



DIRETORIA DE ASSUNTOS FINANCEIROS E DE NEGÓCIOS

BRASIL: FASE 1
REVISÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO E DA RECOMENDAÇÃO
DE 1997
(Tradução não oficial)

O presente relatório foi aprovado e adotado pelo Grupo de Trabalho sobre Corrupção nas Transações Comerciais Internacionais, em 31 de agosto de 2004.

BRASIL

REVISÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO E DA RECOMENDAÇÃO DE 1997

RECOMENDAÇÃO

A. IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO

Questões Formais

O Brasil assinou a Convenção em 17 de dezembro de 1997, e depositou o seu instrumento de ratificação em 24 de agosto de 2000, em conformidade com o Decreto No. 125 de 15 de junho de 2000. O Brasil promulgou a legislação de implementação sob a forma da Lei No. 10.467 de 11 de junho de 2002, que emendou o Código Penal e a Lei No. 9.613 de 3 de março de 1998, e entrou em vigor em 11 de junho de 2002.

A Convenção como um Todo

A corrupção ativa de um funcionário público brasileiro constitui crime na forma do Artigo 317 do Código Penal Brasileiro. O Artigo 333 do Código Penal considera um delito a aceitação por um funcionário público brasileiro de uma vantagem indevida. Os crimes de corrupção ativa e passiva foram tipificados antes da Convenção. Outras leis existentes relativas à corrupção de funcionários públicos nacionais são a Lei No. 9.034 de 3 de maio de 1995, sobre organizações criminosas, e a Lei no. 9.613 de 3 de março de 1998, relacionada à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens. Para atender às exigências da Convenção, o Brasil criminalizou o ato de corrupção de funcionário público estrangeiro com a promulgação da legislação de implementação (Lei No. 10.467 de 11 de junho de 2002), que foi acrescentada ao Código Penal, Seção XI, Capítulo II-A sob o título “Crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”, que contempla o crime de *Corrupção ativa em uma transação comercial internacional* e a definição de “funcionário público estrangeiro”. Além disso, a legislação de implementação modificou o Artigo 1 da Lei No. 9.613/1998, a fim de inserir o novo crime de corrupção de funcionário público estrangeiro como crime antecedente para a lavagem de dinheiro. O Brasil dispõe da legislação existente para a implementação de outras exigências da Convenção.

As autoridades brasileiras declaram que, em 23 de outubro de 2000, (quando a Convenção entrou internacionalmente em vigor para o Brasil ¹, a Convenção também se efetivou no Brasil com status de “lei ordinária”

Após a aprovação do instrumento de ratificação pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo 125/2000), a Convenção foi formalmente promulgada e transformada em lei nacional pelo Decreto No. 3.678 de 30 de novembro de 2000, determinando que a Convenção “seja executada e obedecida em total concordância com o seu conteúdo”.

O Artigo 5, § XXXIX da Constituição Brasileira prevê que “não há crime sem uma lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

¹ Ver Artigo 15.2 da Convenção

Entretanto, apesar do fato da Convenção como um todo ter força de lei ordinária no Brasil, o Artigo 1º. da Convenção não é auto-aplicável, e um novo delito penal precisava ser promulgado. Assim, não se pode contar com o Artigo 1 nos casos em que haja conflito com a legislação penal nacional, ou onde a legislação penal nacional for deficiente em relação aos elementos determinados na Convenção. Embora os tribunais não sejam obrigados a interpretar a legislação de implementação de acordo com o Artigo 1, onde os elementos do delito da legislação de implementação não se acham claramente definidos, a Convenção, segundo as autoridades brasileiras, é “uma fonte importante” de interpretação, e os comentários “devem ser considerados”.

Os demais Artigos da Convenção são diretamente aplicáveis, sem necessidade de legislação de implementação, já que não requerem o estabelecimento de um delito penal.

Um ano e oito meses decorreram entre a entrada em vigor da Convenção (23 de outubro de 2000) e a entrada em vigor da legislação de implementação (11 de junho de 2002) no Brasil. Quanto aos efeitos legais práticos da Convenção no Brasil, com relação a CJR/extradição referente a um ato de corrupção de funcionário público estrangeiro cometido durante este período, as autoridades brasileiras afirmam que a exigência de dupla criminalidade é interpretada de forma ampla, e estaria satisfeita se o ato cometido fosse um delito penal segundo a lei do país requisitante, já que o delito de corrupção de funcionário público nacional também existia na legislação brasileira.

No que diz respeito à força da jurisprudência no sistema brasileiro, as autoridades brasileiras explicaram que embora o sistema jurídico no Brasil siga a tradição romano-germânica baseada na lei escrita, as sentenças proferidas pelos tribunais, embora não vinculem outros tribunais, têm desempenhado um papel fundamental na construção e no desenvolvimento dos conceitos legais. O grau de influência depende da competência e da jurisdição do tribunal em questão.

1. ARTIGO 1: CRIME DE CORRUPÇÃO DE UM FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTRANGEIRO

Descrição geral do delito

Em consequência da Lei No. 10.467, a Seção XI do Código Penal (Decreto-Lei No. 2.848 de 7 de dezembro de 1940) contém agora os Artigos 337-B a 337-D, que aparecem como Capítulo II-A (“Crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira). O Artigo 337-B assim dispõe:

Corrupção ativa em transação comercial internacional

Artigo 337-B: Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro ou a terceira pessoa, para determina-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.

O Artigo 337-D fornece a definição do termo “funcionário público estrangeiro” (ver discussão no item 1.1.6)²

² Uma terceira disposição, o Artigo 337-C, introduziu o crime de tráfico “passivo” de influência em transação comercial internacional.

O Capítulo Geral do Código Penal Brasileiro estabelece regras para a caracterização ou definição de um delito penal, e também estabelece as exceções ou exclusões que geralmente se aplicam. Estas existem em caso de corrupção oficial. A ameaça de perdas ou danos reais (ou seja, não meramente danos econômicos), coerção ou intimidação exercidas para fins de obtenção de corrupção, influirão na exclusão da prática do crime de corrupção ativa de um funcionário público estrangeiro. A simples solicitação ou pedido de propina, por outro lado, não bastará para excluir a prática do crime.

1.1 Os Elementos do Crime

1.1.1 qualquer pessoa

As autoridades brasileiras descrevem o Artigo 337-B como um delito penal comum que pode ser praticado por qualquer pessoa. Afirmam que, na ausência de uma indicação específica sobre que categorias de pessoas pode praticar um delito penal, entende-se que o agente pode ser qualquer um. Esta é uma característica da Seção XI, inciso II-A do Código Penal, que enumera os crimes praticados por particulares contra a administração pública estrangeira.

1.1.2 intencionalmente

O Artigo 337-B não estabelece expressamente o elemento mental do delito penal. De acordo com as autoridades brasileiras, presume-se a necessidade de “dolo” nos delitos onde nenhuma outra forma de culpabilidade é especificada. A intenção está implicitamente presente na legislação brasileira, e não necessita ser explicitada. No Código Penal Brasileiro, existe dolo quando um indivíduo quer o resultado, ou quando ele assume o risco de produzi-lo, o que claramente dá o mesmo tratamento à intenção (dolus) e ‘a irresponsabilidade/negligência (dolus eventualis).

1.1.3 prometer, oferecer, ou dar

O Artigo 337-B inclui expressamente os três elementos de “prometer, oferecer ou dar” exigidos pelo Artigo 1 da Convenção.

1.1.4 vantagem indevida, pecuniária ou outra

O Artigo 337-B se refere a “vantagem indevida”. As autoridades brasileiras confirmam que isto inclui vantagens de natureza material tais como dinheiro ou bens, e outras vantagens tais como vantagem moral ou sexual. Indicam que na definição penal de delitos de corrupção ativa ou passiva, a jurisprudência e a doutrina brasileira consideram “vantagem indevida” qualquer vantagem.³ O Brasil cita a doutrina segundo a qual “o sentido fundamental, neste caso, é o de uma recompensa ... recompensa que o funcionário recebe ou aceita como pagamento por sua corrupção.” Cita um caso de corrupção nacional em que o aluguel de um carro foi considerado uma vantagem indevida. Assim, parece que toda e qualquer vantagem pecuniária e não pecuniária, seja tangível ou intangíveis, é abrangida por este termo.

As autoridades brasileiras afirmam que “se a vantagem não estiver prevista em lei, ou seja, se o funcionário público não tiver nenhum direito a ela, a vantagem será considerada indevida”. Portanto, parece que o delito implementa o Comentário 8, que estabelece que não há delito, caso a vantagem seja permitida ou prevista por lei ou regulamento escrito do país do funcionário público estrangeiro, incluindo a jurisprudência, pela interpretação do termo “indevido”. O Brasil explicou que a lei do país de origem do funcionário público seria invocada para determinar se a vantagem é ou não indevida. No caso em que a vantagem não é claramente permitida ou requerida

³ Tribunais de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, Relator Luis Felipe Magalhães, vol. 2, tomo 11, pág. 189 em *Jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*.

por lei (do funcionário público estrangeiro), porém não é proibida, o Brasil explicou que, se os demais elementos que a caracterizam como crime estivessem presentes, os tribunais provavelmente a considerariam como uma vantagem indevida.

O Brasil explicou, ainda, que, desde que o elemento subjetivo (a intenção de corrupção) e o elemento objetivo (a vantagem) estejam presentes, o crime se aplica qualquer que seja o valor da vantagem, seus resultados, a percepção da alfândega local, a tolerância com relação a esses pagamentos pelas autoridades locais, ou a alegada necessidade de pagamento mediante pedido para obtenção ou manutenção de vantagem comercial imprópria, ou outra vantagem. O Brasil abre uma exceção na prática, contudo, para pequenos brindes de “cortesia”, pois não existe intenção de corrupção em se dar ou aceitar tais brindes.

1.1.5 diretamente, ou através de intermediários

O Artigo 337-B dispõe que o delito pode ser praticado “diretamente ou indiretamente”. Como esta terminologia é diferente daquela da Convenção, as autoridades brasileiras explicaram que “indiretamente” significa a corrupção através de um intermediário. Confirmam que, segundo o Artigo 29 do Código Penal, o principal e o intermediário são igualmente responsáveis, na medida do seu respectivo envolvimento. Eles explicaram que o corruptor permanece criminalmente responsável estando ou não o intermediário ciente da intenção do subornado. Da mesma forma, o principal será responsável se ele, ou ela, instruir o intermediário a corromper um funcionário público estrangeiro, deixando entretanto a critério do intermediário a escolha do funcionário público a ser corrompido.

1.1.6 a um funcionário público estrangeiro

A definição de “funcionário público estrangeiro” para os fins de crime de corrupção de funcionário público estrangeiro no Brasil está contida no Artigo 337-D, que dispõe:

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 pública em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

As autoridades brasileiras explicam que esta definição está baseada na definição tradicional no Artigo 327 do Código Penal do que é um funcionário público brasileiro. Esse artigo estabelece que:

Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou trabalha para uma empresa prestadora de serviço contratada para realizar qualquer atividade típica da Administração Pública.

As autoridades brasileiras informam que a definição de “funcionário público” conforme reza o Artigo 327 tem sido interpretada de forma muito ampla pelos tribunais e pela doutrina brasileira, abrangendo qualquer pessoa que exerce, de qualquer modo que seja, uma função pública. Informam ainda que a definição contida no Artigo 327 inclui todas as esferas de atividade do Estado, incluindo as funções executivas, legislativas e judiciárias, incluindo o Presidente da República, os membros do Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, e citam as principais

autoridades acadêmicas que apóiam esta interpretação ⁴. Além disso, é citada uma jurisprudência na interpretação do Artigo 327, que dispõe que o termo “funcionário público” da forma como este é definido por este Artigo abrange uma testemunha perita e um vereador. ⁵

As autoridades brasileiras esclarecem que a definição no Artigo 337-D, que em grande parte corresponde àquela do artigo 327, baseia-se na função e é ampla o bastante para abranger todos os agentes que prestam serviços ao Estado, incluindo magistrados, membros do Ministério Público, membros do Congresso, senadores e funcionários do alto escalão do governo. Ressaltam, além disso, que o parágrafo único do Artigo 337-D inclui expressamente qualquer pessoa que detenha um cargo em uma empresa ou organização controlada pelo estado, ou uma organização pública internacional. Consideram, portanto, que a definição no Artigo 337-D é suficientemente ampla para abranger todas as situações previstas pela Convenção.

Entretanto, o fato de que as duas definições (Artigos 327 e 337-D) não são idênticas deixa aberta a possibilidade de um tribunal excluir determinadas categorias de funcionários públicos estrangeiros, apesar da jurisprudência existente com relação ao Artigo 327. Existem, em especial, dúvidas sobre a inclusão de uma pessoa que exerça função pública em uma agência pública estrangeira, conforme contemplado no Artigo 1.4.a da Convenção e no Comentário 13.

Esta questão é gerada não apenas pela ausência de referência expressa a esse respeito no Artigo 337-D, mas porque não há uma definição no Artigo 337-D que corresponda àquela do § 1º. Artigo 327, que parece abranger algumas “agências públicas” nacionais”.

A definição no Artigo 337-D aplica o termo “entidades estatais” para uma pessoa que exerce um cargo ou função pública, e o termo “país estrangeiro” para uma pessoa que exerce um cargo ou uma função em uma organização ou empresa controlada pelo “Poder Público”. As autoridades brasileiras explicaram que “não há diferença substancial entre as duas disposições”, e que o termo “estatal” abrange toda a estrutura do poder público, em qualquer nível ou subdivisão.”

Não há definições para os termos “função pública”, “Poder Público”, “entidades estatais”, “país estrangeiro” e “organizações públicas internacionais”. Contudo, a Convenção tem força legal no Brasil, tanto como parte integrante da lei, como fonte de interpretação, e as autoridades brasileiras explicaram que os tribunais poderiam usar a Convenção ou os Comentários como ferramentas interpretativas para determinar a abrangência desses termos. De acordo com as autoridades brasileiras, o arrazoado que acompanhou a promulgação do Artigo 377-B a 377-D declara explicitamente que o propósito desta emenda ao Código Penal foi implementar a Convenção.

1.1.7 ao funcionário ou a terceira pessoa

O crime mencionado no Artigo 337-B prevê expressamente a vantagem destinada não somente ao funcionário público mas também a terceira pessoa. De acordo com as autoridades brasileiras, não há razão pela qual essa terceira pessoa não possa ser uma pessoa jurídica []. Como o delito se refere a uma mera conduta, que pode ser consumada quer o suborno atinja ou não o funcionário público estrangeiro, explicam que ele abrange a situação em que a vantagem indevida é, ou destina-se a ser, transmitida diretamente pelo corruptor, sem que o funcionário público a receba; e que se aplica independentemente do relacionamento entre o funcionário público estrangeiro e a terceira pessoa.

⁴ Ver *Direito Penal* (Saraiva, 20ª ed., 1995, v.4, p.206) de E. Magalhães Noronha, e *O Código Penal e sua Interpretação em Jurisprudência* (Vol 1, tomo II: Parte Especial. 6. ed., revista e aumentada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997) de FRANCO, Alberto Silva e outros.

⁵ Ver, por exemplo, Supremo Tribunal Federal – RHC – Rel. Décio Miranda – Revista dos Tribunais 556/397 e Revista dos Tribunais de Justiça 100/135, e Tribunal de Justiça de São Paulo – AC - Rel.Ercílio Sampaio – Revista do Tribunal 580/359.

1.1.8/1.1.10 para que o funcionário pratique ou deixe de praticar ato de ofício relacionado a transação comercial internacional.

O Artigo 337-B se aplica ao ato de dar, etc. uma vantagem indevida a um funcionário público estrangeiro, “para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional”. As autoridades brasileiras esclarecem que, para que o crime seja praticado, é suficiente que o ato básico de uma oferta, de uma promessa ou de um presente seja praticado, independente do funcionário público estrangeiro agir, etc. em resposta à corrupção. Na forma do parágrafo único do Artigo 337-B, o delito é agravado se o funcionário público agir, etc. infringindo dever funcional, em consequência do suborno. De acordo com as autoridades brasileiras, o tribunal determinaria provavelmente a existência de uma violação do dever funcional de acordo com a legislação do país do funcionário público estrangeiro.

O crime requer que a vantagem indevida seja dada, etc. ao funcionário público estrangeiro para obter “ato de ofício relacionado a transação comercial internacional”. Esta formulação requer que o “ato de ofício” em si esteja relacionado a uma transação comercial internacional. Tal exigência poderia restringir substancialmente a abrangência do delito de forma tal que não esteja de acordo com a Convenção. Essa redação excluiria uma vantagem indevida para obter um ato de um funcionário público estrangeiro que não tenha qualquer implicação internacional ou não esteja relacionado com transações comerciais, mas que influiria nos benefícios do corruptor na condução das transações comerciais internacionais ou sua habilidade de realizar transações internacionais. As autoridades brasileiras explicaram que o texto não foi redigido com a intenção de limitar o alcance do crime, e que não esperam que seja interpretado de forma a limitar esse alcance. Explicaram que, por exemplo, atos de ofício como a concessão de licenças ou autorizações comerciais no país do funcionário, a concessão de tratamento fiscal favorável nesse país, ou autorização para entrada no país, seriam tratados como estando abrangidos no delito. Resta saber se os tribunais dão ao texto uma interpretação ampla ou restritiva.

Por outro lado, não há qualquer texto equivalente à cláusula final do Artigo 1: que a vantagem indevida pretendida deva estar “na condução de transação internacional”. Portanto, parece que o Artigo 337-B não requer que tal condição seja satisfeita. Entretanto, quando o ato a ser obtido de um funcionário estiver relacionado a uma transação comercial internacional, a vantagem pretendida deverá estar, na maioria dos casos em prática, na condução da transação internacional.

Além disso, como a definição do crime usa a expressão “ato de ofício”, surge a dúvida se o crime é suficientemente amplo de forma a abranger um caso onde a ação/omissão que o corruptor pretenda induzir está fora da competência legal do funcionário público estrangeiro, porém se refere à mesma conforme estabelecido pelo Artigo 1.4.c da Convenção. As autoridades brasileiras explicaram, a esse respeito, que o crime será praticado se o ato “tiver qualquer relação, mesmo indiretamente, com as funções do funcionário público”, e que não constituiria uma atenuante o fato de tal ato ser praticado fora da área de competência do funcionário público. Do mesmo modo, no caso de vantagem indevida ser dada a um funcionário do alto escalão do governo, para que ele/ela use seu cargo – mesmo que atuando fora de sua competência – para levar outro funcionário a conceder um contrato ao corruptor (Comentário 19), o Brasil esclarece, com base no documento de Magalhães Noronha,⁶ que o corruptor e o funcionário “influente” seriam provavelmente considerados co-autores do crime; ou então que o caso seria tratado como de tráfico de influência contemplado no Artigo 337-C. Além disso, o termo “praticar” parece suficientemente amplo para incluir qualquer nível de ato, incluindo atos que não envolvem uma decisão oficial, tais como fazer referências verbais favoráveis ao corruptor em uma reunião.

1.1.9 para obter ou retardar transação ou outra vantagem indevida

⁶ *Criminal Law*, vol. 4, 1995, página 315

O Artigo 337-B do Código Penal Brasileiro não requer expressamente que uma vantagem indevida seja oferecida, prometida ou dada com a finalidade de obter novas transações e de retardar transações existentes, ou de obter ou de retardar alguma outra vantagem indevida. Isto indicaria que o delito é praticado independente dos tipos de vantagem buscados, mas as autoridades brasileiras, não obstante, explicam que a específica intenção criminosa origina-se no ato oficial que, da forma como o crime é definido no Artigo 337-B, está associado a uma transação comercial internacional.

Pode ainda acontecer que, de acordo com o Comentário 4, o crime ocorra mesmo que o corruptor seja o licitante mais bem qualificado ou que de qualquer modo pudesse ter ganho de modo justo a transação, porque, conforme explicaram as autoridades brasileiras, o direito brasileiro é indiferente ao fato de “o objetivo do corruptor ser ou não alcançado sem o ato da corrupção”.

Além disso, não existe referência expressa na legislação relativamente a pequenos pagamentos para facilitação (Comentário 9), e parece não haver exceção prevista pela legislação brasileira relativamente a tais pagamentos, isto porque, conforme explicou o Brasil, mesmo que o valor da propina seja pequeno, nos crimes contra a administração pública “permanece a ofensa contra a moralidade, a credibilidade e a eficiência dos serviços públicos”⁷.

1.2 Cumplicidade

Segundo o Artigo 1.2 da Convenção, as Partes cometem um delito criminal em caso de “cumplicidade, inclusive através de incitamento, auxílio e encorajamento, ou a autorização de ato de corrupção de um funcionário público estrangeiro”.

As autoridades brasileiras esclarecem que o Artigo 29 do Código Penal Brasileiro estabelece a responsabilidade pela cumplicidade, inclusive para o delito de corrupção de funcionário público estrangeiro. Esse artigo dispõe que:

Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

De acordo com as autoridades brasileiras, parece que, segundo a jurisprudência e a doutrina brasileiras, a expressão “de qualquer modo, concorre para o crime” tem sido interpretada no sentido de abranger três tipos essenciais de participação criminal. Estas são: “determinação” (definida como induzir intencionalmente outra pessoa a cometer um delito criminal), “instigação” (definida como incentivar, motivar ou impelir alguém a realizar uma decisão já tomada de praticar um delito), e “cumplicidade” (definida como ajuda material ou moral, ou incitação para praticar um delito).

Parece que “determinação”, “instigação” e “cumplicidade” abrangem o conceito de incitamento, ajuda e encorajamento conforme o significado do Artigo 1.2 da Convenção. Entretanto, nenhum dos três conceitos parece corresponder exatamente à noção de “autorização” segundo o Artigo 1.2 da Convenção. As autoridades brasileiras explicaram que o termo “autorização” seria empregado somente pela tradição jurídica brasileira com o sentido de

⁷ Tribunal Federal Regional da 4a. Região, Relator Fabio Bittencourt da Rosa, em *Revista dos Tribunais* 769, página 729.

conferir autoridade a alguém para praticar um ato legal. O conceito abrangido pela Convenção (ou seja, instruir a prática de um crime em que a pessoa que instrui pode ter ou não o controle sobre a sua prática) foi, segundo as autoridades brasileiras, uma forma de co-autoria abrangida pelo conceito de “determinação”

De acordo com as autoridades brasileiras, todas as pessoas que contribuem para a prática de um delito criminal cometem o mesmo delito criminal, mesmo com atenuantes, de acordo com a importância do ato. O Brasil explica que, além disso, o Artigo 62 do Código Penal prevê a aplicação de penas maiores a um criminoso que, *inter alia*, promove ou organiza a cooperação no crime, coage ou induz outra pessoa na prática do crime, ou participa do crime em troca de pagamento ou promessa de recompensa. As autoridades brasileiras explicam que essas circunstâncias agravantes poderiam se aplicar aos cúmplices, além dos criminosos principais.

Além disso, as autoridades brasileiras fazem referência ao Artigo 286 do Código Penal intitulado “incitar, publicamente, a prática de crime”, mas explicam que essa disposição tem relação apenas com casos de incitação abstrata e pública, e em princípio não é relevante para o crime de corrupção.

1.3 Tentativa e Conspiração

O Artigo 1.2 da Convenção estabelece que tentativa e conspiração para corromper um funcionário público estrangeiro sejam crimes na mesma medida em que o são a tentativa e a conspiração para corrupção de funcionário público da referida Parte.

Tentativa

As tentativas são regidas pelo Artigo 14, II do Código Penal, que se aplica a todos os crimes, inclusive o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro. Segundo esta disposição, há tentativa de crime "quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente."

As autoridades brasileiras explicam que a mera intenção e preparação não são suficientes, mas os atos praticados para executar um crime pretendido mas não consumado constituirão uma tentativa. A pena, exceto quando de outra forma disposto, é a mesma aplicável ao crime que seria cometido, reduzida de um terço a dois terços.

Como a disposição se aplica a um crime não consumado por "circunstâncias alheias à vontade do agente", quando o agente *voluntariamente* interrompe a ação antes que o crime seja consumado, isto não será qualificado como tentativa. Nesse caso, segundo o art. 15 do Código Penal, o agente “só responde pelos atos já praticados”.

Quando é oferecido suborno mas o funcionário público estrangeiro não tomou conhecimento do oferecimento, isto constitui uma tentativa. O conhecimento pelo funcionário público estrangeiro da promessa ou oferta é essencial, de acordo com as autoridades brasileiras, para que o crime seja definido como consumado. Não é preciso, contudo, que o funcionário público estrangeiro aceite o suborno para que o crime seja consumado, pois o crime é de simples conduta, e terá sido cometido mesmo que o suborno seja recusado.

Conspiração

Parece que a legislação brasileira não penaliza o conceito de associação no âmbito do significado do Artigo 1.2 da Convenção (isto é, um crime separado daquele que é o objeto de um acordo). Entretanto, o Artigo 288 do Código Penal prevê uma pena de três a seis anos de reclusão quando “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”. Essa associação é o significado que a legislação brasileira dá a “conspiração”.

2. ARTIGO 2. RESPONSABILIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS

O Artigo 2 da Convenção determina que cada Parte "deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos"

2.1 Responsabilidade Criminal

No Brasil, não há responsabilidade criminal de pessoas jurídicas para o crime de corrupção de um funcionário público estrangeiro

Na teoria jurídica brasileira, uma pessoa jurídica ou empresa é uma entidade legal que existe apenas pela lei e dentro dos limites impostos pela lei. Em princípio, não lhe pode ser imputada responsabilidade criminal. Entretanto, uma exceção é prevista no Artigo 225, § 3º. da Constituição de 1988 (??) que prevê a cominação de penas criminais e administrativas a pessoas jurídicas por danos causados ao meio ambiente. A Lei No. 9615 de 1998 (Crimes contra o meio ambiente) estabelece a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas. No entanto, nenhuma pena criminal semelhante jamais foi imposta a uma empresa, e de acordo com as autoridades brasileiras, a teoria jurídica referente a essa exceção ainda é alvo de controvérsia.

Uma disposição constitucional diferente que poderia, teoricamente, abrir as portas para a responsabilidade criminal de entidades legais em determinadas circunstâncias especificadas seria o Artigo 173.V, § 5º. s, o qual dispõe que:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Como o objetivo da Convenção é combater a corrupção nas transações comerciais internacionais que "abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade", surge a dúvida se o Brasil poderia valer-se da exceção relativa a "*atos praticados contra a ordem econômica e financeiras contra a economia popular*" para promulgar legislação que torne as entidades legais criminalmente responsáveis por praticar corrupção de funcionário público estrangeiro.

Foram promulgadas leis em conformidade com as leis que regulamentaram o §5º do art. 173.V da Constituição, inclusive a Lei No. 8.137 de 1990, que pune os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, cujo texto reconhece que as empresas poderiam ser usadas por pessoas físicas como veículos para o crime.

No entanto, todas as tentativas de incluir a responsabilidade criminal das empresas nos primeiros projetos anteriores a esta lei foram derrotadas. As autoridades brasileiras explicaram que a possibilidade de acolher a responsabilidade criminal de empresas com base nesta exceção constitucional ainda é objeto de intensos debates no meio acadêmico, e que não há possibilidade de que essa legislação seja promulgada em futuro próximo.

2.2 Responsabilidade não-criminal

No Brasil, não há responsabilidade não-criminal de pessoas jurídicas para o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro ou para crimes em geral

Entretanto, as empresas no Brasil podem estar sujeitas a determinadas formas de responsabilidade administrativa.

A esse respeito, as autoridades brasileiras mencionam as sanções administrativas previstas na Lei No. 8.666 de 21 de junho de 1993. Esta lei permite a aplicação de penas a uma pessoa jurídica em caso de determinados tipos de conduta relacionada a licitações públicas, incluindo condenação por fraude fiscal, prática de atos ilícitos para obstruir a finalidade de uma proposta numa licitação pública, e se ficar provado que a empresa não está qualificada para participar de um contrato com a administração devido à prática de atos ilícitos. Os crimes de corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com as autoridades brasileiras, estariam abrangidos por esta definição. As penas incluem suspensão ou exclusão de licitações públicas ou contratos com a administração pública.

Considerando o grande volume de recursos movimentados pelos contratos públicos, segundo o Brasil trata-se de uma pena altamente dissuasiva.

Pela Lei No. 6.385 de 7 de dezembro de 1976, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) foi criada para regulamentar as empresas estatais. Segundo o Capítulo 1, Artigo 4.IV.b, compete à CVM proteger os acionistas e os investidores do mercado contra atos ilegais praticados por funcionários públicos e acionistas controladores de empresas estatais. O Artigo 9 concede-lhe poderes para examinar e investigar “atos ilícitos” através de procedimentos administrativos, e para aplicar as penas estabelecidas no Artigo 11. Estas abrangem multa de até três vezes o valor da vantagem econômica obtida, sendo possível aumentar a pena em até três vezes em casos de reincidência de delito. As autoridades brasileiras não citaram qualquer exemplo de casos onde esta lei tenha sido invocada com relação a um “ato ilícito” de corrupção de funcionário público nacional ou estrangeiro. Uma outra determinação administrativa poderia aplicar-se diretamente a crimes de corrupção de funcionário público estrangeiro:

Lei No. 8.884 de 11 de junho de 1994, sobre Proteção da Ordem Econômica. De acordo com o Artigo 15, esta lei se aplica a “indivíduos, empresas públicas ou privadas, e também a toda associação de pessoas ou empresas, estabelecidas de fato e de direito...” O Artigo 20.1 considera violação da ordem econômica “limitar, falsear ou de alguma forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

O Artigo 21 cita exemplos de atos que serão, “entre outros”, considerados uma violação da ordem econômica. Incluem atos anti-concorrência como a fixação de preços e a venda de produtos abaixo do custo. A corrupção não foi especificamente incluída. A lista não sofreu emendas, já que a Lei foi aprovada. No entanto, as autoridades brasileiras explicam que a Lei foi ampla e consistentemente interpretada para defender a concorrência internacional, e não a nacional, e a jurisprudência considerou fatores internacionais na definição dos mercados. Esclarecem que a corrupção de funcionário público internacional é considerada como parte da categoria de atos que, por definição, causariam distorção na concorrência internacional – como no Preâmbulo da Convenção – e portanto estariam claramente dentro do âmbito da Lei, embora ainda não tenham ocorrido casos que o confirmem.

As penas para empresas que cometeram uma violação acham-se estabelecidas no Artigo 23.I. A pena básica é uma multa de um a trinta por cento do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos da empresa durante o ano fiscal anterior, a qual nunca será inferior à vantagem auferida. As multas aplicadas poderão dobrar em caso de reincidência de tal violação. Além disso, o Artigo 24.II estabelece a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação pública por cinco anos ou mais, sempre que a gravidade dos fatos ou o interesse público assim exigirem.

As autoridades brasileiras esclarecem que a responsabilidade civil também existe, estendendo-se às empresas estatais, e resulta no pagamento de indenização ao autor da ação.

A cobertura oferecida pelas formas de responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas aplicáveis aos atos de corrupção de funcionário público estrangeiro que existem atualmente no Brasil parece de modo geral suficiente para atender às exigências dos Artigos 2 e 3 da Convenção, desde que as reparações disponíveis sejam de fato aplicadas aos casos de corrupção de funcionário público estrangeiro. A questão relativa a

se as penalidades disponíveis fornecem sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas ainda precisa ser analisada à medida que os fatos ocorrem.

3. ARTIGO 3: SANÇÕES

A Convenção estabelece que as Partes devem instituir "penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas", comparáveis àquelas aplicáveis à corrupção do próprio funcionário público da Parte. 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, inclusive sanções financeiras". A Convenção também estabelece que as penas criminais para pessoas físicas incluam "privação da liberdade" por período suficiente que permita a efetiva assistência jurídica recíproca e a extradição. Além disso, a Convenção requer que cada Parte tome as medidas necessárias para garantir que a vantagem indevida e o produto da corrupção de um funcionário público estrangeiro, ou o valor dos bens correspondentes a tal produto, estejam sujeitos a retenção e confisco ou que sanções financeiras de "efeito equivalente" sejam aplicáveis. Finalmente, a Convenção requer que cada Parte considere a imposição de sanções civis ou administrativas adicionais

3.1/3.2 Penas criminais para Corrupção de Funcionário Público Nacional e Estrangeiro

As penas aplicáveis pela legislação brasileira para pessoas físicas são as mesmas tanto para corrupção de funcionário estrangeiro quanto de funcionário nacional. O Artigo 333 (corrupção ativa de um funcionário público nacional) e o Artigo 337-B do Código Penal (corrupção ativa de um funcionário público estrangeiro) estabelecem, em termos idênticos, a reclusão de um a oito anos, e multa. A multa seria cumulativa com a reclusão, e não uma alternativa a ela.⁸

Para ambos os delitos, conforme o Artigo 333, parágrafo único, e o Artigo 337-B, parágrafo único, respectivamente, a pena é aumentada de um terço se o funcionário infringir o dever funcional em consequência da vantagem ou da promessa. Este aumento se aplica ao tempo de reclusão e à multa, e baseia-se na pena real arbitrada pelo juiz em cada caso.

A legislação brasileira estabelece critérios para o cálculo das multas. Conforme o Artigo 49 do Código Penal, a multa será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. A respeito do método de cálculo, o Artigo 49 dispõe que:

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.⁹

§ 2º – O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

O cálculo da multa é regido pelo Artigo 68 do Código Penal, que prevê três etapas.

A primeira etapa é a fixação da pena base, baseada nas circunstâncias judiciais pertinentes ao delito.

⁸ Segundo o Artigo 60, §. 2 do Código Penal, as sentenças de reclusão inferiores a seis meses podem, sob algumas circunstâncias, ser substituídas por multa.

⁹ O salário mínimo no Brasil é atualmente de R\$ 240 (duzentos e quarenta reais), e é reajustado pelo menos uma vez por ano.

O número de multas diárias pode, portanto, ser aumentado ou reduzido (entre o mínimo e o máximo) para levar em conta qualquer circunstância atenuante ou agravante. Circunstâncias subjetivas, como o grau de culpabilidade e os antecedentes do corruptor, também podem ser consideradas.

Na terceira etapa, o juiz deverá levar em conta o salário e a renda do acusado, inclusive bens e capital, na ocasião do crime. A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, ela é ineficaz, embora aplicada no máximo. Assim, essa opção permanece mesmo quando a multa já tiver sido acrescida de um terço devido à presença de circunstâncias agravantes.

De acordo com as autoridades brasileiras, o sistema deixa uma discricionariedade considerável ao juiz, que deverá apresentar os motivos para a imposição das penas individuais. A jurisprudência mostra que “na fixação da pena o juiz deve pautar-se pelos critérios legais recomendados pela doutrina, para ajustá-la ao seu fim social e adequá-la ao seu destinatário e ao caso concreto”¹⁰

Embora não sejam citados pelas autoridades brasileiras outros delitos de corrupção nacional, existem vários crimes de corrupção passiva no Brasil. Estes abrangem peculato (Artigo 316 do Código Penal), que acarreta uma pena que vai de dois a oito anos de reclusão, mais multa; corrupção passiva (Artigo 317), que acarreta uma pena de um a oito anos de reclusão, mais multa, e vários delitos referentes a enriquecimento ilícito por funcionário público sob o Artigo 9 da Lei No. 8.429, que acarretam sanções administrativas.

As autoridades brasileiras informaram que as sanções impostas pela prática de outros crimes de ordem financeira, como roubo, fraude ou desvio de fundos, são amplamente comparáveis às sanções impostas ao crime de corrupção de funcionário público estrangeiro. O delito criminal básico de roubo, na forma do Artigo 155 do Código Penal, acarreta uma pena de um a quatro anos de reclusão, mais multa, embora possa ser aumentada em caso de circunstâncias agravantes específicas. A extorsão com uso de violência ou ameaça grave, segundo o Artigo 158, pode ser punida com pena de quatro a dez anos de reclusão, mais multa. A obtenção de vantagem indevida por fraude, de acordo com o Artigo 171, acarreta pena que vai de um a cinco anos de reclusão, mais multa.

Como ressaltado acima, não existem penas criminais aplicáveis a pessoas jurídicas por corrupção de um funcionário público estrangeiro

3.3 Penalidades e Assistência Jurídica Recíproca

Não é exigido um determinado período de reclusão pela lei brasileira ou do Estado solicitante para assistência jurídica recíproca (AJR) na forma dos acordos bilaterais ou multilaterais existentes sobre AJR.

3.4 Penas e Extradicação

Segundo o Artigo 77, IV da Lei No. 6.815/80 sobre extradicação, a legislação brasileira impõe uma pena de prisão de mais de um ano para um delito passível de extradicação. O delito de corrupção de funcionário público estrangeiro na forma do Artigo 337-B do Código Penal atende a este aspecto.

3.5 Sanções Não-criminais para Pessoa Jurídica

Como discutido acima (ver 2.2.), a legislação brasileira prevê certas sanções administrativas aplicáveis a casos de corrupção de funcionário público estrangeiro per se, e outras sanções administrativas e civis que poderiam ser aplicadas de forma indireta.

3.6 Apreensão e Confisco

¹⁰ Tribunais do Estado de Mato Grosso, Relator Shelmia Lombardi de Kato, na Revista dos Tribunais 612, p. 353

Confisco

Na legislação brasileira o confisco existe como sanção. O Artigo 91 do Código Penal dispõe que:

São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso .”

A expressão "perda em favor da União" parece significar o confisco, e portanto o inciso II estabelece o confisco dos instrumentos e dos produtos de um delito criminal. Estabelece que a "perda" (ou seja, o confisco) é um "efeito da condenação", que é imposta ao condenado, e não estabelece expressamente que pode ser imposta a uma terceira pessoa com o efeito de privá-la da posse dos instrumentos ou dos produtos. As autoridades brasileiras explicaram que, em virtude do artigo 91.II inciso a) ou B) o confisco pode ser imposto a terceira pessoa que possua os instrumentos ou o produto de um crime, se essa pessoa for cúmplice ou co-autora do crime. Entende-se pela doutrina que “o confisco só pode ser aplicado a alguma coisa que pertença a alguém que participou do crime”¹¹ . Não pode ser imposto a “uma terceira pessoa de boa-fé”.

Tampouco pode ser aparentemente usado contra bens que se encontram de posse de uma “parte prejudicada”, ou que possam ser reivindicados por uma parte prejudicada para satisfazer uma ação de danos civis (devido à obrigação de compensação do dano causado pelo agente).

Também é possível, de acordo com as autoridades brasileiras, impor o confisco do produto ou do instrumento de um crime, em conformidade com o Artigo 91 do Código Penal, contra uma pessoa jurídica que se beneficiou de fato criminoso pelo qual uma pessoa física foi condenada. Isto requer a propositura de uma ação civil pelo governo como parte prejudicada, mas as conclusões do tribunal sobre o crime serão decisivas para os fins da referida ação civil, no sentido de que a pessoa jurídica não agiu de boa-fé, beneficiando-se da prática do crime (por exemplo, como o empregador da pessoa que foi condenada). As autoridades brasileiras declararam que era prática rotineira a utilização deste processo nos casos de corrupção.

O inciso II.a) prevê o confisco dos instrumentos do crime. Entretanto, não se aplica ao confisco de um suborno no contexto da corrupção ativa (ou seja, confisco de um suborno ainda de posse do corruptor), uma vez que "fabrico, alienação, uso, porte ou detenção" de dinheiro que ainda não foi utilizado de forma ilegal como suborno não constituiria um fato ilícito. A potencialidade de seu uso para a prática de um crime não é suficiente.

O inciso II.b) prevê o confisco de (i) "produto do crime", e (ii) "qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso". As autoridades brasileiras explicam que o "produto" de um crime é algo obtido diretamente em consequência do fato criminoso ou por meio de sua operação subsequente, criado pelo crime, ou adquirido por meio da venda da propriedade roubada. Esclarecem que, no caso de corrupção de funcionário público estrangeiro, isto poderia ser interpretado como inclusão de algo obtido em decorrência do ato praticado pelo funcionário público estrangeiro em troca de uma oferta, promessa ou presente.

O termo “produto” abrange tudo o que for diretamente adquirido em decorrência de um crime, ou dinheiro obtido com a venda do produto de um roubo, e pode ser qualquer bem ou títulos de valor monetário.

¹¹ José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, vol. 4, pág. 300.

Quanto ao confisco descrito em (ii) acima, as autoridades brasileiras esclarecem que "qualquer bem ou valor" inclui quaisquer bens, como bens móveis, bens imóveis ou títulos, e ainda qualquer bem ou valor de natureza econômica que constitua vantagem obtida pelo agente pela prática do ato criminoso. Ainda não está claro, contudo, como isto poderia ser quantificado quando a vantagem obtida não for de natureza monetária ou tangível.

O processo para a efetivação do confisco acha-se estabelecido no Artigo 122 do Código de Processo Penal. Este dispõe que:

Sem prejuízo do disposto nos artigos 120 e 133,¹² decorrido o prazo de 90 (noventa) dias, após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz decretará, se for caso, a perda, em favor da União, das coisas apreendidas (art. 74, II, a e b do Código Penal) e ordenará que sejam vendidas em leilão público.

Esta disposição aplica-se ao confisco na forma dos Artigos 91 II.a) e b), pois esta é a nova numeração após as alterações à Parte Geral do Código Penal de 1984, das disposições que anteriormente eram os Artigos 74 II a) e b).

O Artigo 122 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz decretará o confisco "se for necessário".

As autoridades brasileiras explicaram que isto não significa que o confisco seja uma medida discricionária: em todos os casos onde há bens a serem confiscados, o juiz deverá decretar o confisco na forma do Artigo 122.

De acordo com as autoridades brasileiras, o juiz pode decretar o confisco a qualquer momento decorrido o prazo de 90 dias, após transitar em julgado a sentença condenatória, desde que "dentro de um prazo razoável".

As autoridades brasileiras confirmaram que não existe uma sanção monetária de efeito comparável aplicável nos casos em que não há confisco.

Além disso, as autoridades brasileiras explicam que o confisco, na forma do Artigo 91 do Código Penal, existe "mesmo que a punição pretendida prescreva, ou seja, se a pena prescrever antes da condenação à pena de reclusão".

Isto se refere ao período de prescrição para a execução da sentença. O confisco só se aplica quando a sentença foi proferida, porém não é imprescindível a decretação de prisão.

Apreensão antes do julgamento

As autoridades brasileiras explicaram que existe a possibilidade, segundo o Artigo 135 do Código de Processo Penal, de medidas provisórias, como apreensão antes do julgamento, porém apenas com a finalidade de garantir e preservar provas.

Explicaram também que, segundo o Artigo 126, a apreensão pode ser determinada por um juiz em qualquer fase do processo criminal, desde que haja a clara indicação da origem ilegal dos bens em questão. Não pode ser usada após a condenação para garantir o pagamento de multa ou para fins de confisco.

3.7/3.8 Outras Sanções Cíveis e Administrativas

Em conformidade com a Lei No. 8.666 de 21 de junho de 1993, que rege o processo de compras públicas, as penas que incluem a suspensão ou a exclusão de licitações públicas ou dos contratos com a administração pública são aplicáveis (ver 2.2 acima) a pessoas físicas e jurídicas.

¹² O Artigo 120 prevê a emissão de uma ordem de restituição à parte lesada; e o Artigo 133 permite a emissão de uma ordem para a venda de bens em leilão público do produto para satisfazer a parte lesada.

Na forma do Artigo 92.I do Código Penal, "a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo" pode se aplicar a pessoas físicas condenadas, mas somente se determinado especificamente pelo tribunal, quando uma sentença de prisão de um ano ou mais é cominada nos casos de crimes de abuso do poder ou infração do dever funcional no que diz respeito à administração pública e, em todos os demais casos, em cominação de sentença de prisão de quatro anos ou mais.

Além disso, as sentenças criminais transitadas em julgado produzem efeitos nas esferas não-criminais. Conforme o Artigo 63 do Código de Processo Penal e o Artigo 584.II do Código de Processo Civil, uma sentença criminal pode exigir reparação civil a uma parte lesada, o que seria uma base válida para sua execução através de uma ação civil, após a sentença transitar em julgado.

4. ARTIGO 4: JURISDIÇÃO

4.1 Jurisdição Territorial

O Artigo 4.1 da Convenção estabelece que cada Parte "deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território." O Comentário 25 esclarece que "uma relação física ampla com o ato da corrupção" não é requerida.

A legislação criminal brasileira aplica-se aos delitos – incluindo corrupção de funcionário público estrangeiro – praticados dentro de seu território porque o Código Penal adota o princípio da territorialidade. O Artigo 5 do Código Penal dispõe que:

Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

O conceito de território, de acordo com a explicação fornecida pelas autoridades brasileiras, inclui não somente as terras existentes dentro das fronteiras do Brasil, mas também, por extensão, as aeronaves ou embarcações públicas, ou aquelas a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, e embarcações ou aeronaves particulares quando em alto-mar ou em espaço aéreo internacional. A legislação penal brasileira também se aplica a crimes cometidos em embarcações ou aeronaves estrangeiras quando em território brasileiro.

O lugar onde um crime é cometido é determinado de acordo com o Artigo 6 do Código Penal:

Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

Para que a jurisdição seja exercida, as autoridades brasileiras explicam que é suficiente que o crime tenha "tocado" o território brasileiro, e que para esta finalidade basta que parte da conduta criminal tenha ocorrido em território brasileiro, ou que o resultado tenha ocorrido em território brasileiro.

As autoridades brasileiras não fornecem exemplos de jurisprudência para ilustrar o quanto esta relação "parcial" teria que ser substancial para que a jurisdição seja exercida em caso de suborno.

No entanto, confirmaram que bastaria um telefonema, fax ou e-mail proveniente do Brasil para estabelecer a jurisdição sobre um crime de corrupção de funcionário público estrangeiro que geralmente ocorre em outro lugar. A utilização desses meios no Brasil para cometer um crime que é consumado no exterior é suficiente para fundamentar a jurisdição territorial, porque parte da ação terá ocorrido no Brasil.

4.2 Jurisdição de Nacionalidade/ Jurisdição Extraterritorial

O Código Penal de Brasil considera a jurisdição extraterritorial, incluindo a jurisdição de nacionalidade, em uma ampla série de casos. O Artigo 7º relaciona uma série de crimes sobre os quais a justiça brasileira tem jurisdição, mesmo que sejam cometidos no exterior¹³. Estes incluem crimes praticados por brasileiros, conforme o inciso II.b). Portanto, o Brasil tem jurisdição sobre seus nacionais que cometem o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro no exterior. Entretanto, parece que a expressão "praticado por brasileiro" não inclui residentes permanentes no Brasil que, ao contrário dos nacionais brasileiros, estão sujeitos a extradição.

As condições para estabelecer a jurisdição de nacionalidade são determinadas no Artigo 7º, inciso II, § 2º, que dispõe que:

Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;*
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;*
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;*
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;*
- e) Não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.*

As autoridades brasileiras explicaram que o modo pelo qual o autor de crime entra no Brasil, se forçada ou voluntariamente, ou por extradição, não é relevante para os fins do subparágrafo a).

O § 2º "b" estabelece que o ato deve ser "punível" também no país em que foi praticado. De acordo com o Comentário 26, "a exigência da dupla criminalidade deve ser considerada atendida se o ato for ilegal onde ocorreu, mesmo que sob um estatuto penal diferente". As autoridades brasileiras, confirmaram que, por exemplo, a corrupção de um funcionário público estrangeiro cometida no país desse funcionário por um nacional brasileiro, infringindo as leis daquele país contra a corrupção nacional, seria suficiente. Da mesma forma, se um nacional brasileiro corromper um funcionário público estrangeiro do país A enquanto está localizado no país B, a exigência será atendida desde que o ato constitua qualquer tipo de crime passível de punição no país B, porém a recíproca não é verdadeira.

Além da questão da dupla criminalidade, a palavra "punível" como usada no § 2º "b" incluiria a consideração de fatores substantivos tais como a disponibilidade de defesas, ou fatores processuais como por exemplo se a prescrição (para ação penal) expirou.

O § 2º e) exclui os casos em que foi concedido perdão no país onde o ato foi cometido, ou a sentença foi "eliminada" (por exemplo, porque o período de limitações para a execução da sentença expirou). As autoridades brasileiras explicaram que essas exigências decorrem do Artigo 5, inciso XL da Constituição, que estabelece o princípio de que a legislação criminal não é retroativa, a não ser para beneficiar o réu, e que a lei mais favorável ao réu será aplicada.

O § 2º "c") estabelece a exigência de que o crime seja passível de extradição sob a legislação brasileira. As autoridades brasileiras confirmaram que a corrupção de um funcionário público estrangeiro é um crime em que a extradição pode ser aplicada (ver 10.1/10.2 abaixo).

Não há outras pré-condições formais para o exercício da jurisdição de nacionalidade, tal como o consentimento ou autorização do Ministro da Justiça

¹³ O Artigo 7, §. 3 estabelece que a legislação brasileira se aplica a crimes cometidos por estrangeiros contra brasileiros no exterior, dependendo de certas condições, porém isto não parece relevante para o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro.

4.3 Procedimentos de Consulta

O Artigo 4.3 da Convenção requer que, quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um crime alegado descrito na Convenção, as Partes envolvidas devem, por solicitação de uma delas, se consultar para determinar a jurisdição mais apropriada para a ação penal.

De acordo com as autoridades brasileiras, não há nenhuma disposição expressa para o procedimento de consulta.

Entretanto, as autoridades brasileiras explicaram que o tratamento de tais casos dependerá da existência de um acordo bilateral ou multilateral estabelecendo a assistência jurídica recíproca e a extradição. A consulta é possível no âmbito destes acordos. O Brasil possui também um sistema de consulta e cooperação direta com alguns Estados entre as respectivas autoridades centrais. O Brasil confirmou que não existe obstáculo legal para consulta a todas as Partes da Convenção, seja por meio de um acordo, por consulta direta, ou uso dos canais diplomáticos

4.4 Análise das Bases da jurisdição

O Brasil acredita que seu sistema de jurisdição é eficaz, dispondo tanto sobre jurisdição territorial quanto aos crimes praticados apenas parcialmente no território brasileiro quanto aos que produzem ou pretendem produzir resultados no território brasileiro, e também jurisdição sobre os nacionais brasileiros que praticarem crimes no exterior

5. ARTIGO 5. EXECUÇÃO

O Artigo 5º. da Convenção determina que a investigação e a abertura de processo por corrupção de um funcionário público estrangeiro “estarão sujeitos às regras e princípios aplicáveis de cada Parte”. Requer também que cada Parte assegure que a investigação e a abertura de processo por corrupção de um funcionário público estrangeiro “não serão influenciadas por considerações de interesse econômico nacional, pelo efeito potencial sobre as relações com outros Estados ou pela identidade de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas”.

5.1 Normas e Princípios Relativos a Investigações e Abertura de Processos

Não há qualquer regra ou princípio especial que governe as investigações e a abertura de processos por corrupção de funcionários públicos estrangeiros. A investigação e a abertura de processo deste crime são iniciadas, suspensas e concluídas conforme as regras gerais determinadas no Código de Processo Penal.

De acordo com *O Sistema da Justiça Criminal — Brasil* de Pedro Scuro Neto, Ph.D ¹⁴, a polícia é responsável por determinar e empreender a investigação, selecionar os casos para abertura de processo, e notificar o réu das acusações; o Ministério Público então receberá o processo e decidirá se prosseguirá com o mesmo, ou se encaminhará o caso de volta à polícia para investigação suplementar.

As autoridades brasileiras explicaram que a investigação policial é um procedimento administrativo e informativo por natureza.

O Brasil esclarece que, em conformidade com o Código de Processo Penal, o processo criminal tem duas etapas: uma “etapa preparatória” na qual a polícia conduz as investigações, e uma “etapa processual” envolvendo o promotor público, o acusado e o tribunal. O ato que tem o efeito de transferir o caso da etapa “preparatória” para a “processual” é o recebimento pelo tribunal do libelo inicial de acusação ou “acusação” onde a Promotoria Pública

¹⁴ Esta informação foi obtida no seguinte site: <http://www.conjunturacriminal.com.br/biblioteca/Brazil%20-%20Criminal%20Justice%20System.htm>

apresenta a denúncia. Esta etapa é exigida pelo Artigo 24 para “crimes envolvendo ação pública”, o que abrange crime de corrupção de funcionário público estrangeiro. A “acusação” deve conter um relato detalhado dos fatos e da conduta do acusado que constitui o crime em questão.

O Artigo 24 também faz referência à necessidade de requisição pelo Ministério da Justiça ou de representação do ofendido antes da “acusação”. As autoridades brasileiras esclareceram que essas exigências não se aplicam ao crime de corrupção de funcionário público estrangeiro, mas apenas a categorias limitadas de crime em que a acusação está condicionada aos interesses da vítima que está sendo representada.

No Brasil, a polícia e a Promotoria Pública estão obrigados em princípio a iniciar um inquérito em caso de crime. Segundo o Artigo 5º., o inquérito policial será iniciado *ex officio* ou por solicitação das autoridades judiciárias, da Promotoria Pública, ou do ofendido (ou seu representante autorizado) para os “crimes de ação pública (que incluem o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro).

Na forma do Artigo 5º. §. 3, qualquer pessoa pode informar à polícia sobre um delito criminal que esteja sujeito a ação pública, e a polícia, após verificar a fonte da informação, determinará o início da inquérito. O Artigo 17 dispõe que a polícia não poderá determinar o encerramento dos registros de uma investigação.

Além disso, o Artigo 42 parece estabelecer o princípio da abertura obrigatória de processo.

As autoridades brasileiras esclarecem que o arquivamento do processo criminal somente poderá ocorrer por solicitação de um juiz. Acrescentam que somente a Promotoria Pública pode requerer ao juiz o encerramento de uma investigação policial: a Promotoria Pública é o órgão responsável pelo processo, e portanto deverá verificar se existem elementos suficientes. O Artigo 28 estabelece que se o juiz considerar improcedentes as razões invocadas para a solicitação de encerramento, remeterá o inquérito ao procurador-geral, e este oferecerá a “denúncia” (ou designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la), ou ainda insistirá no pedido de arquivamento, que o juiz será obrigado a atender.

Em conformidade com o Artigo 43, uma "denúncia" ou "queixa" será rejeitada quando o fato narrado não constituir obviamente crime (inciso I), quando já estiver extinta a punibilidade, por prescrição ou outra causa (inciso II), ou quando a “denúncia” ou “queixa” for apresentada por autoridade não competente, ou faltar alguma condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. (inciso III) ¹⁵.

Com base nas explicações oferecidas pelas autoridades brasileiras, parece que "a condição exigida pela lei" se refere a questões como legitimidade e interesse na acusação; a apresentação de “causa justa” (quantidade mínima de provas conclusivas com relação aos fatos e à pessoa); qualquer exigência de dupla criminalidade, e a disponibilidade de um juiz com competência.

As autoridades brasileiras explicam que os fatores relacionados no Artigo 43 também regeriam, na prática, as decisões para solicitar o arquivamento de uma investigação, e a decisão do Procurador Geral com relação a qualquer dessas solicitações. A solicitação de arquivar um inquérito com base em considerações de interesse público seria, segundo elas, inadequada, e tendo em vista o Artigo 93 XI da Constituição que estipula que qualquer decisão legal ou administrativa precisa ser adequadamente fundamentada, o arquivamento ou suspensão arbitrários dos processos constituem apenas uma possibilidade remota.

Segundo o Artigo 366, o processo será suspenso se o acusado devidamente convocado não comparecer e não constituir um advogado. ¹⁶

¹⁵ Entretanto, em conformidade com o parágrafo único desse mesmo artigo, a rejeição do caso na forma do § III não evitará o processo criminal quando for oferecido por autoridade competente, ou quando as condições forem satisfeitas. .

¹⁶ Segundo o Artigo 366, parece que o prazo prescricional também fica suspenso durante a suspensão do processo..

A decisão de arquivar um inquérito policial não está, de acordo com as autoridades brasileiras, sujeita a recurso, mas caso surja alguma nova prova o inquérito deverá ser retomado, e a Promotoria Pública deverá intentar um novo processo se novas provas forem realmente apresentadas.

Existe um procedimento previsto pelo Artigo 29 do Código de Processo Penal mediante o qual, quando, em um processo público, a acusação não tenha proposto o arquivamento do caso, nem tenha oferecido “denúncia” dentro de um determinado prazo, o ofendido poderá iniciar um processo, com relação ao qual a Promotoria Pública continuará a ter determinadas obrigações.

De acordo com *O Sistema da Justiça Criminal - Brasil* a legislação não prevê acordo para redução da pena, mas nas principais jurisdições, este tipo de acordo já tem ocorrido antes do julgamento, através de negociação entre o promotor e o advogado de defesa do acusado para que este se declare culpado em troca de uma sentença mais curta, sem que um juiz seja envolvido.

Essa prática não foi confirmada pelas autoridades brasileiras. Elas esclarecem que a redução ou o cancelamento da pena estão previstos em determinadas circunstâncias estabelecidas pelas leis relativas a lavagem de dinheiro, organizações criminosas e proteção a vítimas e testemunhas, mas que tal procedimento não se aplica ao crime de corrupção de funcionário público estrangeiro.

A legislação brasileira também prevê a suspensão condicional (também denominada “sursis”) nos casos onde a pena mínima é igual ou inferior a um ano, que pelo menos em princípio poderia aplicar-se à corrupção de funcionário público estrangeiro. Quando o acusado não tiver sido condenado por outro crime e estando presentes determinados requisitos, a Promotoria Pública poderá requerer que o tribunal suspenda o processo por dois a quatro anos, sob determinadas condições estabelecidas pelo tribunal. Segundo o Artigo 89, § 1, da Lei No. 9.099 de 1995, as condições legais para a referida suspensão são, em essência, que o agente compensará os danos quando possível; que o agente ficará proibido de freqüentar certos lugares e de se ausentar da localidade do crime sem autorização do tribunal; e que o agente deverá apresentar-se pessoalmente perante o tribunal. Se o agente não cumprir com essas exigências, o tribunal poderá revogar a suspensão e o processo será devolvido à Promotoria Pública para que ela dê prosseguimento ao feito. Os tribunais interpretaram a exigência de pena mínima de maneira restritiva, de forma a excluir a aplicação da suspensão nos casos em que as acusações acarretam penas cumulativamente maiores.

5.2 Considerações tais como Interesse Econômico Nacional

As autoridades brasileiras informam que a legislação penal brasileira não aceita interesses políticos ou econômicos como justificativa para não processar. Indicam que as autoridades da ação penal são totalmente independentes, e que somente as normas legais são relevantes para a sua decisão. Os outros fatores relacionados no Artigo 5o., tais como interesse econômico nacional, o efeito potencial sobre as relações com outro Estado ou a identidade das pessoas físicas ou jurídicas envolvidas podem não ser relevantes como considerações na investigação e na ação penal em casos de corrupção de funcionário público estrangeiro

6. ARTIGO 6 PRESCRIÇÃO

O Artigo 6 da Convenção estabelece que qualquer regime de prescrição aplicável ao delito de corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá prever um período de tempo adequado para a investigação e abertura de processo sobre o delito

No Brasil, o prazo prescricional é de doze anos no caso do crime de corrupção de funcionário público estrangeiro. O prazo é o mesmo para corrupção de funcionário público brasileiro. Segundo o Artigo 109 do Código Penal, a prescrição regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime: quanto maior o tempo

de prisão, maior o prazo de prescrição. No caso dos crimes para os quais o máximo da pena é superior a 4 anos e não excede a 8 anos, o prazo de prescrição previsto no Artigo 109, inciso III, é de doze anos.

A corrupção de funcionário público estrangeiro está nesta categoria de crimes

O Artigo 111 estabelece que a prescrição começa a correr "do dia em que o crime se consumou". As autoridades brasileiras confirmaram que para o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro, a prescrição começa a correr do dia em que a oferta, a promessa ou o presente de um suborno (de uma vantagem indevida) são feitos. No caso de uma tentativa, começa a correr "do dia em que cessou a atividade criminosa."

O Artigo 116, inciso I, estabelece que a prescrição não corre enquanto "*não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime*".

As autoridades brasileiras explicaram que isto se refere a questões fundamentais que precisam ser estabelecidas em um outro tribunal antes que fique claro que o crime foi cometido (por exemplo, a validade do casamento em caso de bigamia). Não se aplica aos casos de corrupção de funcionário público estrangeiro.

Na forma do inciso II, a prescrição não corre enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. Se o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, o Artigo 366 do Código de Processo Penal estabelece que o processo seja suspenso. O prazo prescricional também é suspenso durante esse período. O curso do prazo prescricional é interrompido sob certas circunstâncias. O Artigo 117 dispõe que:

O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II – pela pronúncia;

III -- pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV – pela sentença condenatória recorrível;

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena.

Parágrafo 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles .

Parágrafo 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção .

Ao contrário de outros artigos, esta parte do Artigo 117 não distingue se cada inciso se aplica ao prazo de prescrição para a ação penal (isto é, antes da sentença transitar em julgado) ou à execução de uma sentença (isto é, após a sentença transitar em julgado). Contudo, as autoridades brasileiras confirmaram que os incisos I ao IV são aplicáveis ao prazo de prescrição para o início da ação penal, enquanto os incisos V e VI interrompem o curso da prescrição para a execução da sentença.

Segundo o parágrafo 2º, um novo prazo prescricional começa a correr após cada interrupção (exceto com relação ao inciso V) e assim, para um crime de corrupção de funcionário público estrangeiro, um novo período de doze anos começa a correr do dia da "denúncia" ou "pronúncia", etc.

As autoridades brasileiras também citam a possibilidade de que a prescrição possa ser "alterada de acordo com a cominação tangível da pena pelo juiz". Isto se refere ao chamado período retroativo da prescrição, pelo qual,

segundo o Artigo 110 do Código Penal, a prescrição para a execução da sentença será determinada pela duração da pena realmente cominada.

Não existem prazos obrigatórios para a realização de investigações e abertura de processos.

7. ARTIGO 7: LAVAGEM DE DINHEIRO

O Artigo 7 da Convenção estabelece que se uma Parte tornou o delito de corrupção de seu próprio funcionário público um delito antecedente para fins 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.

Os Crimes de Lavagem de Dinheiro

A corrupção de um funcionário público brasileiro e estrangeiro é crime antecedente para os fins da legislação brasileira sobre lavagem de dinheiro no Brasil em virtude da Lei No. 9.613 de 3 de março de 1998, conforme emendado pela Lei No. 10.467 de 2002. O Artigo 1º define os crimes de lavagem de dinheiro como abaixo:

Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime.:

.....

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

.....

.....

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).

Além disso, os parágrafos 1º e 2º do mesmo Artigo dispõem que:

Parágrafo 1º - Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - os converte em ativos lícitos ;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Parágrafo 2º - Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo ;

.....

A corrupção de um funcionário público brasileiro é um "crime contra a administração pública" e o crime de corrupção de um funcionário público estrangeiro sob o Artigo 337-B do Código Penal está no capítulo dos "crimes praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira". Também, da mesma forma como os crimes

definidos nos parágrafos 1º e 2º se referem a "crimes referidos neste artigo", os crimes de corrupção de funcionário público brasileiro e estrangeiro se qualificam como crimes antecedentes para todos os crimes de lavagem de dinheiro conforme definidos no Artigo 1 da Lei No. 9.613 de 1998.

As autoridades brasileiras explicaram que não existe, em princípio, razão para que um crime de corrupção de funcionário público estrangeiro em relação ao qual uma pessoa jurídica tenha sido processada, condenada, etc. sob outra jurisdição (isto é, numa jurisdição que admite a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas) não possa ser qualificado como um crime antecedente para a lavagem de dinheiro na forma do artigo 1º, embora não existam processos sobre esta questão.

O termo "bens, direitos ou valores" tem um amplo escopo e, de acordo com as autoridades brasileiras, sua interpretação inclui todos os tipos de bens pecuniários, tangíveis ou não.

Como cada crime se refere a lavagem de bens, etc.. "provenientes do" ou "decorrentes do" crime antecedente, parece que quando o crime antecedente é o de corrupção de estrangeiro (isto é, corrupção ativa), a lavagem dos produtos de um suborno (produto) estaria incluída. Quanto ao próprio suborno (ou seja, a instrumentalidade), ainda estaria incluído, de acordo com as autoridades brasileiras, como seria o produto de um crime de corrupção passiva concomitante.

A definição dos crimes de lavagem de dinheiro sugere que os crimes abrangem tanto a lavagem dos produtos provenientes/derivados de um crime antecedente praticado pelo agente ("auto-lavagem"), como por uma terceira pessoa.

Os crimes no parágrafo principal e no parágrafo 1º não se referem ao estado mental do agente, enquanto o parágrafo 2º, inciso I requer que o autor "saiba" que os bens, etc. são provenientes "do crime referidos neste artigo". De acordo com as autoridades brasileiras, o estado mental previsto no parágrafo 2.1 (ou seja, "saiba") é parte da definição intrínseca do próprio crime. Não inclui os casos onde o agente simplesmente acreditava, ou estava conscientemente cego, porém não sabia que os bens, etc. provinham de crime antecedente. O padrão é o mesmo aplicável a crimes de receptação criminoso, para os quais existe jurisprudência. De acordo com esses casos, "é preciso que o agente tenha conhecimento da origem criminoso da coisa adquirida; não basta que tenha dúvidas sobre essa origem."¹⁷

O "conhecimento" não precisa ser conhecimento do crime antecedente específico (isto é, corrupção de estrangeiro), mas pode ser de qualquer um dos crimes antecedentes relacionados. O estado mental exigido para outros crimes de lavagem de dinheiro sob o Artigo 1 é, de acordo com as autoridades brasileiras, o mesmo.

Conforme o Artigo 2º, o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes, ainda que praticados em outro país. Conforme o parágrafo 1º do mesmo Artigo, apesar da denúncia ter que ser instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, os atos de lavagem de dinheiro sob o Artigo 1º são puníveis, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime. As autoridades brasileiras confirmaram que não é necessária a condenação pelo crime antecedente para acusar alguém de crime de lavagem de dinheiro.

O Artigo 2 prevê a abertura de processo por crimes "ainda que praticados em outro país" As autoridades brasileiras declararam que não tinham notícia de precedente judicial em que tenha ou não havido distinção quanto ao local do crime antecedente ou quanto à exigência de dupla criminalidade.

A pena para os crimes na forma o Artigo 1º é de prisão por três a dez anos e multa. A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do Artigo 14 do Código Penal (parágrafo 3º).

¹⁷ Tribunais do Estado de Mato Grosso do Sul, Relator Rui Garcia Dias, na Revista dos Tribunais 619, pág. 347.

Na forma do parágrafo 4º, a pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI, se o crime for “cometido de forma habitual” ou por intermédio de organização criminosa. Como o crime antecedente de corrupção doméstica é previsto no inciso V e corrupção de estrangeiro no inciso VIII, este aumento nas penas é aplicável quando o crime antecedente é corrupção doméstica, mas não quando é de corrupção de estrangeiro. As autoridades brasileiras explicaram que, de acordo com as estatísticas existentes, ficou demonstrado que os crimes sob os incisos I a VI são freqüentes, e apresentavam um padrão constante que requeria a aplicação de penas adicionais como questão de política geral dissuasiva. Fica aberta às autoridades a possibilidade de introdução das mesmas penas adicionais para crimes de corrupção de estrangeiro quando contarem com novas estatísticas sobre a ocorrência desses crimes, porém no momento atual não há experiência suficiente para fundamentar tal decisão.

Segundo o parágrafo 5º, a pena pode ser reduzida de um a dois terços (ou pode assumir formas menos pesadas ¹⁸) se o autor, ou um cúmplice, colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, etc. objeto do crime.

A Lei No. 9.613/98 estabelece ainda a apreensão e o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado (Artigos 4 e 7) antes do julgamento. Além disso, os bens, etc. resultantes de crimes antecedentes praticados no exterior podem ser apreendidos, por solicitação de autoridade estrangeira competente, com base em tratado/convenção de reciprocidade relevante (Artigo 8).

Obrigação de Informar

A Lei No. 9.613/98 estabelece um regime de exigências para identificação de clientes, manutenção de registros, e comunicação de transações volumosas ou suspeitas, e relaciona as categorias de instituições às quais as regras se aplicam.

Essa lei também criou o Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF) ligado ao Ministério da Fazenda, órgão de informações financeiras com a função de administrar o atendimento dessas obrigações por parte de entidades que não estão sob a jurisdição de algum outro órgão regulador.

O Artigo 9º enumera as categorias de instituições sujeitas a essas obrigações, incluindo obrigações de fornecer informações. Essas categorias incluem entidades que tenham como atividade principal ou acessória, a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro, as bolsas de valores e bolsas de mercadorias ou futuros, as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização, as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços, as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos, as empresas de arrendamento mercantil (leasing) e as de fomento comercial (factoring), administradores de loterias, as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis, as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades. A lista não inclui as profissões que têm determinadas funções nas atividades financeiras realizadas por tais entidades, como advogados, contadores e consultores fiscais.

O Artigo 10 requer que as entidades mencionadas no Artigo 9º identifiquem seus clientes e mantenham registro das transações que ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas, durante o período mínimo de cinco anos.

O Artigo 11 estabelece a exigência de comunicação de transações suspeitas, etc.

¹⁸ Outras formas menos pesadas incluem a substituição da pena pela restrição de direitos.

Na forma do Artigo 11, as entidades mencionadas no artigo 9 dispensarão especial atenção às operações que possam constituir-se em “sérios indícios” dos crimes previstos no Artigo 1º, ou com eles relacionar-se, e deverão comunicar às “autoridades competentes” a operação (inclusive sua proposta). As entidades também estão obrigadas a comunicar às “autoridades competentes” sobre grandes transações.

De acordo com o parágrafo 3º, a “autoridade competente” que deve receber esses relatórios é a agência reguladora relevante, ou o COAF, no caso de entidades que não estão ligadas a uma autoridade reguladora específica.

O Artigo 12 estabelece as sanções administrativas a serem aplicadas pelas “autoridades competentes” às pessoas jurídicas e aos seus administradores que deixem de cumprir as obrigações previstas. Estas são: advertência, multa [de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido (ou que presumivelmente seria obtido) pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00¹⁹] inabilitação temporária para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas sujeitas às obrigações, e cassação da autorização para operação ou funcionamento

8. ARTIGO 8. CONTABILIDADE

O Artigo 8 da Convenção estabelece que cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias, no âmbito de suas leis e regulamentos sobre manutenção de livros e registros contábeis, divulgação de declarações financeiras, e sistemas de contabilidade e auditoria, para proibir o estabelecimento de contas falsas ou fraudulentas e a criação de documentos e registros com o propósito de corromper funcionários públicos estrangeiros ou ocultar tal corrupção. A Convenção também exige que cada Parte deverá prover penas efetivas, proporcionais e dissuasivas por tais omissões e falsificações

8.1.1/8.2.1/8.3.1 Livros e Registros/ Exigências Contábeis

Há duas legislações sobre contabilidade no Brasil, para empresas e para a profissão de contador, respectivamente. A Lei das Sociedades Anônimas No. 6.404 aplica-se a todas as empresas, independente do fato de que suas ações sejam ou não negociadas do mercado aberto. As empresas com ações na bolsa também são regidas pelas normas da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Outras empresas são abrangidas pela Lei 10.406 de 2002 (Código Civil, Livro II, Capítulos III e IV, artigos 1.177 a 1.195). A profissão de contador é regida pelas normas do seu órgão profissional, o Conselho Federal de Contabilidade (CFC), que controla os contadores mas não as empresas.

Sobre a manutenção de livros e registros, o art. 177 da Lei 6404 dispõe que a escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e aos “princípios de contabilidade geralmente aceitos”.

O art. 1.179 do Código Civil obriga o empresário e a sociedade empresária a seguir um sistema de contabilidade com base escrituração uniforme de seus livros. O art. 1.180 classifica como indispensável o livro diário. Pela Resolução No. 563 de 28 de outubro de 1983, a CFC aprovou a Norma Brasileira de Contabilidade T2 que requer um sistema de escrituração uniforme para transações administrativas e comerciais com base em um livro diário e um razão, através de processo manual, mecanizado ou eletrônico

O Brasil confirmou que essas disposições não contêm uma proibição expressa do estabelecimento de contabilidade de caixa-dois, ou de atividades previstas no Artigo 8 da Convenção. Entretanto, citam a Lei No. 7.492/86 que prevê sanção de prisão e multa para qualquer pessoa que “Art.11. Mantiver ou transferir recursos ou valores paralelamente às exigências de escrituração legal: Sanção –Prisão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e multa.”

¹⁹ Em março de 2003, 1 real brasileiro estava cotado em 0,29 dólares americanos/0,27 euros. Portanto, 200.000 reais são aproximadamente 58.000 dólares americanos/54.000 euros.

As autoridades brasileiras também citam os Artigos 153 e 154 da Lei de Sociedades por Ações, que estabelecem determinados padrões de conduta para seus administradores, mas não estabelecem essa proibição específica. O Artigo 158 dessa mesma lei prevê que os administradores respondem civilmente pelos prejuízos que causarem quando atuarem dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, ou com violação da lei.

O Brasil cita várias outras leis que poderiam tratar da proibição de contas de caixa-dois. Conforme o Artigo 1º da Lei No. 4.729/1965, falsificações com a intenção de sonegar impostos ou defraudar o Erário, por meio da introdução de elementos inexatos ou omissão de renda ou transações nos documentos ou livros exigidos pela lei fiscal, fornecendo ou emitindo documentos falsos, alterando ou aumentando despesas, ou alterando faturas ou outros documentos relacionados a transações comerciais, etc. constitui crime de evasão fiscal punível com privação da liberdade de 6 meses a 2 anos e multa de dois a cinco vezes o valor do imposto. Conforme o Artigo 1º da Lei No. 8.137 de 1990, constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante omissão de informação, ou prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias, introdução de elementos inexatos, ou omissão de operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal, falsificação ou alteração de fatura ou qualquer outro documento relativo à operação tributável, elaboração, distribuição, fornecimento, emissão ou utilização de documento que saiba ou deva saber falso ou inexato, etc, punível com reclusão de dois a cinco anos e multa. Estas proibições e penas estão restritas a falsificações com propósito fiscal. As penas cominadas pela Lei No. 4.728/65 e a Lei No. 8.137 de 1990 se aplicam a todas as pessoas físicas.

Conforme o Artigo 72 da Lei No. 4.728/1965, as empresas sujeitas à regulação dos mercados de capitais são proibidas de gravar, produzir, reproduzir, etc. documentos da empresa (por exemplo, documentos representando ações) sem autorização por escrito e assinados pelos representantes legais competentes. De acordo com o Brasil, a pena para violação desta disposição é a privação da liberdade de 1 a 4 anos. Entretanto, sua aplicação é limitada às empresas cadastradas que usam os mercados de capitais e às empresas que participam do sistema de distribuição e intermediação de valores mobiliários, e, além disso, não contempla diretamente a proibição de contas de caixa-dois

O Artigo 188 do Decreto-Lei No. 7.661/45 determina que "devedores" não declarem informações financeiras falsas. Por exemplo, ele proíbe simulação de capital para obtenção de maior crédito, simulação de despesas de dívidas e de perdas, falsificação material da escrituração, alteração da escrituração verdadeira, omissão, na escrituração, de lançamento que dela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela devia ser feito, destruição, inutilização, ou supressão dos livros obrigatórios. A pena para sua violação é a reclusão por 1 a 4 anos. Entretanto, a aplicação deste Decreto-Lei é limitada somente ao caso de falência

Além disso, determinadas disposições do Código Penal aplicam-se à geração ou criação de documentos falsos ou documentação subjacente de apoio. O Artigo 297 dispõe que falsificar, no todo ou em parte, um "documento público", ou alterar um "documento público verdadeiro" é punível com reclusão de 2 a 6 anos, e multa.

Conforme o parágrafo 2º do Artigo 297, determinados documentos equiparam-se a "documento público", inclusive os "livros contábeis". O Artigo 298 prevê pena de reclusão de 1 a 5 anos para tais atos com relação a "documento particular". Além disso, o Artigo 299 penaliza a omissão "em documento público ou particular" de declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar o direito, criar ou alterar a verdade sobre "fato juridicamente relevante".

As penas são reclusão de 1 a 5 anos e multa, com relação a um "documento público", e reclusão de 1 a 3 anos e multa, em se tratando de um "documento particular". Além disso, o Artigo 304 se aplica ao uso de todos os documentos falsificados ou alterados mencionados nestes artigos. As penas são equivalentes àquelas por falsificação e alteração prescritas em artigos pertinentes. As autoridades brasileiras afirmam que estas disposições se aplicam a todos os tipos de empresas, mas apenas as pessoas físicas estão sujeitas às penas criminais (ver discussão em 2.1 "Responsabilidade Criminal").

Quanto aos contadores, o Artigo 24 da Resolução CFC de No. 825, de junho de 1998, considera violação dos padrões de conduta profissional “transgredir um dos Princípios Fundamentais de Contabilidade e as Normas Brasileiras de Contabilidade”, bem como “praticar, no exercício da atividade profissional, ato que a lei define como crime ou contravenção”. As penas variam de multa a suspensão e possível cancelamento do registro profissional.

8.1.2/8.2.2/8.3.2 Auditoria e Auditores

A Lei No. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários, requer no seu Artigo 26 que as demonstrações financeiras de companhias abertas e das outras empresas que integram o sistema de distribuição e intermediação de valores mobiliários e regulamentadas pela CVM, sejam auditadas. As auditorias somente poderão ser realizadas por empresas de auditoria contábil ou auditores contábeis independentes, registrados na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Esses auditores estão sujeitos às normas da CVM e do CFC, e também do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (IBRACON) no que se refere à sua conduta profissional.

De acordo com as autoridades brasileiras, a rotação dos auditores é uma exigência obrigatória, com base em sua opinião de que serviços de auditoria prestados ao mesmo cliente por um longo período podem prejudicar a qualidade do controle ou a independência dos auditores. O Artigo 31 da Instrução Normativa No. 308 da CVM, de 14 de maio de 1999, proíbe a prestação de serviços ao mesmo cliente por mais de cinco anos consecutivos, e requer um intervalo de três anos antes da recontração. Esta regra é aplicável somente aos auditores externos independentes de empresas abertas e demais entidades sob a regulação da CVM. A Instrução Normativa da CVM tem força legal no âmbito do mercado de valores mobiliários. As autoridades brasileiras informam que o Banco Central do Brasil adota o mesmo procedimento para as instituições financeiras.

Na forma do Artigo 11 da Lei No. 6.385/1976, a CVM poderá impor penas, incluindo advertências, multas, a suspensão ou cancelamento da autorização ou registro, aos auditores e firmas de auditoria que infringirem a Lei No. 6.385/1976, a Lei de Sociedades por Ações ou outras leis ou regulamentos pertinentes, o que, de acordo com as autoridades brasileiras, inclui os casos de infração das regras jurídicas e reguladoras que governam o mercado de valores mobiliários, realização de auditoria incompetente ou fraudulenta, falsificação de informações, ou retenção de informações que devam ser divulgadas.

As normas sobre a independência dos auditores, aprovadas pelo CFC em sua Resolução No. 821/97, vedam a execução pelo auditor de trabalho de auditoria em qualquer entidade com a qual tenha, com relação a essa entidade ou suas empresas associadas, subsidiárias, empresas controladoras ou integrantes do mesmo grupo econômico, vínculo de parentesco consanguíneo com administradores ou acionistas, relação de trabalho recente, interesse financeiro direto ou indireto, ou qualquer outra função ou cargo que possa gerar um conflito de interesses. As autoridades brasileiras explicaram que, além disso, é vedada ao auditor a possibilidade de adquirir ou possuir títulos ou valores mobiliários da entidade auditada. A Instrução CVM No. 308/99 proíbe a prestação de determinados serviços de consultoria a empresas clientes de auditoria.

As Instruções nº 381 e 386 da CVM obrigam as entidades por ela reguladas a divulgar em seus relatórios os honorários pagos aos auditores pelos serviços que não sejam de auditoria e a sua proporção em relação aos honorários pagos ao mesmo auditor por serviços de auditoria.

De acordo com as autoridades brasileiras, o auditor independente deve agir no sentido de desvendar fraudes e erros que afetem significativamente as demonstrações contábeis da empresa auditada, e é obrigado a comunicá-los aos administradores, além de sugerir medidas corretivas. Este parece ser um teste de materialidade. Além disso, não existe obrigatoriedade expressa para que o auditor comunique suspeita de atividade criminal às autoridades de inquérito/ação penal.

Quanto às organizações registradas na CVM, o parecer do auditor independente deverá ser publicado juntamente com as demonstrações financeiras conforme o Artigo 133 da Lei no. 6.404, e Instrução CVM No. 202/93 e alterações posteriores.

9. ARTIGO 9: ASSISTÊNCIA JURÍDICA RECÍPROCA

O Artigo 9.1 da Convenção estabelece que cada Parte deverá, tanto quanto possível, prestar “pronta e efetiva assistência jurídica” com relação à condução de investigações e processos criminais, e condução de processos não criminais contra uma pessoa jurídica, que estejam no escopo da Convenção

Além das exigências do Artigo 9.1 da Convenção, há duas exigências adicionais no que diz respeito a matéria criminal. Segundo o Artigo 9.2, quando uma Parte condiciona a assistência jurídica recíproca à existência de dupla criminalidade, esta será considerada existente se o delito para o qual a assistência é solicitada estiver no escopo da Convenção. Ademais, o Artigo 9.3 estabelece que uma Parte não poderá recusar-se a prestar assistência mútua jurídica sob a alegação de sigilo bancário

9.1 Leis, Tratados e Acordos que Permitem a Assistência Jurídica Recíproca

9.1.1 Matéria Criminal

Geralmente, a capacidade de prestar assistência jurídica recíproca conforme a legislação brasileira depende da existência de um acordo bilateral ou multilateral para este fim com o país em questão. O Brasil possui 27 acordos bilaterais, incluindo os que ainda estão em negociação.

As autoridades brasileiras esclareceram que o Ministério da Justiça está elaborando uma Lei sobre a questão da assistência jurídica recíproca, o que permitiria que o Brasil possa oferecer essa ajuda a um país com o qual não possui acordo de AJR, apenas com base na reciprocidade.

As autoridades brasileiras explicaram que o Artigo 9º. da Convenção é auto-aplicável no Brasil porque não requer, para que tenha efeito, a promulgação de uma lei penal. Assim, a própria Convenção fornece a base suficiente para assegurar assistência jurídica, desde que haja reciprocidade. A existência de um acordo bilateral ou multilateral com outra Parte facilita o processo, mas não tem implicações no que tange à substância do pedido.

O Brasil participa de inúmeros acordos de assistência multilateral recíproca, e celebrou tratados bilaterais sobre cooperação jurídica internacional com Argentina, Bélgica, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Portugal e Japão. Estão sendo concluídos tratados bilaterais com Austrália, Áustria, Bulgária, Canadá, Alemanha, Grécia, Hungria, Luxemburgo, Nova Zelândia, Polônia, Espanha, Suíça e Reino Unido.

Os tratados de assistência jurídica recíproca abrangem normalmente a recepção e produção de provas, tais como tomada de depoimentos de suspeitos e testemunhas, realização de perícias e exames de pessoas, bens e lugares; fornecimento de documentos, registros e bens; localização ou identificação de bens e pessoas; medidas cautelatórias sobre bens, tais como a busca e apreensão, e transferência de bens confiscados.

9.1.2 Matéria Não Criminal

No que tange à disponibilidade de assistência jurídica recíproca, com ou sem um acordo formal, para processos não-criminais contra pessoa jurídica, como os tipos de processos administrativos descritos acima relacionados com os Artigos 2 e 3 da Convenção, as autoridades brasileiras explicaram que na prática, na maioria dos casos, haveria uma pessoa envolvida contra quem poderia ser apresentada uma acusação criminal, porém não haveria motivo para que a cooperação também não ocorresse com relação a processos civis.

Entretanto, não há até o presente momento uma clara indicação sobre como o Brasil poderia buscar provas localizadas no exterior com relação ao seu próprio processo administrativo contra pessoa jurídica envolvida em corrupção de estrangeiro.

9.2 Dupla Criminalidade

A exigência ou não da dupla criminalidade depende da redação do acordo em questão: alguns dos acordos do Brasil não contêm tal exigência, enquanto em outros esta é uma condição expressa²⁰. As autoridades brasileiras explicaram que a exigência da dupla criminalidade tem sido amplamente interpretada, nos casos em que esta existe, ela é satisfeita mesmo quando o crime é caracterizado de maneira diferente, como o de corrupção nacional. Essas autoridades citam jurisprudência segundo a qual o necessário fator comum consiste em “oferecer ou dar a um funcionário público uma vantagem indevida para a execução das suas funções”.²¹ Assim, não há exigência para que a corrupção de funcionário público estrangeiro tenha de ser um crime previsto na legislação brasileira ou na legislação de outro país (ou que a Convenção teria de estar em vigor) no momento em que foi praticado.

9.3 Sigilo Bancário

O Brasil declara que não poderá recusar-se a prestar assistência jurídica recíproca em matérias criminais sob a Convenção com base no sigilo bancário

No Brasil, o sigilo bancário tem sido interpretado pelo Supremo Tribunal Federal como uma garantia constitucional conforme reza o Artigo 5º., incisos X e XII da Constituição Federal. Os bancos e outras instituições financeiras são especificamente obrigados a respeitar o sigilo dos negócios de seus clientes em obediência à Lei Complementar No. 105, de 10 de janeiro de 2001.

São permitidas entretanto exceções a esta regra, tanto pela jurisprudência como pelas disposições do mesmo estatuto.

As autoridades brasileiras explicam que a quebra do sigilo bancário depende de autorização legal e pode ser decretada somente nos casos onde haja elementos bem fundamentados para a suspeita da possível prática de delitos criminais. Exceto nos casos em que haja disposição expressa em contrário no estatuto, isto requer, em cada caso, a decisão de um juiz.

A Lei Complementar No. 105/2001 estabelece, no Artigo 1º, que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações e serviços prestados. Há dois tipos de exceção a esta regra. A primeira é a categoria de divulgações que, de acordo com o Artigo 1º, parágrafo 3º, “não constitui violação do dever de sigilo”.

Estas situações não requerem uma decisão judicial para autorizar a abertura do sigilo, mas não há nenhuma indicação sobre o nível de autoridade necessário para tomar a decisão de divulgar.

Estas situações incluem, sob o inciso IV, “a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa.” As autoridades brasileiras confirmaram que esta exceção permite que um funcionário da instituição financeira divulgue informações relativas a qualquer delito criminal, incluindo o de

²⁰ As autoridades brasileiras citam o Acordo Bilateral para Assistência Jurídica em Assuntos Criminais firmado com a França é exemplo de um acordo que impõe uma exigência de dupla criminalidade. Os acordos estabelecidos com os Estados Unidos, Itália e os países do MERCOSUL não contêm esta exigência.

²¹ Supremo Tribunal Federal. Relator Francisco Rezek, no Diário de Justiça da União de 5 de dezembro de 1997, págs. 63,903-63,904).

corrupção de funcionário público estrangeiro, se a informação for sobre "operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa"

A segunda categoria de exceção à regra geral é descrita no Artigo 1º, parágrafo 4º, que dispõe que: "*A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:.....VI. – contra a Administração Pública.*"

Esta disposição abrangeria claramente os casos em que o crime para o qual a assistência jurídica foi solicitada, seja um crime de corrupção de um funcionário público brasileiro, que é um crime contra a Administração Pública. Embora o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro seja "um ato ilegal", não há nenhuma menção expressa de crimes contra a administração pública estrangeira na relação dos crimes relevantes. Contudo, as autoridades brasileiras explicaram que o rol é ilustrativo, mas não exaustivo, e que seria possível obter uma ordem para quebra de sigilo bancário em caso de corrupção de funcionário público estrangeiro.

O Supremo Tribunal Federal também decidiu, no contexto de corrupção, que "o sistema jurídico constitucional...autoriza a quebra do sigilo bancário por meio de autorização legal antecipada, quando a necessidade da medida se justifica com a finalidade de uma investigação criminal ou levantamento de fatos em processos criminais. Quebrar o sigilo bancário não é ilegal quando devidamente determinado pela autoridade jurídica competente, com base na necessidade de determinar a origem do dinheiro oferecido como suborno no delito criminal de corrupção ativa." ²²

De qualquer forma, as autoridades brasileiras esclarecem que uma ordem de quebra de sigilo bancário requer a demonstração de "interesse público relevante" e "um fato que estabeleça, pelo menos em princípio, a existência de um crime." As autoridades brasileiras explicam que, no contexto da assistência jurídica recíproca, isto exigiria que o Estado solicitante apresentasse motivos bem fundamentados para a quebra de sigilo bancário. Um dos casos citados diz que "não há como alegar que a quebra de sigilo determinada por autoridade legal competente seja arbitrária e ilegal, se houver indícios suficientes da suposta ocorrência de crime sujeito a ação criminal pública, que esteja sendo investigado através de inquérito policial competente". ²³

De acordo com as autoridades brasileiras, os pedidos de quebra de sigilo bancário são processados da mesma maneira que os demais pedidos de assistência jurídica recíproca. Tais pedidos em geral requerem autorização judicial, como ocorreria para finalidades judiciais nacionais, devido ao direito de sigilo tutelado pela Constituição. O Brasil confirmou que a sua legislação sobre sigilo bancário não restringe a capacidade que o Brasil possui de prestar assistência jurídica recíproca a outras Partes da Convenção.

A redação do texto indica que uma ordem judicial para quebra de sigilo bancário não seria concedida em caso de processos não criminais contra pessoa jurídica. De acordo com as autoridades brasileiras, seria preciso haver ao menos um procedimento de investigação que justificasse a quebra do sigilo bancário.

10. ARTIGO 10: EXTRADIÇÃO

10.1/10.2 Extradicação por Corrupção de um Funcionário Público Estrangeiro/Base Jurídica para a Extradicação

O Artigo 10.1 da Convenção estabelece que a corrupção de um funcionário público estrangeiro deve ser considerada um delito passível de extradicação, segundo as leis das Partes e os tratados de extradicação celebrados entre

²² ROMS 10097/DF Relator Ministro Vicente Leal, 6ª Câmara, DJ: 15 de maio de 2000, pág. 00202

²³ Tribunal Superior Federal, Relator Felix Fischer, no *Diário de Justiça da União* em 14 de outubro de 2002, pág.240

elas. O Artigo 10.2 estabelece que se uma Parte, que condiciona a extradição à existência de um tratado sobre a matéria, receber uma solicitação de extradição de outra Parte com a qual não possui tratado de extradição firmado, “dever-se-á considerar esta Convenção como base jurídica para a extradição pelo delito de corrupção de um funcionário público estrangeiro.”

O Brasil declara que a corrupção de um funcionário público estrangeiro é um crime para o qual pode ser concedida extradição no âmbito de suas leis e tratados de extradição firmados com outras Partes à Convenção. A base jurídica para a extradição no Brasil, e as situações nas quais a extradição não poderá ser concedida, estão contidas na Lei No. 6.815 de 19 de agosto de 1980. O Artigo 76 dispõe sobre a regra geral que estabelece que a extradição pode ser concedida quando o Estado solicitante baseia seu pedido em um tratado²⁴, ou quando promete a reciprocidade ao Brasil.

Além disso, na ausência de um tratado, o Brasil confirma que consideraria a Convenção como a base jurídica para a extradição no que diz respeito ao crime de corrupção de um funcionário público estrangeiro, sujeito à condição da reciprocidade do tratamento

O Artigo 77 estabelece as condições para a extradição. De acordo com este artigo, a extradição não será concedida quando:

- Se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido (inciso I);
- O fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente (dupla criminalidade) (inciso II);
- O Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando (inciso III). Esta cláusula se aplica, de acordo com as autoridades brasileiras, onde o Brasil tem jurisdição, em base territorial ou de nacionalidade, sobre o extraditando. Se o caso corresponder à exceção neste inciso e a extradição for negada, haveria obrigação de exercer essa jurisdição para investigar e processar o caso no Brasil. Na prática, como explicam as autoridades brasileiras, todos esses casos são enviados para o Ministério da Justiça e para a Procuradoria Pública Federal, que adotam as medidas necessárias;
- A lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a um ano (inciso IV). Com relação a esta exigência, a corrupção de estrangeiro implica em pena de um a oito anos no Brasil, e portanto não está excluída;
- O extraditando estiver para responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido (inciso V);
- Estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente (inciso VI);
- O fato constitui crime “político”(inciso VII). De acordo com os parágrafos 10 e 20 do mesmo Artigo, este fundamento para a recusa não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, uma infração à legislação penal ordinária, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal. As autoridades brasileiras confirmaram que a corrupção de funcionário público estrangeiro não seria caracterizada como “política” quando, por exemplo, a propina for paga por motivos políticos ou como contribuição a um partido político do país requisitante: o teste consiste em saber se o elemento criminal é preponderante; e

²⁴ As Partes com as quais o Brasil assinou um tratado bilateral sobre extradição são: Argentina, Austrália, Bélgica, Chile, Itália, México, Portugal, Espanha, Suíça e Reino Unido, e os Estados Unidos.

- O extraditando não houver de responder, no Estado requerente, perante “Tribunal ou Juízo de exceção” (inciso VIII). “Tribunal de exceção” é um tribunal *ad hoc* criado especificamente para julgar o fato em questão..

As autoridades brasileiras mencionam condições adicionais sob a mesma lei e os Regulamentos Internos do Supremo Tribunal Federal, para que a extradição seja concedida: que haja uma sentença criminal ou ordem de prisão emitida por um juiz, tribunal ou autoridade competente no Estado solicitante; e que haja um compromisso formal do Estado solicitante de (i) empreender a ação criminal, levando em conta o tempo de "privação da liberdade" (ou seja, prisão/detenção para fins do processo de extradição) servido no Brasil em consequência da extradição; (ii) comutar a pena de morte em pena de prisão (exceto nos casos em que a legislação brasileira permite que seja aplicada); e (iii) não realizar ou não conceder a re-extradição. Estes são aplicáveis a todos os casos de extradição solicitados

Quanto a se as disposições sobre fundamentos para a recusa, tal como o Artigo 77, prevaleceriam no caso de incompatibilidade com uma disposição em um dos tratados de extradição do Brasil, o tratado, uma vez ratificado, terá, ele próprio, força de lei ordinária. A resposta, portanto, depende do que ocorrer por último na data dos respectivos instrumentos: *lex posterioris derogat priori*.

O processo de extradição, de acordo com as autoridades brasileiras, desenvolve-se em três etapas: a primeira é administrativa, e tem início com o recebimento do pedido pelo Poder Executivo. A segunda é judicial, em que o Supremo Tribunal Federal processa e julga o pedido de extradição, além de verificar a sua legalidade, e as normas pelas quais o Executivo tem autorização para conceder a extradição se assim decidir (o tribunal poderá não determinar a concessão ou não concessão da extradição, já que esta é uma prerrogativa do Executivo). Na última etapa, uma vez deferida a extradição, as autoridades administrativas executam a decisão. No curso do processo judicial o extraditando pode se utilizar dos recursos de habeas corpus ou embargos declaratórios para esclarecer a extradição.

10.3/10.4 Extradição de Nacionais

A Constituição Federal Brasileira (Artigo 5º, inciso LI) proíbe expressamente a extradição dos nacionais brasileiros, natos e naturalizados, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, independente da data do delito. Portanto, como mencionado acima, sob o inciso I do Artigo 77 da Lei Nº. 6.815/80, a extradição de nacionais brasileiros por corrupção de funcionário público estrangeiro não será concedida a não ser que a pessoa tenha adquirido a nacionalidade depois de praticar o delito

As autoridades brasileiras explicaram que existe um dever legal de adotar procedimentos para garantir a condução de uma investigação ou um processo no Brasil em caso de recusa do pedido de extradição baseado apenas em nacionalidade (ver acima).

10.5 Dupla Criminalidade

Como mencionado anteriormente (ver 10.1/10.2), a extradição requer a existência da dupla criminalidade (Artigo 77, inciso II, da Lei No. 6.815/80). O Brasil explica que é essencial que os fatos atribuídos ao extraditando sejam considerados um delito criminal sob a legislação brasileira e sob o sistema jurídico do Estado solicitante. O Brasil confirma que o Artigo 1 da Convenção é suficiente para atender a esta exigência, e fornece a base para que a extradição seja concedida a um Estado que seja Parte da Convenção. A condição da dupla criminalidade requer que o suposto ato de corrupção de estrangeiro tenha sido um delito criminal – embora não necessariamente o delito de corrupção de funcionário público estrangeiro – no momento em que foi praticado.

11. ARTIGO 11 – AUTORIDADES RESPONSÁVEIS

O Artigo 11 da Convenção requer que cada Parte notifique o Secretário-Geral da OCDE da autoridade ou autoridades responsáveis pela formulação e recebimento de solicitações, que servirá de canal de comunicação da Parte para solicitar e receber solicitações de consultas, assistência jurídica recíproca e extradição

O Brasil notificou o Secretário Geral da OCDE de que a autoridade responsável por solicitar e receber solicitações de consultas, assistência jurídica recíproca e extradição é o Ministério da Justiça

B. IMPLEMENTAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO REVISADA

3. Dedutibilidade de Imposto

As autoridades brasileiras declaram que a legislação fiscal brasileira não aceita a dedução de despesas ilegais. Não existe uma proibição expressa de dedução de pagamentos ilegais: a legislação brasileira trata esta matéria como questão de princípio geral. As autoridades brasileiras explicaram que existe uma diretriz federal estabelecendo que despesas ilegais não podem ser deduzidas, e que esta disposição se sobrepõe a qualquer disposição em âmbito estadual.

De acordo com o Artigo 29 do Regulamento do Imposto de Renda, uma empresa pode deduzir despesas quando estas forem necessárias e associadas às suas atividades. O Parágrafo 1 desse Regulamento prevê que “são necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa”. O Artigo 249 enumera certas categorias de despesas não dedutíveis, como “despesas com brindes” (parágrafo único, inciso VIII).

Pagamentos (como comissões) que de outra forma seriam dedutíveis, mas quando não for indicada a sua causa, ou cujo beneficiário não foi identificado, são indedutíveis (Artigo 304). As autoridades brasileiras explicaram que as empresas devem declarar seus impostos eletronicamente, e conservar a documentação comprobatória. Explicaram tratar-se de prática comum por parte dos inspetores da receita analisar e comparar os níveis das comissões deduzidas em diferentes setores da empresa, e que qualquer tendência fora do padrão ou pagamentos que ultrapassemos níveis normais daquele setor serão examinados.

No entanto, não está claro de que forma, na prática, um inspetor da receita identificaria uma propina paga a um funcionário público estrangeiro quando o pagamento fosse simulado como comissão legítima paga a um beneficiário individualizado e comprovado por documentação aparentemente legítima.

As autoridades brasileiras explicaram que as autoridades da receita podem fornecer informações às autoridades investigadoras ou judiciais sobre atividades criminais suspeitas, porém somente por solicitação dos órgãos legalmente autorizados, e sujeito aos procedimentos de sigilo das informações.

AVALIAÇÃO DO BRASIL

Comentários Gerais

O Grupo de Trabalho agradece pelo elevado nível de cooperação que recebeu no Brasil, durante todo o processo de análise, em particular pelas respostas detalhadas e completas e pelo material por elas fornecido.

O Brasil promulgou a Convenção como lei nacional através do Decreto 3.678 de 30 de novembro de 2000. Pela Lei 10.467 de 11 de junho de 2002, modificou o seu Código Penal criando, nos Artigos 337-B a 337-D, o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro. O Grupo de Trabalho considera que a legislação brasileira está em ampla conformidade com a Convenção, sujeito às questões observadas abaixo. O Grupo de Trabalho insta o Brasil a adotar as medidas recomendadas a seguir.

Questões específicas

1. Crime de corrupção de estrangeiro

1.1 Elementos do crime

Foram levantadas várias questões durante a elaboração da minuta de relatório com relação a diferentes elementos do crime de corrupção de estrangeiro. As preocupações dos examinadores foram sanadas com as explicações obtidas no Brasil, apresentadas em seus comentários escritos e nas reuniões preparatórias.

1.2 Definição de funcionário público estrangeiro

De acordo com as autoridades brasileiras, a definição de funcionário público estrangeiro no Artigo 337-D do Código Penal, baseada na frase “cargo, emprego ou função pública em entidades estatais” deve ser interpretada de acordo com a interpretação fornecida na definição de funcionário público nacional pelo Artigo 327. Foram observadas algumas diferenças entre a redação das duas disposições, originando a preocupação de que o Artigo 337-D poderia ser mais restritivo. Entretanto, o Brasil declarou que na prática foi dado um sentido muito amplo ao Artigo 327, e que, com base neste fato, as autoridades estão certas de que o Artigo 337-D será interpretado de maneira ampla. O Brasil explicou também que, em caso de dúvida, o Artigo 337-D será interpretado como referência à Convenção que, pela legislação brasileira, auxilia na interpretação e também possui status de lei ordinária.

O Grupo de Trabalho anotou a explicação fornecida pelo Brasil com base na prática, e sua garantia de que a definição seria interpretada de acordo com a Convenção, e propõe a revisão da prática sobre a matéria durante a Fase 2.

2. Responsabilidade de pessoa jurídica; sanções

Não existe o conceito de responsabilidade criminal para pessoas jurídicas no Brasil, com uma recente exceção específica e limitada, para crimes contra o meio ambiente. O Grupo de Trabalho anotou a explicação do Brasil de que a Lei 8.884 (Defesa da Ordem Econômica) impõe responsabilidade administrativa a pessoas jurídicas e que a corrupção, inclusive a corrupção transnacional, embora não citada, está incluída nas proibições gerais da

Lei. Não obstante, o Grupo de Trabalho recomenda que o Brasil modifique a Lei 8.884 para tipificar especificamente a corrupção como um ato proibido. Além disso, o Grupo de Trabalho propõe a revisão da aplicação dessa Lei durante a Fase 2.

As penas previstas nesta Lei variam entre 1% e 30% da receita da empresa durante o último ano financeiro, porém nunca menos do que vantagem indevida obtida; uma outra punição consiste no descredenciamento para contratação pública. Além disso, o Brasil explicou que multas de até três vezes a vantagem indevida e, em certos casos, multas punitivas de até nove vezes o benefício obtido com o ato ilegal podem ser impostas a pessoas jurídicas em conformidade com a legislação do mercado financeiro, a Lei 6.385. Além disso, a Lei 8.666 de 1993 prevê o descredenciamento para participação em qualquer contratação pública de pessoas jurídicas apontadas como beneficiárias de um delito criminoso.

O Brasil também chamou atenção para a existência de responsabilidade civil por danos contra pessoas jurídicas. Também é possível, pelo Artigo 91 do Código Penal, o confisco imposto a pessoa jurídica que se beneficiou de ato criminoso pelo qual uma pessoa física foi condenada. Na ausência de jurisprudência que aplique essas penas administrativas a casos de corrupção nacional, o Grupo de Trabalho propõe o acompanhamento desta matéria na Fase 2 para determinar se as sanções existentes no Brasil são eficazes, proporcionais e dissuasivas.

3. Assistência jurídica recíproca

O Brasil celebrou acordos bilaterais de assistência jurídica recíproca com oito Partes da Convenção, e está negociando acordos com treze outras. O Brasil explica que, uma vez que o Artigo 9 da Convenção é diretamente aplicável, a Convenção já prevê uma base suficiente para a concessão de assistência jurídica recíproca. O Grupo de Trabalho anotou o convite do Brasil a outras Partes da Convenção para negociar esses acordos, a fim de facilitar e simplificar a concessão de assistência jurídica recíproca em casos de corrupção de funcionário público estrangeiro. O Grupo de Trabalho irá verificar, na Fase 2, se o Brasil tem possibilidade, na prática, de obter assistência jurídica recíproca com relação a provas localizadas no exterior e que sejam necessárias para um processo administrativo no Brasil contra uma pessoa jurídica.

4. Contabilidade

O Brasil possui normas e sistemas contábeis estabelecidos pelo Código Civil, normas da Comissão de Valores Mobiliários, e um Código Tributário que tratam da questão da contabilidade. O sistema de normas e regulamentos do Brasil (inclusive os Códigos Civil e Penal) com relação à manutenção de livros e registros contábeis, divulgação de declarações financeiras, e sistemas de contabilidade e auditoria, é suficiente para proibir a falsificação ou fraude das contas, e para a imposição de penas eficazes, proporcionais e dissuasivas com relação a tais omissões e falsificações, e assim atender as exigências da Convenção.

5. Dedução de Impostos

Existe no Brasil a proibição geral de dedução de impostos sobre pagamentos ilegais embora suas normas não contenham uma negação expressa da dedutibilidade. Algumas categorias de despesas são expressamente dedutíveis. O Brasil explicou que suas autoridades tributárias examinam os pedidos de dedução de despesas que declaradamente pertencem a categorias dedutíveis. O Grupo de Trabalho, contudo, tem a preocupação de que as propinas possam ser deduzidas se forem mascaradas como despesas comerciais legítimas, e não está seguro sobre

como seria possível estabelecer na prática se uma determinada despesa é legítima ou constitui uma propina. O Grupo de Trabalho, portanto, propõe acompanhar na Fase 2 a implementação das normas.