

DÉCIO FRANCO DAVID

CORRUPÇÃO

no setor privado

fundamentos e criminalização



editora
D'PLÁCIDO

CORRUPÇÃO

no setor privado

DÉCIO FRANCO DAVID

CORRUPÇÃO

no setor privado

fundamentos e criminalização





Belo Horizonte Av. Brasil, 1843,
Savassi, Belo Horizonte, MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007

São Paulo
Av. Paulista, 2444,
8º andar, cj 82
Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2020, D'Plácido Editora.
Copyright © 2020, Décio Franco David.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Araes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Nathalia Torres
Imagem por Pawel Czerwinski via Unsplash

Diagramação Nathalia Torres

Catálogo na Publicação (CIP)

D249 David, Décio Franco
Corrupção no setor privado : fundamentos e criminalização / Décio Franco David. - 1. ed.
- Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2020.
300 p.

ISBN 978-65-5589-003-7

1. Direito. 2. Direito Penal. I. Título.

CDDir: 341.5

Biblioteca responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



*Hipátia estudava os enigmas que tinham desafiado Euclides e Arquimedes, e falava contra a fé cega, indigna do amor divino e do amor humano. Ela ensinava a duvidar e a perguntar. E aconselhava:
- Defende o teu direito de pensar.
Pensar errado é melhor que não pensar.*

GALEANO, Eduardo. *Mulheres*. Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 153.

Toda a investigação na área penal é baseada no uso da língua, ou melhor, em atos de comunicação.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 110.

Para Jaqueline e Sofia,
graças a vocês, meus amores,
eu pude encontrar a alegria e o amor
que todo ser humano procura,
mas que nem todos têm a sorte de encontrar.

Sumário

Nota do autor.....	13
Prefácio 1..... <i>por Valter Foletto Santin</i>	17
Prefácio 2..... <i>por Léo Peruzzo</i>	21
Apresentação: o significado da corrupção privada..... <i>por Paulo César Busato</i>	25
Introdução.....	31
1. Fundamentos de uma base teórica geral adequada aos problemas contemporâneos.....	39
1.1. À guisa de esclarecimento: modelo significativo e sistema penal integral	41
1.1.1. Sistema significativo: a concepção significativa de ação.....	43
1.1.2. A norma penal no sistema significativo.....	66
1.1.3. Sistema penal integral de matriz significativa.....	81

2. Proposição de uma teoria da corrupção privada: fundamentos e marco teórico	89
2.1. Corrupção: busca por uma definição terminológica.....	92
2.2. Do senso comum à gramática (superficial e profunda) da corrupção.....	100
2.3. Marco teórico da corrupção no setor privado.....	119
2.3.1. O que se protege com a criminalização da corrupção no setor privado? Noções (inter)nacionais.....	120
2.3.2. Análise dos marcos penais estrangeiros sobre corrupção privada.....	134
2.3.2.1. Fidelidade contratual empregatícia ou laboral.....	134
2.3.2.2. Lealdade concorrencial.....	151
2.3.2.3. Tutela patrimonial.....	165
2.3.2.4. Modelo unitário.....	170
2.3.2.5. Modelo pluriofensivo, misto ou complexo.....	174
2.3.3. Tomada de postura.....	177
3. Definição do crime de corrupção privada	183
3.1. Modificando paradigmas: o direito penal como instrumento de controle da corrupção privada.....	183
3.2. Conformidade da proposta de criminalização da corrupção privada diante do princípio de intervenção mínima.....	188
3.3. O tratamento legal da corrupção privada no Brasil.....	199
3.3.1. Atual panorama legal em matéria penal.....	199
3.3.2. Propostas legislativas.....	207
3.3.3. Proposta de <i>lege ferenda</i> para tipificação da conduta de corrupção privada na esfera penal.....	214
3.4. Excurso: aplicação típica da proposta realizada por estudo de casos.....	235
3.4.1. Corrupção na relação entre médicos e indústria farmacêutica.....	237
3.4.2. Corrupção desportiva.....	240

3.4.3. Práticas corruptivas entre empresas para eliminar concorrentes.....	242
3.4.4. Corrupções internas de uma empresa.....	245
3.5. Conclusões preliminares: confirmação da tese.....	250
4. Conclusões.....	253
5. Referências.....	263
6. Posfácio:	
Corrupção no setor privado:	
fundamentos e criminalização.....	297
<i>por Luiz Fernando Kazmierczak</i>	

Nota do autor

O presente livro corresponde aos três primeiros capítulos da minha tese de Doutorado, desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Após a defesa, ocorrida em 23 de agosto de 2019, realizei novas reflexões, ampliando as premissas filosóficas e refletindo melhor sobre o formato de tipificação proposto para criminalizar a corrupção no setor privado. Insta consignar que a banca de defesa foi composta pelos professores Paulo César Busato (UFPR), Ricardo Hasson Sayeg (PUC/SP), Gilberto Giacoia (UENP), Vladimir Brega Filho (UENP) e Valter Foletto Santin (UENP). Agradeço aos cinco por todas as sugestões, críticas e comentários tecidos durante a banca, foram fundamentais para maior verticalização do tema e da presente obra.

Espero, humildemente, que meu trabalho possa ser útil à ampliação do debate em solo nacional sobre o tema e demais assuntos transversais à delinquência empresarial. Ao longo de vários anos, tenho buscado reflexões que possibilitem além da crítica acadêmica, introjeções pragmáticas. O Direito precisa ser sempre pensado em sua aplicabilidade sob o risco de se tornar uma mera aventura abstrata. Se em alguma medida consegui atingir esse propósito neste trabalho, dar-me-ei por satisfeito.

Aproveito a oportunidade para alguns agradecimentos, sendo impossível não inicia-lo pela minha família: ao meu pai, Claudio, minha mãe, Laurici, e meus irmãos, Claudio e Daniele. Obrigado por todo carinho e amor a mim direcionados.

À minha esposa Jaqueline, que lindamente sorri com os olhos. Não é exagero afirmar que graças a você minha vida ganhou outros sentidos e significados. Obrigado por todo companheirismo, paciência, compreensão e, principalmente,

pela família que me deu. Obrigado por todo amor e dedicação dirigidos a mim. Obrigado por ser a base forte de nossa família e por suportar, por muitas vezes, sozinha a carga dos cuidados à nossa pequena Sofia. Há um aforismo de Nietzsche em que ele afirma que “um músico que ama o tempo lento tocará as mesmas peças cada vez mais lentamente. Em nenhum amor existe repouso”. Ao compartilharmos nossas vidas, obtivemos um amor maduro e consistente. Que toquemos sempre essas notas! Cada parte desta tese há a sua participação. O trabalho pode ser individual, mas o sacrifício sempre foi coletivo.

À minha pequena Sofia, meu coração fora do peito, cujo sorriso nos olhos herdou de sua mãe, na esperança de que um dia ela compreenda o significado de sua existência em minha vida. Sobram sentimentos, faltam palavras. O sentido da minha linguagem é você minha pequena.

Ao professor Valter Foletto Santin, meu orientador, agradeço, especialmente, pela paciência e amizade e, acima de tudo, pela orientação segura para o desenvolvimento do trabalho, bem como pelas gentis palavras do prefácio que abre este livro.

Aos professores Eduardo Cambi e José Antonio Remédio pelas críticas, sugestões e comentários realizados na banca de qualificação. Ao professor Luiz Fernando Kazmierczak, pelas valiosas contribuições na banca de qualificação e, acima de tudo, pelo trabalho desempenhado junto às atividades administrativas da nossa UENP e pelo posfácio deste livro.

Ao professor de todos nós, Gilberto Giacoia, pela brilhante disciplina ofertada em conjunto com seu irmão Oswaldo Giacoia Juniores pelas pontuais contribuições na banca de qualificação, mas, ainda mais, pela humanidade e sacrifício pessoal de comparecer na banca em período de luto. Serei sempre grato pelo privilégio de ter sido seu aluno.

Ao professor Fernando de Brito Alves pelo excelente trabalho à frente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UENP. Agradeço, igualmente, por toda acessibilidade, incentivo, trato humanitário e compreensão dispensado com todos os discentes do programa. Na sua pessoa agradeço os demais professores, em especial, ainda, ao professor Maurício Saliba, grande incentivador de minha participação na seleção do doutorado em 2016.

À alma do PPG, Maria Natalina, exemplo maior de pessoa. Sem você, nada daria certo! Na sua pessoa agradeço todos os demais funcionários da instituição.

À fundação Araucária e à CAPES pela bolsa concedida.

Aos amigos e colegas das três primeiras turmas do Doutorado em Ciência Jurídica pelos debates e trocas de conhecimento realizadas, especialmente aos irmãos que a UENP me deu, Aline, Daniel, João, Moacyr, Rafael e Renato. Agradeço aos amigos que de forma direta ou indireta fizeram parte desses três últimos anos, especialmente, Aknaton Toczec Souza, Ana Maria Murata, Bruno Cunha Souza, Gilson Bonato e *João Rafael Oliveira*. Aos *baionetas*, Maria Cláudia, Gustavo Marin, Nivaldo Bitencourt e Renato Watanabe pela amizade criada e preservada ainda que à distância. Ao Luis Guilherme das Silva pela amizade, parceria e por suportar a carga em nosso escritório nas minhas ausências.

Ao meu mestre Paulo César Busato, exemplo de pesquisador e profissional do Direito, responsável por meus primeiros passos no Direito penal. Agradeço a amizade e, principalmente, por ser a principal influência em meus estudos e projetos acadêmicos. Tenho muito orgulho de ser seu discípulo. Agradeço, ainda, pelas gentis palavras contidas na apresentação deste livro.

Agradeço, igualmente, ao filósofo Léo Peruzzo, professor do programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUC/PR, um dos maiores especialistas em Wittgenstein em nosso país, por ter aceito realizar a leitura deste texto e redigir um dos prefácios. Suas sugestões bibliográficas foram levadas em consideração, de modo que muito lhe agradeço pelo apoio, amizade e reflexões.

Por fim, um agradecimento há muito devido. Meus pais são pessoas simples que sempre tiveram de dar duro para que eu e meu irmão tivéssemos um pouco de conforto. Estão longe de ser pessoas ricas em sentido econômico, mas são riquíssimos em valores humanos. Ressalto que o mérito de ter alcançado o título de doutor é fruto de tudo o que vocês dois fizeram. Ainda mais de minha mãe que desde muito cedo precisou trabalhar para vencer as dificuldades que a vida impôs a ela. Só pode terminar o ensino fundamental graças ao estudo em supletivo, indo cursar o ensino médio (magistério) com mais de trinta anos. Em 28 de outubro de 1985, após uma prova de inglês, a bolsa gestacional estourou e eu quase nasci em sala de aula mesmo. Sempre brincamos dizendo que talvez seja esta a origem do meu gosto pela sala de aula. Agradeço, mãe, por você ter ido sempre em frente, pois sem o seu sacrifício pessoal e, fundamentalmente, sem todo o incentivo que me deu para me dedicar aos estudos (muitas vezes, tirando coisas de si), eu jamais teria chegado aqui. O título de doutorado que resultou deste trabalho é mais seu do que meu.

Prefácio 1

Inicialmente, é uma grande satisfação apresentar obra de Decio Franco David, mestre no programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Campus de Jacarezinho, na USP/SP. Tive a honra de participar como orientador da sua formação no Mestrado e no Doutorado, verificando o elevado nível científico de David, profundo conhecedor do Direito Penal e dos meandros filosóficos, de círculo acadêmico restrito. Ele também obteve outro título de Mestrado, perante a Universidade de São Paulo (USP, São Paulo), onde tive o prazer de conseguir títulos acadêmicos de pós-graduação, em Mestrado e Doutorado.

Esta obra traz parte da tese de doutorado de Decio David, “Tratamento penal da corrupção privada a partir de um sistema penal integral de matriz significativa”, defendida em 2019, uma das primeiras defesas do programa de doutorado da UENP.

O trabalho enfoca os fundamentos teóricos, os aspectos gerais de uma teoria da corrupção privada e uma proposta de tipificação criminal da conduta de corrupção privada, numa área ainda pouco explorada pela academia e doutrina, diante do fenômeno sempre atual da corrupção privada. A abordagem inicial é sobre o sistema penal integral de matriz significativa. Depois, com a proposição de uma teoria da corrupção privada, um problema internacional, são indicados os valores protegidos pela reprovação, como a fidelidade contratual empregatícia ou laboral, lealdade concorrencial e patrimônio. Descreve os modelos unitário e pluriofensivo, misto ou complexo, optando pela maior adequação do modelo concorrencial, diante da intenção de proteção do regular funcionamento do mercado. Na sequência,

busca a definição do crime de corrupção privada, com alteração paradigmática e visualização do direito penal como instrumento de controle da corrupção privada, na criminalização da corrupção privada diante do princípio de intervenção mínima. Na aferição do tratamento legal da corrupção privada no Brasil, a abordagem é da legislação atual, propostas legislativas e de *lege ferenda* para tipificação penal da conduta de corrupção privada.

A tese procura inovar os debates a respeito do assunto, com proposta para o tratamento penal da corrupção privada a partir de um sistema penal integral de matriz significativa, marcada pela interlocução entre o Direito Penal e a Filosofia da linguagem estruturada na segunda fase do pensamento de Wittgenstein e acrescida da teoria da ação comunicacional de Habermas.

Nessa linha, apresenta os fundamentos político-criminais, sociológicos e dogmáticos para comprovação da necessidade de implementação da tutela penal para atos de corrupção entre particulares. O autor teve preocupação com a criação legislativa de um novo tipo penal.

Inegavelmente, a obra aborda tema atual da corrupção privada, que necessita de melhor tratamento doutrinário e legislativo, tendo em vista que condutas da iniciativa privada se assemelham a condutas que para o funcionário público são delituosas, pelo recebimento de vantagem indevida e atos em prejuízo de empresa em que funcionário ou em atividade social em favor de condôminos.

O autor aponta que muitas das condutas da chamada corrupção privada não são objeto de tutela penal, com necessidade de previsão legislativa para reprovação de comportamentos inadequados na esfera privada, para uma aproximação à conduta reprimida em relação ao funcionário público. A sua proposta trata de criminalização de corrupção na relação entre médicos e indústria farmacêutica, corrupção desportiva, práticas corruptivas entre empresas para eliminar concorrentes, corrupções internas de uma empresa, dentre mais.

Os fenômenos de desvio privados são noticiados e conhecidos, podendo ser referidos como exemplos o fato de um funcionário de empresa privada ou síndico de condomínio receber dinheiro ou algum benefício (“bola”), para adquirir bens e produtos de um determinado fornecedor; para realização de obras e serviços que poderiam ser feitos pela própria estrutura da empresa ou postergados, mediante uma comissão ou algum benefício. Também os nepotismos na área associativa em aquisições de bens e produtos de fornecedores com

parentesco com o agente são rotineiros. As negociações de atletas profissionais por clubes de futebol, nacionais e estrangeiros, permitem o surgimento de suspeitas por valores irrealistas das negociações, sendo possível irregularidades e pagamento de comissões indevidas a dirigentes de clubes. Surgem notícias de arranjos de resultados futebolísticos para proporcionar ganhos de apostadores em loterias ou jogos virtuais, gerando enriquecimento de dirigentes, apostadores, atletas e até técnicos, numa degradação ética da desportividade e do sentido natural da competição. Sem se falar nas combinações mediante pagamento de recompensa (“mala de dinheiro”) para uma equipe vencer a outra, para gerar a classificação ou desclassificação de outra equipe concorrente, em competições futebolísticas.

As fraudes envolvendo a própria FIFA, dirigentes de confederações regionais, são um bom exemplo de uso de associações e entidades privadas para enriquecimento de dirigentes e empresários mal intencionados, em ética bastante deturpada. O assunto gerou ação penal nos EUA, com a condenação de alto dirigente brasileiro do mundo de futebol, pelo envolvimento no caso de empresas e empresários sediados naquele país, o que chamou atenção para a necessidade de aperfeiçoamento da legislação brasileira na corrupção privada.

A imaginação para ganhar dinheiro fácil é dinâmica e o Direito Penal de alguma forma precisa se aproximar e reprimir a ganância, a cobiça, o pecado capital da avareza.

Algumas dessas condutas até poderiam se aproximar do delito de estelionato, pela vantagem indevida, mas nem sempre há propriamente prejuízo ao ente privado, para a perfeita tipificação penal. Assim, a criação de tipificação específica para desvios privados, no seio de uma relação trabalhista ou laborativa ou de administração condominial ou associativa, merece atenção do legislador.

O autor promoveu estudos interessantes sobre assunto multidisciplinar, com destaque para as questões penais da corrupção privada, com forte base na teoria do direito penal e também na filosofia.

A importância de debate do tema mostra-se crescente na sociedade brasileira, porque o mesmo rigor ético que se exige do funcionário público também merece ser cumprido pelo funcionário privado nas suas relações com a empresa e outrem, com a finalidade de aumento da cultura da probidade pública e privada.

O trabalho do autor é rico em informações e busca atender ao vazio doutrinário sobre a corrupção privada, no Brasil, podendo servir

de apoio teórico, jurídico e científico para estímulo e desenvolvimento de outras pesquisas na área do trabalho.

Valter Foletto Santin

Professor efetivo do programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP, Jacarezinho/PR). Doutor em Processo pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutor pelo Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Procurador de Justiça em São Paulo e líder do Grupo de Pesquisas Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP).

Prefácio 2

Pensar é um exercício semântico por excelência. Retratamos, primeiramente a nós mesmos, a possibilidade de confrontar nossos argumentos, recolocar premissas e, possivelmente, extrair determinadas conclusões [na maioria das vezes, particulares]. A empreitada não é fácil, uma vez que lidamos com conceitos, sentenças, enunciados e não com objetos determinados e quantitativamente mensuráveis. O esforço assemelha-se a Sísifo, que na literatura trágica e poética grega, fora obrigado pelos deuses, eternamente, a rolar uma rocha com suas mãos até o cume de uma montanha. Por essa razão, o atrito ocasionado, continuamente, entre *linguagem* e *pensamento* constituem o âmago e a única capacidade que temos de enxergar o mundo. Em outras palavras, *vemos* o mundo *conceitualmente*.

Nesta encruzilhada – entre o esforço semântico de sustentar uma tese e o desafio da crítica – encontramos a obra “*Corrupção no Setor Privado: Fundamentos e Criminalização*”, do professor Décio Franco David. Na tipografia filosófica e jurídico/penal, o texto é digno de uma nota preliminar: *confronta o exercício da dogmática penal com as trincheiras semânticas da arbitrariedade exercida pela legalidade*. Aliás, o objeto da obra insere-se na tentativa de avaliar e propor alternativas à criminalização da corrupção no setor privado. Assim, por um lado, procura avaliar as bases normativas do Direito Penal à luz da filosofia da linguagem e da teoria significativa e, por outro, concebe elementos teórico-argumentativos para um dilema das sociedades contemporâneas, em especial aquele das relações entre a vida privada e a vida pública.

A tese apresentada, conforme o leitor poderá criticamente conhecer, é um convite ao exercício do *fazer jurídico*, pois consegue reunir não

apenas elementos da esfera penal vinculante como também os excertos de uma vastidão de pesquisadores. Há sempre uma preocupação que conduzirá o leitor: *como a corrupção entre particulares pode afetar a perspectiva pública e como o Estado pode avaliar o ilícito construído aquém de interesses meramente particulares?* Nota-se, portanto, que o problema em questão congrega uma visão sistêmica sobre a dinâmica de funcionamento da corrupção sendo, neste caso, a avaliação de alguns critérios aquilo que pode constituir um novo marco penal.

Mas, um fenômeno complexo como a *corrupção* pode ser engaiolado num residual taxativo como, tradicionalmente, encontramos na dogmática penal e na política criminal? Um olhar cultural, filosófico e antropológico sobre o fenômeno poderia ofertar-nos alguns caminhos, entre os quais a possibilidade de uma justificação da corrupção a partir da “informalidade metodológica”. Ou, talvez, de prognósticos instáveis calcados na ânsia de punição e justificação da conduta desviante. O fato é que, se quisermos realizar um esforço crítico, devemos colocar as cartas sobre a mesa, à luz de um olhar que congregue, inicialmente, uma avaliação dos *signos linguísticos* que estamos usando para compreender tal fenômeno. Aqui, sem dúvida alguma, o leitor observará a novidade apresentada pelo autor desta obra.

Aquém de um ensaio meramente ilustrativo, o professor Décio Franco David se compromete com suas teses. A primeira destas, talvez uma das mais significativas, é a aproximação do Direito Penal com a Filosofia da Linguagem. Assim, na esteira de problemas derivados da filosofia de Wittgenstein transparece o feitiço que a linguagem exerce sobre nós. As fronteiras cognitivas do discurso jurídico-penal são fronteiras conceituais. O domínio da norma transformou-se em domínio conceitual, onde a litigação entre Estado e particulares não findam no fato, mas numa interpretação que congrega todos os agentes do Sistema Judiciário, especialmente, à figura do sujeito afetado.

Neste sentido, o tema da corrupção entre particulares merece um olhar especial. Tradicionalmente, o Sistema Penal tem sido determinado por uma pauta de natureza pública, isto é, a avaliação da lesividade foi construída a partir do significado e do impacto de alguns tipos de ações sobre o sistema social. E, ironicamente, a corrupção entre agentes privados tem sido colocada no esquecimento, sendo pensada como uma espécie de problema de segunda ordem. Ao contrário do que se poderia imaginar, o tema galga os patamares de uma coluna colossal. E, por que não, talvez represente o elo de compreensão entre um Estado

cada vez mais ímprobo e eficiência de políticas públicas que possam ocasionar o desenvolvimento do bem-estar geral. O livro do professor Décio Franco David permite a abertura destas novas páginas.

O livro também problematiza um aspecto peculiar: *deveria o Direito Penal intervir minimamente ou violaria ele tal pressuposto ao tutelar a corrupção entre particulares?* À pergunta complexa não há respostas simples, apontaria um lógico. Por isso, a reconstrução do problema da corrupção à luz de uma análise crítica permite avaliar se o exercício incriminador do poder penal deveria atuar ou se, ao contrário, outros ramos seriam mais eficientes como medida protetiva aos bens jurídicos considerados socialmente relevantes.

De qualquer modo, o crime de corrupção privada pretende, racionalmente, tutelar sobre aspectos como confiança, lealdade, alteridade nos entes que compõem a atividade administrativa e comercial. Assim, se há aspectos de menor potencial já amparados pela legalidade do direito penal, então, não deveríamos repensar o comportamento lesivo destas outras práticas? Explorar este itinerário é um caminho que o leitor encontrará na obra que ora apresentamos.

O trabalho do professor Décio Franco David também é inovador, pois não se restringe apenas à uma análise mnemônica. Ao contrário, busca na literatura internacional dados, resoluções e artefatos que contemplam o modo como o crime de corrupção privada vem sendo tratado. Ao que indica, o bem jurídico tutelado refuta uma concepção patrimonial privada especialmente por aceitar a hipótese de que o fundamento público e o princípio da intervenção mínima estão correlacionados. A intervenção estatal na economia, portanto, não seria violada quando consideramos o crime de corrupção privada. Mas, por qual razão? A resposta carrega uma modéstia, por vezes sempre perturbadora àqueles ansiosos pela sede punitiva: se o abuso praticado não atingir o regular funcionamento do mercado, então, a responsabilidade penal dos agentes físicos ou jurídicos deveria estar limitada à esfera administrativa.

O leitor encontrará, ao final da obra do professor Décio Franco David, um horizonte instigador, mesclado pelas ambivalências possibilitadas pela filosofia da linguagem (especialmente, Wittgenstein) bem como pela profundidade dos autores que fazem parte do repertório de sua análise. Isso possibilita, de maneira integral, romper com o fanatismo míope acadêmico que insiste em negligenciar a *história das ideias*. O Direito Penal, assim como outras áreas, é fruto desta *história das ideias*, aquilo que poderíamos denominar de arquitetura conceitual ou *filone*,

como diriam os italianos, que mantêm uma organização política [leia-se *sociedade*] dentro dos mesmos fins. Se a semântica da corrupção e suas práticas são instáveis e cambiantes, por alguma razão precisamos de mecanismos legítimos e democráticos para minimizar e coibir seus efeitos.

Ao apontar para algumas destas setas, este livro garante a clarificação de um tema tão congregado aos nossos tempos. O fascínio que as práticas corruptas, se analisarmos à história, têm exercido sobre todas as sociedades mostrará que estas não nasceram na pós-modernidade. Se analisarmos quaisquer sociedades, em quaisquer épocas, veremos que o ditado popular parece fazer algum sentido: “a raposa perde os pelos, mas não perde o vício”. Entretanto, longe de uma digressão histórica, precisamos pensar quais são as medidas legislativas que podem instigar uma redução dos dilemas entre relações econômicas e qual a responsabilidade que pode ser atribuída ao Sistema Penal.

Sendo assim, longe de uma docilização dos corpos ou de um esvaziamento do significado, o tema da corrupção privada e da autorresponsabilização a partir de um modelo significativo torna-se notoriamente eficaz neste trabalho que, honrosamente, apresentamos. A obra do professor Décio Franco David, portanto, não representa apenas a finalização de uma etapa mas, ao contrário, a abertura de trilhas e reflexões que apenas seu leitor, num sentido profundamente socrático-wittgensteiniano, poderá pensá-las e, a partir de então, reconstruir as magníficas colunas que sustentam o Direito Penal.

À boa leitura!

Prof. Dr. Léo Peruzzo

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR
Visiting Scholar – Università Ca’ foscari, Venezia
FAE Centro Universitário – Faculdade Vicentina / FAVI

Apresentação:

O significado da corrupção privada

Pela segunda vez em sua ainda breve, mas já intensa e profícua carreira acadêmica, Decio Franco David me encomenda um prólogo em forma de apresentação de uma monografia sua.

Obviamente, o *bis* é motivo de imensa satisfação, na medida em que acentua mais uma amizade forjada na busca incessante de aprimoramento do sistema penal pela lapidação crítica. Esse é o nosso ponto comum, que remonta aos bancos escolares da Universidade Estadual de Ponta Grossa, onde nos conhecemos - ele na condição de aluno e eu, na de aspirante a professor - e chega aos dias de hoje na condição de colegas, de parceiros de pesquisas, de iniciativas acadêmicas, eventos, aulas, etc..

Não cabe aqui rememorar - como fiz no prólogo à sua primeira monografia - toda a construção dessa relação de amizade e admiração mútuas. Basta apontar para o fato de que fiz parte de sua banca de doutorado recentemente, quando certamente ocupei o papel de examinador mais rigoroso de toda a solenidade.

A prova de que nossa amizade e apreço persiste é exatamente este convite, pois não obstante as minhas incisivas críticas ao trabalho, fui eu, entre tantos luminares do Tribunal de tese, o convidado para proceder à apresentação. Isso é prova segura de nobreza de caráter, lealdade e reconhecimento.

Portanto, sem mais dizer sobre o autor, passo a comentar o trabalho que o leitor tem nas mãos.

Décio Franco David se propõe a analisar o fenômeno da criminalização da corrupção privada que é algo que vem se disseminando no mundo todo no campo do Direito penal econômico. Essa é uma

marca do autor: a busca por temas atuais, perspectivas inovadoras e abordagens originais. De fato, essa uma característica que percorre toda esta monografia.

O autor inicia afirmando alguns pressupostos indispensáveis como fundamentos para a exploração do tema com os quais concordo quase que integralmente.

Serve de exemplo sua correta constatação de que o sistema punitivo estatal não opera sob a forma de um *direito* e sim de uma tarefa de controle social que é *direito* dos seus cidadãos. Esta constatação deriva da óbvia premissa de que o Estado não é portador de direitos, mas sim de deveres¹. Isto o leva a constatar que a pena é um instrumento político que serve para realizar a política estatal de controle social.

Deste exercício retórico de definição do Direito penal e da própria pena, conclui o autor que quando o Estado projeta sua atuação sobre a sociedade, não pode fazê-lo restringindo-se à esfera pública, mas deve alcançar as relações privadas.

Não subscrevo o silogismo, pois parece-me que a conclusão apontada não é inexorável, uma vez que é também parte da política a filtragem dos limites da intervenção estatal, e como tal, poderia legitimamente optar por limitar-se à esfera pública, com maior ou menor resultado desde o ponto de vista da eficiência.

Entretanto, parece correto pensar, uma vez que se assuma a conclusão silogística do autor que, havendo previsão legal para o controle da corrupção na esfera pública, deva haver correspondente figura para a esfera privada. Décio justifica a necessidade apontando, apoiado em Schüenemann², que 80% dos delitos sócio-econômicos acontecem no âmbito das empresas e, se estas mantêm majoritariamente relações privadas, parece correto pensar que aí existe um campo de práticas delitivas profundo.

Outra premissa assumida pelo trabalho – a meu ver, correta – é que a ampliação do número das figuras incriminadoras em matéria econômica não está associada a nenhuma espécie de *expansão do Direito penal*, mas muito mais a uma classe de *migração do Direito penal* para este campo³.

¹ Assim tratei do tema em BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte geral*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 21.

² SCHÜNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa”, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 41, n. 2, mai./ago. 1988, p. 529-530.

³ Tratei do tema em BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito penal democrático*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 173.

Décio Franco David aponta que esta migração se alinha a uma das finalidades do Estado constitucional, que é precisamente intervir no mercado econômico para promover o desenvolvimento nacional, através da geração de empregos e diminuição da desigualdade.

Em reforço ao seu argumento pela necessidade da incriminação da conduta de corrupção nas relações privadas, o autor cita vários exemplos, entre eles o escândalo envolvendo a FIFA com relação à prática de suborno para patrocínio em uniformes e transmissões de eventos esportivos e mesmo casos de *doping* na esfera esportiva, que considera casos de grande relevância, mas também aponta para práticas cotidianas que vem ganhando espaço em razão do avanço das privatizações de serviços públicos de como a educação, saúde, transporte, comunicação, etc. Ou seja: entende o autor que estamos vivendo uma aproximação entre o interesse público e o privado ao ponto de que as figuras relacionadas à corrupção – e seus consequentes prejuízos sociais – alcançam facilmente o campo das relações privadas.

Este é o campo de análise delimitado para a monografia.

Debruçado sobre esta questão, Décio inicia por apontar um recorte filosófico para a pesquisa onde assume os pressupostos teóricos da filosofia da linguagem para estruturar seu sistema de imputação.

Reputo a escolha como absolutamente correta. À margem de que há anos venho desenvolvendo uma estrutura para o Direito penal, na esteira dos *Fundamentos do Sistema penal* ofertados pelo Prof. Vives Antón, cada vez mais me dou conta que a razão central para a adoção desta perspectiva advém não só dos resultados mais coerentes e razoáveis que derivam da sua aplicação, mas principalmente de uma constatação muito mais óbvia e prática: direito é linguagem e é *apenas* linguagem.

É preciso refletir que não se faz nada com direito que não seja lendo, escrevendo, falando e ouvindo. O direito não tem mais nada a oferecer do que jogos de linguagem, processos de comunicação, expressões de sentido.

É por isso que a base da filosofia da linguagem encontra no direito seu correspondente mais absoluto e é também por isso que os intentos de parer o *direito* ao perfil de *ciência*, especialmente de *ciência natural*, conduziu os sistemas desenvolvidos a partir dessa base a uma completa falência.

Além disso, é também a pretensão de ciência que levou o Direito penal a fragilizar-se frente às descobertas criminológicas. A crítica proveniente da criminologia prevalece – e deve prevalecer – sobre o

Direito penal justamente porque a abordagem científica é adequada à primeira e não ao último! Isto fez com que o Direito penal fosse aniquilado em suas premissas. E simplesmente porque escolheu o campo errado para a disputa.

Se direito é linguagem, o campo linguístico é onde se desenvolverá, melhorará suas premissas e seus resultados, não sendo sequer de longe alcançado por premissas das ciências, sejam elas ciências naturais ou sociais.

Portanto, eis aqui outra escolha elogiável do autor.

Como contraponto, e apenas para deixar constância, penso que a abordagem sociológica-cultural acerca dos preconceitos para com o povo brasileiro e a idiosincrasia incidente na ideia de *malandragem* apoiada em Jessé Souza, a meu ver, embora em muitos pontos pareça correta, igualmente parece dispensável para a proposta desenvolvida no trabalho.

Até porque, é somente a partir da premissa linguística, sem qualquer suporte na questão filosófica que, em um segundo momento da monografia, Décio aponta para os problemas terminológicos que, porque linguísticos, afetam os fundamentos da ideia de corrupção.

Justamente porque supera a mera distância teórica própria do *approach* científico, Décio busca na *praxis* a inspiração para oferecer uma fórmula de incriminação da corrupção privada, a seu ver ajustada tanto ao perfil político do Estado brasileiro, quanto ao modelo teórico em que se ampara.

Este é outro mérito inegável do trabalho.

Em um ambiente - o jurídico - onde abundam trabalhos acadêmicos que se perdem em redondilhos teóricos críticos, sem oferecer minimamente algo de prático, o trabalho de Décio Franco David é uma luz no fim do túnel. Já é mais do que tempo de que a academia jurídica dedique seus esforços ao aperfeiçoamento dos instrumentos práticos de realização do controle social e não pare unicamente em uma crítica *parnasiana* que é ainda dominante no mundo das pós-graduações em Direito no Brasil.

Não se trata de que não haja mérito na crítica. Aliás, ela é fundamental. Mas a pura iconoclastia que nada constrói, que nada propõe, é um encurtamento argumentativo grave. Aquele que se ocupa unicamente em apontar defeitos sem buscar soluções, de regra, esquece dos seus próprios defeitos e transpira a tremenda covardia de recusar-se ele próprio à crítica frente a suas propostas.

Portanto, há louvável coragem na apresentação da proposta desta monografia.

E é justamente aqui que o autor coloca sua pena talentosa a serviço de um desenvolvimento argumentativo rico e coerente.

Para o desenvolvimento de sua proposta, apontando para modelos incriminadores estrangeiros, conclui ser equivocado alinhar no mesmo marco a imputação sobre uma relação privada e a imputação sobre uma relação pública e desfila coerentes argumentos críticos às principais teses doutrinárias acerca do bem jurídico atingido pelo crime da corrupção privada, alinhando-se, ao final pela chamada *proposta concorrencial*, segundo a qual, o bem jurídico merecedor de tutela penal nos casos de corrupção privada é o regular funcionamento do mercado, bem jurídico este de caráter supraindividual, que, segundo o autor, alinhado à proposta de Hassemer – certamente uma herança de sua orientadora no mestrado – da teoria monista personalista.

A meu ver, a questão concorrencial, conquanto seja um objeto evidentemente atingido nos casos de corrupção privada, constitui somente um dado externo e preliminar da questão que não justificaria, por si só, a intervenção penal, sem um recorte de intervenção mínima consistente na exigência da produção de um resultado que espraie seus efeitos para além da própria relação entre os concorrentes.

De toda sorte, a opção do autor corresponde bem às suas premissas que relacionam a fonte constitucional a uma missão de minimização dos efeitos danosos do capitalismo. Aponta como referências a respeito os artigos 170, 173, 174 e 219 da Constituição Federal.

Apoiado nisso, Décio Franco David oferece sua redação para o tipo penal de corrupção ativa entre particulares, à cuja leitura remeto o leitor para concluir com umas breves observações críticas direcionadas a ela, que ficam como um recordatório ao autor de que toda proposta sempre poderá ser melhorada.

Penso que existe certa abertura demasiado ampla no uso da expressão *vantagem inadequada de qualquer natureza*, porque a inadequação é um termo que permite uma abertura muito grande à interpretação judicial e, ao não haver limitação quanto à natureza, a questão fica mais aberta ainda.

De fato, o abuso de elementos normativos costuma ser uma aflição à *lex certa*, portanto, ao princípio de legalidade.

Parece, por outro lado, correto o escalonamento da pena segundo a posição empresarial ocupada pelo autor, pois a facilidade para a

realização da conduta aumenta em direção ao ápice da pirâmide organizacional empresarial.

É também louvável a preocupação com a responsabilização direta das pessoas jurídicas, nota de atualidade do texto.

Penso que ainda deve ser passível de maior desenvolvimento a ideia de dias-faturamento para balizar a sanção. Conquanto a proposta faça parte do caráter inovador próprio da postura do autor do texto, penso que a realidade empresarial é demasiado variada em termos de faturamento a ponto de estabelecer diferentes relações com as margens de lucro das empresas conforme as atividades que desempenham.

Por último, penso que a reincidência, mesmo no plano empresarial, não necessariamente deve constituir uma causa de aumento de pena.

Gostaria de sugerir ao autor que a exploração dos grupos de casos que efetuou na conclusão do texto, a partir de sua premissa legislativa, quais sejam, corrupção em fornecimentos e indicação de medicamentos em farmácias por médicos e dentistas; corrupção desportiva; corrupção entre empresas contra concorrentes; corrupções no interior das empresas para beneficiar concorrentes, fossem testadas também à luz das sugestões que ora se apresenta, em futuros trabalhos, porque, se uma certeza há, é a de que Décio Franco David seguirá escrevendo, inovando e trabalhando temas de Direito penal econômico. E, certamente, neste caminho, encontrar-se-á com o **significado da corrupção privada**.

De qualquer modo, é absolutamente certo que existe uma proposta de *lege ferenda* a ser tomada a sério nesta monografia, que espero gague lugar na discussão legislativa e possa ajudar à composição de um Direito penal que se ocupe do que efetivamente é relevante para o desenvolvimento da sociedade do Século XXI.

Portanto, mãos à obra e boa leitura!

Curitiba, março de 2020.

Paulo César Busato

“

Em um ambiente - o jurídico - onde abundam trabalhos acadêmicos que se perdem em redondilhos teóricos críticos, sem oferecer minimamente algo de prático, o trabalho de Décio Franco David é uma luz no fim do túnel. Já é mais do que tempo de que a academia jurídica dedique seus esforços ao aperfeiçoamento dos instrumentos práticos de realização do controle social e não pare unicamente em uma crítica parnasiana que é ainda dominante no mundo das pós-graduações em Direito no Brasil.

Não se trata de que não haja mérito na crítica. Aliás, ela é fundamental. Mas a pura iconoclastia que nada constrói, que nada propõe, é um encurtamento argumentativo grave. Aquele que se ocupa unicamente em apontar defeitos sem buscar soluções, de regra, esquece dos seus próprios defeitos e transpira a tremenda covardia de recusar-se ele próprio à crítica frente a suas propostas.

Portanto, há louvável coragem na apresentação da proposta desta monografia. E é justamente aqui que o autor coloca sua pena talentosa a serviço de um desenvolvimento argumentativo rico e coerente”.

Paulo César Busato

