Regis Prado, a corrupção no plano internacional pode ser considerada até mais grave do que aquela praticada no âmbito interno dos países, por uma série de razões: o valor elevado das contratações que são realizadas; o menor poder de controle sobre esses contratos; a agressão que essa espécie de delito causa no sistema de livre mercado, dentre outras.¹⁷

E mais, a corrupção transnacional faz com que os governos adquiram bens e serviços de empresas privadas por preços maiores do que aqueles praticados pelo mercado e geralmente com qualidade inferior ao demais concorrentes, causando o que Regis Prado denomina “duplo efeito”, ou seja, por um lado, os Estados não contratam levando em conta as condições reais da oferta, mas sim o valor que foi entregue ao funcionário corrupto; e de outro, o ente estatal acaba pagando preços mais altos por produtos de qualidade inferior, não restando dinheiro para investir em outras necessidades básicas da população, como saúde, educação, moradia, etc.¹⁸

Em última análise, os ganhos ilícitos são capitalizados por empresas e funcionários corruptos, e os vultosos prejuízos decorrentes dessas práticas ilícitas são socializados, em prejuízo do Estado que perde recursos; da sociedade civil que se vê frustrada diante da ineficiência estatal; e do homem comum que deixa de desfrutar de bens e serviços públicos, abdicando forçosamente do gozo de direitos fundamentais sonogados em razão da corrupção.

Todos esses fatores combinados fizeram com que se iniciassem as primeiras discussões internacionais acerca da corrupção. Dentre os assuntos mais debatidos, estava justamente a questão da corrupção transnacional, ou seja, aquela praticada por funcionários públicos estrangeiros em troca de vantagens oferecidas por particulares.

Pode-se dizer que o primeiro passo no sentido de se criar uma legislação voltada ao combate da corrupção em nível global se deu no ano de 1977, quando os Estados Unidos da América, sob a chefia do então presidente Jimmy Carter, aprovaram a chamada “*Foreign, Corrupt, Practices Act*”. Esse texto legislativo surgiu, basicamente, por conta do caso *Watergate*, ocorrido naquela mesma década, em que se descobriu que empresas americanas concediam vantagens para partidos políticos e funcionários públicos estrangeiros com o intuito de conseguir ou manter contratos internacionais.¹⁹

Algum tempo depois da edição desse documento legislativo, no ano de 1994, na cidade de Washington (EUA), foi realizada a primeira Conferência Internacional de Ética Governamental, que contou com a participação de representantes dos governos de todos os continentes. Essa foi uma reunião preparatória para a Cúpula dos Presidentes das Américas, realizada em dezembro daquele mesmo ano em Miami. Nessa Cúpula, todos os líderes presentes se comprometeram a combater a corrupção internacional, mediante a adoção de mecanismos de cooperação entre os Estados membros. A maior consequência dessa reunião adveio dois anos mais tarde, quando, após muita negociação por parte dos países, foi aprovada, em março de 1996, a “Convenção Interamericana Contra a Corrupção”, firmada originalmente por vinte e duas nações, dentre elas o Brasil²⁰.

O grande objetivo desta Convenção é fortalecer os mecanismos de combate à corrupção, além de promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados na busca desse objetivo. Ademais, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção (CICC) deixa claro em seu preâmbulo que a corrupção constitui um mal que compromete a legitimidade das instituições públicas, atenta contra a ordem moral e a justiça, contra o desenvolvimento integral dos povos; provoca distorções na economia, vícios na gestão pública, constituindo um dos instrumentos de que se serve o crime organizado, além de ameaçar e corroer as atividades comerciais e financeiras legítimas.²¹

A “Convenção Interamericana Contra a Corrupção” é dividida em duas grandes partes: a primeira dedicada às medidas preventivas que os governos se comprometem a tomar para evitar a corrupção e a buscar maior transparência na administração (artigo III); a segunda parte, quase que exclusivamente dedicada à matéria penal, divide-se entre os compromissos que obrigam a criação de tipos penais por parte dos países signatários e os compromissos de assistência e cooperação.²²

17 PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 2. ed. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 583.

18 PRADO, op. cit. p. 583.

19 PRADO, op. cit. p. 578.

20 Promulgada no Brasil em 07/07/2002, por meio do Decreto 4.410, com reserva para o artigo XI, I, “c”, relativo às obrigações de desenvolvimento progressivo.

21 BERTONCINI, op.cit., p. 38.

22 PRADO, op. cit. p. 579.

Além de ter sido o documento internacional precursor em matéria de corrupção, esta iniciativa da Organização dos Estados Americanos foi essencial para que, no ano de 1997, em Paris, fosse celebrada junto à Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) a chamada “Convenção Sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Relações Comerciais Internacionais”. Esse instrumento internacional foi firmado pelo Brasil em 17 de dezembro de 1997, sendo ratificado por meio do Decreto Legislativo 125, de 14 de junho de 2000, e promulgado pelo Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Outro documento internacional, fundamental no enfrentamento da corrupção na esfera pública e no reconhecimento desse problema como uma preocupação global, é a “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção”, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Referido documento foi aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Presidente da República, passando a vigorar no plano interno como diploma legal componente do nosso sistema normativo na data de publicação do decreto de promulgação, qual seja, o dia 1º de fevereiro de 2006.²³

A corrupção, além de ser um problema incidente nas relações comerciais internacionais, conforme reconhecido pela Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), é uma questão que afeta os Estados da Organização dos Estados Americanos (OEA), e os países que compõem a Organização das Nações Unidas (ONU), conforme revelam as mencionadas Convenções. Trata-se, em última análise, de um problema mundial, que afeta indistintamente povos e nações, de natureza transnacional.²⁴

Vejamos a Convenção da OCDE e seus reflexos no direito interno, fatores essenciais para a compreensão da ética empresarial no âmbito das relações comerciais transnacionais.

5 OS OBJETIVOS DA CONVENÇÃO SOBRE O COMBATE DA CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS

A principal finalidade dessa Convenção é a adoção de medidas eficazes e coordenadas entre os países, as quais têm por objetivo prevenir e reprimir a corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera das transações comerciais internacionais. Para tanto, os Estados-Partes comprometeram-se a revisar suas legislações nacionais, buscando a implementação de medidas de ordem jurídica e administrativa equivalentes entre os Estados signatários, que permitam o alcance dos objetivos previstos no documento multilateral.

A corrupção, como problema do comércio internacional, é revelada logo no preâmbulo da Convenção firmada no âmbito da OCDE, que assevera que a corrupção “é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas”. Esse fenômeno, continua o preâmbulo, produz efeitos deletérios para a sociedade, pois “abala a boa governança, o desenvolvimento econômico e distorce condições internacionais de competitividade”.

Em outras palavras, a corrupção em transações comerciais internacionais abala o sistema econômico de livre mercado, produzindo graves efeitos econômicos às empresas, ao Estado e à sociedade, que são atingidos, cada um a seu modo, pelo fenômeno da corrupção.

O enfrentamento desse fenômeno, por ser um problema internacional, exige os esforços de todos os envolvidos – “companhias, organizações empresariais, sindicatos, organizações não-governamentais e governos” –, não se olvidando dos esforços no plano interno, conforme a Convenção.

Vê-se, portanto, que a responsabilidade social das empresas e o desenvolvimento da ética empresarial podem ser considerados importantes elementos para a concretização da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Com efeito, não se deve perder de vista que “a empresa corporifica e retroalimenta alguns dos pilares da ética contemporânea”.²⁵

²³ Promulgada no Brasil em 31/01/2006, por meio do Decreto 5.687, sem qualquer reserva.

²⁴ BERTONCINI, op.cit. p. 35.

²⁵ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. Responsabilidade social das empresas – práticas sociais e regu-

Visando à sua efetividade, a Convenção estabelece, logo em seu primeiro artigo, a necessidade dos Estados signatários incluírem em suas legislações internas os tipos penais relativos à corrupção de funcionário público estrangeiro, que se subdividem em duas espécies: corrupção ativa em transação comercial internacional (parágrafo 1º); e tráfico de influência em transação comercial internacional (parágrafo 2º), nos seguintes termos:

1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

2. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que a cumplicidade, inclusive por incitamento, auxílio ou encorajamento, ou a autorização de ato de corrupção de um funcionário público estrangeiro é um delito criminal. A tentativa e conspiração para subornar um funcionário público estrangeiro serão delitos criminais na mesma medida em que o são a tentativa e conspiração para corrupção de funcionário público daquela Parte.

A partir da leitura desses dispositivos, pode-se perceber claramente a preocupação da Convenção em abarcar o maior número possível de condutas ilícitas que possam influir nas relações comerciais internacionais, pois pretende punir tanto aquele que, diretamente, oferece, promete ou dá vantagem pecuniária a um funcionário público estrangeiro, como também aquele que auxilia ou intermedeia esta negociação entre o particular e o funcionário público.

De fato, o que se objetiva claramente com essas figuras penais é evitar que o poderio econômico de certas entidades privadas destituídas de qualquer comprometimento ético possa afetar a igualdade entre os concorrentes durante as negociações internacionais, mediante o oferecimento de vantagens indevidas a funcionários públicos estrangeiros, para vencerem seus concorrentes e conseguirem contratar com o Estado.

Para se ter uma ideia da gravidade da situação, em alguns países considerados desenvolvidos, as empresas chegaram a ser estimuladas a incluir em suas contabilidades os valores gastos com propinas e subornos de funcionários estrangeiros, recebendo, em alguns casos, incentivos por parte dos governos para a manutenção dessas práticas,²⁶ algo inaceitável em termos de ética aplicável aos negócios.

Para além dessas condutas, Regis Prado destaca, ainda, a possibilidade de a corrupção internacional objetivar decisões governamentais favoráveis em transações consolidadas apenas entre empresas privadas, citando como exemplo a criação de uma norma por parte de um Estado que exija características específicas em determinado produto, excluindo do mercado a empresa que não tenha condições de atendê-las.²⁷

Prosseguindo na análise da referida Convenção, observa-se que ela traz uma série de regras de índole penal e processual penal, inclusive um conceito de funcionário público estrangeiro (art. 1º, § 4º, "a"), *verbis*:

[...] "funcionário público estrangeiro": significa qualquer pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ela nomeada ou eleita; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro, inclusive para representação ou empresa pública; e qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional.

Em seu art. 2º, a Convenção prevê que os países signatários deverão tomar as medidas necessárias para punir, de acordo com seus princípios, as pessoas jurídicas responsáveis pelos atos de corrupção do funcionário público estrangeiro, aplicando-lhas, no que couber, as medidas sancionatórias extrapenais (ex: multa administrativa; suspensão das atividades; proibição de contratar com o Poder Público, etc.).

lação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95.

26 MANFRONI, Carlos A. La Convención Interamericana Contra La Corrupción Anotada y Comentada. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 68-69.

27 PRADO, op. cit. p. 582.

Mais à frente, a mencionada Convenção contempla, em seu art. 7º, a figura da Lavagem de Dinheiro, assim preconizando:

[...] A Parte que tornou o delito de corrupção de seu próprio funcionário público um delito declarado para o propósito da aplicação de sua legislação sobre lavagem de dinheiro deverá fazer o mesmo, nos mesmos termos, em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, sem considerar o local de ocorrência da corrupção.

Esse artigo impõe aos países signatários que tenham em suas legislações sobre lavagem de dinheiro a previsão do crime de corrupção de funcionários públicos como um crime antecedente à lavagem, o compromisso de também incluir nesse rol o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro, independentemente do local de ocorrência do ato de corrupção.

Por fim, a Convenção traz, ainda, regras acerca da jurisdição, das sanções, da execução, da prescrição, da extradição, dentre outras disposições.

Pode-se afirmar que os compromissos impostos pela Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais são muito claros e obrigam os Estados que a celebraram a tomar as medidas necessárias para a implementação de seus objetivos, como forma de dissuadir esse mal que se espalha por todo o planeta.

A Convenção deve servir também como referência ética no plano empresarial, para a preservação das empresas e do próprio sistema de mercado de um modelo de capitalismo global que, sem regras, tende à autodestruição.

Visando atingir este controle no plano das transações comerciais internacionais, o Brasil, após um período de inércia, acabou atendendo ao conjunto de exigências internacionais constantes da Convenção.

6 A TIPIFICAÇÃO PENAL DA CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL NO BRASIL

Conforme dito alhures, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais somente ingressou em nosso ordenamento jurídico no dia 30 de novembro de 2000, com a edição do Decreto 3.678. Aproximadamente dois anos depois, no dia de 11 de junho de 2002, foi editada a Lei 11.467 que, no intuito de dar cumprimento ao disposto na referida Convenção, adicionou ao Código Penal Brasileiro os arts. 337-B, 337-C e 337-D, que vieram com as seguintes redações:

DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTRANGEIRA

Corrupção ativa em transação comercial internacional

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Tráfico de influência em transação comercial internacional

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

Funcionário público estrangeiro

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Como se pode observar, esses dispositivos seguem as determinações da Convenção, apenas com algumas alterações de natureza redacional, a fim de aproximá-los aos tipos penais de corrupção ativa (art. 333) e tráfico de influência (art. 332) já previstos no Código Penal Brasileiro. Por outro lado, não houve a tipificação do delito de “conspiração para subornar funcionário público estrangeiro” a que alude a Convenção da OCDE.

A diferença visível entre esses novos tipos penais da lei brasileira em comparação com a corrupção ativa e o tráfico de influência, afora a inclusão da expressão “relacionado a transação comercial internacional”, está na pena prevista abstratamente para os crimes de corrupção ativa (nacional e estrangeira), pois enquanto o preceito secundário do art. 333 do Código Penal prevê reclusão de 02 (dois) a 12 (doze) anos e multa, o do art. 337-B do referido *Codex* estabelece reclusão de 01 (um) a 08 (oito) anos e multa, distinção esta que não se justifica, por se tratarem de condutas idênticas, diferindo apenas quanto à nacionalidade do funcionário corrompido.

A rigor, as sanções deveriam ser as mesmas, seguindo o exemplo do crime de tráfico de influência, que em suas duas modalidades (arts. 332 e 337-C do CP) prevêem sanção de 02 (dois) a 05 (cinco) anos e multa.

Sob um outro aspecto, esta mesma lei (11.647/2002) acrescentou o inc. VIII ao art. 1º da Lei 9613/1998 (conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro) – estabelecendo que os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira também seriam considerados crimes antecedentes à lavagem, a exemplo dos demais delitos previstos no citado artigo.

Dentre os elementos componentes desses tipos penais (bem jurídico protegido, sujeitos do crime, tipicidade objetiva e subjetiva, sanções, causas de aumento de pena e ação penal), o que mais desperta a atenção dos doutrinadores é o bem jurídico tutelado por essas normas de natureza punitiva.

De fato, ao se verificar a localização topográfica dos arts. 337-B, 337-C e 337-D no interior do Código Penal, percebe-se que eles foram inseridos dentro do Título XI, que cuida dos crimes praticados contra a Administração Pública em geral.

Assim, num primeiro momento, poder-se-ia pensar que o bem jurídico tutelado é a Administração Pública nacional, por ser ela a vítima de todos os crimes presentes no Título XI, da parte especial do Código Penal. No entanto uma singela leitura desses dispositivos revela que esses tipos penais não atingem a Administração Pública brasileira por uma razão muito simples, o funcionário público corrompido será sempre um funcionário público estrangeiro.

Afirma a doutrina que não há como se pretender que a ordem jurídica brasileira proteja a Administração Pública de um outro país, por não deter legitimidade para tanto, haja vista que o princípio da soberania atuante nas relações internacionais impede a ingerência de um Estado-soberano sobre outro.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma:

A infração penal não atinge a Administração Pública brasileira, considerando-se que o funcionário corrupto ou corrompido é estrangeiro, estranho, portanto, à nossa Administração. Por outro lado, o Brasil não tem legitimidade para pretender proteger penal ou civilmente a integridade, moralidade ou dignidade da Administração Pública de outros países. Nenhum país pode avocar o direito de proteger juridicamente a Administração Pública de outro.²⁸

Na mesma toada, escolia Fernando Capez:

O legislador cuidou de contemplar o delito de corrupção ativa nas transações comerciais internacionais dentro do capítulo relativo aos crimes praticados por particular contra a Administração em geral. Tal situação leva-nos a concluir que estamos diante de um delito que ofende os interesses da Administração Pública brasileira, como ocorre no crime de corrupção ativa (CP, art. 333), em que se tutela a moralidade da Administração e o regular desempenho da função pública. Essa conclusão é inverídica. É que, no delito em estudo, a corrupção visa o funcionário público estrangeiro, ao contrário do crime previsto no art. 333, de forma que a ofensa se opera contra um bem jurídico estrangeiro, qual seja, a moralidade do órgão administrativo alienígena. Ora, não incumbe à lei penal brasileira, no caso, tutelar a Administração Pública estrangeira, incumbindo ao país de origem do funcionário público tutelar **SEUS interesses**.²⁹

28 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial 5. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 254-255.

29 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial 2. ed. 3. vol. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 557.

O posicionamento dos referidos estudiosos merece reflexão, porque a lei penal brasileira, nesse caso, longe de se arvorar na tutela da Administração Pública estrangeira, buscou materializar o compromisso internacional de combate à corrupção em transação comercial internacional, mediante convenção aprovada e internalizada pelo Brasil. A alteração legislativa implementada no Código Penal brasileiro nada mais é do que o reflexo desse compromisso de direito internacional público, no intuito de combater esse fenômeno difundido nas transações comerciais internacionais, cujo enfrentamento se realiza mediante o compromisso dos governos, na tipificação e punição desses comportamentos. Nessa medida, a lei penal brasileira está autorizada e legitimada à proteção da Administração Pública estrangeira, havendo reciprocidade entre os Estados signatários.

A doutrina é uníssona em afirmar que o bem jurídico protegido é a boa-fé das relações comerciais internacionais, ou seja, a regularidade, a moralidade e a transparência destas relações de cunho transnacional.

Tratando a respeito desse assunto, Luiz Regis Prado afirma que:

[...] resta evidente que a boa-fé, a regularidade e a transparência nas relações comerciais internacionais é que se vêem abaladas com a prática dessas condutas, e não a administração pública nacional ou estrangeira.³⁰

E prossegue o referido autor, conceituando o que vem a ser a boa-fé nas relações mercantis internacionais, *verbis*:

[...] a boa-fé nas transações mercantis internacionais é evidenciada pelo compromisso de probidade que deve existir entre as empresas, de forma que a concorrência entre elas se dê unicamente em relação à qualidade e ao preço de seus produtos, e não através do uso da fraude, e também através da lealdade entre os países, de forma a evitar o engrandecimento da economia de um deles à custa da corrupção do setor público de outros.³¹

Por sua vez, Capez observa que:

Na realidade, o bem jurídico tutelado é a lisura e a transparência na realização das transações internacionais de natureza comercial, coibindo as condutas potencialmente capazes de influenciar funcionário estrangeiro a "prostituir" negócio de cunho internacional. Tutela-se também o interesse da pessoa física (*sic*) e jurídica, de direito público ou privado, que pode ser eventualmente lesado como consequência da atuação do corruptor.³²

Realmente, os bens jurídicos tutelados pelos arts. 337-B e 337-C do Código Penal são a boa-fé, a regularidade, a transparência, a probidade e a legalidade nas transações mercantis internacionais, bem assim a pessoa jurídica de direito público internacional – entidades estatais e representações diplomáticas de país estrangeiro segundo a Convenção e o Código Penal – e suas empresas direta ou indiretamente controladas, vítimas do assédio da corrupção, que os países adotantes da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Relações Comerciais Internacionais se comprometeram a proteger, inclusive alterando sua legislação penal, como no caso brasileiro.

O sujeito ativo em ambos os delitos pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial, podendo, inclusive, ser um funcionário público brasileiro que, nesta hipótese, atua como particular em defesa de seus interesses de cunho privado. O sujeito passivo, por sua vez, será a pessoa jurídica lesada pela transação comercial realizada em desrespeito à transparência e à boa-fé que devem imperar nas relações comerciais; além de toda a coletividade internacional que, embora de forma mediata, sofre as consequências do "apodrecimento moral das relações comerciais internacionais, particularmente da Administração Pública".³³

6.1 Corrupção ativa em transação comercial internacional

No que concerne à tipicidade objetiva, o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional traz em seu *caput* as condutas de *prometer* (obrigar-se a dar, comprometer-

30 PRADO, op. cit. p. 583.

31 PRADO, op. cit. p. 583.

32 CAPEZ, op. cit. p. 557.

33 BITENCOURT, op. cit. p. 255.

se a dar vantagem); *oferecer* (apresentar, colocar à disposição); ou *dar* (transferir a propriedade), direta ou indiretamente, vantagem indevida (material ou moral) a funcionário público estrangeiro, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional.

Trata-se, nos dizeres de Regis Prado, de um tipo penal autônomo, misto alternativo, anormal e incongruente.³⁴

Para a configuração do delito em análise, é indispensável que o funcionário público estrangeiro corrompido detenha competência para a prática do ato que se almeja por meio da corrupção. Além disso, é imperioso que a oferta ou a promessa de vantagem sejam feitas espontaneamente pelo agente corruptor, pois se forem motivadas por exigência do funcionário estrangeiro não haverá subsunção a esse tipo penal.

Nas condutas de *prometer* e *oferecer* vantagem indevida, o crime se consuma com a mera ciência por parte do funcionário estrangeiro acerca da oferta, ainda que esta venha a ser recusada. Trata-se, portanto, de crime de mera atividade, sendo admissível a tentativa apenas nas hipóteses de oferta escrita. Em relação à conduta de *dar* vantagem indevida, exige-se o resultado naturalístico, ou seja, a vantagem material ou moral deve ser efetivamente entregue ao funcionário público, sem o que não haverá consumação. Nesse caso, a tentativa é admissível independente do meio utilizado pelo agente.

6.2 Tráfico de influência em transação comercial internacional

No tocante ao delito de tráfico de influência em transação comercial internacional, o tipo penal prevê as condutas de *solicitar* (pedir, rogar, procurar); *exigir* (ordenar que seja pago); *cobrar* (exigir pagamento) ou *obter* (angariar, conseguir, receber, adquirir), para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício da sua função.

Nas palavras de Regis Prado, o agente “afirma ter influência sobre funcionário público estrangeiro e promete colocar dita influência a serviço do interesse de terceira pessoa, em troca de vantagem ou de promessa de sua concreção”. Nesses casos, afirma o autor, o sujeito “atua com fraude, enganando quem espera que ele, valendo-se de seu anunciado prestígio junto a funcionário público estrangeiro, efetivamente exerça alguma influência sobre seus atos”.³⁵

Como ressalta Bitencourt, caso a pessoa realmente goze de influência sobre o funcionário, porém, sem alardeá-la, desenvolva atividade junto àquele, não se encaixa no tipo sob comento, podendo, a depender das circunstâncias, responder por outro delito.³⁶

Nas suas três primeiras modalidades (*solicitar*, *exigir* e *cobrar*), o crime consuma-se com a simples prática dessas condutas, independentemente de resultado naturalístico (crime formal). Entretanto, na modalidade *obter*, só haverá consumação se houver o efetivo recebimento da vantagem por parte do agente (crime material). Em todos os casos admite-se tentativa, embora nos três primeiros só se admita por meio escrito.

Em ambos os tipos penais, o elemento subjetivo exigido é o dolo, não sendo admissível a punição a título de culpa. Todavia, no delito de corrupção ativa, exige-se o dolo específico (especial fim de agir) do agente no sentido de determinar ao funcionário público estrangeiro que pratique, deixe de praticar ou retarde um ato de ofício relacionado à transação comercial internacional. Por sua vez, no crime de tráfico de influência, demanda-se o dolo específico de que a cobrança da vantagem indevida pelo agente seja “para si ou para outrem”, almejando influenciar o funcionário estrangeiro.

As duas figuras penais têm previsão de causas especiais de aumento de pena. Na corrupção ativa aumenta-se a pena em um terço se o funcionário público efetivamente praticar ou deixar de praticar o ato de ofício (parágrafo único do art. 337-B). A seu turno, no tráfico de influência, aumenta-se a pena na metade, caso o agente que solicita a vantagem alegar ou insinuar que o dinheiro será destinado ao funcionário público estrangeiro (parágrafo único do art. 337-C).

³⁴ PRADO, op. cit. p. 585.

³⁵ PRADO, op. cit. p. 593.

³⁶ BITENCOURT, op. cit. p. 260.

Finalmente, impende salientar que em ambos os delitos a ação penal é pública incondicionada, ressaltando-se que o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional, por ter a pena mínima prevista em 01 (um) ano, admite a suspensão condicional do processo, instituto previsto no art. 89 da Lei 9.099/1995.

7 ANÁLISE CRÍTICA DOS TIPOS PENAIIS

Não se pode negar que a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais representou avanço no combate à corrupção administrativa no plano internacional, na mesma linha da anterior Convenção Interamericana contra a Corrupção, e da última e mais abrangente dessas Convenções, a Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, todas elas reconhecendo a existência desse grave problema de que cuidam, que atinge indistintamente a sociedade civil e os cidadãos dos mais diversos Estados, com deletérios efeitos para toda a população.

Por se tratar de um problema global, nada melhor do que se dispensar a ela um enfrentamento internacional e global.

Foi nessa perspectiva que surgiu a Convenção da OCDE, cujo intuito é o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais. No entanto, apesar dessa preocupação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, não se irá combater a corrupção nos negócios internacionais celebrados pelos Estados que aprovaram e internalizaram o documento internacional, se não houver a efetiva criação internamente dos tipos penais acordados, acompanhados das sanções penais correspondentes, que efetivamente punam os crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional e de tráfico de influência em transação comercial internacional.

Avaliando-se a legislação brasileira destinada a dar cabo do compromisso assumido junto à OCDE, vê-se que de fato o Estado brasileiro legislou sobre a matéria, fazendo-o, no entanto, de forma tímida, posto que os tipos penais dos arts. 337-B e 337-C do Código Penal são dotados de sanções penais bastante modestas, incapazes de punir alguém efetivamente pela prática de corrupção ou de tráfico de influência em transação comercial internacional. Para a corrupção ativa em transação comercial internacional há a previsão de pena que varia de 01 (um) a 08 (oito) anos de reclusão, e multa, enquanto o tráfico de influência em transação comercial internacional prevê pena de 02 (dois) a 05 (cinco) anos de reclusão, e multa, sanções que além de não serem proporcionais à gravidade desses ilícitos, na prática judicial brasileira não possuem condições de efetividade. Infelizmente, os referidos tipos penais seguem o modelo dos crimes contra a Administração Pública, de pouca efetividade.

A ausência de proporcionalidade entre esses ilícitos penais e a lesão que provocam ao complexo bem jurídico que se desejou proteger, anteriormente analisado, reside no fato de que as penas previstas para esses crimes, que envolvem normalmente somas volumosas de recursos públicos, são semelhantes àquelas previstas para o furto simples – reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos e multa – e inferiores àquelas previstas para o furto qualificado, para o qual o legislador penal reservou aos seus autores reclusão de 02 (dois) a 08 (oito) anos e multa.

Em outras palavras, um batedor de carteira que pratique furto em concurso de pessoas no Brasil será punido com mais rigor do que aquele que cometer o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional, como exemplo, numa licitação internacional para a construção de uma grande obra pública (metrô, ferrovia, estádio de futebol, hidroelétrica, etc.), negócio que facilmente ultrapassa a casa da centena de milhões de dólares. Enquanto a pena mínima do batedor de carteira que agiu em concurso é de 02 (dois) anos de reclusão, o corruptor em transação penal internacional será punido com a metade do mencionado tempo de reclusão – 01 (um) ano, transgredindo-se o princípio da igualdade material: o crime menos ofensivo é punido com maior rigor e o delito mais grave com menos rigor. Enquanto os pequenos ladrões podem ser punidos com até 08 (oito) anos de reclusão, aquele responsável por uma lesão de envergadura muito superior estará sujeito a idêntica carga penal, num evidente tratamento igual de desiguais.

A pena de multa prevista nos arts. 337-B e 337-C segue o mesmo regime jurídico da multa dos demais tipos penais previstos no Código Penal brasileiro. Será no mínimo de 10 (dez) e, no máximo,

de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, não podendo o dia multa ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 05 (cinco) vezes esse salário. Em casos especiais, diante da situação econômica do réu, a multa pode ser aumentada até o triplo. Embora não se negue que esse regime da multa penal seja apto a sancionar os crimes comuns contra o patrimônio privado, o mesmo não se pode dizer para os casos de corrupção ativa em transação comercial internacional ou de tráfico de influência em transação comercial internacional. Mais uma vez o legislador penal brasileiro dispensou tratamento idêntico a desiguais, favorecendo o criminoso do “colarinho branco”, cujos ganhos justificam os riscos de uma punição pouco eficaz e dissuasiva.

O regime prisional para o cumprimento da eventual pena por corrupção ou tráfico de influência em negócio internacional segue a regra geral da lei penal brasileira. O regime fechado, em que o condenado é obrigado a iniciar o cumprimento de pena encarcerado em estabelecimento de segurança máxima ou média, é inaplicável para esses delitos, posto que reservado somente àqueles condenados à pena superior a 08 (oito) anos de reclusão. O regime semi-aberto, cuja pena privativa de liberdade é executada em colônia agrícola ou industrial, é praticamente inaplicável, pois só terá cabimento se a pena for superior a 04 (quatro) e não exceder a 08 (oito) anos de reclusão. O regime aberto é o regime por excelência desses graves tipos penais, pois é ele que deve ser adotado para as condenações cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos. Embora não se pretenda detalhar o tema, o certo é que o regime aberto é, em tese, o regime de cumprimento de pena por excelência da corrupção e do tráfico de influência em transação comercial internacional.

Se é assim, como esses delitos são cometidos sem violência ou grave ameaça e como suas penas mínimas são muito baixas, muito provavelmente esses criminosos do “colarinho branco” envolvidos em negócios internacionais de grande vulto poderão ter suas penas privativas de liberdade substituídas por penas privativas de direitos, como são exemplos a prestação pecuniária, a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana, o que é inaceitável em face da lesividade desses crimes.

Outra consequência é que os autores desses delitos, se beneficiários de penas restritivas de direitos ou mesmo do regime prisional aberto, não poderão ser extraditados a pedido dos Estados signatários, posto que para a extradição ser processada pelo Supremo Tribunal Federal, o regimento da Corte, em seu art. 208, exige a prisão do extraditando, não aplicável àqueles sancionados com penas privativas de direitos.

Não é só. A pródiga lei penal brasileira acena com a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, se essa não for superior a 02 (dois) anos, benefício que poderá alcançar o autor do crime de corrupção ativa em transação comercial internacional, impedindo igualmente a extradição.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que não houve o atendimento integral do art. 3, número 1, da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, que dispõe:

A corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas. A extensão das penas deverá ser comparável àquela aplicada à corrupção do próprio funcionário público da Parte e, em caso de pessoas físicas, deverá incluir a privação da liberdade por período suficiente a permitir a efetiva assistência jurídica recíproca e a extradição.

Com efeito, os arts. 337-B e 337-C não permitem, como regra, a punição efetiva, proporcional e dissuasiva do funcionário público estrangeiro, que não ficará privado de liberdade, visto que será potencialmente beneficiário de regime aberto de cumprimento de pena e do modelo de substituição de pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Outro defeito da lei penal brasileira reside no fato de que ela não se dirige à pessoa jurídica. Como a corrupção ativa e o tráfico de influência de que cuida a Convenção da OCDE são delitos praticados em nome de pessoas jurídicas interessadas em transações comerciais com o Estado, é evidente o desajuste da lei penal que não prevê a sua punição. E o pior é que a Lei 10.467/2002, que inseriu no Código Penal brasileiro os arts. 337- B e 337-C, nem sequer previu sanções civis ou administrativas às pessoas jurídicas beneficiárias desses delitos, omissão que para além de não punir a pessoa jurídica, deixando-a impune pelos crimes praticados em seu proveito, representa verdadeiro estímulo às práticas corruptas que se almejou coibir na Convenção sobre

o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, haja vista a imunidade da pessoa jurídica em razão das práticas ilegais levadas a efeito em seu nome e interesse.

Com isso, tem-se o desatendimento do art. 3, número 2, da Convenção, *verbis*:

Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.

Essas sanções não-criminais simplesmente não foram previstas.

Os aspectos acima tratados permitem afirmar que os tipos penais dos arts. 337-B e 337-C, ao deixarem de prever punição dissuasiva aos autores dessa especial modalidade de corrupção, pouco contribuem para a preservação da ética e da proteção dos valores envolvidos nas transações comerciais internacionais, não estimulando, como deveria, a prática da ética empresarial. Tais disposições penais são exemplos da denominada "proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos", de que cuida Juárez Cirino dos Santos.³⁷ Em outras palavras, os autores desses delitos não são a clientela do direito penal.

8 A CONVENÇÃO FOI CUMPRIDA PELO BRASIL?

Os crimes dos arts. 337-B e 337-C do Código Penal não dão conta dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro por intermédio da mencionada Convenção, aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Presidente da República. A resposta legislativa consistente nos referidos tipos penais não representa a boa execução e cumprimento da Convenção, pois, como se observou:

I – as penas privativas de liberdade e de multa previstas para ambos os delitos são muito brandas e desproporcionais à gravidade da corrupção em transações comerciais internacionais, não inibindo as mencionadas práticas criminosas – função preventiva do Direito Penal – e não reprimindo suficientemente seus autores, tornando insubsistente a função repressora do Direito Penal;

II – não há um regramento especial mais rigoroso para a execução da pena desses crimes, o que permite, como regra, a aplicação do regime aberto de cumprimento de pena, bem como a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não havendo a almejada privação de liberdade do criminoso definida na Convenção da OCDE, impossibilitando a extradição;

III – o Direito Penal brasileiro não aceita, salvo exceção, a punição da pessoa jurídica, não prevenindo a sua ocorrência ou reprimindo a real beneficiária dos aludidos tipos penais, imune, também, a sanções civis ou administrativas, não reguladas pelo legislador pátrio, que também nesse ponto não materializou a normativa internacional aprovada e internalizada pelo Brasil.

A tradicional cultura de improbidade administrativa ou cultura de corrupção presente em nossa história mostra novamente a sua força, o que exige resposta da sociedade civil organizada, no sentido de fazer valer a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, mediante reforma legislativa que contemple as medidas necessárias para a fiel execução desse importante documento internacional destinado a combater a corrupção.

Não se deve esquecer que a responsabilidade de se combater a corrupção na esfera pública não é somente dos órgãos do Estado (setor público), possuindo o cidadão, a sociedade civil e as empresas (setor privado) a responsabilidade social pelo enfrentamento desse grave problema que assola a todos indistintamente, conforme definido na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

O progresso da ética negocial, para além de desencadear uma série de reflexões por parte das empresas privadas, deve despertar o setor privado quanto à tomada de posições concretas no enfrentamento da questão da corrupção, inclusive a incidente nas relações comerciais transnacionais,

³⁷ SANTOS, Juárez Cirino dos. Direito penal – parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 11.

porque disso depende inclusive a própria sobrevivência das empresas, cujo desenvolvimento e crescimento demandam um sistema econômico transparente e seguro, no lugar da ambiência nebulosa e instável produzida pela corrupção.

9 REFERÊNCIAS

- ARRUDA, Maria Cecilia Coutinho de; WHITAKER, Maria do Carmo; RAMOS, José Maria Rodriguez. Fundamentos de ética empresarial e econômica. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BERGSTEN, C. Fred. Prefácio. In: ELLIOTT, Kimberly (Coord.). A corrupção e a economia global. Trad. Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: UnB, 2002.
- BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. Responsabilidade social das empresas – práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial 5. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial 2. ed. 3. vol. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- LUCCA, Newton de. Da ética geral à ética empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MANFRONI, Carlos A. La Convención Interamericana Contra La Corrupción Anotada y Comentada. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- PINTO, Francisco Bilac Moreira. Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 2. ed. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.