

# A TIPIFICAÇÃO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL E SEUS REFLEXOS SOBRE A GOVERNANÇA CORPORATIVA

## THE CRIMINALIZATION OF PATRIMONIAL INFIDELITY AND ITS REFLEXES ON CORPORATE GOVERNANCE

**Gustavo Alves Magalhães**

Bacharel em Direito pela FD-USP. Mestrando em Direito Penal pela FD-USP. Advogado.

ORCID: 0000-0002-3677-2710

gustavo\_alvesribeiro@hotmail.com

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo fazer a análise do crime de infidelidade patrimonial, com foco no seu potencial para favorecer a implementação de regras de boa governança corporativa nas empresas. Na medida em que o prejuízo causado por um gestor ao ente coletivo pode ensejar a sua responsabilização penal, a definição das condutas possíveis e permitidas nos códigos de ética e de conduta da empresa possibilitará uma melhor organização da atividade empresarial.

**Palavras chave:** crime de infidelidade patrimonial; regras de boa governança corporativa; administração da empresa; *compliance*.

### ABSTRACT

The present article aims to analyze the crime of patrimonial infidelity, focusing on its potential to favor the implementation of good corporate governance rules in companies. As far as the damage caused by a manager to the collective entity may give rise to a criminal liability, the definition of possible and permitted conducts in the company's codes of ethics and conduct will enable a better organization of business activity.

**Palavras chave:** crime of patrimonial infidelity; rules of good corporate governance; company administration; *compliance*.

A reprodução do capital em um cenário de intensa globalização econômica possibilitou uma grande concentração de poder pelos entes coletivos, realidade que demandou uma transformação da forma como as empresas se organizam, bem como se relacionam entre si e com o poder público. Em face disso, os programas de *compliance* despontaram como uma ferramenta para incrementar a gestão organizacional e promover o gerenciamento de riscos empresariais,<sup>1</sup> visando à prevenção da criminalidade de empresa e contra a empresa a partir um novo modo de funcionamento das atividades das pessoas jurídicas, pautado sobre valores de integridade.<sup>2</sup>

Um dos instrumentos do qual pode se servir o direito penal para introduzir e fomentar uma boa governança corporativa é a tipificação do crime de infidelidade patrimonial. Segundo **Adán Nieto Martín**, esse delito atua como um *"instrumento jurídico chamado a favorecer a implementação de uma nova e mais rigorosa ética dos negócios na esfera específica da administração da empresa"*.<sup>3</sup> Considerando a importância assumida por esse delito no ordenamento jurídico de diversos países, serão analisadas as suas características e os limites de sua incidência, bem como a capacidade do crime de infidelidade patrimonial para induzir a aplicação de regras de conformidade no âmbito das estruturas empresariais.

O delito de infidelidade patrimonial está previsto na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 22) e faz parte da realidade jurídica de diversos países europeus e latino-americanos, tais como a Alemanha (§266 do CP), Espanha (art. 252 do CP), Portugal (art. 224º do CP), Argentina (art. 173, 7 do CP) e Peru (art. 198º do CP). Apesar de tal ilícito não estar expressa e autonomamente positivado no Brasil, sua aplicação vem sendo feita internamente sobre outras rubricas, como os crimes de apropriação indébita, peculato-desvio e gestão temerária de instituição financeira, em desrespeito ao princípio da legalidade.<sup>4</sup>

Considerado um dos mais importantes delitos do direito penal econômico moderno,<sup>5</sup> o crime de infidelidade patrimonial visa tutelar as ações daquele indivíduo que dispõe do poder de gestão sobre um patrimônio alheio. Dado que a assunção dessa responsabilidade se deu a partir de uma relação de confiança, seu administrador deve agir na medida dos interesses de seu titular e de forma a obstar a lesão desse patrimônio a partir das agressões que podem advir de dentro de sua própria esfera de cuidado.<sup>6</sup> Dessas características se verifica, portanto, que o injusto da infidelidade patrimonial é formado pela (i) violação do dever de tutelar o patrimônio alheio e pela (ii) ocorrência de um dano patrimonial decorrente da violação daquele dever.<sup>7</sup>

Tratando-se de um crime contra o patrimônio e cujo aperfeiçoamento somente se faz com o seu dano, o alcance do delito de infidelidade patrimonial será identificado pela forma como o patrimônio é concebido pelo direito penal, o qual pode assumir uma dimensão econômica, jurídica, jurídico-econômica ou até mesmo pessoal. Seja qual for o conceito adotado, que ainda é objeto de controvérsias, o que se deve afastar é que perdas decorrentes do próprio risco empresarial sejam qualificadas como condutas puníveis, ainda mais quando dotadas de uma racionalidade econômica, sob pena de coibição da atividade negocial.

A atuação do administrador como garante de um patrimônio que lhe é confiado deve estar orientada, ademais, tanto sobre *deveres positivos*, na medida em que se fizerem necessários para incrementar o patrimônio administrado, como a partir de deveres negativos, mediante a abstenção de qualquer atividade que possa repercutir na depreciação dos bens.<sup>8</sup> A identificação desses deveres se fará conforme a esfera de obrigações contraídas pelo administrador, sendo que este também não poderá ser sancionado pela prática de um ato cuja realização tenha decorrido de uma operação consentida pelo detentor do patrimônio.<sup>9</sup>

A tipificação do crime de infidelidade patrimonial funciona, assim, como um estímulo para a adequada implementação de regras de governança corporativa, na medida em que essas disposições servirão para guiar a forma e os limites de atuação daquele que detém um dever de salvaguarda no âmbito da atividade empresarial. A previsão das condutas que são permitidas ou vedadas nos Códigos de Ética e de Conduta de uma empresa, bem como a delimitação do modo como elas devem ser praticadas, são relevantes para reforçar o cumprimento normativo na pessoa jurídica ao tempo em que demarca a esfera possível de atuação de seu administrador.

A determinação da maneira como a responsabilidade social da empresa pode ser exercida, das bonificações passíveis de serem conferidas ao seu corpo diretivo, dos cenários que configuram conflito de interesse na atividade negocial e sobre a forma como os funcionários podem direcionar os recursos da pessoa jurídica em suas relações com atores da esfera pública e do setor privado constituem situações que a experiência internacional já enfrentou sob a ótica do crime de infidelidade patrimonial e que devem ser

objeto de regulamentação pelos códigos de governança corporativa para o fim de concretizarem os deveres de salvaguarda de seu administrador.<sup>10</sup>

Ao analisar o caso Siemens, por exemplo, o Tribunal Federal Alemão entendeu que caracteriza o crime de infidelidade patrimonial a criação de um caixa dois no âmbito da empresa, dado que essa conduta privou a sociedade da disponibilidade de seus bens. Nesse delito também incorreu aquele indivíduo que não criou o caixa dois, mas que após descobrir a sua existência se omitiu de fazer a comunicação ao setor interno responsável, uma vez que tal conduta compunha os seus deveres de velar pelos interesses patrimoniais do ente coletivo.<sup>11</sup> Apesar desta decisão ser criticada pela concepção estritamente jurídica conferida ao patrimônio, ela se revela importante por definir o caixa dois como uma atividade lesiva à empresa em razão de impedir o poder de disposição sobre os ativos, prática cuja vedação pode estar contida em seu Código de Conduta.<sup>12</sup>

Uma perspectiva jurídica do patrimônio, nada obstante não seja adequada isoladamente para sua melhor caracterização, identifica aquelas situações que refletem uma afetação ao poder de disposição do bem. Essa concepção repercute sobre o programa de *compliance* da empresa, porquanto a prevenção ao crime de infidelidade patrimonial demandará que sejam reguladas as condutas e atividades que representem uma ruptura do vínculo entre o patrimônio administrado e o seu titular, realidade que consubstancia um incremento da gestão empresarial por vedar o direcionamento de recursos a atividades passíveis de serem qualificadas como ilícitas.

Na medida em que o administrador pode vir a ser sancionado pelo abuso do poder de disposição do patrimônio alheio, a não realização de condutas capazes de ensejar prejuízos à empresa associa-se ao próprio agir de modo lícito. A tipificação do crime de infidelidade patrimonial surge, portanto, como um instrumento adicional para compelir a sociedade a estabelecer regras adequadas de governança corporativa e para aproximar os gestores de sua correta observância, realidade na qual os programas de *compliance* servirão para aprimorar a gestão da atividade negocial e favorecer a organização do ente coletivo.

## NOTAS

<sup>1</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 988, p. 25-54, 2018, p. 48.

<sup>2</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*, v. 3, n. 5, 2008, p. 14.

<sup>3</sup> FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán. Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo. *Revista Penal, Valencia*, n. 17, p.110-141, 2006, p. 116 (tradução livre).

<sup>4</sup> Não existe no ordenamento jurídico nacional um delito que apreenda a integralidade do injusto penal da infidelidade patrimonial e que, ao fazê-lo, proteja adequadamente o patrimônio alheio. O crime de gestão temerária, por exemplo, é exclusivo aos atos praticados no âmbito das instituições financeiras, tendo como sujeito passivo o Estado e tutelando um bem jurídico de caráter difuso. O crime de apropriação indébita, por sua vez, não demanda um dever especial em face do bem jurídico; o seu sujeito passivo não substitui o titular do patrimônio para geri-lo e está restrito às coisas móveis. GRANDIS, Rodrigo de. *O delito de infidelidade patrimonial e o direito penal brasileiro*. 2018. 286 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 187 e ss.

<sup>5</sup> LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Florianópolis, n. 1, p. 15-58, 2017, p. 24-25.

<sup>6</sup> LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *O principal delito...* Op. cit., p. 15.

<sup>7</sup> LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Caixa dois como crime contra o patrimônio? Breves notas sobre o crime de infidelidade patrimonial. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 220-221.

<sup>8</sup> GRANDIS, Rodrigo de, Op cit., p. 23-27.

<sup>9</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. NIETO. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, n. 194, p. 36-43, 2013, p. 41.

<sup>10</sup> NIETO MARTÍN, Adán (Org.); LASCUARÍN SANCHEZ, Juan Antonio (Org.); GARCIA DE LA GALANA, Beatriz (Org.); FERNÁNDEZ PEREZ, Patricia (Org.); BLANCO CORDERO, Isidoro (Org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.); GOMES, Rafael Mendes (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 78.

<sup>11</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. NIETO. La llevanza de cajas B y los pagos de corrupción a la luz del delito de administración desleal del nuevo art. 252. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 257-259.

<sup>12</sup> O mesmo entendimento é possível de ser realizado acerca de outra situação que configurou um delito de infidelidade patrimonial também no caso Siemens. Consiste no pagamento feito por um administrador dessa empresa a outros dois administradores de uma companhia privada italiana para obter o contrato de fornecimento de turbinas de gás (kick back). Tendo essa operação se realizado através do pagamento de um suborno com bens da própria sociedade, nela se identificou um dano patrimonial punível. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Caixa dois como crime... Op. cit., p. 225-226.