



## A CORRUPÇÃO NO FENÓMENO PRIVADO

---

A corrupção pode, genericamente, ser definida como o benefício privado que deriva de abuso de poder, que abrange tanto o sector público como o sector privado. A corrupção pública e privada encontram-se mormente interligadas, participando no mesmo tipo de esquemas e expedientes típicos agentes de ambos os sectores. Ao contrário do crime de corrupção dito clássico (corrupção no sector público) que, segundo A. ALMEIDA COSTA, visa proteger a autonomia intencional do Estado, a corrupção no sector privado prende-se, com a tutela do bom funcionamento do mercado ou, por outras palavras, com aquela forma de corrupção que vem alterar o normal funcionamento das relações comerciais.

Veja-se o exemplo do trabalhador que troca informações comerciais, sob segredo ou alguma reserva profissional, com o representante de uma empresa concorrente da sua entidade empregadora, mediante a obtenção ou a promessa de concessão de vantagem patrimonial (as conhecidas “luvas”). Neste caso, não estamos perante um conluio entre empresas que caia no âmbito das regras de direito da concorrência, mas antes, perante um crime de corrupção no sector privado, por se verificar a cedência ou a transação espúria do interesse do empregador, realizada pelo trabalhador, com vista à obtenção de um interesse ou vantagem pessoal. É exactamente nesta sequência lógica que se centram alguns autores para afirmar que o lado privado da corrupção desequilibra as regras do mercado e desvirtua a sã concorrência, nomeadamente no âmbito da concorrência negocial, possuindo consequências tão graves na economia e na transparência dos seus instrumentos, que só pode ter como resposta sanções criminais.

A inclusão do crime de corrupção passiva no fenómeno privado no ordenamento jurídico-penal português teve origem na Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho da Europa, nos termos da qual se estabelece uma relação vinculada entre uma vantagem indevida prometida e uma acção ou omissão dos deveres funcionais do trabalhador. A Decisão-Quadro remete para as legislações nacionais a interpretação do conceito de “violação dos deveres funcionais”, prescrevendo, no entanto, que deve abranger qualquer comportamento desleal que se consubstancie na violação de um obrigação legal ou de instruções ou regras aplicáveis à actividade profissional em causa (artigo 2.º, alínea a). Permite-se, todavia, aos Estados-membros a restrição do âmbito de aplicação do tipo penal a práticas relativas à aquisição de bens ou de serviços comerciais que impliquem ou possam implicar distorções concorrenciais (artigo 2.º, n.º 3 da Decisão).



Este exórdio sumário sobre o crime de corrupção passiva demonstra que o núcleo da obrigação a que o legislador português está adstrito abrange apenas as práticas que resultem em perturbações concorrenciais. O que significa que o bem jurídico que o Estado português se encontra vinculado a tutelar em sede criminal corresponde à saúde da concorrência, sem prejuízo da liberdade que lhe assiste em alargar essa mesma tutela às actividades em que tais efeitos se não verifiquem.

O legislador português foi mais escrupuloso nos termos que decidiu adoptar, tendo, ao invés de restringir o ilícito típico a práticas que redundassem em desequilíbrios no mercado concorrencial, qualificou as condutas que os produzam como mais graves do que aquelas – igualmente puníveis – em que tal resultado não sobrevenha. Nesse sentido, cabe questionar a que bem jurídico pretende o Estado português conceder tutela penal quando os comportamentos previstos no tipo penal não prejudiquem a concorrência de mercado. Retirada a relevância do resultado da conduta, terá de entender-se que a tutela penal se restringe à protecção da integridade das relações laborais, em particular ao dever de lealdade que impende sobre o trabalhador.

Esta solução legislativa só muito duvidosamente respeitará os números 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa, uma vez que em qualquer lei restritiva dos direitos fundamentais, como será sempre o caso de uma norma incriminadora, só é legítima se cumprir os crivos da necessidade, da adequação e da proporcionalidade. Não é indiscutível que a lealdade entre trabalhador e entidade empregadora mereça tutela penal, e muito menos que semelhante previsão respeite os aludidos crivos quando a conduta típica não redunde em distorções na concorrência, cingindo-se a um mero incumprimento contratual ou a uma falha moral. Em sede laboral, o incumprimento contratual é sindicável, podendo implicar uma quebra dessas relações ou mesmo constituir o incumpridor na obrigação de indemnizar. A deslealdade nas relações laborais não pode, aliás, ter outra qualificação jurídica que não seja a de incumprimento contratual; no mais, só é legítima uma censura moral.

A transfiguração do incumprimento do dever de lealdade em sede de Direito do trabalho em ilícito criminal é, assim, constitucionalmente inadmissível, por não respeitar o critério da necessidade – uma vez que o incumprimento dos deveres laborais é sindicável noutra sede –, nem o critério da proporcionalidade – não é razoável considerar que o incumprimento de um dever contratual constitua crime, sobretudo quando existam mecanismos mais gravosos de sindicatizar essa violação.



Mesmo tratando-se de um meio idóneo a tutelar as distorções concorrenciais provocadas pela conduta típica, essa adequação tem como limite a proibição do excesso, pelo que, dentro dos meios adequados de tutela, só será legítimo aquele que for menos intrusivo no conteúdo dos direitos fundamentais dos cidadãos. O que parece ter relevado para se aferir da alegada – e falsa – proporcionalidade desta incriminação terá sido uma urgência eufórica e situacional em combater a corrupção nos sectores público e privado. Todavia, em face de factuais diversas, e sobretudo quando tais condutas não produzam resultados nocivos no mercado concorrencial, a incriminação é absolutamente excessiva, desnecessária, desproporcionada e, por isso, inconstitucional.

O direito penal moderno não prossegue fins abstractos de Justiça ou de moralidade, mas, sim, a tutela, como *ultima ratio*, de bens jurídicos. Nessa senda, as restrições aos direitos, liberdades e garantias só são legítimas quando sejam necessárias à tutela de outro interesse juridicamente relevante, e de forma adequada e proporcional, de modo a preservar o conteúdo essencial do direito sacrificado. Estes os termos básicos do artigo 18.º CRP. Quer isto significar que uma incriminação protege sempre um bem jurídico potencialmente afectado, o que constrange à questão de saber em cada caso concreto que bens jurídicos terão sido afectados pela conduta do trabalhador. De acordo com a configuração portuguesa do ilícito em análise, é irrelevante a distorção do mercado concorrencial ou a concretização de um prejuízo patrimonial. Se num caso hipotético a concorrência não foi afectada, nem sobreveio qualquer prejuízo patrimonial, importa questionar a necessidade e a proporcionalidade da tutela penal desses bens jurídicos.

O crime-base tem como circunstâncias qualificadoras a distorção concorrencial e a verificação de prejuízo patrimonial para terceiros, bastando a mera verificação do perigo para tais bens jurídicos, dispensando a lei qualquer necessidade efectiva de lesão. O aludido perigo reside, assim, na conexão entre a vantagem e um acto ou omissão do agente. Não se encontrando verificada a conexão pressuposta pelo tipo, inexistente o perigo e, logo, a necessidade de tutela penal. Se o perigo se não concretiza, a *factispecie* do crime não se concretizou.

Dito de outro modo, este tipo legal de crime varia consoante estejam em causa bens essenciais ou susceptíveis de ser monopolizáveis e/ou a empresa beneficiada com o acesso à informação, se encontrar numa posição dominante no mercado, acarretando prejuízos tanto para os consumidores, em particular, como para a comunidade, em geral.



O fenómeno da corrupção privada é gerador de todo o tipo de conflitos de interesses, repercutindo-se tanto no plano interno das entidades do sector privado – abarcando a imagem pública da empresa e o seu posicionamento no mercado, assim como, as respetivas relações laborais no seu seio (entre trabalhadores, sejam eles meros funcionários, ou ocupando cargos de chefia) – como no desenvolvimento natural do comércio. Conforme defende a Comissão Europeia, “a corrupção no setor privado tem um impacto direto na competitividade e no desenvolvimento económico”<sup>1</sup>, visando estas organizações criar políticas legislativas que radicam na prevenção e no combate às restrições ao livre funcionamento do mercado no setor privado, seja ele no âmbito internacional, ou no âmbito interno ou nacional.

Com o desenvolvimento dos processos de negócio, o aumento das trocas de informação e o fenómeno crescente da globalização, o problema da corrupção no sector privado e no comércio livre, quer interno quer transfronteiriço, conduziu à adopção de sucessivos diplomas legais, por parte de instâncias europeias e internacionais. Por via da adopção de tais instrumentos, a problemática da corrupção teve repercussões, também, no ordenamento jurídico português, nos artigos 8.º e 9.º do Regime Penal de Corrupção no Comércio Internacional e no Sector Privado, aprovado pela Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, doravante “RPCCISP”. Deste modo, assistimos nos últimos tempos ao abandono do conceito clássico de corrupção, enquanto fenómeno do sector público, e à sua aplicação ao processo negocial privado.

Para alguns autores, como GEOFFREY.<sup>2</sup>, o conceito de corrupção foi corrompido pelo entendimento da maioria dos economistas, no sentido de que ela é, sem si mesma, um mal estatal e o sector privado envolve-se numa espécie de inércia ou de imunidade de grupo.

Pese embora haja uma significativa tolerância da *communitas* para com a corrupção privada, ela radica num ilícito criminal ainda mais difícil de detectar do que a corrupção

---

<sup>1</sup> Vide os argumentos e conclusões do RELATÓRIO DA COMISSÃO AO CONSELHO E AO PARLAMENTO EUROPEU COM BASE NO ARTIGO 9.º DA DECISÃO-QUADRO 2003/568/JAI DO CONSELHO, DE 22 DE JULHO DE 2003, relativa ao combate à corrupção no sector privado, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0309&from=PT>

<sup>2</sup> Vide BRANCO, Manuel Castelo e SOUSA, Luís de, “O PAPEL DO SECTOR EMPRESARIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO CASO PORTUGUÊS”, *Working Paper* n.º 14, 2012, Observatório de Economia e Gestão de Fraude, disponível em <https://www.gestaodefraude.eu/wordpress/>



pública, exactamente porque esta problemática é tratada internamente, de modo a evitar publicidade indesejada para a empresa<sup>3</sup>.

Indubitavelmente, Portugal fez um grande esforço para reforçar legislativamente a visão penalista relativamente ao combate à corrupção nos últimos 30 anos. O endurecimento do sistema punitivo penal da corrupção – revelado sobretudo nas neocriminalizações, na agravação das molduras penais, no recrudescimento das medidas de obtenção de prova ou na adopção de técnicas de construção do tipo legal que alargam as margens da punibilidade – é justificável a partir de vários vectores, entre os quais, destacam-se dois que se julgam fundamentais: (I) a crescente compreensão comunitária da danosidade da corrupção e o conseqüente impulsionamento de maior cuidado na prevenção e de mais eficácia na sua repressão; (II) as imposições em matéria de combate à corrupção geradas por instrumentos internacionais.

Nesta senda, a legislação nacional tem por base a Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, assinada a 30 de Abril de 1999, em Estrasburgo. Portugal ratificou a Convenção, através da Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, de 26 de Outubro. Nos artigos 7.º e 8.º, sob as epígrafes “Corrupção ativa no sector privado” e “Corrupção passiva no setor privado”, respectivamente, consta o seguinte: *“Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias para classificar como infracção penal, nos termos do seu direito interno, o facto de uma pessoa, intencionalmente, no âmbito de uma actividade comercial, prometer oferecer ou entregar, direta ou indiretamente, qualquer vantagem indevida a qualquer pessoa que seja dirigente ou que trabalhe para entidades do setor privado, em benefício próprio ou de terceiros, para que essa pessoa pratique ou se abstenha de praticar um ato com violação dos seus deveres”* (ou, no caso da corrupção passiva, *“o facto de uma pessoa, intencionalmente, no âmbito de uma actividade comercial, que seja dirigente ou trabalhe em entidades do setor privado, solicitar ou receber, diretamente ou por intermédio de terceiro, uma vantagem indevida ou aceitar uma oferta ou a promessa de oferta, em benefício próprio ou de terceiro, para que pratique ou se abstenha de praticar um ato em violação dos seus deveres”*).

Neste seguimento, foi a Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, que criminalizou a corrupção no fenómeno privado em Portugal, através do aditamento dos artigos 41º-B

---

<sup>3</sup> Vide MEUDAL-LEENDERS, Sophie, e SÖÖT, Mari-Liis, “SUMMARY ANALYSIS OF SELECTED PRIVATE SECTOR BRIBERY CASES, GROUP OF STATES AGAINST CORRUPTION” (doravante, “GRECO”), 20 de setembro de 2017, pág. 8, disponível em <https://www.coe.int/en/web/portal/home>.



e 41º-C ao Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (que altera o regime em vigor em matéria de infrações antieconómicas e contra a saúde pública).

Pese embora o artigo 37º da Convenção permitisse que os Estados aderentes não considerassem como infrações penais - total ou parcialmente - determinadas práticas, como as estabelecidas nos supramencionados artigos 7º e 8º, Portugal optou por declarar uma *reserva* e alterou o texto daqueles tipos legais, acrescentando que deve estar em causa a violação de “*deveres funcionais e donde resulte uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros*”. Note-se que esta reserva veio a caducar em 2008, por não renovação, passando a vigorar a Convenção na sua plenitude a partir de 1 de Setembro de 2008.

Ainda no plano Europeu, o artigo 29º do Tratado da União Europeia – que estabelece como objectivo da União proporcionar um elevado nível de protecção aos cidadãos nos campos da liberdade, da segurança e da justiça – prevê que essa finalidade possa ser perseguida mediante a aproximação das normas de direito penal dos Estados-Membros, o que permitiu que fosse adoptada pelo Conselho, a Decisão-Quadro de 22 de Julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no sector privado, impondo aos Estados-Membros a criminalização destas condutas.

Este último normativo ressalva, no artigo 2º nº3, a possibilidade de os Estados-Membros declararem restringir os tipos legais de crime às condutas que tenham ou possam ter como efeito a *distorção da concorrência*, como aliás já fora referido. Posteriormente, a 29 de Setembro de 2003, entrou em vigor a Convenção contra a Corrupção, adotada pelas Nações Unidas, que chama, uma vez mais, os Estados-Membros a criminalizar a corrupção no sector privado, inspirando-se no roteiro da Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa. Esta Convenção foi, também, aprovada pela Assembleia da República, na Resolução n.º 47/2007, de 21 de Setembro.

*Last but not least*, a 21 de Abril de 2008, meses antes de ter caducado a reserva de Portugal à Convenção, foi publicado o RPCCISP. As alterações aprovadas pela Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril determinaram que: a) os tipos legais de crime de corrupção ativa e passiva no sector privado não exijam que a conduta vise ou seja idónea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, tendo a verificação dessas circunstâncias um efeito de mero agravamento da moldura penal.; b) que o



beneficiário - ou terceiro por ela interposto - do acto de corrupção tenha de “trabalhar no sector privado”<sup>4</sup>, incluindo-se neste conceito os cargos de direcção e de fiscalização.

Uma outra questão fundamental é a de saber qual o bem jurídico tutelado pela corrupção no sector privado, sendo que esta questão tem sido pouco discutida tanto na doutrina como na jurisprudência. Em 2013, o Tribunal da Relação do Porto pronunciou-se sobre esta questão, refletindo da seguinte forma: *“o bem jurídico tutelado pelos crimes de Corrupção ativa no setor privado e de Corrupção passiva no setor privado, dos artigos 8º e 9º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, é a lealdade e a confiança imprescindíveis para as relações privadas, já que o núcleo do injusto reside na violação dos deveres funcionais por parte do trabalhador do setor privado”*<sup>5</sup>. Hoje, a letra da lei revela que foram eliminadas as condições objectivas de resultado, desempenhando um mero papel de agravantes.

Quanto à questão do bem jurídico protegido, também a Decisão-Quadro se pronuncia, realçando a importância da concorrência: I) *“os Estados-Membros atribuem especial importância ao combate à corrupção nos setores público e privado, persuadidos de que, em ambos os setores, a corrupção constitui uma ameaça para a sociedade cumpridora da lei, podendo conduzir a distorções da concorrência em relação à aquisição de bens ou serviços comerciais e prejudicar um sã desenvolvimento económico”*; II) apenas exige a violação de deveres, deixando a possibilidade aos Estados-Membros de restringir a aplicação do tipo legal de crime à circunstância de haver ou poder haver distorção da concorrência. Conclui-se, deste modo, que o bem jurídico tutelado é resultante de uma particular *interpretatio* que varia de Estado para Estado. Para alguns autores – privilegiando a letra da lei, independentemente da vontade do legislador – é evidente que o bem jurídico tutelado é somente a lealdade e a confiança, características imprescindíveis nas relações privadas. É passível de se afirmar que, segundo esta corrente estão em causa, não só os deveres laborais contratual e legalmente previstos mas, também, o próprio *princípio da boa-fé* e a actuação do trabalhador desprovida do consentimento do empregador e contra o interesse deste. Segundo uma corrente oposta, a incriminação da corrupção no sector privado pode, em abstracto, visar a tutela de três bens jurídicos distintos: a confiança e a lealdade em geral, a lealdade da concorrência e o património.

---

<sup>4</sup> Noção sugerida na sequência do desenvolvimento feito pelo Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º PGRP0002893, disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/-/03e90951816e8ff9802572d8004a36c9?OpenDocument&ExpandSection=-1>, após discordar da expressão “funcionário”, que inicialmente constava do Projecto de Proposta de Lei, devido à sua relação semântica com o sector público.

<sup>5</sup> Proferido no âmbito do Processo n.º 269/10.2TAMTS.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/A832C3A4A4048FFC80257B3B003F80CD>



Com efeito, se para a doutrina maioritária alemã, a concorrência (*desleal*) constitui o bem jurídico principal, para os autores desta corrente, a concorrência é o *bem jurídico mediato*, enquanto os interesses económicos legítimos dos operadores concorrentes constituem o *bem jurídico imediato*. Ou seja, embora a colocação em perigo abstracto dos referidos interesses possa provocar distorções à concorrência, estas não são necessárias à consumação do crime. Contudo, observa-se que estas duas concepções que vertem sobre a concorrência enquanto bem jurídico fundamental, não encontra correspondência no tipo objectivo de ilícito previsto no n.º 1 dos artigos 8.º e 9.º do RPCCISP, os quais preveem, unicamente, a violação de deveres funcionais. O autor alemão JAQUES H. defende que o que resulta prejudicado pela corrupção no sector privado e que justifica a tutela penal, em virtude da perda de confiança, é a normalidade na delegação de funções, um instrumento essencial ao regime económico.

Com efeito, já não podemos seguramente duvidar da dignidade penal da tutela da relação de confiança e lealdade entre empregador e trabalhador, mesmo quando a lealdade no cumprimento das relações contratuais se restrinja aos interesses patrimoniais do outro contraente. Impõe o *princípio da necessidade*, previsto no artigo 18º nº 2 da Constituição da República Portuguesa, que o direito penal só intervenha quando a tutela conferida pelos outros ramos do direito não seja suficientemente eficaz para acautelar o bem juridicamente relevante, como é o caso do ramo do direito do trabalho que, através do procedimento disciplinar laboral, tutela os deveres de lealdade e de respeito pela confiança. A questão do bem jurídico tutelado pelos crimes de corrupção privada assume especial importância, na medida em que estamos perante um crime económico que tem, como âmbito de aplicação, o sector privado. O bem jurídico visado constitui, segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS a “*expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”, delimitando a função e a actuação do direito penal.

Por último, importa evidenciar alguns aspectos atinentes ao julgamento de casos de corrupção no sector privado, focando, designadamente, a proibição imposta ao Tribunal de, ante factos conhecidos, extrair de ilacções um facto desconhecido, mas também as situações de ausência de prova directa para cuja colmatação os Tribunais normalmente se socorrem do artigo 127.º do Código de Processo Penal, optando por soluções apriorísticas, ideológicas ou resultantes de meras convicções. Essa actividade de valoração probatória assente no artigo 127.º do Código de Processo Penal pode, contudo, afrontar as regras legais, da lógica, da razão e da experiência comum segundo os padrões de um homem de cultura média no contexto e condições do visado.





Neste contexto, é habitual encontrarmos decisões judiciais com a justificação de quem comete um crime procura esconder a sua actuação, pelo que é frequente a ausência de provas directas. Por isso, as provas directas não são indispensáveis para combater os ilícitos penais, já que se assim fosse praticamente só os incautos, apanhados em flagrante delito, seriam julgados e punidos, referem muitas decisões. Mas há que ter um especial cuidado com esta subsunção, sob pena de arbitrariedade e injustiça.

De igual modo, é frequente ampararem-se na consideração de que no campo da criminalidade de “colarinho branco”, na qual a corrupção pontifica, não é possível, a maior parte das vezes, a prova directa, mormente por testemunhas, perante a habitual opacidade das condutas, já que tudo é feito normalmente às ocultas e com conluio e secretismo entre os intervenientes. Por isso, os tribunais estribam-se amiúde nas provas indirectas, indiciárias e por presunções, readquirindo, argumentam, estas especial relevo nas sociedades actuais, sob pena de se agravar insuportavelmente o sentimento comunitário de impunidade e de descrença na administração da justiça, que compete ao Estado realizar através do exercício do seu *ius puniendi*. Mais uma vez cuidado!

É tudo verdade, correcto e lúdimo de defender, mas a suposta indispensabilidade do recurso a esses tipos de provas, ainda que de forma articulada e conjugada, pode não fazer sentido em alguns casos, nos quais as regras probatórias, da lógica, e até mesmo da probabilidade, apontam para actuações desprezíveis, explícitas, sem malícia e assumidas por parte do trabalhador que nunca nada escondeu, porque não tinha nada a esconder ou então porque nunca actuou com esse sentido e vontade, e mesmo assim pode ser punido por uma actuação natural à data mas posterior e convictamente vista como corrupta por pré-juízo que pode estar errado. É este o desafio que impende sobre o julgador: mitigar o recurso à convicção e privilegiar a prova consistente.

*Rui Elói Ferreira*

*Maria Santos*