NATASHA DO LAGO

CORRUPÇÃO E EXTRATERRITORIALIDADE:

UMA ANÁLISE DA CONDIÇÃO DE DUPLA INCRIMINAÇÃO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR ASSOCIADO PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2017

NATASHA DO LAGO
Nº USP 6488023

CORRUPÇÃO E EXTRATERRITORIALIDADE:

UMA ANÁLISE DA CONDIÇÃO DE DUPLA INCRIMINAÇÃO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Associado Pierpaolo Cruz Bottini.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2017

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Lago, Natasha do
Corrupção e Extraterritorialidade: uma análise da condição de dupla incriminação / Natasha do Lago ; orientador Pierpaolo Cruz Bottini -- São Paulo, 2017.
198 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Corrupção. 2. Extraterritorialidade. 3. Direito Penal do Espaço. 4. Dupla Incriminação. I. Bottini, Pierpaolo Cruz, orient. II. Título.

CORRUPÇÃO E EXTRATERRITORIALIDADE:
UMA ANÁLISE DA CONDIÇÃO DE DUPLA INCRIMINAÇÃO

NATASHA DO LAGO

BANCA EXAMINADORA:

Primeiro(a) Examinador(a):_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Segundo(a) Examinador(a):_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Terceiro(a) Examinador(a):_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

São Paulo, ___ de _____ de 2017.

LAGO, Natasha do. Corrupção e extraterritorialidade: uma análise da condição de dupla incriminação. 198 folhas. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RESUMO

Este trabalho analisa o crime de corrupção praticado em contexto internacional à luz do conceito de dupla incriminação nos casos de extraterritorialidade condicionada, dividindo-se em três partes. A primeira parte trata dos crimes de corrupção passiva, corrupção ativa e corrupção ativa em transação comercial internacional e estuda seus elementos constitutivos. A segunda parte discute os critérios da lei penal no espaço e trata da extraterritorialidade, explicando em que consiste a condição de dupla incriminação. A terceira parte, por fim, analisa hipóteses práticas problematizando a condição de dupla incriminação em situações que envolvem (i) a definição de funcionário público; (ii) os denominados "pagamentos de facilitação"; (iii) a extorsão e a concussão comercial; e (iv) a defesa afirmativa de lei local da Lei Anticorrupção dos Estados Unidos.

Palavras-chave: Corrupção. Corrupção Internacional. Extraterritorialidade. Dupla Incriminação.

LAGO, Natasha do. Corruption and Extraterritoriality: analysis of the double criminality rule. 198 pages. Master. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

ABSTRACT

This work provides an overview on transnational bribery/corruption laws and the requirement that extraterritorial violations be also considered a crime in the country they take place outside Brazil. The work is divided in three parts. Domestic bribery and transnational bribery are systematically discussed in the first part. The second part analyses both the Brazilian territorial and extraterritorial jurisdiction, explaining that the criminal nature of the fact outside Brazil under local laws broadly considered is a requirement for extraterritorial jurisdiction. Practical issues arising of such requirement are discussed in the third and last part, including the following: (i) public officer definition; (ii) facilitating payments; (iii) commercial extortion; and (iv) FCPA's local law affirmative defence.

Keywords: Corruption. Transnational Corruption. Bribery. Transnational Bribery. Extraterritoriality. Double Criminality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CIA	*Central Intelligence Agency*
FCPA	*The Foreign Corrupt Practices Act*
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
SEC	*Securities and Exchange Commission*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **11**

PARTE I

OS CRIMES DE CORRUPÇÃO

TÍTULO I. A CORRUPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO **15**

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 15

1. HISTÓRICO LEGISLATIVO DA CRIMINALIZAÇÃO 19

2.1 O TRADICIONAL CRIME DE CORRUPÇÃO NO DIREITO INTERNO 19

2.2 INTERNACIONALIZAÇÃO DAS FONTES DE PRODUÇÃO NO DIREITO PENAL 24

2.2.1 A LEI ANTICORRUPÇÃO NORTE-AMERICANA E A CONVENÇÃO DA OCDE 28

2.2.1.1 O CRIME DE CORRUPÇÃO EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS NO BRASIL 34

TÍTULO II. TIPOS PENAIS DE CORRUPÇÃO NO CÓDIGO PENAL **37**

1. OS TIPOS DE CORRUPÇÃO INTERNA E CORRUPÇÃO INTERNACIONAL 37

2. OS TIPOS DE CORRUPÇÃO INTERNA 38

2.1 CORRUPÇÃO PASSIVA 38

2.1.1 TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA 38

2.1.1.1 A QUESTÃO DO ATO DE OFÍCIO 41

2.1.1.2 O ELEMENTO TÍPICO SUBJETIVO 44

2.1.1.3 CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM CASO DE RETARDAMENTO, OMISSÃO OU PRÁTICA DE ATO DE OFÍCIO 44

2.1.2 SUJEITO ATIVO 45

2.1.2.1 CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DE CARGO OU FUNÇÃO 48

2.1.3 CORRUPÇÃO PASSIVA PRIVILEGIADA 50

2.1.4 CORRUPÇÃO PASSIVA, CONCUSSÃO E EXTORSÃO 51

2.2 CORRUPÇÃO ATIVA. 57

2.2.1 Tipicidade objetiva e subjetiva 57
2.2.1.1 O elemento típico subjetivo 59
2.2.1.1.1 O ato de ofício no elemento típico subjetivo 60
2.2.1.1.2 Causa de aumento de pena em caso de retardamento, omissão ou prática de ato de ofício 61
2.2.1.2 A conduta de "dar" vantagem indevida 61
2.2.1.3 A corrupção subsequente 64
2.2.1.4 A oferta ou promessa de vantagem indevida para evitar ato injusto 65
2.2.2 Sujeito ativo 67
3. TIPO DE CORRUPÇÃO INTERNACIONAL 67
3.1 Corrupção ativa em transação comercial internacional 67
3.1.1 Tipicidade objetiva e subjetiva 68
3.1.1.1 Conceito de funcionário público estrangeiro 71
3.1.1.2 Causa de aumento de pena em caso de retardamento, omissão ou prática de ato de ofício 73
3.1.2 Sujeito ativo 73
4. OBJETO DE PROTEÇÃO NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO INTERNA E CORRUPÇÃO INTERNACIONAL 75
5. CORRUPÇÃO INTERNA E CORRUPÇÃO INTERNACIONAL: O PROBLEMA DO ALCANCE DA NORMA PENAL 79

PARTE II

LEI PENAL NO ESPAÇO E O PROBLEMA DA DUPLA INCRIMINAÇÃO

TÍTULO I. ABRANGÊNCIA ESPACIAL DA NORMA PENAL 83
1. CRITÉRIOS GERAIS 83
1.1 Princípio da territorialidade 83
1.2 Princípio da personalidade 85
1.3 Princípio de defesa 85
1.4 Princípio de justiça universal 86
2. POSIÇÃO ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO 88
2.1 Definição de território para fins penais 89

2.1.1 Domínio terrestre 89
2.1.2 Domínio marítimo 90
2.1.3 Domínio aéreo 95
2.2 Determinação do lugar do crime 96
2.2.1 Teoria da atividade 96
2.2.2 Teoria do resultado 96
2.2.3 Teoria da ubiquidade 97
3. EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE 99
3.1 A extraterritorialidade incondicionada 100
3.2 A extraterritorialidade condicionada 101
3.2.1 Condições para aplicação extraterritorial da lei penal brasileira 103
3.2.1.1 Ingresso em território nacional 103
3.2.1.2 Ser o fato punível também no local em que praticado 104
3.2.1.3 Ser o crime extraditável 104
3.2.1.4 Ausência de absolvição, de cumprimento de pena no exterior ou de extinção de punibilidade por outras razões 105
4. A DIMENSÃO ESPACIAL DA LEI BRASILEIRA NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO 106

TÍTULO II. A CONDIÇÃO DE DUPLA INCRIMINAÇÃO 109
1. O MODELO UTILIZADO NA EXTRADIÇÃO 109
1.1 O conteúdo da cláusula de dupla incriminação na extradição 111
1.1.1 A preponderância da lei do local do crime 114
2. A DUPLA INCRIMINAÇÃO COMO CONDIÇÃO PARA A JURISDIÇÃO 115
2.1 A definição de fato punível 116
2.1.1 A concepção clássica 118
2.1.1 A concepção neoclássica 120
2.1.1 A concepção finalista 122
2.1.3.1 Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade na lógica do fato punível 123
2.2 O alcance da dupla incriminação enquanto condição para a jurisdição 125

PARTE III

A DUPLA INCRIMINAÇÃO NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO

1. INTRODUÇÃO AOS PROBLEMAS 131

2. PROBLEMAS ENVOLVENDO A DEFINIÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO EM DIFERENTES PAÍSES 132

2.1 A CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIO ESTRANGEIRO NO BRASIL 132

2.2 A CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTRANGEIRO NO EXTERIOR 135

2.2.1 FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTRANGEIRO INTERPELADO EM SEU PRÓPRIO PAÍS 135

2.2.1.1 O ENQUADRAMENTO EM OUTRA FIGURA PENAL 137

2.2.2 FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTRANGEIRO INTERPELADO EM OUTRO PAÍS 139

2.3 A CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO BRASILEIRO NO EXTERIOR 140

3. PAGAMENTOS DE FACILITAÇÃO 144

3.1 ORIGEM E DEFINIÇÃO 144

3.2 PAGAMENTOS DE FACILITAÇÃO E EXTRATERRITORIALIDADE 149

3.2.1 O PAGAMENTO DE FACILITAÇÃO EM PAÍS QUE NÃO CONSIDERA ESSA PRÁTICA CRIME 150

3.2.1.1 A EXCLUSÃO DO CRIME PELO DIREITO BRASILEIRO EM CASOS DE PAGAMENTO DE FACILITAÇÃO 151

3.2.2 O PAGAMENTO DE FACILITAÇÃO EM PAÍS QUE PUNE INTERNAMENTE ESSA PRÁTICA, MAS PERMITE SUA REALIZAÇÃO QUANDO DESTINADO A AGENTES ESTRANGEIROS 152

4. A EXTORSÃO OU CONCUSSÃO COMERCIAL 154

5. A DEFESA AFIRMATIVA DA LEI ANTICORRUPÇÃO NORTE-AMERICANA 157

5.1 INTRODUÇÃO AO CONCEITO 157

5.1.1 A DEFESA DE LEI LOCAL 160

5.1.1.1 A POSIÇÃO DA OCDE 162

5.1.1.1.1 O PROBLEMA DAS PRÁTICAS CONSUETUDINÁRIAS 162

5.1.1.1.1.1 AS PRÁTICAS CONSUETUDINÁRIAS NA CORRUPÇÃO INTERNACIONAL NO BRASIL 164

5.1.1.1.2 O ESCOPO DO ARREPENDIMENTO EFICAZ 166

CONCLUSÃO 171

REFERÊNCIAS 179

INTRODUÇÃO

A corrupção é um crime que tem sido objeto de repressão desde os tempos mais remotos, suscitando reações severas que, na época da Lei das XII Tábuas, poderiam levar até mesmo à morte.[1]

Passados quase 2.500 anos, as reações continuam comparativamente intensas, levando multidões a acompanhar praticamente em tempo real as respostas do sistema punitivo a escândalos vinculados ao mau uso de funções públicas, certas vezes até de forma não condizente com a presunção constitucional de inocência daqueles que não foram ainda condenados.

Diante da revolta com a apropriação de recursos que deveriam ser utilizados em prol do bem comum, iniciativas supostamente justificadas surgem para estancar comportamentos ilícitos que já se encontram de algum modo punidos pelo direito penal: são propostas para tornar mais altas as penas previstas em lei; endurecer as condições de cumprimento de pena; ou estender a jurisdição de países que se julguem mais preparados para lidar com o fenômeno da corrupção, geralmente pela imposição de vultosas multas punitivas que não costumam reverter para os países de fato prejudicados.

Foi em contexto como esse que se concluiu, cerca de vinte anos atrás, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("Convenção da OCDE"), incorporada ao direito brasileiro em 30 de novembro de 2000 pelo Decreto n.º 3.678, recomendando a punição de todo aquele que:

> (...) intencionalmente oferecer, prometer ou d[e]r qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

[1] GUIMARÃES, Affonso Paulo. *Noções de Direito Romano.* Porto Alegre: Síntese, 1999.

Essa iniciativa internacional rendeu ao Brasil a inclusão do tipo previsto no artigo 337-B do Código Penal.[2] Crime, no entanto, que segundo análises periódicas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE") apenas deu origem a uma denúncia criminal em mais de dez anos de vigência.[3]

A baixa incidência de processos por corrupção em transações comerciais internacionais no Brasil não se deve, muito provavelmente, à rara ocorrência do crime em si: além da dificuldade em obter elementos de prova que descortinem práticas criminosas, a tipificação da corrupção internacional oferece outros problemas do ponto de vista prático, já que a lei brasileira apenas se aplica diretamente quando o crime ocorre no Brasil — e a corrupção internacional, como o próprio nome indica, ultrapassa fronteiras. Disciplina substancialmente diferente, por exemplo, da que está prevista na Lei Anticorrupção norte-americana, que autoriza a punição de seus nacionais pelos crimes nela previstos ainda que a conduta ocorra no exterior, estendendo a jurisdição dos Estados Unidos até mesmo para empresas que possuam títulos negociados em bolsa naquele país.[4]

O objetivo desta dissertação de mestrado será analisar o alcance do crime de corrupção internacional nesse cenário, recorrendo à Parte Geral do Código Penal para definir sob que condições poderá incidir a lei brasileira sobre condutas praticadas no exterior, situação classificada pelo legislador como de "extraterritorialidade". Essa análise ficará limitada à condição de extraterritorialidade que nos parece comportar maior discussão, a de dupla incriminação, que impede a incidência da lei penal caso o fato não seja punível também no país em que praticado.

---

[2] "Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena — reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[3] *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil*. [Paris], Oct. 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2015.

[4] *Código Federal dos EUA, Título 15, Capítulo 2-B*. Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior. Atualizada até a Lei de Direito Público Pub. L. 105-366 (10 de novembro de 1998). Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

O trabalho será dividido em três partes. A primeira parte tratará do crime de corrupção em si: analisaremos os tipos de corrupção tradicionais e de corrupção internacional para identificarmos as diferenças existentes entre eles.

Na segunda parte, o objetivo será analisar a lei penal no espaço, explicando em que condições se poderia admitir eventual aplicação extraterritorial da lei brasileira aos crimes de corrupção.

A terceira parte, por fim, tratará de discutir a condição de dupla incriminação do artigo 7º, § 2º, “b”, do Código Penal com base na teoria do fato punível, explorando-se hipóteses concretas que poderiam ser resolvidas a partir das conclusões extraídas no curso do trabalho.

PARTE I
OS CRIMES DE CORRUPÇÃO

TÍTULO I. A CORRUPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na definição do Dicionário Aurélio, "corrupção" corresponde ao "ato ou efeito de corromper; decomposição, putrefação", podendo, em sentido figurado, significar "devassidão, depravação, perversão" ou, mais comumente, "suborno, peita". "Corromper", por sua vez, significa "tornar podre, estragar, decompor", "perverter, depravar, viciar".[5]

Em dicionários políticos, esse conceito se restringe ao comportamento ilegal daqueles que possuem cargos na estrutura do Estado.[6] É considerado corrupto o sistema cujas instituições não atendem às regras de funcionamento do modelo normativo que possuem como referência, desviando-se do interesse público que deve servir como fundamento de justificação para os poderes atribuídos ao Estado.[7] Um juiz que recebesse valores para favorecer determinada parte atuaria, assim, de forma corrupta, por violar uma expectativa funcional de que suas decisões não se orientem por incentivos pessoais.

Do ponto de vista econômico, a corrupção é vista como mecanismo para garantir segurança em negócios que apresentem algum grau de incerteza, como uma alternativa ao uso de coerção junto a funcionários que possuem algum poder de decisão.[8] Em vez de correr riscos, o agente particular oferece ao servidor público vantagens pessoais que

---

[5] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI*. São Paulo: Editora Positivo, 2004. Versão 5.11.

[6] SCHILLING, Flávia. "A luta contra a corrupção e a construção da democracia: perspectivas de análise". In *Revista do ILANUD*, São Paulo, n.º 8, 1998, p. 36.

[7] DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública". In: *Pensamiento penal y criminológico: revista de derecho penal integrado*, Córdoba, v. 4, n. 7, 2003, p. 107.

[8] SCHILLING, Flávia, cit., p. 36.

aumentam a satisfação de ambos, ainda que eventualmente em detrimento dos interesses que devem informar a Administração Pública.

Fatores como ausência de estabilidade econômica, baixos salários e instabilidade em cargos públicos funcionam como incentivos para que o servidor atue de forma corrupta. Um funcionário mal remunerado e sem perspectivas profissionais estará naturalmente mais propenso a abusar da função pública, embora a decisão de assim proceder geralmente se vincule à obtenção de benefícios pessoais. O funcionário corrupto precisa possuir algum poder discricionário para determinar o curso de suas ações, e não devem existir, por outro lado, mecanismos de controle eficientes para dissuadir o comportamento ilícito.[9]

Como explica José Arthur Rios, essa relação entre corruptor e corrupto, por não se mostrar diretamente lesiva ou vitimogênica com relação a terceiros, dificulta a formação de pensamento crítico na sociedade. Esse tipo de crime só atingiria terceiros através de uma categoria indeterminada, que é o bem comum. Assim, "ninguém se queixa da corrupção (...) lesado é o público, o contribuinte, o consumidor, categorias mais amplas, impersonalizadas, sem uma protagonização clara na vida social". Haveria, na verdade, "uma tolerância geral para o que se convenciona considerar lesão contra o Estado que está em toda parte, mas não é ninguém, e, em sociedades não-participativas, é sentido como inimigo comum, a ser expropriado, saqueado".[10]

No Brasil, é possível vislumbrar, historicamente, certo conformismo no que se refere à corrupção, que se deve ao individualismo com o qual o Estado educou seus cidadãos e conformou a noção de interesse público, calcando os interesses da sociedade em valores patrimoniais e privilegiando a repressão de condutas cujos resultados negativos se mostrem de maneira mais ostensiva,[11] como furtos e roubos. Diante da ausência de

---

[9] CORDERO, Isidoro Blanco. "La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional". In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: CISE/Universidad Salamanca, 2004, p. 292. Mecanismo de controle importante, segundo Edmundo Oliveira, seria a imprensa, capaz de levar ao conhecimento de populações menos esclarecidas a existência de práticas corruptas que afetem de modo geral os interesses da sociedade ("A sociologia da corrupção". In: *Ciência penal: coletânea de estudos: homenagem a Alcides Munhoz Netto*, Curitiba: JM, 1999, pp. 105-112).

[10] "Argumento e papéis da corrupção". In: OLIVEIRA, Edmundo (org.). *Criminologia crítica*, Belém, Edições CEJUP, 1990, *apud* SCHILLING, Flávia, cit., p. 39.

[11] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. "A política criminal brasileira no controle da corrupção pública". In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignácio; BECHARA, Ana Elisa

reconhecimento de interesse público a ser administrado, o Estado passou a ser tratado como coisa privada, estimulando-se a distribuição de influências, honrarias e cargos a uma minoria privilegiada,[12] que não necessariamente enxergava finalidades públicas no exercício de suas funções.

Já no Brasil Colônia essas características foram fortemente incentivadas pela inexistência de critérios técnicos para nomeação a cargos públicos, oferecidos a pessoas sem vínculos com o país, que possuíam apenas o objetivo de acumular o máximo de riquezas para que pudessem regressar a seus países de origem. Essa circunstância, aliada à baixa remuneração estabelecida por vias oficiais e à ausência de fiscalização por parte da metrópole ou dos próprios súditos, em tudo desprovidos de formação política, criava o ambiente ideal para o surgimento de práticas corruptas.[13] Se o Estado era visto apenas como fonte para o enriquecimento pessoal, mercadejar favores que envolvessem o desempenho de funções públicas não poderia causar nenhuma reação contrária na sociedade.

De outra parte, não era incomum que se apontassem efeitos positivos supostamente gerados pela corrupção em sociedades muito burocratizadas. Pensava-se que se, de um lado, poderia a corrupção acentuar desigualdades preexistentes, privilegiando aqueles que detinham maior acesso ao poder, poderia também, por outro, representar um canal de acesso à participação política e à integração de novos grupos nesse sistema, estimulando o desenvolvimento econômico ainda que por vias transversas.[14] Esse entendimento vinha acompanhado da premissa de que preponderaria a corrupção, sobretudo, em países subdesenvolvidos ou meridionais, ocorrendo apenas de forma esporádica em regiões desenvolvidas, que já teriam superado esse estágio natural.[15]

Essa visão, defendida por alguns até a década de 1970, começou a mudar nesse mesmo período, passando-se a reconhecer, com o tempo, que a corrupção, na verdade,

---

Liberatore Silva (coord.), *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, p. 305.

[12] Ibidem, p. 306.

[13] COSTA, Helena Regina Lobo da. "Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial". In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.), *Temas de anticorrupção e compliance*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 1-20.

[14] HUNTINGTON, *apud* SCHILLING, Flávia, cit., p. 36.

[15] SCHILLING, Flávia, cit., p. 42.

constituía fenômeno intrinsecamente negativo e institucionalizado, a demandar esforços integrados para sua efetiva repressão.[16]

A mudança de percepção na sociedade brasileira começou, principalmente, no início da década de 1980, com a divulgação de escândalos que fomentaram o surgimento de algum pensamento crítico,[17] acentuando-se em 1992, com o *impeachment* do então presidente Fernando Collor de Mello, e também nos últimos anos, com as discussões televisionadas do julgamento da Ação Penal n.º 470 pelo Supremo Tribunal Federal e com a deflagração da "Operação Lava-Jato".

Em termos legais, desde muito tempo vem sendo a corrupção criminalizada, servindo para qualificar uma série de condutas que denotam algum estado de degradação.[18] Do ponto de vista repressivo, no entanto, estudos recentes apontam que a eficácia do sistema judicial nesse aspecto ainda se mostra pouco significativa, funcionando como possível incentivo para futuros infratores.

Em 2012, por exemplo, Carlos Higino Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Jr. apresentaram levantamento estatístico em que se concluiu que "a chance de um servidor público corrupto ser criminalmente processado é muito menor do que 34,01% e as chances de ser civilmente processado são ainda menores, apenas 24,26%". Além disso, "a chance de ser efetivamente condenado criminalmente [seria] de meros 3,17%, enquanto que a chance de ser responsabilizado civilmente [seria] — novamente — ainda menor, apenas 1,59%".[19]

Mostre-se ou não o direito penal instrumento eficiente para combater a corrupção, vem ele sendo utilizado no direito brasileiro desde as primeiras ordenações que por aqui se seguiram, assumindo, na última década, proporções que ultrapassam os limites territoriais

---

[16] Ibidem, pp. 46-48.

[17] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José, cit., pp. 305-306.

[18] No Código Penal brasileiro, por exemplo, o termo "corrupção" aparece em pelo menos sete oportunidades: artigo 218 (corrupção de menores), artigo 271 (corrupção de água potável), artigo 272 (corrupção de substância ou produtos alimentícios), artigo 273 (corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais), artigo 317 (corrupção passiva), artigo 333 (corrupção ativa) e artigo 337-B (corrupção ativa em transação comercial internacional). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[19] "Corrupção e judiciário – a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção". In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.), *Direito penal e economia*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 74.

de um país. Esse histórico legislativo será analisado nos itens seguintes e servirá de ponto de partida para as conclusões que mais adiante serão apresentadas.

2. HISTÓRICO LEGISLATIVO DA CRIMINALIZAÇÃO

2.1 O TRADICIONAL CRIME DE CORRUPÇÃO NO DIREITO INTERNO

Desde a Lei das XII Tábuas, esteve a corrupção, em geral, associada com a venalidade de magistrados, impondo-se pena bastante severa ao juiz que recebesse benefícios indevidos para realizar ou deixar de realizar atos próprios de suas funções:

> Se um juiz ou um árbitro indicado pelo magistrado recebeu dinheiro para julgar a favor de uma das partes em prejuízo de outrem, que seja morto.[20]

Na Idade Média, punia-se, embora de forma arbitrária, não apenas a corrupção de juízes como também a de outros funcionários, sem distinções no que se refere à espontaneidade dos envolvidos.[21] Aceitasse, simplesmente, o servidor público, vantagem indevida ou solicitasse, ativamente, seu pagamento, a punição seria a mesma.

Nas Ordenações Filipinas, puniam-se os oficiais do rei que recebessem dádivas ou presentes, bem como as partes que os dessem ou prometessem, com penas que consistiam em perda do cargo e imposição de multas.[22] Em caso de magistrados, tal como na Lei das XII Tábuas, a pena poderia chegar à de morte.[23] Excetuava-se, no entanto, o recebimento de "pão, vinho, carnes, frutas e outras cousas de comer, que entre os parentes e amigos se costumam dar e receber".[24]

---

[20] Tábua IX, item 3 (GUIMARÃES, Affonso Paulo, cit.).
[21] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume V. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.
[22] *Ordenações Filipinas*. Livro 5, Título 71. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1218.htm>. Acesso em: 23 mar. 2015.
[23] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial: arts. 213 a 359 CP.* 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 422.
[24] Idem.

O Código Criminal do Império, introduzido pela Lei de 16 de dezembro de 1830,[25] punia separadamente peita e suborno, como condutas que caracterizariam "crimes contra a boa Ordem, e Administração Publica". "Peita" vinha definida pelo recebimento de dinheiro ou donativo para que o funcionário praticasse ou deixasse de praticar ato de ofício, também se incluindo no tipo a aceitação de promessa para assim proceder.[26] Não fazia a lei distinção quanto à licitude ou ilicitude do ato que deveria ser praticado ou omitido. "Suborno", por sua vez, vinha tipificado no Código Criminal do Império como a conduta de fazer ou deixar de fazer algo em desconformidade com dever funcional por influência ou pedido de alguém, diferenciando-se da peita por não envolver o pagamento de vantagens propriamente ditas.[27]

As penas, que em geral eram de três a nove meses de prisão, multa e perda de cargo, se aplicavam por igual àqueles que por peita ou suborno tentassem influenciar funcionários públicos, com exceção da última, por sua natureza personalíssima.[28] Se o funcionário público exercesse função de juiz ou árbitro, incorreria na mesma sanção somente se a sentença fosse justa; sendo injusta, a pena seria de seis meses a dois anos de prisão e, sendo de natureza criminal, sofreria o julgador a mesma pena imposta ao condenado.[29]

---

[25] *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 mar. 2015.

[26] Dispunham os artigos 130 e 131, com relação ao crime de peita: "Art. 130. Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei. Penas - de perda do emprego com inhabilidade para outro qualquer; de multa igual ao tresdobro da peita; e de prisão por tres a nove mezes. A pena de prisão não terá lugar, quando o acto, em vista do qual se recebeu, ou aceitou a peita, se não tiver effectuado (...)." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 mar. 2015.

[27] Previa o artigo 133: "Deixar-se corromper por influencia, ou peditorio de alguem, para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever. Decidir-se por dadiva, ou promessa, a eleger, ou propôr alguem para algum emprego, ainda que para elle tenha as qualidades requeridas. Penas - as mesmas estabelecidas para os casos da peita". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 mar. 2015.

[28] Nos termos do artigo 132, "o que der, ou prometter peita, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado na conformidade dos artigos antecedentes, menos a de perda do emprego, quando o tiver; e todo o acto, em que intervir a peita, será nullo". Dispunha o artigo 134, por sua vez, que "todas as disposições dos artigos cento e trinta, cento trinta e um, e cento trinta e dous, relativas aos peitados, e peitantes, se observarão a respeito dos subornados e subornadores". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 mar. 2015.

[29] Nos termos do artigo 131 daquele Código Criminal: "Nas mesmas penas incorrerá o Juiz de Direito, de Facto, ou Arbitro, que por peita der sentença, posto que justa seja. Se a sentença fôr injusta, a prisão será de seis mezes a dous annos; e se fôr criminal condemnatoria, soffrerá o peitado a mesma pena, que tiver imposto, ao que condemnára, menos a de morte, quando o condemnado a não tiver soffrido; caso, em que se imporá ao réo a de prisão perpetua. Em todos estes casos a sentença, dada por peita, será nulla." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 mar. 2015.

No Código Penal de 1890, introduzido no direito brasileiro pelo Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890,[30] peita e suborno foram punidos de forma conjunta em uma mesma seção, sem distinções terminológicas do que se deveria entender por uma ou outro. Pela redação do artigo 214, cometeria o crime o funcionário que recebesse, para si ou para outrem, de forma direta ou indireta, utilidade ou retribuição que não fosse devida, bem como aquele que aceitasse promessa, dádiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar ato de ofício, ainda que o ato fosse conforme à lei.[31]

Diferente do que ocorria no diploma anterior, não pareceu o legislador vincular o recebimento da vantagem indevida à prática de nenhum ato próprio do ofício, reservando esse vínculo apenas para hipóteses em que o funcionário aceitasse promessa, dádiva ou recompensa. Punia, por outro lado, o funcionário que exigisse, de forma direta ou indireta, recompensa ou gratificação por pagamentos que tivesse de fazer em razão do ofício ou comissão de que fosse encarregado.[32]

Se o servidor público se deixasse corromper por influência ou sugestão de alguém, cometeria o mesmo crime, incidindo o tipo desde que o ato retardado, omitido ou praticado fosse contrário aos deveres do ofício ou se a conduta tivesse por fim prover ou propor emprego público para alguém, ainda que cumpridos os requisitos legais.[33] Não se exigia, nessa variante do tipo, prova de vantagem patrimonial ao funcionário.

---

[30] *Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 23 mar. 2015.

[31] "Art. 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida; acceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dadiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei. (...)". Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 23 mar. 2015.

[32] "Art. 214. (...) Exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do officio ou commissão de que for encarregado (...)". Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 23 mar. 2015.

[33] "Art. 215. Deixar-se corromper por influencia, ou suggestão de alguem, para retardar, omittir, praticar, ou deixar de praticar um acto contra os deveres do officio ou cargo; para prover ou propor para emprego publico alguem, ainda que tenha os requisitos legaes: Penas de prisão cellular por seis mezes a um anno, e perda do emprego com inhabilitação para outro." Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 23 mar. 2015.

Aquele que desse ou prometesse peita ou suborno, por fim, incorreria nas mesmas penas previstas para o peitado ou subornado, as quais variavam, na generalidade dos casos, entre seis meses e um ano de prisão, mais multa e perda do cargo, se fosse o caso.[34]

Com a edição do atual Código Penal, por via do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passou-se a utilizar o termo "corrupção passiva" para definir a conduta do funcionário público que solicita, recebe ou aceita promessa de receber vantagem indevida em razão de suas funções, não se vinculando o benefício à prática de atos predeterminados; basta que a vantagem, tal como ocorria no Código Penal anterior, seja por alguma razão indevida para que o funcionário beneficiado responda pelo crime.[35]

Se a conduta contrária a dever funcional decorrer, entretanto, de pedido ou influência de outrem, haverá espécie de corrupção passiva privilegiada, punida com penas substancialmente menos graves.[36]

Houve também alteração no que se refere à organização dos tipos conforme a qualidade do sujeito ativo, alocando-se em capítulos distintos as condutas praticadas por particulares e aquelas cometidas por funcionários públicos.[37] Praticará, assim, o crime de "corrupção ativa" o particular que oferecer ou prometer vantagem indevida a servidor

---

[34] "Art. 217. O que der ou prometter peita, ou suborno, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado e subornado". Em caso de magistrados, a pena seria a mesma imposta em eventuais condenações: "Art. 216. Nas mesmas penas incorrerá o juiz de direito, de facto, ou arbitro que, por peita ou suborno, der sentença, ainda que justa. § 1º Si a sentença for criminal condemnatoria, mais injusta, soffrerá o peitado ou subordinado a mesma pena que tiver imposto ao que condemnara, além da perda do emprego e multa." Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 23 mar. 2015.

[35] Criminalizado pelo artigo 317 do Código Penal: "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional (...)". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[36] O tipo foi descrito no artigo 317, § 2º, do Código Penal, estabelecendo-se pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[37] O artigo 317 e o artigo 333 se inserem no título que trata "dos crimes contra a administração pública". O capítulo em que se encontra o artigo 317 é aquele dedicado aos "crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral", enquanto que aquele no qual se colocou o artigo 333 trata "dos crimes praticados por particular contra a administração em geral". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

público com o fim específico de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, submetendo-se às mesmas penas fixadas para a modalidade passiva do crime.[38]

Outro tipo semelhante foi o que se inseriu no artigo 316 do Código Penal, classificando-se como crime de concussão a conduta de "exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida".[39] No Código Penal de 1890, apenas incorriam no crime de concussão funcionários encarregados da arrecadação, cobrança ou administração de rendas ou dinheiros públicos ou da distribuição e cobrança de impostos,[40] escolha que naturalmente restringia seu alcance.

As sanções impostas também aumentaram substancialmente com relação àquelas previstas em leis anteriores. Enquanto, antes, as penas, na maioria dos casos, no máximo chegavam a um ano de prisão, essa pena passou a ser a sanção mínima no novo Código Penal, duplicando-se com a edição da Lei n.º 10.763, de 12 de novembro de 2003.[41]

Com a entrada em vigor da Lei n.º 10.467, de 11 de junho de 2002, outra alteração no Código Penal deu origem à variante internacional do tradicional crime de corrupção ativa. Essa modalidade, que resulta de esforços supragovernamentais e representa uma

---

[38] Conduta tipificada no artigo 333 do Código Penal ("Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[39] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[40] Previa-se, nesse sentido: "Art. 219. Julgar-se-ha commettido este crime: § 1º Pelo empregado publico *encarregado* da arrecadação, cobrança ou administração de quaesquer rendas ou dinheiros publicos, ou da distribuição de algum imposto, que, directa ou indirectamente, exigir dos contribuintes, ou os obrigar a pagar o que souber não deverem. Pena de suspensão do emprego por tres mezes a um anno. No caso em que empregado publico se aproprie do que assim tiver exigido, ou exija para esse fim: Penas de prisão cellular por seis mezes a um anno, multa igual ao triplo do que tiver exigido, ou feito pagar, e perda do empregado. § 2º Pelo que, para cobrar impostos, ou direitos legitimos, empregar voluntariamente contra os contribuintes meios mais gravosos do que os prescriptos nas leis, ou os fizer soffrer injustas vexações: Pena de suspensão do emprego por seis mezes a dous annos, além das mais em que incorrer pela vexação que tiver praticado. Si, para commetter algum destes crimes, usar da força armada, além das penas estabelecidas, soffrerá mais a de prisão cellular por tres mezes a um anno. § 3º Pelo que, arrogando-se dolosamente, ou simulando, attribuição para fazer qualquer acto do emprego, acceitar offerecimento ou receber dadivia, directa ou indirectamente, para fazer ou deixar de fazer esse acto: Pena de prisão cellular por seis mezes a um anno, perda do emprego e multa igual ao triplo do valor recebido." Disponível: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 23 mar. 2015.

[41] As penas, atualmente, variam entre dois e doze anos reclusão, além de multa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

nova ordem no plano normativo, deve ser analisada no contexto em que surgiu para compreender seu alcance e, principalmente, o que representa em termos técnicos.

2.2 INTERNACIONALIZAÇÃO DAS FONTES DE PRODUÇÃO NO DIREITO PENAL

O direito penal tradicionalmente se origina a partir de iniciativas locais, criminalizando comportamentos considerados especialmente graves por determinadas sociedades.

Essa origem territorial, que se funda no conceito de soberania, remonta à Paz de Vestfália, de 1648, e parte de um modelo de ordem internacional em que os Estados reconhecem mutuamente a jurisdição que compete a cada um sobre crimes havidos em seus territórios.[42] Por esse modelo, uma conduta praticada nos limites de determinado Estado deve ser punida segundo as regras que por lá vigorarem, sem ingerência de outros Estados, que também teriam suas jurisdições limitadas aos seus próprios territórios.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, no entanto, a lógica territorial que sempre regeu o direito penal começou a sofrer alterações. Se, por um lado, buscava-se preservar a ideia de soberania, que permitia a regulação independente de assuntos internos, de outro, surgia a necessidade de regular internacionalmente matérias comuns que poderiam afetar diferentes Estados ao mesmo tempo, evitando a eclosão de conflitos que poderiam impactar a todos.[43] Foi nesse contexto que passou a ganhar cada vez mais concretude o direito internacional, antes limitado à criação de regras comuns apenas para garantir segurança em transações comerciais.

Esse movimento de internacionalização gerou impactos no direito penal por duas razões principais. Em primeiro lugar, a intensificação da circulação de pessoas e bens entre diferentes Estados, facilitada pela flexibilização das fronteiras, agregou dimensão internacional a crimes que, antes, apenas poderiam ser praticados de forma local. Tornou-

---

[42] MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34/Edesp, 2004, p. 16.
[43] Ibidem, pp. 17-18.

se mais fácil, por exemplo, comercializar produtos proibidos fora dos limites de determinado Estado ou evadir-se de um país para outro, com efeitos negativos em mais de uma localidade.

Em segundo lugar, mesmo eventos antes circunscritos a determinadas regiões ganharam crescente visibilidade na medida em que passaram a ser testemunhados por pessoas do mundo todo, gerando reações em grupos diversificados que não necessariamente poderiam ser afetados por eles.[44] Violações a direitos humanos, por exemplo, começaram a ser objeto de campanhas mundiais, com atenção do público para atrocidades que continuariam desconhecidas se não houvesse uma comunidade internacional minimamente organizada.[45]

Essas alterações abriram espaço para iniciativas de internacionalização normativa, vinculadas tanto à real necessidade de coibir condutas que passaram a ser, em si, transnacionais, como ao objetivo de solidariedade no combate de práticas que, apesar de locais, afetam interesses protegidos simultaneamente por vários Estados.

Maíra Rocha Machado divide esses mecanismos de internacionalização em três espécies: (i) unificação, (ii) uniformização e (iii) harmonização.[46]

A *unificação* consiste na criação de um direito supranacional comum, com regras únicas que devem ser seguidas por todos no plano internacional, eliminando eventuais reservas de soberania que poderiam se sobrepor à norma criada. A *uniformização*, por sua vez, preserva o caráter local do direito, demandando apenas a internalização de normas internacionais de modo idêntico pelos países que as adotarem. A *harmonização*, por fim, que também preserva o caráter local do direito, permite certa discricionariedade, caracterizando-se pela criação de normas internas que buscam inserir em ordenamentos

---

[44] Ibidem, pp. 18-19.

[45] Em maio de 2011, por exemplo, o Alto Comissariado dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas expressou, em artigo publicado no Brasil, sua preocupação "com a situação na Síria, no Barein e no Iêmen, onde violações aos direitos têm aumentado à medida que os governos respondem com repressão aos protestos por maior participação democrática e reformas" (*ONU alerta para aumento acentuado de violações dos direitos humanos em todo o Oriente Médio*. 13 mai. 2011. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-alerta-para-aumento-acentuado-de-violacoes-aos-direitos-humanos-em-todo-o-oriente-medio/>. Acesso em: 26 abr. 2016).

[46] Cit., pp. 25-26.

locais regras inspiradas em propostas internacionais, adaptando-as às suas particularidades, o que flexibiliza a tendência internacional de produzir normas pretensamente globais.

A criação de tipos penais com dimensão transnacional é um resultado desse movimento de internacionalização.

Essa utilização do direito penal para atingir objetivos de unificação, uniformização ou harmonização pode acabar, segundo Isidoro Blanco Cordero, eclipsando a atuação do Estado enquanto organização de bases exclusivamente territoriais.[47] Basta pensar, por exemplo, no caso do agente que, com o fim de operar câmbio sem autorização do Banco Central, abre empresas em países classificados como paraísos fiscais e passa a movimentar valores no exterior a partir do Brasil, exercendo atividade que, analisada de modo isolado em cada um dos países envolvidos, não permite que o direito penal as alcance. Para punir esse comportamento, que apenas será criminoso se enxergado em todas as suas dimensões, o Estado necessariamente precisará contar com o auxílio de outros países, inclusive em termos de tipificação.

Além disso, de acordo com Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, esse movimento de internacionalização do direito penal costuma ser liderado por organizações que substituem a vontade soberana do Estado para impor a repressão de delitos que interessam a classes específicas.[48] Entidades como a OCDE, por exemplo, fazem hoje recomendações para induzir a criação de normas penais padronizadas,[49] atendendo não necessariamente aos interesses da comunidade global, mas, principalmente, aos interesses econômicos de seus membros, que, segundo a Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda, "reúnem os países mais industrializados do mundo e alguns países emergentes".[50]

---

[47] CORDERO, Isidoro Blanco, cit., pp. 103-153.

[48] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 31-64.

[49] Ibidem, pp. 49-64.

[50] *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE: O histórico da OCDE e a recente aproximação entre o Brasil e o organismo internacional*. Disponível em: <http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/ocde>. Acesso em: 7 fev. 2016. O Brasil não integra a OCDE, mas constitui o que se denomina um "key-partner", o que o autoriza a participar de alguns comitês.

No Brasil, a eficácia de tratados e convenções internacionais está vinculada à sua aprovação pelo Congresso Nacional, dependendo de Decreto Legislativo que os incorporem ao ordenamento jurídico nacional para que possam ter eficácia.[51] Não se admite no país, assim, uma fonte de produção automática de normas jurídicas, que permita criar tipos penais na esfera internacional.[52]

O que ocorre, na prática, é a assinatura pelo país de tratados e convenções que recomendam a criminalização de determinadas condutas, que podem ou não vir a ser tipificadas pelo legislador nos termos sugeridos internacionalmente.[53]

Essa tendência à internacionalização do direito penal se manifesta de forma particularmente ostensiva no que se refere ao crime de corrupção internacional, que resultou, em grande parte, de iniciativas junto à própria OCDE.

---

[51] Artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal: "Compete privativamente ao Presidente da República: (...) celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[52] Nesse sentido, por exemplo, é interessante a discussão que houve quanto ao crime de organização criminosa anteriormente à edição da Lei n.º 12.850/13, quando constava da Lei n.º 9.613/98, que trata do combate à lavagem de dinheiro, crime antecedente que fazia referência à organização criminosa: "a despeito da previsão internacional, não instituiu o Brasil o crime de que tratava a convenção até o advento da Lei 12.850/13, relutando a jurisprudência pátria, justificadamente, em admiti-la para preencher hipóteses legais nas quais se fazia referência ao fenômeno sem no entanto defini-lo, como na antiga redação da Lei de Lavagem de Dinheiro, por exemplo. Em junho de 2012, porém, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu de maneira expressa pela impossibilidade de se aplicar o conceito trazido pelo tratado internacional, por entender que a existência de tipo penal pressupõe observância ao processo legislativo ordinariamente empregado na sua criação, o que não ocorre quando o Brasil simplesmente ratifica tratado internacional. A discussão foi novamente realizada, desta vez pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Penal 470, sem que a conclusão se alterasse. Com essa jurisprudência, parecia se consolidar no cenário jurídico nacional a inaplicabilidade de dispositivos que tratassem da organização criminosa enquanto componente de qualquer infração penal" (LAGO, Natasha do. "Lei que tipifica organização criminosa não elimina incertezas". In: *Consultor Jurídico*, 20 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-20/natasha-lago-lei-tipifica-organizacao-criminosa-nao-elimina-incertezas>. Acesso em: 13 jun. 2016).

[53] De acordo com Carlos Julio Lascano, isso deu lugar, de um lado, à abolição de crimes que dificultavam relações entre Estados, como aqueles relacionados com a violação de fronteiras; e, de outro, à criação de tipos penais que coibissem práticas indesejáveis nesse novo contexto de internacionalização ("El cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales". In: *Pensamiento Penal y Criminológico: Revista de Derecho Penal integrado*, Córdoba, v. 4, n. 6, 2003, pp. 160-161).

2.2.1 A LEI ANTICORRUPÇÃO NORTE-AMERICANA E A CONVENÇÃO DA OCDE

O crime de corrupção internacional se relaciona de forma específica com o histórico legislativo penal dos Estados Unidos, pioneiros na criação de uma lei proibindo a prática de condutas corruptas fora de seu território.

A irrupção de novos Estados no início da década de 1960, em decorrência do processo de descolonização, permitiu que a corrupção assumisse contornos cada vez mais expressivos no plano internacional. Providas de matérias-primas, porém carentes de infraestrutura básica ou de mecanismos para desenvolvê-la, passaram muitos dos novos dirigentes de ex-colônias a interagir autonomamente com empresas multinacionais que atuavam por via de concessões públicas.[54]

Esses recém-criados Estados, no entanto, não possuíam controles mínimos capazes de assegurar a legalidade de suas contratações ou mesmo estabelecer parâmetros de justiça para selecionar as empresas mais preparadas para prestar os serviços de que necessitavam. Isso, aliado à fragilidade política e econômica que também lhes era peculiar,[55] tornava bastante propício o desenvolvimento de relações corruptas com empresas estrangeiras interessadas em conseguir boas oportunidades para negócios.

Havia, de outra parte, incentivos governamentais em determinados Estados que autorizavam empresas a deduzir de suas cargas tributárias eventuais comissões pagas em outros países a título de propina, classificadas como simples "despesas operacionais".[56] Companhias que procurassem negócios no exterior, como lembra Martine Milliet-Einbinder, muitas vezes até mesmo esperavam pagar vantagens ilícitas a funcionários estrangeiros — e muitos governos não enxergavam nenhuma razão para julgar esse

---

[54] NIETO MARTÍN, Adán. "La corrupción en el comercio internacional: o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo". In: *Revista Penal*, Valencia, n. 12, jul., 2003, p. 7.

[55] A capacidade econômica das empresas multinacionais em questão era (e ainda é), como explica Carlos Eduardo Adriano Japiassú, superior ao produto interno bruto de muitos países ("A corrupção em uma perspectiva internacional". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 40).

[56] LASCANO, Carlos Julio, cit., p. 169. Estados estrangeiros, segundo Marie Elisabeth Cartier e Cristina Mauro, seriam tradicionalmente indiferentes a práticas corruptas havidas fora de seus territórios ou, "pire encore, encouragent cette activité en permettant la déduction fiscale des paiements effectués à l'étranger" ("La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers". In: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 4, out./dez. 2000, p. 738).

comportamento ilícito. A implementação de regra que tornasse não dedutíveis pagamentos de propina no exterior, argumentava-se, contrariava o princípio de que todas as despesas associadas com receitas tributáveis deveriam ser levadas em consideração para fins fiscais.[57]

Na Alemanha, constava expressamente de manuais fiscais que, embora subornos realizados em transações domésticas não fossem dedutíveis como despesas operacionais, sujeitando-se a sanções de natureza penal, subornos praticados no exterior não deveriam se submeter à mesma regra.[58] No Canadá, regras internas estipulavam que empresas multinacionais deveriam se guiar pelo direito dos países em que operassem, de modo que o pagamento de propina no exterior poderia, se autorizado no país em que realizado, ser declarado às autoridades canadenses e escriturado como despesa operacional.[59]

Tudo isso contribuiu para a consolidação de uma opinião geral no sentido de que medidas precisavam ser tomadas para garantir transparência em relações comerciais internacionais e evitar a prática de corrupção como mecanismo de concorrência desleal.

O primeiro impulso nesse sentido teve início, como se adiantou, nos Estados Unidos, com a aprovação do *Foreign Corrupt Practices Act* em 1977 ("FCPA"), logo após a eclosão de escândalo envolvendo a empresa norte-americana *Lockheed Aircraft Corporation* no Japão.[60]

Em fevereiro de 1996, um ex-diretor da *Lockheed* testemunhou perante o Subcomitê de Relações Exteriores do Senado norte-americano sobre Empresas Multinacionais, revelando que diversos funcionários públicos japoneses haviam sido

---

[57] MILLIET-EINBINDER, Martine. *The tax deductibility of bribes is a practice which the Convention has made easier to abolish*. Disponível em: <http://www.oecdobserver.org/news/printpage.php/aid/245/Writing_off_tax_deductibility_.html>. Acesso em: 11 mai 2015.

[58] KAIKATI, Jack G.; LABEL, Wayne A.. "American Bribery Legislation: An Obstacle to International Marketing". In: *Journal of Marketing*, Vol. 44, No. 4 (Autumn, 1980), p. 40.

[59] Situação que conduziu, por exemplo, à polêmica declaração da canadense Asmara Oil Corp. Ltd no sentido de que continuaria a realizar pagamentos de propinas no exterior e os declararia, regularmente, conforme fosse exigido pela legislação a que submetida (KAIKATI, Jack G.; LABEL, Wayne A., cit., p. 40).

[60] NIETO MARTÍN, Adán, cit., p. 7. Também sobre o tema: SOLOMON, Lewis D.; LINVILLE, Leslie G.. *Transnational Conduct of American Multinational Corporations: Questionable Payments Abroad*, 7 B.C.L. Rev. 303 (1976). Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol17/iss3/1>. Acesso em: 1 mai. 2015.

subornados para garantir negócios da empresa no Japão, por intermédio de um agente secreto a quem teriam sido entregues cerca de sete milhões de dólares.[61]

O agente, segundo informações divulgadas à época, já havia sido preso trinta anos antes por tentativa de assassinato em massa de membros do gabinete japonês e, durante a Ocupação das Forças Aliadas, como suspeito por crimes de guerra. Sua liberação, após três anos encarcerado, estaria vinculada à sua possível integração a serviços de inteligência americana, como a *Central Intelligence Agency* ("CIA").[62] Os serviços desse agente secreto teriam sido prestados por mais de quinze anos à *Lockheed Aircraft*, embora sua reputação o tornasse uma escolha duvidosa.[63]

Pouco antes, o escândalo de *Watergate* já evidenciara, também nos Estados Unidos, como a vida política e comercial daquele país se encontrava contaminada por práticas semelhantes às que se descobriram com as investigações da *Lockheed*.

Em 1972, ano de eleições presidenciais, noticiou a imprensa norte-americana que cinco pessoas haviam sido detidas quando tentavam instalar aparelhos de escuta no comitê de campanha do Partido Democrata, fazendo presumir que o então candidato republicano à reeleição, Richard Nixon, seria responsável por coordenar a espionagem.[64] Reeleito o

---

[61] Michael Blaker sintetiza bem a dimensão do escândalo: "Testimony by A. Carl Kotchian, the Lockheed Aircraft Corporation's former chief operating officer and vice president, before the US Senate Foreign Relations Subcommittee on Multinational Corporations on February 6, along with the supporting documents published by the committee, revealed that several Japanese government and business officials had received payments from Lockheed to enhance the company's business prospects in Japan. A major recipient of the illegal funds was Kodama Yoshio, who allegedly was given $7 million to act as Lockheed's secret agent and to ensure that All-Nippon Airways would eventually purchase the Lockheed Tri-Star jet. Immediately after the initial Lockheed disclosures in early February, Miki appeared before the Lower House Budget Committee and vowed to get to the bottom of the scandal. He dispatched a personal letter to President Gerald Ford, requesting further information on the case. After an exchange of letters between Ford and Miki in late February and early March, as well as a Diet resolution on February 23 calling for the release by the US of all relevant materials, the Japanese Justice Ministry and the US Department of Justice reached an agreement designed to facilitate the investigation. The agreement, based on the premise that all materials would be kept confidential, was attacked by the Japanese opposition parties as a 'cover-up.' As a result, the opposition boycotted the Diet from March 8 to April 21. The investigation was pursued, however, leading to charges filed against Kodama on May 10 for having received over $1 million from Lockheed." ("Japan 1976: The Year of Lockheed". In: *Asian Survey*, Vol. 17, No. 1, A Survey of Asia in 1976: Part I (Jan., 1977), p. 82).

[62] BAERWALD, Hans H., "Lockheed and Japanese Politics". In: *Asian Survey*, Vol. 16, No. 9 (Sep., 1976), p. 817.

[63] Idem.

[64] LEWIS, Alfred E. "5 Held in Plot to Bug Democrat's Office Here". In: *Washington Post.* 18 Jun. 1972. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2002/05/31/AR2005111001227.html>. Acesso em: 14 mai. 2015.

presidente, dois anos ainda se passariam até que as investigações, conduzidas em conjunto com o Senado, levassem à sua renúncia, em agosto de 1974.

Essas investigações, além de apurar o envolvimento do presidente com a instalação das escutas, voltaram-se também a verificar técnicas de financiamento utilizadas na campanha de reeleição. Muitas das doações recebidas de empresas haviam sido realizadas com fundos provenientes do exterior, utilizando-se técnicas controvertidas que expuseram seus autores quando se deu transparência aos pagamentos.[65]

O mecanismo utilizado pelos doadores consistia em realizar contratos ideologicamente falsos de prestação de serviços, preferencialmente com subsidiárias estrangeiras da própria empresa, ou superfaturar contratos preexistentes, para justificar a saída do país de valores que, posteriormente, retornariam para os Estados Unidos sem declaração aos órgãos de fiscalização.

Com o avanço das investigações e a intervenção da *Securities and Exchange Commission* ("SEC"), comissão de valores mobiliários norte-americana, passaram as autoridades estadunidenses a realizar averiguações independentes com o objetivo de descobrir se aquelas empresas doadoras também não estariam se utilizando de contas no exterior para realizar outros tipos de pagamentos ilícitos, até mesmo relacionados com corrupção. Em pouco tempo, pelo menos cem empresas declararam ter realizado pagamentos questionáveis que totalizavam, nos últimos cinco anos, mais de cem milhões

---

[65] "When the Nixon men began to finance his reelection campaign, they naturally turned to the business community. Maurice Stans and Herbert Kalmbach, sailing under White House orders, asked dozens of business executives for $100,000 apiece-much more than in prior campaigns. They did not suggest six-figure numbers merely to the Rockefellers and Mellons and Pews, but also to the professional managers of modest origins who had made the grade as company presidents but had little capital of their own. The amounts they proposed were related to the size of the company and what the Nixon administration had done and could do for it. They also represented that money contributed before April 1, 1972, the effective date of some disclosure amendments to the campaign financing law, would not have to be reported. Traceless cash was, of course, acceptable. Although most business leaders, Republican though they were, declined to put up such large sums, a number succumbed, tempted by the chance to do so in secret and fearful of the consequences if they refused while their competitors were coming through. Since they could not afford to use their personal funds, they looked for a company source of cash which was indeed to be used for the company's benefit. They knew that using corporate funds was illegal, but they did not expect to be found out. (…) When the Nixon finance committee had to report the contributions in the names of the business executives who had been solicited, those who had used corporate funds could not prove that the contributions had been personal. Before long, more than 20 major corporations and their officers had entered Cox's confessional booth." (CUTLER, Lloyd N.. "Watergate, International Style". In: *Foreign Policy*, No. 24 (Autumn, 1976), pp. 160-161).

de dólares; em alguns desses casos, as próprias autoridades norte-americanas teriam aconselhado — ou mesmo encorajado — tais pagamentos.[66]

A eclosão desses escândalos e a pressão social que decorreu da revolta gerada pela impunidade foram decisivas para a aprovação do FCPA nos Estados Unidos.

Essa primeira etapa, regional, iniciou um movimento que, na leitura de Juliette Tricot, seria a partir de então marcado por certa circularidade.[67]

Aprovada, no plano interno, o FCPA, empresas norte-americanas ficaram naturalmente em posição de desvantagem com relação a empresas europeias que estavam autorizadas a pagar subornos no exterior. O valor de uma lei anticorrupção como a que se aprovou ficaria, pensava-se, bastante diminuído a menos que outros países industrializados se vissem persuadidos a adotar regras semelhantes com relação às suas multinacionais. O problema que precisava ser resolvido, desse modo, não era apenas impedir que empresas norte-americanas realizassem pagamentos ilícitos, mas também evitar que seus concorrentes internacionais assim procedessem.[68]

---

[66] "At that point, the Securities and Exchange Commission (SEC) entered the game. While the amounts were too trivial to be material to the business of the firms involved, the participation of top management was germane to their honesty and integrity, and to stockholder decisions on their re-election as directors. The SEC therefore required disclosures to shareholders, coupled with commitments to investigate whether any other illegal contributions had been made. Since a good part of campaign cash had been generated by overpayments to foreign agents, the SEC required that all agents' accounts be examined to check whether cash had been returned to the United States. In an inspired moment, Stanley Sporkin of the SEC enforcement staff also insisted that the agents' accounts be checked for 'other improper payments.' By intuition or accident, Sporkin had hit the jackpot. Outside directors, outside auditors, and outside counsel took on with vigor the task of making the independent investigations. They found that in about half the cases, the foreign agents of the same companies had indeed made 'other improper payments' – millions of dollars paid directly or through middlemen to foreign government officials, foreign political parties, and purchasing agents for state enterprises, many of whom solicited harder and had more to deliver than Stans. Outside directors and auditors of companies that had resisted the Nixon levies also began to inquire whether their own firms had made similar foreign payments. By mid-year, 100 American firms (including about 10 per cent of the Fortune 500) had disclosed questionable payments totaling more than $100 million over a five-year period. In a minority of these cases, someone in top management had known or approved of the payments. In some, U.S. government officials had advised or even encouraged the firms to make them. For those firms that disclosed voluntarily, the SEC did not insist on identifying the foreign countries or officials involved, accepting the companies' plea that naming names could hurt the company's business, and do more harm than good to the stockholders' investment interests." (CUTLER, Lloyd N., cit., pp. 161-163).

[67] "La corruption internationale". In: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 4, out./dez. 2005, p. 757.

[68] KAIKATI, Jack G.; LABEL, Wayne A., cit., p. 40.

Com o fim de assegurar boas condições de competitividade para suas empresas, passaram os Estados Unidos, então, a exercer pressões junto a órgãos internacionais para que outros Estados adotassem restrições semelhantes àquelas contidas em sua Lei Anticorrupção.[69]

Esses esforços, embora inicialmente inócuos,[70] culminaram com a aprovação, por países que integravam a OCDE, da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, em dezembro de 1997, com a qual se estabeleceram critérios e compromissos para criminalização da conduta de corrupção no âmbito de relações comerciais estrangeiras.[71]

---

[69] Sem obterem, inicialmente, sucesso, reformaram os Estados Unidos o FCPA para restringir o texto original no que se refere à exigências de dolo e a ampliação de causas de justificação e, dez anos depois, já aprovado texto internacional tratando da matéria, para ampliar o alcance da lei interna.

[70] Os movimentos norte-americanos teriam passado, segundo Juliette Tricot, por três etapas ascendentes: "La première – couvrant la seconde moitié des années soixante-dix – est marquée par l'échec. En dépit des efforts américains, les travaux au sein des Nations Unies n'aboutissent pas tandis que les perspectives offertes par l'action de la Chambre de commerce internationale ou de l'OCDE se révèlent insuffisantes. Il convient de relever qu'à la même époque, des efforts sont menés au sein des enceintes communautaires; ils connaîront le même sort. La seconde étape – la décennie quatre-vingt – marque une période de latence jusqu'à ce que les États Unis relancent à nouveau le processus. Tout en ayant assoupli leur législation, ils reprennent leur stratégie d'adoption d'un instrument international mais cette fois-ci au sein d'autres enceintes et espaces. C'est ainsi qu'ils sont à l'origine de la CICC et de la Convention de la OCDE. La troisième étape – les années quatre-vingt-dix – marque en effet le succès sur le terrain «régional» avec l'adoption des deux instruments précités et de ceux de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe" (cit., p. 758).

[71] No preâmbulo da convenção, foram declinadas as seguintes justificativas para o pacto internacional: "Considerando que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade; Considerando que todos os países compartilham a responsabilidade de combater a corrupção nas Transações Comerciais Internacionais; Levando em conta a Recomendação Revisada sobre o Combate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais, adotada pelo Conselho da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), em 23 de maio de 1997, que, *inter alia*, reivindicou medidas efetivas para deter, prevenir e combater a corrupção de funcionários públicos estrangeiros ligados a Transações Comerciais Internacionais, particularmente a imediata criminalização de tais atos de corrupção, de forma efetiva e coordenada, em conformidade com elementos gerais acordados naquela Recomendação e com os princípios jurisdicionais e jurídicos básicos de cada país; Acolhendo outros desenvolvimentos recentes que promovem o entendimento e a cooperação internacionais no combate à corrupção de funcionários públicos, incluindo ações das Nações Unidas, do Banco Mundial, do Fundo Monetário Internacional, da Organização Mundial de Comércio, da Organização dos Estados Americanos, do Conselho da Europa e da União Européia; Acolhendo os esforços de companhias, organizações empresariais e sindicatos, bem como outras organizações não-governamentais, no combate à corrupção; Reconhecendo o papel dos Governos na prevenção do pedido de propinas de indivíduos e empresas, em Transações Comerciais Internacionais; Reconhecendo que a obtenção de progresso nessa área requer não apenas esforços em âmbito nacional, mas também na cooperação, monitoramento e acompanhamento multilaterais; Reconhecendo que a obtenção de equivalência entre as medidas a serem tomadas pelas Partes é o objeto e propósito essencial da presente Convenção, o que exige a sua ratificação sem derrogações que afetem essa equivalência; Acordaram o que se segue: (...)" (*Decreto nº 3.678*, de 30 de novembro de 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016).

Os impulsos legislativos que deram ensejo à aprovação da Convenção da OCDE teriam, de fato, origem "em reivindicações das forças que podem ser consideradas protagonistas dos processos de globalização e, particularmente, no próprio mundo empresarial". Passou-se a considerar que a corrupção, "além de ter efeitos nocivos ao desenvolvimento econômico, democrático e social, impede o estabelecimento da livre-concorrência e gera violações aos próprios direitos humanos".[72]

Interessante observar que, para assegurar igualdade de condições no mercado internacional e proteger, pois, os interesses que estavam por trás da proposta, redigiu-se regra que condicionava sua entrada em vigor à adesão de pelo menos cinco dos dez maiores países exportadores, indicados em um dos dispositivos da Convenção da OCDE.[73]

Internacionalizada a Lei Anticorrupção inicialmente adotada pelos Estados Unidos, retornar-se-ia, circularmente, à etapa de implementação interna em que cada país deveria dar efetividade ao compromisso assumido internacionalmente.[74]

2.2.1.1 O CRIME DE CORRUPÇÃO EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, essa etapa de implementação interna se materializou com a aprovação de lei que introduziu no Código Penal o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional.[75]

---

[72] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, cit., p. 30.

[73] Artigo 15 da Convenção da OCDE: "A presente Convenção entrará em vigor no sexagésimo dia seguinte à data na qual cinco dos dez países que possuam as maiores cotas de exportação, apresentadas no documento anexo, e que representem juntos pelo menos sessenta por cento do total combinado das exportações desses dez países hajam depositado seus instrumentos de aceitação, aprovação ou ratificação. Para cada Signatário depositante de instrumento após a referida entrada em vigor, a presente Convenção entrará em vigor no sexagésimo dia após o depósito de seu instrumento." Nas palavras de Giorgio Sacerdoti: "Tra le norme finali della Convenzione di particolare importanza è quella sull'entrata in vigore, che riflette le preoccupazzioni expresse nel negoziato e il comprollesco di cui ala Raccomandazione del Consiglio di maggio 1997 ricordato più sopra. Essa è che à il resultato di un serrato negoziato finale su insistenza dell'Unione Europea (in conformità alla seconda posizione comune) e del Giappone che fosse assicurata l'entrata in vigore con la partecipazione sin dall'inizio dei principali paesi esportatori. Il mecanismo à in sintesi il seguente. La Convenzione può entrare in vigore solo con la partecipazione di cinque paesi tra i primi dieci esportatori dell'OCSE, in base ad una statistica allegata (...)" ("La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali". In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 41, 1998, p. 1.357).

[74] TRICOT, Juliette, cit., p. 759.

Em junho de 2002, entrou em vigor a Lei n.º 10.467, que, com o fim de dar efetividade à Convenção da OCDE,[76] criminalizou a assim denominada "corrupção ativa em transação comercial internacional", definida no artigo 337-B do Código Penal pela conduta de "prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional".[77]

Esse novo tipo penal supostamente agrega dimensão internacional ao tradicional crime de corrupção, responsabilizando internamente comportamentos que ultrapassariam a esfera de interesse do Brasil em situação análoga à que se encontra criminalizada no delito de corrupção ativa. Seu alcance será estudado no tópico seguinte, quando também serão analisados os elementos dos tradicionais tipos de corrupção interna e as diferenças entre cada espécie.

---

[75] Não se criminalizou a conduta do funcionário público estrangeiro que atue como contraparte. A ausência de previsão nesse sentido está relacionada, a nosso ver, com o fato de que a corrupção passiva já seria sancionada internamente nos ordenamentos nos quais o funcionário desempenhasse suas funções. Esse tema, de todo modo, será retomado quando tratarmos do bem jurídico protegido pelo crime de corrupção em transações comerciais internacionais (Item 4 do Título II a seguir, "Objeto de proteção nos crimes de corrupção interna e corrupção internacional").

[76] Introduzida no direito brasileiro por via do Decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[77] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

PARTE I

OS CRIMES DE CORRUPÇÃO

TÍTULO II. TIPOS PENAIS DE CORRUPÇÃO NO CÓDIGO PENAL

1. OS TIPOS DE CORRUPÇÃO INTERNA E CORRUPÇÃO INTERNACIONAL

O Código Penal brasileiro utiliza o termo "corrupção" em sete tipos penais: (i) corrupção de menores; (ii) corrupção de água potável; (iii) corrupção de substância ou produtos alimentícios; (iv) corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; (v) corrupção passiva; (vi) corrupção ativa; e (vii) corrupção ativa em transação comercial internacional. Para os fins deste estudo, interessa analisar apenas os três últimos.

Entre esses tipos, dois possuem abrangência interna, disciplinando comportamentos vinculados a funcionários públicos brasileiros (corrupção passiva e corrupção ativa); o terceiro, de tipificação mais recente, trata de condutas que repercutem na esfera de organização de outros Estados, originando-se das iniciativas internacionais descritas no tópico anterior.[78]

A análise dessas condutas será inicialmente realizada separando os tipos internos do tipo internacional para, depois, comparar-se o alcance de cada um e avaliar as diferenças que podem existir entre eles.

[78] Item 2 do Título I ("Histórico legislativo da criminalização").

2. OS TIPOS DE CORRUPÇÃO INTERNA

2.1 CORRUPÇÃO PASSIVA

O primeiro tipo de corrupção previsto pelo Código Penal é o do artigo 317, que pune com pena de dois a doze anos de reclusão a conduta de "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem".

2.1.1 TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Os núcleos verbais do tipo de corrupção passiva estão nas condutas do funcionário público que "solicita", "recebe" ou "aceita" promessa de receber vantagem indevida em razão da função que exerce ou exercerá, ainda que o benefício se destine a terceiro.

"Solicitar" significa "pedir", "requerer", "rogar",[79] conduta que dispensa qualquer atuação do particular a quem se solicite vantagem e, embora se classifique como modalidade de "corrupção passiva", caracteriza-se pela postura ativa do agente público, que interpela diretamente o particular. O crime se configura ainda que da solicitação não decorra a entrega de benefício algum.

"Receber", por outro lado, importa na obtenção de benefício indevido, havendo, portanto, necessariamente, atuação do particular no sentido de oferecer, prometer ou entregar vantagem a funcionário público. A conduta do funcionário nessa situação é efetivamente passiva e existe, de modo geral, bilateralidade no que se refere à punição da modalidade ativa praticada pelo corruptor.[80]

---

[79] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, cit.

[80] Há divergências na doutrina com relação à responsabilidade do particular que eventualmente concorde com a entrega da vantagem solicitada. Esse aspecto será discutido na Parte I, Título II, Item 2.2.1.2 ("A conduta de 'dar' vantagem indevida").

Na aceitação de promessa de recebimento, finalmente, não há, por razões lógicas, vantagem já materializada, mas se exige, tal como na espécie anterior, conduta do particular no sentido de prometer benefício ilícito ao funcionário público.

Todas essas modalidades se consumam instantaneamente com a solicitação, recebimento ou aceitação de promessa para recebimento de vantagem. Na primeira e na terceira hipóteses, o crime é formal,[81] bastando que haja solicitação ou aceitação de promessa. No segundo caso, porém, há crime material, porque é necessário haver efetivo recebimento de vantagem para que o tipo incida.[82]

Como se trata de tipo misto alternativo, a ocorrência de qualquer ação descrita basta para que o crime se consume.[83] Do mesmo modo, fazendo-se presente mais de um núcleo verbal em uma mesma conduta, haverá crime único.

Nesse sentido, por exemplo, o acórdão do julgamento de embargos infringentes pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal n.º 470 dispôs que, "se a corrupção passiva se caracteriza pela solicitação, recebimento ou aceitação de vantagem indevida, não é possível enxergar no recebimento um ato posterior ao delito", concluindo-se, assim, que:

> Todo recebimento pressupõe logicamente aceitação prévia, ainda que ambas as ações ocorram em momentos imediatamente sucessivos. A referência do tipo alternativo ao ato de aceitação, portanto, significa que basta aceitar, ainda que inexista prova de que o corrompido tenha recebido efetivamente a vantagem. Nos casos em que a prova exista, porém, seria artificial considerar o ato de entrega como posterior à corrupção.[84]

---

[81] Crimes formais são definidos por Eugênio Pacelli e André Callegari como "aqueles em que o tipo menciona o comportamento e o resultado, mas não exige a sua produção para a consumação do delito, ou também se pode dizer que são crimes de consumação antecipada, independentemente da (in)ocorrência do resultado desejado pelo agente" (*Manual de Direito Penal*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 203). Crimes materiais, por sua vez, são definidos pelos mesmos autores como "aqueles em que o tipo requer, para sua consumação, a produção de um resultado, material ou ideal, como consequência da conduta e distinto da mesma, geralmente posterior, mas às vezes simultâneo a ela" (ibidem, p. 202). Esse resultado seria naturalístico e, não, simplesmente jurídico para que se pudesse falar em "crime material". Esse tema será retomado no Item 2.3 da Parte III ("A corrupção de funcionário público brasileiro no exterior").

[82] Diverge, nesse aspecto, Cezar Roberto Bitencourt entendendo que também na aceitação de promessa haveria crime material (cit., p. 91).

[83] Nesse sentido o recebimento de denúncia pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal n.º 685, em decisão publicada em 14.3.2014: "(...) 13. O tipo do art. 317 do CP apresenta três verbos que revelam a forma pela qual o delito de corrupção passiva pode ser praticado: solicitar ou receber vantagem indevida ou aceitar promessa de tal vantagem. Em se tratando de tipo misto alternativo, a prática de apenas uma das condutas é suficiente para a consumação."

[84] Trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 30, acórdão publicado em 21.8.14.

Embora a divergência estivesse relacionada com a possibilidade de a corrupção passiva constituir crime antecedente à lavagem de dinheiro, o raciocínio utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para absolver o embargante pressupunha o entendimento de que existe crime único quando mais de um núcleo típico se faz presente.

Com relação ao objeto material da infração penal, o tipo faz referência à expressão "vantagem indevida", caracterizada pela doutrina como "todo benefício ou proveito contrário ao Direito, direcionado, no caso, ao agente ou a terceiro, constituindo, portanto, elemento normativo jurídico do tipo de injusto".[85] Como a lei não exigiu que possuísse natureza patrimonial, bastará que a vantagem seja suficiente para corromper o funcionário para que o tipo incida.[86]

Gratificações usuais, de pequena monta, no entanto, não mereceriam tutela por se mostrarem irrelevantes para os fins de proteção contidos na norma penal.[87] Embora a utilização do princípio da insignificância encontre alguma resistência nos tribunais brasileiros,[88] há precedente do Supremo Tribunal Federal reconhecendo sua incidência

---

[85] PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial: volume 7, arts. 312 a 359-H*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 pp. 139-140.

[86] BITENCOURT, Cezar Roberto, cit., pp. 79-80.

[87] Ibidem, pp. 81-83. Ao decidir sobre o recebimento de denúncia em ação penal originária, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que não se deveria ter por configurado o crime de corrupção passiva em situações nas quais a vantagem se mostrasse insignificante: "(...) Da leitura da exordial acusatória e do exame de todas as interceptações telefônicas que dizem respeito ao fato criminoso imputado à Desembargadora Federal ÂNGELA CATÃO, concluo que não ficou configurado o delito imputado à denunciada, por falta de preenchimento de elemento normativo do tipo. (...) É mais razoável entender que a suposta vantagem indevida apontada pelo MPF como sendo a contraprestação à decisão proferida pode ter representado apenas uma amabilidade, um afago, um agrado concedido pela suposta quadrilha à Juíza Federal, tendo por objetivo provável o de despertar nessa autoridade um maior zelo para com os processos do escritório PCM e criar um elo de comunicação entre a magistrada e FRANCISCO DE FÁTIMA, interlocutor dos interesses do referido escritório. Mas não há nexo de causalidade entre uma conduta e outra. (...) Outrossim, uma comemoração aberta aos servidores por iniciativa do gerente da CEF, instituição com a qual a Justiça Federal como um todo tem estreita ligação, não parece adequar-se ao tipo penal. Certamente, não seria o modo pelo qual um criminoso gostaria de ser retribuído pela sua atividade ilícita. Tal prática, além de trazer um benefício ínfimo ao suposto delinquente, acabaria por trazer publicidade a uma eventual vantagem que o verdadeiro criminoso não economizaria esforços para ocultar. (...)" (Ação penal n.º 626/DF, Relator Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgamento em 19.12.11, decisão por maioria).

[88] Embora não exista regra específica disciplinando o princípio da insignificância, esse instrumento vem sendo utilizado pela doutrina e pela jurisprudência para excluir a tipicidade material de determinados delitos quando seu resultado normativo se mostre insignificante. Como explicam BOTTINI *et alii*, "é justamente essa atenção ao *desvalor do resultado* — como decorrência da concretização da teoria do bem jurídico — que assenta as bases para o *princípio da insignificância*, que permite a caracterização da atipicidade de lesões mínimas, insignificantes. Ainda que exista *resultado* no sentido naturalístico — consubstanciado na lesão concreta ao bem jurídico — não existe *desvalor normativo de resultado* seja sob a

mesmo em crimes contra a Administração Pública, quando se entendeu que a apropriação de bem sem valor significativo por agente público não constituía peculato.[89]

2.1.1.1 A QUESTÃO DO ATO DE OFÍCIO

O crime de corrupção passiva se materializa ainda que não exista a prática de ato de ofício.[90]

Entretanto, Heleno Cláudio Fragoso explica que o crime de corrupção passiva "está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo", sendo, portanto, fundamental que o agente público tenha a consciência de que recebe a vantagem por tal motivo.[91]

ótica da *proporcionalidade*, seja porque a irrelevância da lesão não afeta *expectativas de convivência* nem atrapalha o *funcionamento* do modelo democrático de direito" ("A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 20, n. 98, set./out. 2012, p. 123).

[89] No julgamento do *Habeas corpus* n.º 112.388/SP, por exemplo, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, absolver carcereiro acusado por peculato-furto: "AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. *Res furtiva* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento" (relator para o acórdão foi o Ministro Cezar Peluso).

[90] No julgamento da Ação Penal n.º 470 pelo Supremo Tribunal Federal, em que o tema foi amplamente debatido, decidiu-se que, embora relevante por constituir o incentivo que leva o funcionário a ser corrompido, o "ato de ofício" não integra o tipo penal de corrupção passiva. Nesse sentido foi o voto do Ministro Luiz Fux: "A lei penal brasileira, tal como literalmente articulada, não exige tal elemento para fins de caracterização da corrupção. Em verdade, a efetiva prática de ato de ofício configura circunstância acidental na materialização do referido ilícito, podendo até mesmo contribuir para sua apuração, mas irrelevante para sua configuração. Um exame cuidadoso da legislação criminal brasileira revela que o ato de ofício representa, no tipo penal da corrupção, apenas o móvel daquele que oferece a peita, a finalidade que o anima. Em outros termos, é a prática possível e eventual de ato de ofício que explica a solicitação de vantagem indevida (por parte do agente estatal) ou o seu oferecimento (por parte de terceiro). E mais: não é necessário que o ato de ofício pretendido seja, desde logo, certo, preciso e determinado. O comportamento reprimido pela norma penal é a pretensão de influência indevida no exercício das funções públicas, traduzida no direcionamento do seu desempenho, comprometendo a isenção e imparcialidade que devem presidir o regime republicano. (...)" (acórdão de 17.12.12, pp. 1.521 e seguintes). Nessa linha também o voto do Ministro Joaquim Barbosa: "Além da doutrina e da jurisprudência uníssonas, o próprio tipo penal explicita a natureza formal desse crime — sua consumação independe, até mesmo, da ocorrência do pagamento, bastando a mera solicitação/recebimento em razão do cargo, vinculada à possibilidade de praticar os atos de ofício oferecidos em contrapartida. Não se exige, sequer, que haja a prática efetiva do mencionado ato de ofício. Esta prática configura causa de aumento de pena" (acórdão de 17.12.12, pp. 3.507 e seguintes).

[91] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal.* Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 438, *apud* voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Penal n.º 470, acórdão de 17.12.12, p. 951.

Magalhães Noronha, no mesmo sentido, entende que as ações previstas no tipo devem traduzir "comércio da função", havendo "relação entre o ato executado ou a executar e a coisa ou utilidade" prometida ou entregue em razão da função pública, complementando que "deve o ato ser da competência do funcionário".[92]

Também Rui Stoco explica que "a ação que a lei incrimina consiste em solicitar (pedir) ou receber (aceitar) vantagem indevida em razão da função, ou aceitar promessa de tal vantagem", devendo essa ação "necessariamente relacionar-se com o exercício da função pública que o agente exerce ou que virá a exercer (se ainda não a tiver assumido), pois é próprio da corrupção que a vantagem seja solicitada, recebida ou aceita em troca de um ato de ofício". Afinal, "o agente aqui mercadeja com sua função. O ato a que visa a corrupção praticada não deve necessariamente constituir uma violação do dever de ofício (...). Deve, todavia, o ato ser da competência do agente ou estar relacionado com o exercício de sua função".[93]

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, "ato de ofício" é aquele cuja ação ou omissão "esteja compreendida nas específicas atribuições funcionais do servidor público visado",[94] não se podendo considerar como tais, portanto, condutas que as extrapolem. Não haverá "ato de ofício", na acepção exigida pela lei, quando a conduta efetivamente praticada escapar à competência do servidor, que, motivado pela oferta de vantagem indevida, realizar o comportamento pretendido pelo particular. Esses atos, contudo, não necessariamente precisam ser estabelecidos por lei, bastando que componham o rol de atribuições presumidamente detidas pelo servidor público em suas funções.[95]

---

[92] NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal.* Volume IV. São Paulo: Saraiva, 1971, pp. 304-205.

[93] *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 4ª edição, RT, 1993, p. 1.647, *apud* voto do Ministro Celso de Mello na Ação Penal n.º 470, acórdão de 17.12.12, p. 2.446.

[94] Cit., p. 212.

[95] Esse é o entendimento estabelecido também no direito norte-americano: "(…) it is important to address what constitutes a 'question, matter, cause, suit, proceeding or controversy', and what must be shown for that 'question, matter' etc, to be one 'which may at any time be pending, or which may by law be brought before… the charged official… in such official's official capacity, or in such official's place of trust or profit'. (…) In this respect, it has long been settled that these phrases do not require proof that the alleged 'official act' was taken pursuant to the responsibilities explicitly assigned by law; rather, as the Supreme Court held long ago, these phrases are intended to describe those activities that have been 'clearly established by settled practice' as part of a public official's position…" (SEIGEL, Michael. "Prosecution of public corruption in the United States". In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.), *Temas de anticorrupção & compliance*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 114).

A opção legislativa por desvincular o crime de corrupção passiva da efetiva prática de ato de ofício torna o crime mais abrangente na medida em que basta haver vínculo entre a vantagem e a condição de "funcionário público" do agente que, em razão dela, solicite, receba ou aceite promessa de receber algum benefício, mercadejando a função pública.[96]

Essa disciplina é diferente da que vigora em países com sistemas jurídicos semelhantes. O Código Penal espanhol, por exemplo, confere à corrupção passiva tratamento mais detalhado, diferenciando a corrupção passiva própria, em que o funcionário solicita, recebe ou aceita vantagem para realizar ou deixar de realizar ato contrário a seus deveres, da corrupção passiva imprópria, em que essas mesmas condutas são tipificadas para o caso de o funcionário praticar ou omitir atos consentâneos com seus deveres.[97]

Já na Itália, a corrupção imprópria passou a ser punida, a partir de 2012, como "corrupção pelo exercício de função",[98] suprimindo-se, tal como ocorre no direito brasileiro, a relação necessária que antes havia com a prática de ato de ofício, realocada para outro dispositivo em que se pune, de forma mais severa, a "corrupção por ato contrário a dever de ofício".[99]

A ausência de diferenciação no direito brasileiro no que se refere à valoração dessas hipóteses acaba por gerar punição acentuadamente severa para o servidor que recebe vantagens não vinculadas ao exercício concreto de suas funções.

---

[96] Marco Gambardella explica que, na Itália, a vinculação à condição de agente público para tipificação da conduta forma uma ligação necessária entre os pagamentos ilícitos de dinheiro e o prévio exercício da função por parte do funcionário, mesmo não havendo acordo antecedendo a ação pela qual venha a ser remunerado (*Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*. Archivio Penale, gennaio–aprile, 2013, fascicolo 1, anno LXV, ISBN 978-88-548-5258-7, DOI 10.4399/97888548525872, pp. 22-23. Disponível em: <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/Gambardella.pdf>. Acesso em 7 fev. 2016).

[97] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. "Breves anotações sobre os crimes de corrupção passiva e corrupção privada na legislação penal espanhola". In: *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior* (org. Janaína Conceição Paschoal e Renato Mello Jorge Silveira. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, pp. 6-7).

[98] Artigo 318 do Código Penal italiano: "Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a cinque anni." Disponível em: <http://www.diritto.it/codici/2>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[99] Artigo 319 do Código Penal italiano: "Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da quattro a otto." Disponível em: <http://www.diritto.it/codici/2>. Acesso em: 31 dez. 2016.

Para alguns, a punição nesses moldes seria preferível àquela em que a responsabilidade penal ficasse restrita à identificação de atos de ofício individualizados, já que permitiria punir o funcionário que comercializasse mais amplamente suas funções.[100]

2.1.1.2 O ELEMENTO TÍPICO SUBJETIVO

O elemento subjetivo do tipo de corrupção passiva é o dolo, uma vez que nada dispôs o artigo 317 do Código Penal sobre condutas culposas e, "salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente" (artigo 18, parágrafo único, Código Penal).[101]

Segundo Magalhães Noronha, o dolo necessário "é o genérico, consistente na vontade livre e consciente de praticar o fato, tendo ciência da antijuridicidade que, no caso, se firma no conhecimento que o funcionário tem de que seu ato — legal ou ilegal, devido ou indevido, justo ou injusto — não comporta retribuição".[102]

2.1.1.3 CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM CASO DE RETARDAMENTO, OMISSÃO OU PRÁTICA DE ATO DE OFÍCIO

Como adiantamos no tópico anterior, o tipo penal de corrupção passiva não exige que o funcionário público solicite, receba ou aceite promessa de receber vantagem com o fim de praticar ato específico; basta que receba, em razão de suas funções, benefícios indevidos ou aceite propostas ilícitas.[103] Segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça em acórdão relatado pelo Ministro Paulo Medina, "o que importa para a figura típica do

---

[100] Nesse sentido: GAMBARDELLA, Marco, cit., p. 19 ("se si accetta il principio secondo cui la corruzione propria si può configurare unicamente in rapporto a un atto d'ufficio concreto, si escludono dal campo di applicazione di tale figura di reato gli episodi più gravi, quelli in cui il corruttore riesce a controllare tutta l'attività dell'agente pubblico").

[101] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[102] Cit., pp. 308-309. Em sentido contrário, José Henrique Pierangeli, entendendo que deve existir "especial fim de agir, representado pelo conteúdo da expressão *para si ou para outrem*" (*Manual de Direito Penal Brasileiro*. Volume II. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 845).

[103] Em sentido contrário, entendendo que precisa haver pelo menos indicação clara da "classe de atos em troca dos quais se solicita ou se recebe a vantagem indevida", Luiz Regis Prado, cit., p. 141.

art. 317, CP, é a mercancia da função, (...) prescindindo-se da necessidade de apontar e demonstrar um ato específico da função, dentro do âmbito dos atos possíveis de realização pelo funcionário".[104]

O Código Penal, no entanto, valorando como mais reprovável a conduta do servidor que efetivamente retarda, deixa de praticar ou pratica ato de ofício infringindo dever funcional, estipulou causa de aumento de um terço caso se verifique alguma dessas situações.[105]

A punição majorada apenas ocorre caso a conduta infrinja dever funcional, não incorrendo na causa de aumento o funcionário que, em razão da vantagem ou promessa, pratique ato de ofício regular.[106]

2.1.2 SUJEITO ATIVO

O tipo de corrupção passiva caracteriza o que a doutrina classifica como "crime próprio",[107] apenas podendo ser praticado por pessoas definidas pela lei como "funcionário público".

Para efeitos penais, define-se funcionário público como todo aquele que "embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública",[108] tendo

---

[104] Recurso especial n.º 440.106/RJ, Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgamento em 24.2.15, decisão por maioria.

[105] Artigo 317, § 1º, Código Penal: "A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[106] Cezar Roberto Bitencourt, em vista da redação pouco clara do dispositivo, entende que em casos de omissão ou retardamento de ato de ofício não haveria exigência de contrariedade a dever funcional (cit., p. 92).

[107] Também chamado de "crime especial", "crime próprio" é, como explica René Ariel Dotti, "todo aquele que exige determinada condição ou qualidade do agente para a sua realização típica. São exemplos dessa modalidade o infanticídio, a falsidade de atestado médico, o peculato e o patrocínio infiel (CP, arts. 123, 302, 312 e 355). Em tais casos, o sujeito ativo detém uma *condição* (mãe) ou *qualidade* (médico, funcionário público, advogado ou procurador), implícita ou explicitamente declarados no tipo legal de ilícito" (*Curso de direito penal: parte geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 374).

[108] Artigo 327 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

o legislador utilizado conceito extensivo que dispensa exercício profissional ou permanente de função pública.[109]

Em nota técnica subscrita pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, explicou-se que o Código Penal brasileiro "traz, em seus dispositivos, o conceito mais amplo que se pode inferir da expressão funcionário público (...) o conceito de funcionário público está ligado ao exercício de uma atividade pública, entendida como qualquer atividade do Estado que vise diretamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública".[110]

"Cargo", como se colhe da jurisprudência, "é lugar e conjunto de atribuições confiadas pela Administração a uma pessoa física, que atua em nome do Estado", enquanto "emprego" é o "vínculo de alguém com o Estado, regido pelas leis trabalhistas".[111] Já o conceito de "função pública" "deve ser o de uma atividade que o Estado comete a alguém, que a desempenhará no interesse plural da coletividade".[112]

Na Espanha e na Argentina, de forma semelhante, define-se funcionário público como todo aquele que, por eleição ou nomeação por autoridade competente ou, ainda, no caso do primeiro país, por disposição imediata de lei, participe do exercício de funções públicas.[113]

Prevalecem no Brasil, assim como em outros países, razões teleológicas vinculadas à lesividade dos comportamentos adotados no âmbito da função pública, entendendo-se como secundária a qualidade formal do agente ou o cargo que exerça. Não será, como

---

[109] BITENCOURT, Cezar Roberto, cit., p. 153.

[110] MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. *Nota Técnica n.º 01/2016*. 10 jan. 2016.

[111] Recurso em *habeas corpus* n.º 3.900-0-SP, voto do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. *Apud* CASOLATO, Roberto Wagner Battochio. "A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, abr./jun. 1998, p. 92.

[112] CASOLATO, Roberto Wagner Battochio, cit., p. 92.

[113] O artigo 24.2 do Código Penal espanhol dispõe que "se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas". O artigo 77 do Código Penal argentino, por sua vez, dispõe que "por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente." Disponível em: <https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1> e <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#25>. Acesso em 31 dez. 2016.

entendia Nélson Hungria, propriamente a qualidade de funcionário público que caracterizará eventual crime funcional, mas o fato de que é praticado por alguém que se acha no exercício de função pública.[114]

Equipara-se a funcionário público também "quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal,[115] e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública" (artigo 327, § 1º, do Código Penal), seguindo, assim, a mesma lógica de que deve prevalecer a natureza pública do ofício desempenhado e, não, a qualidade em si de "funcionário público".

A equiparação, tal como hoje redigida, não constava da redação original do Código Penal, sendo introduzida apenas com a entrada em vigor da Lei n.º 9.983, de 14 de julho de 2000, em outubro do mesmo ano. Até aquela data, apenas se equiparava a funcionário público quem exercesse cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, excluindo empresas contratadas para desenvolver obras ou prestar serviços em substituição à Administração Pública. Com a alteração legislativa, passou a ser considerado funcionário público qualquer particular contratado pelo Estado para exercer funções que lhe sejam próprias, o que amplia o alcance da definição legal.[116]

Embora se trate de crime próprio, é possível haver também concurso de outras pessoas, uma vez que a circunstância especial "funcionário público" compõe o tipo. Nos termos do artigo 29 do Código Penal, de fato, "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade" e, por força do

---

[114] *Apud* PEREIRA, Paulo Cyrillo. "Funcionário público: titularidade passiva nos crimes contra a administração pública". In: *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 153, jan./mar. 1991, p. 22.

[115] Entidades paraestatais foram definidas por Sérgio de Andréa Ferreira, Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Desembargador Federal aposentado, como "instituições próximas ('para') das pessoas jurídicas estatais, no conceito, este último vocábulo, de 'de direito público' (entes político-federativos e autarquias): são pessoas jurídico-administrativas de direito privado, mas, tal como as de direito público, integram a Administração Indireta, e, assim, estão 'junto' às pessoas político-federativas, que as controlam" (*Empresas estatais, paraestatais e particulares com participação pública*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/textos/090401_empPubl_profSergio.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2015).

[116] Isso ocorrerá apenas nos limites da transferência de atribuições operada pelo Estado. Assim, por exemplo, não se tornarão funcionários públicos em todas as suas relações comerciais os dirigentes de empreiteira que, mesmo executando contrato público, relacione-se de forma independente com particulares.

artigo 30 do mesmo diploma, "não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".[117]

Cabe, assim, atribuir responsabilidade penal a terceiros que contribuam para a prática da conduta ainda que não ostentem a qualidade especial de "funcionário público" prevista para o crime de corrupção passiva. No entanto, esse terceiro que não possua as características exigidas pelo tipo apenas poderá, por mais relevante que seja sua contribuição, responder a título de participação em sentido estrito, jamais atuando como autor ou coautor,[118] o que significa que sua responsabilidade ficará condicionada à existência de conduta típica e antijurídica por parte do autor.[119]

2.1.2.1 CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DE CARGO OU FUNÇÃO

Sendo o autor do crime ocupante de "cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público", previu o Código Penal aumento de um terço da sanção penal a ser imposta (artigo 327, § 2º).[120]

Essa causa de aumento apenas pode incidir nas hipóteses previstas em lei, embora o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, disponha que na Administração Indireta

---

[117] Foi nesse sentido a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região na apelação criminal n.º 00065338520104036181, julgada em 23.8.16: "É cediço que até mesmo o particular pode ser coautor ou partícipe do delito de corrupção passiva, tendo em vista a comunicabilidade das condições elementares do delito e desde que tenha conhecimento da condição de funcionário público do autor, consoante os artigos 29 e 30 do Código Penal" (Décima Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Lunardelli). Também sobre o tema, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* n.º 30.832, julgado em 18.3.04: "Em se tratando de elementar do crime de peculato, é perfeitamente admissível, segundo o texto do art. 30 do Código Penal, a comunicação da circunstância da função pública aos co-autores e partícipes do crime, inclusive quanto àquele estranho ao serviço público" (Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz).

[118] ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011, pp. 221-222.

[119] A participação é conduta secundária que adere a uma ação principal, sem a qual perde relevância jurídica. Nesse sentido, a teoria da acessoriedade limitada reconhece que a conduta do partícipe é acessória à principal, mas não depende, por exemplo, da culpabilidade do agente, que é pessoal. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, "a teoria da acessoriedade limitada exige que a conduta principal seja típica e antijurídica. Isso quer dizer que a participação é acessória da ação principal, mas que também depende desta até certo ponto. Não é necessário que o autor seja culpável. É suficiente que sua ação seja antijurídica, isto é, contrária ao direito, sem necessidade de ser culpável. O fato é comum, mas a culpabilidade é individual" (cit., p. 459).

[120] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

estejam também inseridas as autarquias,[121] não contempladas pelo dispositivo penal. O aumento de pena nesses casos seria inconstitucional, na medida em que viola o princípio da legalidade.[122]

No entanto, em julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça em fevereiro de 2014, decidiu-se pela utilização de "interpretação integradora" segundo a qual a adoção de conceito ampliado de funcionário público pelo artigo 327, *caput*, do Código Penal autorizaria ampliação interpretativa também da causa de aumento de pena prevista em seu § 2º, de modo a majorar a pena daqueles que exercessem funções em autarquias. Segundo aquela decisão, tomada por maioria, uma análise literal do dispositivo que prevê o aumento de pena seria contrária ao espírito da norma, não configurando analogia em prejuízo do acusado em razão da natureza altamente reprovável do comportamento punido.[123]

---

[121] Dispõe seu artigo 4º, inciso II, nesse sentido, que a Administração Indireta compreende as seguintes categorias "a) Autarquias; b) Emprêsas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) fundações públicas". Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[122] Artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[123] Nesse sentido, confira-se parte da ementa do recurso especial n.º 1.385.916/PR, julgado pela Sexta Turma daquela Corte: "1. No Direito Penal prevaleceu, por meio de uma interpretação integradora, um conceito de funcionário público mais abrangente do que aquele definido pelo Direito Administrativo, que, a par do que já dizia o *caput* do artigo 327 do CP, tanto englobou o rol reproduzido no § 2º deste dispositivo, como os próprios entes autárquicos. 2. A própria causa de aumento de pena (CP, art. 327, § 2º) reforçou o entendimento daqueles que compreendiam as entidades paraestatais de maneira mais ampla, o que, por via de consequência, elasteceu o conceito de funcionário público disposto no § 1º do art. 327 do Código Penal. 3. A interpretação construída pela doutrina e jurisprudência, necessária que foi para a conformação do aludido conceito no âmbito penal, não pode ser agora olvidada mediante a literalidade estanque da majorante, para afastar o devido alcance do § 2º do art. 327 do CP a todos que a norma quis abarcar como funcionário público, sob pena de negar-se o claro objetivo do conjunto normativo. Vale dizer, por força da compreensão erigida, à imagem e semelhança da equiparação ao conceito de funcionário público, tal qual os moldes do disposto ao art. 327 do CP - com contribuição, repisa-se, do próprio § 2º -, admite-se, em matéria penal, em casos estritamente necessários, uma interpretação que corresponda ao espírito da norma. 4. Releva-se notar que não resvala em analogia *in malam partem* o recrudescimento da pena àqueles que desempenham seu ofício nos entes autárquicos, que, em razão do posto de alta responsabilidade, locupletaram-se às custas da Administração, porquanto ocupantes de cargo em comissão ou de chefia ou assessoramento, quando a eles — e sobretudo a eles — cabiam zelar pela coisa pública. E isso constata-se não só a partir da evolução legislativa adrede trazida, mas também pelos inúmeros instrumentos normativos de combate à corrupção de que o Estado lança à mão, ano após ano, e cuja busca permanente na defesa do erário, bem como no proporcional apenamento desses agentes que mancham a carreira pública, devem ser levados em consideração pelo magistrado na interpretação da norma penal, quando da apuração dessas condutas que, infelizmente, ainda grassam em nosso país. 5. O abandono à interpretação literal — e em tudo isolada — da norma penal guarda sua necessidade para hipótese como a dos autos, em que a ora recorrida, quando ocupava cargo de chefia e de direção, em concurso com outras três pessoas, durante 12 anos, desviou, por 78 vezes, a vultosa quantia de R$ 1.649.143,05, do fundo do Instituto de Previdência do Estado do Paraná - IPE, numerário que se torna mais significativo quando se constata o rombo de fundo previdenciário, cujo desfalque tem reflexos diretos na aposentadoria e na saúde de seus beneficiários. 6. Recurso especial provido, para restabelecer a pena cominada em 1º grau, com a causa de aumento do § 2º

O entendimento ainda não se encontra consolidado,[124] mas introduz precedente relevante que amplia o alcance da causa de aumento, ainda que, tecnicamente, de forma contrária ao princípio constitucional da legalidade.

Além disso, na prática, ao prever que os autores terão suas penas aumentadas se ocuparem cargos "de direção ou assessoramento" nas instituições que nomeou, a lei acabou por instituir uma causa de aumento quase automática para todos que os exerçam na Administração Direta, em sociedade de economia mista, em empresa pública ou em fundação instituída pelo Poder Público, já que todos esses cargos, quando não se enquadrarem na primeira hipótese ("direção"), no mínimo se enquadrarão na ampla definição de "assessoramento".

2.1.3 CORRUPÇÃO PASSIVA PRIVILEGIADA

No mesmo artigo que trata da corrupção passiva, previu o legislador modalidade privilegiada que pune, com pena de detenção de três meses a um ano ou multa, a conduta do funcionário que "pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem" (artigo 317, § 2º, Código Penal).

A primeira expressão, "cedendo a pedido", como ensina Luiz Regis Prado, "denota que o agente anui à solicitação apresentada pelo terceiro ou por outrem. Quanto à segunda hipótese legal, observa-se que o funcionário público se deixa corromper para ser agradável ou por mera bajulação, havendo uma deferência sua para com terceiro."[125] Não há, em nenhum desses casos, mercancia da função pública, embora o funcionário se deixe influenciar indevidamente por intervenção de terceiros.

Exige-se também que a conduta seja contrária a dever funcional, não se mostrando típica, assim, a prática ou omissão de ato de ofício por pedido ou influência de terceiro se

---

do art. 327 do Código Penal." Ficou vencida, na ocasião, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, cujo voto, a nosso ver mais correto, integra o acórdão.

[124] A decisão no caso específico, todavia, transitou em julgado em 30.3.15.

[125] Cit., p. 145.

houver conformidade com as atribuições do servidor. Logo, se o funcionário, por pedido ou influência de alguém, praticar, simplesmente, conduta que deveria de todo modo praticar, como pedir o arquivamento de inquérito policial em favor de pessoa inocente, não haverá corrupção.

2.1.4 CORRUPÇÃO PASSIVA, CONCUSSÃO E EXTORSÃO

No Código Penal atualmente em vigor, introduziu-se tipo bastante semelhante ao de corrupção passiva, definido no artigo 316 pela conduta de "exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida".[126] A pena, mesmo se tratando de conduta mais grave, é menos severa que aquela prevista para o tipo do artigo 317, variando entre dois e oito anos de reclusão, além de multa.[127]

O verbo *exigir* significa imposição de algo ao sujeito que faz eventual transferência de vantagem, e, portanto, é diferente da mais leve solicitação que marca a corrupção passiva. A jurisprudência também tem se encaminhado nesse sentido ao entender que "a concussão distingue-se da corrupção passiva, pois enquanto a primeira diz respeito ao ato de reclamar vantagem indevida, aproveitando-se o agente do temor genérico que a autoridade inspira, a última tem caráter de solicitação, onde a vítima satisfaz livremente o pedido".[128]

A "exigência", implícita ou explícita, que integra o tipo penal deve ser motivada pela função exercida pelo agente para que exista concussão. Se houver emprego de violência ou grave ameaça,[129] entende-se geralmente que a hipótese se enquadrará no tipo

---

[126] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[127] Isso provavelmente se deve ao fato de que, antes da reforma operada pela Lei n.º 10.763, de 12 de novembro de 2003, a corrupção passiva era punida com pena de um a oito anos de reclusão, guardando alguma proporção, até aquele momento, com a pena da concussão, que é conduta mais grave.

[128] Tribunal Regional Federal da Quarta Região, *apelação criminal* n.º 200104010688485, Relator Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, Oitava Turma, publicação no Diário Oficial em 14.4.14.

[129] Em sentido contrário, decisão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região na apelação criminal n.º 200071110004946: "A diferença fundamental entre a exigência da concussão e a solicitação da corrupção, é o grau possível de resistência da vítima. (...) Na exigência do corruptor tem-se a coação, a ordem, a imposição sob pena de mal sério e grave (ainda que não especificado), daí a dificuldade ou impossibilidade

comum de extorsão,[130] configurado pela conduta de "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa" (artigo 158 do Código Penal).[131]

Esse entendimento, segundo João Florêncio de Salles Gomes Junior,[132] não estaria correto porque o verbo nuclear "exigir" não impede que se puna a título de concussão abusos de função que envolvam violência ou grave ameaça; embora punida mais gravemente,[133] a extorsão constituiria apenas um momento consumativo posterior à concussão, devendo-se, assim, recorrer ao princípio de especialidade para decidir o tipo mais adequado.

Magalhães Noronha explica, nesse sentido, que, na concussão, o funcionário *constrange* "o sujeito passivo a que lhe conceda a vantagem indevida". E prossegue: "sendo, como falamos, delito afim da extorsão [embora com ela não se confunda], há também ofensa à liberdade individual, pois a ofende a exigência, equivalente ao constrangimento".[134]

Assim, para João Florêncio de Salles Gomes Junior, "sempre que o funcionário público abusa de sua função, aproveitando-se do *metus publicae potestatis* para exigir

---

de resistência do particular, que por isso não será processado por corrupção ativa. Na solicitação do corrupto, tem-se uma troca, um acordo entre iguais, donde a possibilidade plena do particular não aceitar a entrega da vantagem e sua responsabilização pelo crime de corrupção ativa" (Relator Desembargador Federal Tadaaqui Hirose, Sétima Turma, publicação no Diário Oficial em 17.5.06).

[130] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 1.378-1.379.

[131] O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento em suas duas turmas no sentido de que a conduta se enquadrará no crime de extorsão quando houver violência ou grave ameaça ainda que o agente seja funcionário público e pratique o crime valendo-se dessa condição. Nesse sentido: "O emprego de violência ou grave ameaça é circunstância elementar do crime de extorsão tipificado no art. 158 do Código Penal. Assim, se o funcionário público se utiliza desse meio para obter vantagem indevida, comete o crime de extorsão e não o de concussão" (*Habeas corpus* n.º 201100425982, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, publicação no Diário Oficial em 24.4.13). Igualmente: "Ainda que a conduta delituosa tenha sido praticada por funcionário público, o qual teria se valido dessa condição para a obtenção da vantagem indevida, o crime por ele cometido corresponde ao delito de extorsão e não ao de concussão, uma vez configurado o emprego de grave ameaça, circunstância elementar do delito de extorsão. Precedentes" (*Habeas corpus* n.º 200600341085, Relator Ministro Néfi Cordeiro, Sexta Turma, publicação no Diário Oficial em 3.10.14).

[132] "O crime de concussão e sua distinção dos crimes de extorsão e corrupção passiva no direito penal brasileiro". In: *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho* (org. Renato de Mello Jorge Silveira e João Daniel Rassi). São Paulo: LiberArs, 2014, pp. 275-279.

[133] A pena varia entre quatro e dez anos de reclusão, conforme artigo 158 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[134] Cit., p. 293.

vantagem indevida, estaremos diante do crime de concussão".[135] E, "ao contrário, se o mal prometido na ameaça não estiver ligado à sua função pública (como, por exemplo, nos casos em que há ameaça de morte, tortura ou outros atos que, em razão de sua ilicitude, não são dados ao funcionário público praticar), estaremos diante do crime de extorsão".[136]

O simples exercício de função pública, segundo o mesmo autor, seria suficiente para despertar sentimento de acatamento, respeito ou temor no particular, tornando desnecessária a existência de ameaça direta, com promessa de mal determinado, para que ocorra concussão.[137]

Na doutrina italiana tradicional, três teorias são utilizadas para diferenciar a corrupção passiva da concussão: (i) a da iniciativa; (ii) a do livre acordo de vontade; e (iii) a da motivação do particular.[138]

Para a primeira, a diferença entre os dois tipos estaria na origem da formação da vontade: na concussão, seria sempre o agente público quem tomaria a iniciativa de propor o acordo ilícito; na corrupção, pelo contrário, essa iniciativa partiria, necessariamente, do particular.[139] Além de já superada no direito italiano, essa teoria não faria sentido no Brasil uma vez que, em nosso ordenamento penal, também se criminaliza a título de corrupção a conduta do funcionário que toma a iniciativa de solicitar vantagem ao particular.

De acordo com a segunda teoria, haveria corrupção quando o agente público se encontrasse em condição de paridade com o particular, ajustando-se o acordo ilícito de forma livre e consciente. A concussão, por outro lado, ocorreria caso a vontade do particular fosse restringida mediante violência, ameaça ou engodo.[140] Esse estado subjetivo, no entanto, está vinculado ao comportamento do particular, que deveria ser indiferente para fins de punição, já que o tipo penal se volta ao funcionário que atua de

---

[135] Cit., p. 278.
[136] Idem.
[137] Ibidem, p. 273.
[138] GAROFOLI, Roberto. *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*. Editore Luca Santa Maria, Direttore Responsabile Francesco Viganò, 2010-2012, Diritto Penale Contemporaneo, p. 10. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1358231807Garofoli%20corruzione.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2016.
[139] Ibidem, pp. 10-11.
[140] Ibidem, pp.11-12. Igual posição tem LINDGREN, James. "The Theory, History, and Practice of the Bribery-Extortion Distinction". In: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, No. 5 (May, 1993), pp. 1695-1740.

modo incompatível com a função pública exercida. A distinção teria ainda o defeito de se apresentar menos clara na hipótese do particular que, mesmo efetivamente constrangido pelo funcionário público, acabasse cedendo à pressão não por medo, mas por simples cálculo econômico.

A terceira teoria, dominante até pouco tempo atrás, diferenciava a corrupção da concussão com base no objetivo do particular ao se submeter à proposta do agente público. Se a finalidade fosse evitar dano injusto, entendia-se que era vítima de concussão; se o objetivo fosse auferir vantagem injusta, a punição seria por corrupção.[141]

Com a reforma do Código Penal italiano em 2012, o legislador tornou mais claro o alcance do tipo da concussão, excluindo expressão que permitia sua incidência em casos de indução para restringi-la a hipóteses que envolvessem apenas o uso de coação.[142] Segundo Roberto Garofoli, o elemento mais inovador da reforma legislativa "é a punição — embora em menor grau — do sujeito induzido a dar ou prometer dinheiro ou outros benefícios, não mais considerado uma vítima de indução, mas corréu do funcionário público".[143]

Com isso, a indução, que antes servia para justificar a impunidade do particular que entregasse vantagem indevida a funcionário público, passou a ser punida em outro tipo penal,[144] reservando-se o crime de concussão para hipóteses em que efetivamente exista algum tipo de violência.

---

[141] GAROFOLI, Roberto, cit., pp. 12-13.

[142] ANDREAZZA Gastone; PISTORELLI, Luca. "Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante 'Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione'". In: *Diritto Penale Contemporaneo*, Rel. n. III/11/2012. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1353432590RelIII%201112.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2016.

[143] Cit., p. 7, tradução livre. No original: "L'elemento più innovativo dell'art. 319-quater c.p. resta, comunque, nella disposta punibilità — sebbene in misura ridotta - del soggetto indotto a dare o promettere denaro o altra utilità, non più considerato vittima dell'induzione, ma correo al pari del pubblico funzionario".

[144] Trata-se, segundo Gastone Andreazza e Luca Pistorelli (cit., p. 7), de modalidade intermediária entre o tipo de corrupção e o de concussão: "Pare anzi legittimo evidenziare che proprio tale ultima scelta (nonché, sia pure con la prudenza che un simile approccio suggerisce, il 'distacco topografico' della nuova fattispecie rispetto alla concussione ex art. 317 c.p. con collocazione in posizione contigua alle figure di corruzione) segnala come, in realtà, la nuova fattispecie di reato si collochi su una linea intermedia tra corruzione e concussione o, se si vuole, su una posizione più prossima al reato di corruzione, nel quale, in forza dell'art. 321 c.p., è punito infatti anche il soggetto che prometta o corrisponda l'utilità, che a quello di concussione; d'altra parte, proprio la entità più ridotta della pena prevista per il 'concusso' per induzione (reclusione fino a tre anni) rispetto alla pena, ben più grave, prevista per il corruttore (come visto, da quattro ad otto anni nella nuova formulazione), è indice del fatto che il legislatore sembra avere considerato l'idoneità mitigatrice, sul piano sanzionatorio, della 'induzione' proveniente dal pubblico ufficiale quale elemento di diversificazione rispetto alla corruzione vera e propria."

Questão paralela à da fronteira entre a corrupção passiva, a concussão e a extorsão é a da incidência penal sobre o particular que confere a vantagem indevida. No Brasil, a coação irresistível, conforme artigo 22 do Código Penal, afasta a culpabilidade do agente que se vê a ela submetido, por tornar inexigível a realização de conduta diversa.[145]

Esse constrangimento, segundo Cezar Roberto Bitencourt, configura-se pela pressão exercida sobre a vontade do sujeito, impondo-lhe determinado comportamento em situação na qual seu poder de escolha é eliminado ou reduzido,[146] o que pode ocorrer tanto de forma coercitiva como indutiva.

A coação é necessariamente moral.[147] Entre seus elementos estariam a "existência de uma ameaça de um dano grave, injusto e atual, extraordinariamente difícil de ser suportado pelo coato", a "inevitabilidade do perigo na situação concreta" e a "irresistibilidade da ameaça".[148]

No julgamento do *habeas corpus* n.º 78.280/RJ, o Supremo Tribunal Federal entendeu que haveria concussão, e não corrupção passiva, na conduta de policiais civis que, sem exigir expressamente o pagamento de vantagem indevida, induziram o particular a oferecê-la após detê-lo de forma irregular, utilizando veículo descaracterizado para transportá-lo e omitindo registros que permitissem confirmar a prisão.[149]

Nesse caso, segundo João Florêncio de Salles Gomes Junior,[150] o que o Supremo Tribunal Federal fez foi reconhecer "o que a doutrina italiana chama de concussão ambiental, em que uma série de circunstâncias relacionadas ao fato deixam claro à vítima

---

[145] Artigo 22: "Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[146] Cit., p. 179.

[147] A coação física eliminaria a própria conduta. Como explica Francisco de Assis Toledo, "a coação física, denominada por Soler 'violência física', exclui, se irresistível, o coagido de qualquer cogitação de autoria ou de co-autoria, visto que *non agit sed agitur*" (*Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 338).

[148] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 315.

[149] Acórdão relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, da Primeira Turma, julgamento realizado em 11.12.98, publicação do acórdão em 19.3.99.

[150] Cit., p. 283.

que é necessário pagar ou prestar vantagem indevida aos agentes públicos, sob pena de vê-los atuar ilegalmente contra os seus direitos e interesses”.[151]

Essa atuação contra direitos e interesses não precisa, contudo, ser ilegal para que os crimes de concussão ou extorsão sejam praticados, já que basta o agente público exigir vantagem indevida em razão de suas funções.[152]

No entanto, podendo o agente determinar-se livremente ainda que exercida a coação pelo funcionário público, não haverá excludente de culpabilidade, porque a coação não terá sido “irresistível”. Mesmo não existindo no Brasil regra penal específica para punir o comportamento do particular que ceda à pressão sobre ele exercida, a conduta de prometer ou oferecer vantagem indevida a agente público se enquadra no tipo de corrupção ativa,[153] que será estudado no item seguinte.

---

[151] A concussão ambiental, de acordo com Roberto Garofoli, foi excluída definitivamente pelo legislador italiano com a criação de tipo penal punindo o particular que se deixa induzir pelo funcionário público: “Ciò detto in merito all’elaborazione giurisprudenziale della fattispecie di concussione c.d. ambientale, giova considerare che la ratio dell’introduzione del nuovo art. 319-quater c.p., ad opera della l. n. 190/2012, sta proprio nell’esigenza, sottolineata anche da fonti internazionali, di evitare il più possibile spazi di impunità del privato che effettui dazioni o promesse indebite di denaro o altra utilità ai pubblici funzionari, adeguandosi per l’appunto a prassi di corruzione spesso qualificate dalla giurisprudenza in termini di ‘concussione ambientale’. Tali ipotesi dovrebbero d’ora in poi essere definitivamente sottratte all’area applicativa della concussione di cui al novellato art. 317 c.p. — non essendo certamente ravvisabile alcuna costrizione a danno del privato — e ed essere sussunte entro la nuova fattispecie di cui all’art. 319-quater c.p., con conseguente punibilità dello stesso privato)” (cit., p. 10).

[152] Interessante, nesse sentido, o julgamento da apelação criminal n.º 00076809319994036000 pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região em hipótese que envolvia a exigência de vantagem indevida para que mercadorias importadas de forma irregular fossem liberadas: “(...) entre os tipos dos artigos 316 e 317 do Código Penal há uma diferença ontológica, expressa no sentido diferente do núcleo dos verbos — ‘exigir’ e ‘solicitar’, ‘receber’ ou ‘aceitar’. Exigir implica obrigar alguém a fazer alguma coisa (concussão), enquanto solicitar é um simples pedido, e no ato de receber ou aceitar a iniciativa é do corruptor que oferece e o funcionário apenas aceita e recebe a oferta ou ainda, aceita promessa de futura vantagem (corrupção passiva). Enquanto no primeiro caso a vítima é obrigada pela ameaça a atender a exigência, no segundo satisfaz o pedido livremente, recebendo ou não, em contrapartida, alguma vantagem indevida. Na corrupção passiva não há exigência por parte do agente, mas mera solicitação de ‘propina’, desclassificando-se, nesse caso, a acusação do delito de concussão para o crime de corrupção passiva, tipificado no artigo 317 do CP. (...) No caso dos autos, houve, sem dúvida alguma, uma exigência por parte dos policiais rodoviários federais, que passaram a ameaçar as vítimas (passageiros do ônibus), com a apreensão das mercadorias ilicitamente adquiridas no exterior sem o devido recolhimento de tributos, caso não houvesse o pagamento de ‘propina’ para a liberação de pelo menos parte das mercadorias. (...)” (Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, Quinta Turma, publicação no Diário Oficial em 17.2.11).

[153] O fato de o particular ser vítima de coação não impede que seja responsabilizado por corrupção dependendo das circunstâncias. Se utilizarmos a distinção proposta por James Lindgren quando explica crime que corresponde, no direito brasileiro, à concussão, o particular que fosse vítima desse crime praticaria também corrupção caso realizasse pagamento ilícito visando não apenas evitar mal injusto, mas garantir benefício que de outro modo não obteria (cit., pp. 1.700-1.701).

2.2 CORRUPÇÃO ATIVA

O crime de corrupção ativa constitui, em muitos casos (embora não necessariamente), a bilateralidade que complementa o tipo de corrupção passiva, definindo-se no artigo 333 do Código Penal pela conduta de "oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício".[154] A pena prevista é a mesma da corrupção passiva, de dois a doze anos de reclusão e multa.

2.2.1 TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Dois núcleos verbais compõem o tipo de corrupção ativa nos termos do artigo 333 do Código Penal: "oferecer" e "prometer" vantagem indevida a funcionário público.

Segundo Luiz Regis Prado, "*oferecer* denota a ação de apresentar, de colocar à disposição, de exibir", enquanto "*prometer* expressa o ato de obrigar-se a dar, de empenhar o compromisso de que dará ou fará algo em favor de alguém."[155] Trata-se, nos dois casos, de condutas que pressupõem iniciativa do particular no sentido de corromper servidor público para que se comporte em desconformidade com suas funções, praticando, omitindo ou retardando ato de ofício.

Essas condutas dispensam a ocorrência de resultado naturalístico, consumando-se com a mera oferta ou promessa de vantagem indevida, motivo pelo qual entende a doutrina que o crime possui natureza formal.[156]

Assim como no tipo de corrupção passiva, o objeto material da corrupção ativa é a vantagem indevida, que pode ou não possuir natureza patrimonial, desde que possa induzir o servidor público a se comportar de forma ilícita.

---

[154] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[155] PRADO, Luiz Regis, cit., p. 259.

[156] Ibidem, pp. 258-259.

Tendo em vista a aplicação possível, embora ainda não pacífica, do princípio da insignificância em crimes contra a Administração Pública,[157] o instituto poderia ser também utilizado no caso da corrupção ativa, desde que a vantagem fosse insuficiente para motivar o funcionário a ser corrompido. Nesse caso, além de substancialmente atípica, a conduta do particular constituiria crime impossível por ineficácia absoluta do meio,[158] conforme artigo 17 do Código Penal.

Também nos parece não punível a conduta do particular que oferece vantagem a funcionário público que não tem o poder de praticar o ato de ofício almejado, nesse caso por absoluta impropriedade do objeto, sempre segundo o artigo 17 do Código Penal.[159]

O conceito de "funcionário público" ganha relevância no estudo do tipo de corrupção ativa como elemento do crime, uma vez que a oferta ou promessa de vantagem indevida deverão a ele se destinar. Para defini-lo, deve-se recorrer ao artigo 327 do Código Penal, já explicado em item anterior,[160] privilegiando a ideia de função pública desempenhada e, não, a qualidade especial do sujeito ativo.

---

[157] Nesse sentido, por exemplo, o julgamento do *Habeas corpus* n.º 112.388/SP, em 21 de agosto de 2012 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Cezar Peluso.

[158] O "crime impossível", segundo Eugênio Pacelli e André Callegari, apresenta grande afinidade com a tentativa, dela se diferenciando pela inidoneidade, já que no caso do crime impossível não se coloca em risco bem jurídico algum (cit. p. 293). Conforme artigo 17 do Código Penal, "não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime". "Ineficácia absoluta do meio" é definida por Eugênio Pacelli e André Callegari como aquela que, por essência, não é capaz de produzir o resultado, como ocorre quando se ministra, com intenção de matar, açúcar a alguém pensando ser veneno (cit., p. 293). A "absoluta impropriedade do objeto", por sua vez, ocorre segundo os mesmos autores quando o objeto não existe ou torna impossível a consumação do crime, como no caso do sujeito que atira contra pessoa morta ou da mulher que, pensando erroneamente estar grávida, realiza manobras abortivas (cit., p. 294). Embora haja precedentes no sentido de negar a utilização do instituto do crime impossível em casos de corrupção ativa, por se tratar de crime que dispensa resultado naturalístico, há decisões que reconheceram sua incidência em casos de flagrante preparado. Nesse sentido: Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 201251610003549, julgados pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região em 24.7.14, Relator Desembargador Federal Messod Azulay Neto. Também nessa linha foi a decisão de rejeição de denúncia na Ação Penal n.º 200984010009054, julgada pelo Tribunal Regional Federal da Quinta Região em 27.2.13, Relator o então Desembargador Federal Marcelo Navarro, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

[159] Veja-se para jurisprudência a nota 162 *infra*, a qual, entretanto, chega a resultado exonerador semelhante fixando-se na ausência de elemento subjetivo específico.

[160] Ver Parte I, Título II, Item 2.1.2 ("Sujeito Ativo"), para análise mais detalhada do conceito.

2.2.1.1 O ELEMENTO TÍPICO SUBJETIVO

Do ponto de vista subjetivo, exige o tipo que o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida a funcionário público tenham por objetivo "determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício", o que caracteriza não apenas a necessidade de dolo, já que inexiste previsão legal relativa à modalidade culposa, como também especial fim de agir. Diferentemente do que ocorre no tipo de corrupção passiva, haverá necessária vinculação entre a oferta ou a promessa de vantagem indevida com o ato de ofício que possa vir a ser praticado pelo funcionário público.

Logo, "se a *meta optata* visa à prática de ato não compreendido na esfera de atribuição do funcionário, não há que se falar em corrupção ativa",[161] eis que nada poderá o servidor fazer para, investido de função pública e praticando ato de ofício, beneficiar o particular que lhe ofereceu ou prometeu vantagem, afastando a finalidade especial exigida pelo tipo.[162] Também não haverá tipicidade subjetiva se o particular presentear o funcionário público sem intenção de obter vantagem indevida, apenas em razão da qualidade que ostenta, ainda que, eventualmente, o agente público possa responder pelo crime de corrupção passiva nos termos em que definido em nosso ordenamento, caso se entenda que a função pública foi mercadejada.[163]

---

[161] PRADO, Luiz Regis, cit., p. 259.

[162] Interessante observar que o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a necessidade de dolo específico, afastou a responsabilidade de agente que, por via do oferecimento de vantagens, solicitou a colaboração de funcionário que atuava, na ocasião, como particular: "1. No crime de corrupção ativa exige-se, além da consciência e vontade de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, o elemento subjetivo do injusto consistente na intenção de obter do servidor a prática, omissão ou retardamento de ato de ofício. 2. No caso, ausente o elemento subjetivo específico - prática, retardamento ou omissão de ato de ofício -, visto que, figurando o funcionário público na condição de acusado, não possuía atribuição para o início ou auxílio na investigação do fato - ausência de competência para a prática de qualquer ato da persecução penal na condição de policial militar. 3. Assim, a promessa de dinheiro pelo agravado ao policial militar para que este não revelasse sua participação como suposto mandante do crime de homicídio de seu desafeto político, não foi realizada com o fim de obter o retardamento, a omissão ou a prática de ato de ofício e, sim, para que o agente policial, na condição de particular envolvido na prática criminosa, não o delatasse às autoridades policiais encarregadas da investigação do fato delituoso. 4. Ausente o elemento subjetivo do injusto, é imperiosa a absolvição do agravado nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal" (Agravo regimental em agravo n.º 1.372.909/MG, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJ em 24.4.2013). Nesse grupo de casos, tratado mais pormenorizadamente no Item 2.2.1.4 deste Título ("A oferta ou promessa de vantagem indevida para evitar ato injusto"), pode se configurar, entretanto, o crime de tráfico de influência do artigo 332 do Código Penal.

[163] O crime de corrupção passiva, nos termos do artigo 317 do Código Penal, configura-se com a conduta de "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, *mas em razão dela*, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem". Nesse caso, o particular poderá ser partícipe do crime de corrupção passiva, o qual, como já visto, é crime especial que exige como autor o funcionário público. Se existisse a corrupção ativa, a condição de partícipe no crime de corrupção passiva desapareceria por absorção, pois nesse caso o último crime seria mera decorrência

2.2.1.1.1 O ATO DE OFÍCIO NO ELEMENTO TÍPICO SUBJETIVO

Outra questão a ser analisada é se os atos de ofício visados devem ou não infringir dever de ofício para que o crime ocorra, isto é, se basta o particular oferecer ou prometer vantagem indevida para estimular a prática de ato que deveria ser praticado de qualquer modo ou se, pelo contrário, esse ato deve infringir também o padrão de conduta esperado do funcionário.

A doutrina italiana costuma admitir duas teorias ao tratar desse tema.[164] De acordo com a primeira, corrupção consistiria na oferta ou entrega de vantagem indevida para que o funcionário praticasse ou deixasse de praticar qualquer ato de ofício; para a segunda, apenas haveria corrupção se o ato a ser praticado ou omitido infringisse dever de ofício, que não se confunde com o dever genérico de não aceitar pagamentos de terceiros.[165]

No direito penal brasileiro, essa distinção não foi levada em consideração pelo legislador, que apenas disciplinou a infração a dever de ofício ao tratar de causa de aumento de pena, como se verá no item seguinte. Assim, basta que o particular tenha por fim determinar o funcionário público a praticar, omitir ou retardar ato compreendido em seu rol de atribuições para haver corrupção ativa.

---

necessária do primeiro (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 374-376).

[164] SEMINARA, Sergio. "Gli interessi tutelati nei reati di corruzione". In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n.º 36, 1993, p. 951.

[165] A importância da distinção reside em identificar o bem jurídico tutelado pela norma. No primeiro caso, em que pouco importa a existência de infração a dever funcional, sustenta-se que o objeto de tutela seja simplesmente o dever de não venalidade dos funcionários, protegendo-se mais a imagem da Administração Pública que seu correto funcionamento. No segundo, a tutela diria respeito de forma específica ao bom funcionamento da Administração Pública, resguardando-se sua imparcialidade em situações nas quais a oferta ou aceitação de vantagem indevida efetivamente se mostrassem disfuncionais. Nesse sentido: SEMINARA, Sergio, cit., pp. 951-993.

2.2.1.1.2 CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM CASO DE RETARDAMENTO, OMISSÃO OU PRÁTICA DE ATO DE OFÍCIO

Tal como ocorre no tipo de corrupção passiva, haverá aumento de um terço na pena do corruptor caso, "em razão da vantagem ou promessa", o funcionário retarde ou omita ato de ofício ou o pratique infringindo dever funcional.[166] Trata-se, como ensina Luiz Regis Prado, "de causa especial de aumento de pena que influencia na medida do injusto, visto que o agente, ao atingir o seu objetivo, viola dever funcional, afetando ainda mais gravemente o correto funcionamento da Administração Pública, o que justifica, por conseguinte, o maior desvalor do resultado."[167]

A punição majorada, porém, apenas será empregada, em qualquer hipótese, se a conduta infringir dever funcional.

2.2.1.2 A CONDUTA DE "DAR" VANTAGEM INDEVIDA

Dúvidas surgem sobre se estaria contemplada pelo tipo de corrupção ativa a conduta do particular que atende solicitação ou exigência de vantagem formulada por funcionário público, entregando vantagem indevida embora sem previamente prometê-la ou oferecê-la.

A atipicidade decorreria da ausência de previsão expressa da conduta de "dar" ou "entregar" no tipo penal, não se podendo ampliar o comportamento incriminado para incluir condutas não previstas. Segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves:

> Ao incriminar a corrupção ativa, a intenção do legislador [teria sido] punir os particulares cujas condutas tivessem o condão prático de corromper ou, ao menos, potencial para fazer com que um funcionário público se tornasse corrupto.
> Por isto, a lei somente incriminou na corrupção ativa condutas que tenham início no particular, posto que apenas estas podem corromper. Se,

---

[166] Artigo 333, parágrafo único, Código Penal: "A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[167] PRADO, Luiz Regis, cit., p. 261.

> ao contrário, o próprio funcionário toma a iniciativa de solicitar a vantagem, significa que ele já está corrompido e, portanto, a conduta do particular que entrega a vantagem pedida não tem o potencial lesivo que a lei quis evitar e punir.

Seguindo esse mesmo entendimento, no julgamento do pedido de *habeas corpus* n.º 62.908/SE, o Superior Tribunal de Justiça concedeu, de ofício, ordem para trancar ação penal em desfavor de corréu acusado de oferecer contraproposta à solicitação de vantagem indevida formulada por autoridade policial, entendendo que a posição de sujeição do particular frente ao funcionário corrupto não se amoldaria ao crime de corrupção ativa.[168]

Para resolver o problema que decorre da ausência de previsão das condutas de "dar" ou "entregar" no artigo 333 do Código Penal, tramita na Câmara dos Deputados Projeto de Lei redefinindo o crime de corrupção ativa como "ato de oferecer, dar, entregar ou prometer vantagens indevidas a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício".[169] Segundo o congressista que propôs a mudança, deputado Neilton Mulim, "o projeto visa preencher a lacuna existente na lei, pois não traz a previsão quando o particular dá ou entrega uma vantagem indevida ao funcionário público".[170]

---

[168] Constou da decisão: "(...) Informam os autos que o ora Paciente, Delegado de Polícia, solicitou a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais) para liberar a moto de Fábio Ribeiro Santana, que havia sido apreendida. O proprietário do veículo ofereceu a quantia de R$ 400,00 (quatrocentos reais), o que foi aceito por Paulo Fernando Bacelar Bittencourt e Atila Hugo Barreto de Carvalho, que se faziam passar por Policiais Civis com a conivência do Paciente. (...) De fato, descrevendo a denúncia que o Paciente, no uso de sua função pública, exigiu determinada quantia para liberar o veículo apreendido, o fato de Fábio se dispor a pagar montante inferior, não configura o tipo penal de corrupção ativa, porquanto ele não '*ofereceu ou prometeu vantagem indevida*' nos termos do art. 333 do Código Penal, apenas se sujeitou a pagar propina exigida pela autoridade pública. (...)" (Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgamento realizado em 6.11.07, decisão unânime).

[169] *Projeto de Lei n.º 86, de 8 de fevereiro de 2007*, apensado ao PL-510/2015 em 15.3.2015. Na justificativa desse segundo projeto, constou: "Esse projeto visa preencher a lacuna existente na lei, pois o Código Penal em seu artigo 333, que descreve a conduta de corrupção ativa, não traz a previsão de punição quando o particular der ou entregar uma vantagem indevida ao funcionário público, dessa forma deixando margem para conduta diversa da expressamente tipificada pelo Código Penal. A partir do momento que há essa brecha, e o ordenamento jurídico não admite analogia no Direito Penal, abre-se espaço para a impunidade. Assim esse projeto vem preencher essa lacuna e impedir a prática desse tipo de delito, à semelhança do que fez o legislador, quando o crime de corrupção ativa é praticado contra a administração pública estrangeira" (disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1304066&filename=PL+510/2015>. Acesso em: 7 fev. 2016).

[170] Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5AFEF19088F5AC5E6AE9D9021291C2B6.proposicoesWeb1?codteor=434476&filename=Tramitacao-PL+86/2007>. Acesso em: 7 fev. 2016.

Se não havia — como ainda não há — punição expressa à conduta de "dar" ou "entregar", reconhecer a existência de crime nessas hipóteses seria contrário ao princípio constitucional da legalidade.[171]

Há julgado recente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no entanto, entendendo, por maioria, que a conduta de "dar" se amolda ao tipo por representar conduta mais grave que "oferecer" ou "prometer".[172] Seria nesse sentido também a jurisprudência dominante, segundo Delmanto *et alii*.[173]

Esse entendimento apenas faria sentido em casos nos quais a entrega ocorresse de forma independente com relação à solicitação do funcionário público, sem caracterizar a "contraproposta" que o Superior Tribunal de Justiça considerou atípica no julgamento do *habeas corpus* n.º 62.908/SE.

Mesmo assim, em razão do princípio da legalidade, mais correto seria que apenas condutas ativas de oferecer ou prometer se amoldassem ao tipo, ainda que a entrega possa parecer reprovável do ponto de vista moral.

---

[171] Artigo 5º, inciso XXXIX: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[172] *Apelação Criminal n.º 1.0697.07.003103-7/001*, Relator Desembargador Alberto Deodato Neto, Primeira Câmara Criminal, julgamento em 20 de maio de 2014. Nos termos do voto que prevaleceu naquele julgamento: "Embora haja relevante discussão doutrinária acerca da tipicidade, ou não, da conduta do agente que paga a quantia solicitada pelo funcionário público, certo é que ele somente não incorrerá nas sanções do art. 333, do CP, se não lhe restar alternativa diante da 'proposta' recebida [do funcionário público], seja pelas circunstâncias do fato, ou por qualquer outra razão que nos leve a crer que não lhe era exigível agir de outra forma (...)". O voto divergente, porém, assentou que "não está prevista a conduta de dar ou entregar vantagem indevida previamente solicitada pelo funcionário público. Para considerá-la subentendida no tipo penal incriminador do art. 333 do CP, o julgador teria que se valer da analogia *in malam partem*, vedada no Direito Penal em respeito ao princípio da legalidade" (voto do Desembargador Revisor Flávio Batista Leite).

[173] DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio M. de. *Código Penal comentado*, 8ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 953.

2.2.1.3 A CORRUPÇÃO SUBSEQUENTE

Outro ponto polêmico diz respeito à subsunção ao tipo de corrupção ativa da conduta do particular que, após a prática, omissão ou retardamento de ato de ofício oferece ou promete vantagem indevida ao funcionário público.

O crime, como já se discutiu, tipifica-se pelo ato de "oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício". O uso da preposição "para" antepõe-se lógica e cronologicamente ao comportamento do funcionário, o que significa dizer que a oferta ou promessa de gratificação por comportamento pretérito exclui a tipicidade da conduta. Como ensinam Delmanto *et alii*, "dar para que se faça ou omita não é o mesmo que dar porque se fez ou omitiu".[174]

Situação diferente ocorreria, no entanto, caso as gratificações, devidamente contextualizadas, fizessem inferir comportamento repetitivo apto a induzir no funcionário público a expectativa de receber vantagens em função de condutas inadequadas, configurando oferta ou promessa velada.

Como entendem os tribunais brasileiros, "a oferta ou promessa não precisa ser explícita, literal e direta",[175] bastando apenas que a ação seja inequívoca e positive o propósito do agente. Logo, uma vez constatada a eficácia da oferta ou promessa, poderá ela servir como mecanismo corruptivo ainda que não formalizada antes da efetiva prática, omissão ou retardamento do ato de ofício, que, para fins de tipicidade, poderá nem mesmo vir a ocorrer.

Tratando-se, contudo, de mera retribuição por comportamento isolado do funcionário público, não deveria haver punição para o particular, porque sua conduta seria atípica.

---

[174] DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio M. de, cit., p. 954. Pagamentos que decorressem de oferta ou promessa anterior, no entanto, configurariam o tipo.

[175] Tribunal Regional Federal da Terceira Região, *Habeas corpus* n.º 2004.03.00.007088-1/SP, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, julgado em 30.3.04, acórdão publicado em 16.4.04.

2.2.1.4 A OFERTA OU PROMESSA DE VANTAGEM INDEVIDA PARA EVITAR ATO INJUSTO

Um último ponto que também traz discussões é a incidência do tipo de corrupção ativa quando o particular, com o fim de evitar ato injusto por parte do funcionário público, oferece ou promete vantagem indevida.

"Injusto", na definição do Dicionário Aurélio,[176] é tudo aquilo que seja "contrário à justiça", "iníquo" ou "sem fundamento", expressão subjetiva que não necessariamente denota a existência de ilicitude.[177] É o que ocorreria, por exemplo, no caso do agente que, visando impedir que um funcionário injustamente o prejudicasse em contratação lícita, oferecesse benefícios materiais para evitar o prejuízo.

James Lindgren propõe que, nessa hipótese, o particular seria vítima de extorsão e, não, autor de corrupção ativa. A corrupção apenas ocorreria se a vantagem oferecida buscasse obter do agente público tratamento privilegiado; se o tratamento buscado fosse apenas aquele a que o particular tivesse, de fato, direito, não existiria corrupção ativa.[178]

Ao prever que a oferta de vantagem indevida deve ter por fim a prática, omissão ou retardamento de "ato de ofício", o legislador brasileiro deixou em aberto a possibilidade de punir o particular que, com seu comportamento, apenas objetivasse evitar atuação injustamente prejudicial do funcionário público.

Como a definição de "ato de ofício" é ampla, abrangendo condutas que nem mesmo precisam ser especificadas formalmente, vantagens indevidas prometidas ou ofertadas para que o agente público deixasse de impor dificuldades ao particular se enquadrariam, a rigor, no propósito tipificado de "omitir ato de ofício", desde que tais dificuldades estivessem inseridas na esfera usual de atribuições do servidor e não fossem, por definição, ilícitas. Se o objetivo do legislador era evitar a negociação de favores com representantes públicos, punir o particular nessa situação seria uma consequência natural.

---

[176] FERREIRA, cit.

[177] Alguém que tenha se frustrado com a ineficiência do sistema judicial pode, por exemplo, considerar "injusta" a criminalização da prática de "fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima" (artigo 345 do Código Penal). A punição que decorra do cometimento desse crime, no entanto, não será ilegal.

[178] Cit., pp. 1.699-1.701.

Essa hipótese, porém, é diferente daquela em que o particular oferece ou promete benefício para que o funcionário público não pratique ato indevido ou não compreendido entre suas atribuições. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, não se considera ato de ofício aquele "praticado contra as normas vigentes ou a sistemática habitual (...) se o ato não é da competência habitual do funcionário, poder-se-á identificar qualquer outro crime, mas, com certeza, não o de corrupção ativa".[179]

Seria o caso, por exemplo, do empresário que prometesse benefício material ao servidor público visando impedir que ele se pusesse a influenciar, em prejuízo do particular, funcionário responsável pelo resultado de licitação para obter contrato público.[180] Em situações como essa, não haveria "ato de ofício" na acepção exigida pela lei porque a influência sobre terceiro do agente público destinatário da vantagem não se enquadraria entre suas atribuições, e portanto não haveria ato de ofício em perspectiva. Não praticaria o particular nesse caso, portanto, crime de corrupção ativa.

Isso já não ocorreria se o benefício ofertado visasse não apenas a evitar atuação indevida por parte do funcionário público, mas a garantir tratamento privilegiado, como ocorreria no exemplo do contrato público caso a vantagem fosse oferecida diretamente ao funcionário responsável pela licitação e garantisse o sucesso do empresário.[181]

---

[179] Cit., p. 1.463.

[180] A conduta do agente público poderia configurar tráfico de influência conforme tipificado pelo artigo 332 do Código Penal: "solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[181] Essa situação, segundo James Lindgren, seria mais realista que a primeira: "In most payoff situations, we won't clearly know who actually deserved to get a public contract. Usually, the official makes the bidder aware that he won't get the contract unless he pays off the official, and if the bidder pays, he will definitely get the contract. Fair treatment would consist of the bidder being given a fair chance against all other bidders, but that is usually not a realistic option in payoff cases. If the bidder doesn't pay, he gets less than fair treatment (coercive extortion). If he pays, he gets more than fair treatment" (cit., p. 1.700).

2.2.2 SUJEITO ATIVO

Ao contrário do que ocorre no tipo inscrito no artigo 317 do Código Penal, não exige a corrupção ativa nenhuma qualidade especial do sujeito que a pratique, classificando-se, por essa razão, como crime comum.

Conforme acórdão do Superior Tribunal de Justiça publicado em agosto de 2014, "o crime de corrupção ativa exige, tão somente, que a conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida seja dirigida a um funcionário público, com a finalidade de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. É um crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e, como tal, pode ser praticado por qualquer pessoa."[182]

Assim, responderia pelo tipo mesmo o funcionário público que, agindo na condição de particular, funcionasse como corruptor em relação a outro funcionário.

3. TIPO DE CORRUPÇÃO INTERNACIONAL

3.1 CORRUPÇÃO ATIVA EM TRANSAÇÃO COMERCIAL INTERNACIONAL

Prevê o artigo 337-B do Código Penal brasileiro, desde 2002, que será crime a conduta de "prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado a transação comercial internacional", sancionando-se tal comportamento com pena de reclusão de um a oito anos, além de multa.[183]

---

[182] Superior Tribunal de Justiça, recurso especial n.º 906.185/RJ, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJ em 22.8.14.

[183] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

Em relação à conduta do *caput*, caberá suspensão condicional do processo, também conhecida como *sursis* processual, nos termos do artigo 89 da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.[184]

3.1.1 TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Os núcleos verbais da corrupção ativa em transação comercial internacional em muito se assemelham àqueles previstos no artigo 333 do Código Penal. As principais diferenças estão no fato de que o legislador, ao introduzir o novo tipo penal, criminalizou também a conduta de "dar" vantagem indevida a funcionário público e restringiu a natureza do ato de ofício que poderia ensejar a incidência do tipo penal.

Praticará, desse modo, o crime previsto no artigo 337-B do Código Penal o agente que prometer, oferecer ou der vantagem indevida a funcionário público estrangeiro com o fim de influenciar no regular desempenho de suas funções apenas no que disser respeito a transações comerciais internacionais, ainda que o comportamento do agente público não venha a ser influenciado.

Como explica Miriam Cugat Mauri, a vantagem em questão precisa ser suficiente para motivar a atuação venal do funcionário, razão pela qual atuações ou omissões anteriores à promessa, ao oferecimento ou ao seu recebimento deveriam ficar impunes,[185]

---

[184] Prevê o artigo em questão: "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[185] "La corrupción en las transacciones comerciales internacionales". In: GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Madrid: Consejo General del Poder

tal como ocorre no caso da corrupção ativa no ordenamento jurídico brasileiro. Dito de outro modo, fosse o funcionário público estrangeiro simplesmente gratificado pelos serviços que prestou, sem que houvesse prévia oferta ou promessa nesse sentido, não haveria crime. A conclusão já não seria a mesma se houvesse repetição de gratificações que induzisse no funcionário expectativa de ganho ou mesmo práticas locais que gerassem essa expectativa, já que o funcionário atuaria ou deixaria de atuar em função de vantagem futura.

O "ato de ofício" a ser praticado ou omitido, como também ocorre na vertente nacional do delito, não foi definido pela lei, inferindo-se, em vista da interpretação que usualmente se confere ao tipo de corrupção ativa comum,[186] que atos totalmente estranhos à competência do funcionário público não permitiriam enquadramento no crime de corrupção ativa em transação comercial internacional.[187]

No entanto, na redação da Convenção da OCDE, "a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais" incluiria "qualquer uso do cargo do funcionário público, seja esse cargo, ou não, da competência legal do funcionário".[188]

Esse aspecto, que poderia conflitar com o dispositivo penal inserido na legislação brasileira, foi objeto de consulta por parte da OCDE, questionando-se se o conceito de "ato de ofício" recepcionado pelo Código Penal permitiria a aplicação da lei caso o ato estivesse fora da competência do funcionário público. Em resposta, o Brasil alegou que o agente seria punido desde que o ato possuísse alguma relação, ainda que apenas indireta, com as atribuições do funcionário, citando como exemplo o servidor que usasse o cargo, dentro ou

---

Judicial, 2005, p. 338. Essa, inclusive, teria sido a recomendação da OCDE em informe explicativo de 1998: "la solicitud o la aceptación deben ser anteriores al acto o la omisión del funcionario (…) Por consiguiente, … los Estados miembros no están obligados a tipificar como delito penal el hecho de recibir una ventaja después de llevar a cabo un acto sin que hayan mediado una solicitud o aceptación previas" (MAURI, Miriam Cugat, cit., p. 338).

[186] "Ato de ofício", como se explicou na Parte I, Título II, Item 2.1.1.3 ("Causa de aumento de pena em caso de retardamento, omissão ou prática de ato de ofício"), é aquele cuja ação ou omissão esteja compreendida nas específicas atribuições funcionais do servidor público visado, não se podendo considerar como tais condutas que as extrapolem.

[187] Essa, por exemplo, é a posição de Beatriz Corrêa Camargo, "Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do Direito Penal Brasileiro. Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr. 2011, pp. 113-114.

[188] Artigo 1.4, "c", do Decreto n.º 3.678/00. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

fora de sua competência, para determinar que outro servidor realizasse a concessão de determinado contrato; reconheceu, no entanto, que a expressão "ato de ofício" poderia excluir condutas praticadas pelo funcionário público estrangeiro fora de sua competência.[189]

O elemento típico subjetivo, por fim, demandaria não apenas a presença de dolo como também especial fim de agir, consubstanciado no objetivo de influenciar em ato de ofício a ser praticado, omitido ou retardado em transação comercial internacional. Com a corrupção ativa, o particular incita o agente público para que abuse de suas funções em seu benefício, havendo, pois, carga intencional especialmente intensa.[190]

Isso não exigiria, por outro lado, que o agente corruptor possuísse o objetivo de obter benefício para si. Um ativista do *Greenpeace* que oferecesse a funcionário público estrangeiro propina para convencê-lo a cancelar licenças de importação de peles de animais em extinção, por exemplo, incorreria no tipo apesar de sua intenção altruísta, uma vez que se trata de ato de ofício a ser praticado em transação comercial internacional.

---

[189] CAMARGO, Beatriz Corrêa, cit., p. 108. Mais recentemente, em outubro de 2014, reiterou a OCDE suas dúvidas com relação ao alcance do conceito na legislação brasileira: "Brazil's foreign bribery offence applies to bribes paid or offered in order that the official undertake, omit, or delay 'any official act'. In Phase 2, the Working Group noted that it is not clear whether acts outside the official's authorised competence would be covered. At that time, Brazil explained that the foreign bribery offence applies where the act or omission related, even indirectly, to the functions of the official, even if the act itself is outside the official's authority. Brazil's position on this point was inconsistent throughout the Phase 3 evaluation. Initially, Brazil acknowledged that 'the reference to an official act might not cover the act of a foreign public official if he/she is not within his/her authorised competence'. Nonetheless, Brazil considered that the courts would read the offence consistently with the Convention because the Convention has force of law in Brazil as supported by case law. Moreover, during the on-site visit a senior Judge confirmed that Article 1 of the Convention is not binding on the courts when they interpret Brazil's foreign bribery offence. Following the on-site visit, Brazil changed its position and stated that 'the [foreign bribery] offence will be committed if the act bears any relationships, even indirectly, with the function of the public official'. Upon request of the lead examiners, Brazil provided one case which concerned domestic solicitation of a bribe (an offence which, notably, makes an explicit reference to acts 'outside the function' of the official) in which the Court found that the offence could not apply where the act was outside the scope of the official's authority. This case supports Brazil's initial view that the foreign bribery offence may not apply where the act is outside the official's authorised competence." (disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2015).

[190] PAZ, Miguel Ángel Nuñez. "La corrupción en el ámbito de las transacciones comerciales". In: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Maria Rosario; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Madrid: Colex, 2003, p. 200.

3.1.1.1 CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTRANGEIRO

A definição de "funcionário público estrangeiro" foi disciplinada tanto pela lei que introduziu o tipo penal no direito brasileiro como pela Convenção da OCDE, da qual o Brasil é signatário.

Nos termos da Convenção, "funcionário público estrangeiro" deveria significar "qualquer pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ela nomeada ou eleita; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro, inclusive para representação ou empresa pública; e qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional".[191]

O Código Penal brasileiro, todavia, sem reproduzir a recomendação internacional, considerou funcionário público estrangeiro, para fins penais, apenas aqueles que, "ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exer[çam] cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro", equiparando à definição aqueles que exerçam "cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais".[192]

Ficariam, assim, excluídos o funcionário público nacional e o funcionário de empresa privada, ainda que, eventualmente, exercessem funções em nome de outro país ou organismo internacional.

Ao contrário do que ocorreu na definição de funcionário público brasileiro, o elemento preponderante nessa definição não será a função pública e, sim, a lotação do funcionário corrompido em entidades estatais, empresas controladas, representações diplomáticas ou organizações internacionais.[193] Logo, ainda que o agente estrangeiro

---

[191] Artigo 1.4, "a", do Decreto n.º 3.678/00. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[192] Artigo 337-D do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[193] A definição do que se deveria entender por "organismo internacional" não é unânime na doutrina. Em comentários que precederam a aprovação da convenção internacional pela OCDE, explicou-se que "public international organisation" incluiria "any international organisation formed by states, governments, or other public international organisations, whatever the form of organisation and scope of competence, including, for example, a regional economic integration organisation such as the European Communities" (disponível

desempenhe efetivamente funções públicas, apenas poderá ser considerado "funcionário público estrangeiro" para a lei brasileira se essas funções forem exercidas nas instituições indicadas pela lei.

Em seu primeiro relatório de avaliação da implementação do tratado, a OCDE discutiu esse problema, indicando que a falta de correspondência entre as definições de "funcionário público brasileiro" e "funcionário público estrangeiro" abria a possibilidade de excluir condutas que a Convenção da OCDE pretendia punir. O Brasil respondeu dizendo que as definições eram substancialmente idênticas e, independentemente disso, as cortes brasileiras poderiam se valer do texto da Convenção da OCDE para interpretar situações concretas.[194]

O conceito, no entanto, do modo como incorporado ao ordenamento brasileiro, não pode ter sua hipótese de abrangência ampliada sem reforma legislativa, já que a lei penal se interpreta de forma restritiva e ninguém pode ser punido sem que exista lei anterior definindo a infração.[195]

---

em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Acesso em: 3 mai. 2015). Nos Estados Unidos, com a Lei sobre Práticas Corruptas Estrangeiras, organismos internacionais serão apenas aqueles assim definidos por decreto do Poder Executivo (NIETO MARTÍN, Adán, cit., p. 15).

[194] Nesse sentido: "However, the fact that the two definitions (Articles 327 and 337-D) are not identical leaves open the possibility that the court might exclude certain categories of foreign public officials, despite the existing jurisprudence on Article 327. In particular, there is a doubt whether a person exercising a public function for a foreign public agency, as required by Article 1.4.a of the Convention and Commentary 13, is covered. This issue arises not simply because of the absence of express reference thereto in Article 337-D, but because there is no definition in Article 337-D which corresponds to the definition in paragraph 1 of Article 327, which appears to cover some domestic 'public agencies'. The definition in Article 337-D uses the term 'state bodies' for a person holding a position or public function, and the term 'foreign country', for a person holding a position or function in an organisation or enterprise controlled by the 'Public Authorities'. The Brazilian authorities have explained that 'there is no substantial difference between the two provisions', and that the term 'state' covers 'the whole structure of public authority, at whatever level or subdivision.' No definitions are given for the terms 'public function', 'Public Authority', 'state bodies', 'foreign country' and 'international public organizations'. However, the Convention has legal force in Brazil, both as an integral part of the law and as a source of interpretation, and the Brazilian authorities explained that the courts would use the Convention or Commentaries as interpretative tools in order to determine the scope of these terms. According to the Brazilian authorities, the statement of reasons that accompanied the enactment of Article 377-B to 377-D explicitly stated that the purpose of this amendment to the Penal Code was to implement the Convention." (disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/33742137.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2015).

[195] Artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigo 1º do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

3.1.1.2 CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM CASO DE RETARDAMENTO, OMISSÃO OU PRÁTICA DE ATO DE OFÍCIO

Embora o tipo dispense resultado, a pena será aumentada em um terço se, "em razão da vantagem ou promessa", o funcionário público estrangeiro retardar ou omitir ato de ofício ou praticá-lo infringindo dever funcional.[196]

O retardamento do ato de ofício, como explica Luiz Regis Prado, exige escoamento do prazo necessário para que seja praticado, seguido de sua efetiva prática posterior. Isso é diferente da omissão, em que o ato simplesmente não ocorre após o decurso do prazo em que deveria ser praticado.[197]

3.1.2 SUJEITO ATIVO

Não exigiu o Código Penal nenhuma característica especial no que se refere ao sujeito ativo do crime de corrupção ativa em transação comercial internacional, tratando-se de crime comum. Qualquer pessoa que praticar o tipo, portanto, poderá nele incorrer.

A Convenção da OCDE recomendou o estabelecimento de responsabilidade para pessoas jurídicas em situações que envolvam corrupção de funcionário público estrangeiro,[198] reconhecendo nesses entes papel de relevo para que o crime seja cometido. É de rara incidência, de fato, casos de adjudicação de contratos mediante suborno nos quais a pessoa física que ofereça vantagens indevidas não atue em nome de empresa que aspire a seus próprios benefícios.[199] A recomendação, no entanto, ainda não foi acatada e existe

---

[196] Artigo 337-B, parágrafo único, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[197] Cit., p. 318.

[198] Artigo 2º do Decreto n.º 3.678/00: "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." Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[199] PAZ, Miguel Ángel Nuñez, cit., p. 195.

certa resistência em aceitar esse tipo de responsabilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro.[200]

A própria Convenção, reconhecendo que esse poderia ser um obstáculo importante, recomendou, "caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se apli[casse] a pessoas jurídicas", que se assegurasse, de algum modo, que estivessem "sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras".[201] Isso já ocorreu no Brasil com a aprovação da Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que "dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências".[202]

Inseriu-se, ainda, no tipo de corrupção internacional expressão — "ou a terceira pessoa" — que permite punir como autor o agente que se utilize de terceiros plenamente imputáveis para praticar o tipo. É o que ocorreria, por exemplo, com o dirigente de empresa multinacional que contratasse os serviços de consultor que se dispusesse a corromper autoridades locais.

---

[200] Não se admite no direito brasileiro, por enquanto, a responsabilização penal da empresa, exceto em crimes ambientais, previstos pelo artigo 225, §3º da Constituição Federal e pela Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

[201] Artigo 3.2 da Convenção da OCDE. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[202] A OCDE assim reconheceu em seu relatório de outubro de 2014: "A key concern of the Working Group during Brazil's Phase 2 review was the lack of legislative provisions for liability of legal persons for foreign bribery offences (recommendation 4(i)). At the time of Brazil's Phase 2 Written Follow-up, in 2010, the Working Group welcomed reports from Brazil of the recent introduction to Congress of a draft Bill on the administrative and civil liability of legal persons for acts of corruption committed against the national and foreign public administration. The Working Group urged Brazil to pass this legislation promptly. On 12 May 2011, at the request of Brazil, a submission by the Phase 2 Evaluation Team for Brazil was presented to the Office of the Comptroller General (CGU), highlighting areas of concern in the Bill. The Evaluation Team's Submission is annexed to this report (Annex 3). 19. After three years of further negotiations between the government and the anti-corruption community, Bill 6826 was passed into law and the Corporate Liability Law (N.12.846 of August 1, 2013 (CLL)) came into effect in January 2014, thereby introducing the first corporate liability regime for wrongful acts committed against the public administration in Brazil and putting an end to over 14 years of non-compliance with Article 2 of the Convention. This Phase 3 evaluation is the Working Group's first formal opportunity to review this new law and to consider governmental and nongovernmental views of the law. As detailed below, the vast majority of the concerns identified in the Evaluation Team's Submission remain valid with the law that has been enacted. At the on-site visit a Parliamentarian closely involved in the legislative process was unaware of this Submission." (disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2015).

Segundo Julio Díaz-Maroto y Villarejo, o objetivo da regra penal, ao incluir no tipo agentes que indiretamente ofereçam, prometam ou entreguem vantagem indevida, foi alcançar aqueles que por via da contratação de intermediários intercedessem junto a funcionários estrangeiros, afastando possíveis inconvenientes que poderiam decorrer de sua classificação como meros partícipes, cujo comportamento necessariamente é acessório ao do autor e poderia, eventualmente, deixar de ser punido caso a conduta principal também não o fosse.[203]

Desse modo, responderá como autor pelo crime de corrupção em transação comercial internacional todo aquele que, direta ou indiretamente, pratique os verbos contidos no tipo penal.

4. OBJETO DE PROTEÇÃO NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO INTERNA E CORRUPÇÃO INTERNACIONAL

Embora o conceito de bem jurídico seja bastante indeterminado e muito se discuta a conveniência de sua utilização, possui ele relevância prática na medida em que delimita o objeto de proteção da norma penal, funcionando como instrumento de interpretação teleológica em diversas situações.[204]

---

[203] "Aun cuando el artículo sea un delito común, en el que el autor puede ser cualquiera, en el tipo penal se recoge, en consonancia tanto con el Convenio OCDE como con las propuestas adoptadas en el seno de la Unión Europea, tanto la corrupción directa, *por sí*, como indirecta, *por persona* interpuesta. Esta mención expresa a la persona interpuesta parece superflua, si bien es posible entender que dicha mención sirve para dejar claro, sin necesidad de acudir siquiera a las reglas generales, que quien corrompe o intenta corromper, es autor en todo caso. Se castigan, por tanto, las conductas de quienes utilizan a un tercero para corromper al funcionario público extranjero. La figura del *intermediario* es esencial en las figuras de cohecho, sobretodo cuando éste se realiza en el comercio internacional, donde las empresas necesitan valerse de conocedores del «medio» que los pongan en contacto con las personas idóneas. Obsérvese que el trabajo del *intermediario* actúa, por un lado, como potente factor de simplificación de la intercomunicación corruptora y, por otro, de filtro y mampara ante indiscretas miradas externas a la relación corrupta, tejiéndose así la red de las ganancias indebidas. Esta conducta ha de ser considerada como *coautoría*. La previsión legal del art. 445 CP está destinada a cubrir los supuestos en que los nacionales se valen de los servicios de intermediarios extranjeros que actúan en el extranjero, elevando a la categoría de autor a quien no es más que un partícipe en el hecho delictivo, evitando así la aplicación del principio de accesoriedad y haciendo posible su persecución" (DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. "La corrupción en las transacciones comerciales internacionales". In: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (apres.), *Estudios sobre las reformas del código penal: operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Navarra: Civitas, 2011, pp. 620-621).

[204] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 12.683/2012*. 2ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013, p. 50.

A doutrina italiana tradicional costuma admitir duas teorias acerca do crime de corrupção tradicional. Segundo a primeira, corrupção consistiria na oferta ou entrega de vantagem indevida para que o funcionário praticasse ou deixasse de praticar qualquer ato de ofício; para a segunda, apenas haveria corrupção se o ato a ser praticado ou omitido infringisse dever de ofício, que não se confunde com o dever genérico de não aceitar pagamentos de terceiros.[205]

A distinção reside em diferentes concepções sobre o bem jurídico tutelado pela norma. No primeiro caso, em que pouco importa a existência de infração a dever funcional, sustenta-se que o objeto de tutela seja simplesmente o dever de não venalidade dos funcionários, protegendo-se mais a imagem da Administração Pública do que seu correto funcionamento. No segundo, a tutela diria respeito de forma específica ao bom funcionamento da Administração Pública, resguardando-se sua imparcialidade em situações nas quais a oferta ou aceitação de vantagem indevida efetivamente se mostrassem disfuncionais.[206]

No direito penal brasileiro, como se viu,[207] não pareceu o legislador levar em consideração a existência de infração a dever funcional para determinar a subsunção do fato à norma, defendendo a doutrina pátria, talvez por essa razão, que o bem jurídico tutelado tanto na corrupção passiva como na corrupção ativa é, genericamente, a própria Administração Pública, em sua moralidade e probidade.[208]

Essa concepção nos parece correta, embora cada tipo penal comporte graus distintos de ameaça ao mesmo bem jurídico.

Ao prever que incorrerá em corrupção passiva o funcionário que solicite ou receba vantagem ou, ainda, aceite promessa de recebê-la, em função do cargo, sem vincular essa conduta à prática de ato específico, pareceu o Código Penal reprimir o próprio comportamento imoral do servidor, sem exigir que dessa imoralidade resultasse, obrigatoriamente, infração funcional. Para cometer o crime, basta que o funcionário se

---

[205] SEMINARA, Sergio, cit., p. 951.
[206] Ibidem, pp. 951-993.
[207] Parte I, Título II, Item 2.1.1.1 (“A questão do ato de ofício”).
[208] BITENCOURT, Cezar Roberto, cit., p. 77 e p. 207.

utilize de seu cargo para obter benefício, ainda que tal postura em nada afete o correto desempenho de suas funções.[209]

Na corrupção ativa, por outro lado, vinculou-se expressamente a conduta do particular à intenção de induzir a prática ou omissão de ato de ofício, sem disciplinar o artigo respectivo o comportamento do particular que oferece ou promete vantagem a funcionário público tão somente em razão de seu cargo. A tutela do bom funcionamento da Administração Pública nos parece, por essa razão, objetivo mais presente nesse segundo tipo, enquanto que o primeiro (corrupção passiva) tem a finalidade mais ampla de resguardar a probidade teórica da Administração Pública. Também na corrupção ativa, entretanto, quer-se em certa medida proteger a probidade, em tese, da Administração, porque, como vimos, não se exige para sua configuração violação de dever funcional. Mesmo quem promete ou oferece vantagem a funcionário para que pratique ato que deve praticar, ou deixe de realizar ato que não deve praticar, comete o crime, pela simples vantagem prometida ou oferecida.

Já no crime de corrupção ativa em transação comercial internacional, embora incluído em capítulo do Código Penal que trata de "crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira", o bem jurídico protegido não se dirige especialmente à proteção de eventual função pública detida pelo agente corrompido no exterior.

Esse tipo penal, que decorre dos movimentos internacionais que culminaram com a aprovação da Convenção da OCDE, busca, sobretudo, proteger a posição de concorrentes frente a adversários que busquem predominância empresarial por mecanismos ilegais.[210] Não por outro motivo, constou do preâmbulo da própria Convenção, entre suas justificativas, que a corrupção internacional "desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade".[211]

---

[209] Se afetar, a conduta poderá ser valorada de forma mais negativa, acrescentando-se a causa de aumento que discutiremos no Item 2.2.1.1.2 deste Título ("Causa de aumento de pena em caso de retardamento, omissão ou prática de ato de ofício").

[210] DEMETRIO CRESPO, Eduardo, cit., p. 116.

[211] Decreto n.º 3.678/00. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

Para muitos, na verdade, não faria sentido que o Brasil se arrogasse a prerrogativa de tipificar internamente condutas que não afetassem interesses diretamente seus, mas da Administração Pública de outros Estados, para o que careceria inclusive de legitimidade.[212] Nem mesmo haveria, na opinião de alguns autores, comunidade internacional suficientemente organizada que permitisse a diferentes países cogitar da proteção internacional de algum interesse público comum,[213] como poderia ocorrer, por exemplo, no âmbito da União Europeia no que dissesse respeito às funções públicas exercidas em Estados-membros.

O próprio fato de apenas se tipificar a conduta do particular que promete, oferece ou paga suborno, ignorando o comportamento do funcionário corrompido, em regra mais ofensivo, já seria bastante indicativo da exclusão da função pública como objeto de proteção da norma.[214] Cuidasse o tipo de proteger interesse do gênero, aliás, teria o legislador inserido em sua redação outros atos de ofício além daqueles que se relacionassem exclusivamente com transações comerciais.[215]

Alguns doutrinadores,[216] porém, defendem uma posição intermediária que nos parece mais correta, admitindo a existência de pluriofensividade no crime de corrupção internacional com base no argumento de que o suborno em transações comerciais também vulnera princípios de objetividade e de imparcialidade no uso da função pública, ainda que, de fato, o objeto de proteção mais direto seja a concorrência.

A nosso ver, assim também ocorre em crimes de corrupção comum: embora o bem jurídico mais aparente seja a própria Administração Pública em sua moralidade e probidade, é inegável que a oferta de vantagens indevidas afeta a concorrência tal como ocorre nos crimes de corrupção internacional.

---

[212] PRADO, Luiz Regis. "O bem jurídico tutelado nos novos delitos de corrupção e de tráfico de influência internacional". In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 10, n. 119, out. 2002, pp. 13-14.
[213] MAURI, Miriam Cugat, cit., p. 328.
[214] Ibidem, p. 335.
[215] Miguel Ángel Nuñez Paz, ao analisar tipo semelhante no direito espanhol, reproduz o entendimento que pensamos ser aplicável também ao ordenamento brasileiro: "si el legislador español hubiera querido transcender más allá de las fronteras para proteger, en un ejercicio de discutible legitimidad, el correcto desempeño de la función pública a nivel internacional, el tipo no debería de haberse limitado al ámbito de los contratos o ventajas internacionales; tendría que haberse extendido a toda clase de pactos ilícitos entre funcionarios y particulares" (cit., pp. 193-194).
[216] *Apud* DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, cit., p. 328.

Do ponto de vista do objeto de proteção da norma, portanto, não há diferenças ontológicas que permitam distinguir a corrupção interna da corrupção internacional.

5. CORRUPÇÃO INTERNA E CORRUPÇÃO INTERNACIONAL: O PROBLEMA DO ALCANCE DA NORMA PENAL

Explicadas as particularidades contidas nessas duas variantes de corrupção — interna e internacional — percebe-se que a separação metodológica adotada pelo Código Penal se mostra, em grande medida, desnecessária.

Como se viu mais acima, os tipos de corrupção interna reprimem condutas vinculadas à atuação venal do funcionário público de maneira geral, podendo alcançar desde pequenos benefícios operacionais até favorecimentos mais ostensivos em contratos com o Poder Público. Importa coibir, em essência, condutas inapropriadas que violem os princípios de funcionamento da Administração Pública, punindo-se tanto o agente que atua em nome do Estado como o particular que se engaja na conduta criminosa.

Na corrupção internacional, por outro lado, a tutela foi restringida pela própria redação do tipo penal, que apenas proíbe condutas praticadas por particular em transações comerciais internacionais envolvendo promessa, oferecimento ou entrega de vantagem indevida a funcionário público estrangeiro. Não se pune, nessa variante, a corrupção passiva do funcionário público estrangeiro.

Quando, porém, se comparam as condutas criminalizadas pelos tipos de corrupção ativa nas modalidades interna e internacional, percebe-se que foram redigidos em termos bastante semelhantes e de modo a permitir alcance quase concomitante em boa parte das hipóteses previstas.

Com efeito, embora instintivamente se pense que a corrupção ativa do artigo 333 do Código Penal serve apenas para comportamentos dirigidos a funcionários públicos brasileiros, nada impediria que o crime ocorresse ainda que o funcionário fosse estrangeiro, desde que presente alguma das situações descritas no artigo 327, que define “funcionário público” para fins penais com base no exercício de função pública.

Se o particular oferece vantagem indevida a funcionário de outro país que se encontre no Brasil para induzi-lo a praticar ato que seja de seu interesse, a conduta se subsumirá naturalmente ao tipo de corrupção ativa do artigo 333 do Código Penal, já que não existe hipótese legal de exclusão. O mesmo ocorreria se um funcionário público brasileiro, buscando praticar um crime supostamente perfeito, se deixasse corromper no exterior pensando com isso afastar a jurisdição brasileira.

Exercendo o funcionário, porém, cargo, emprego ou função em representação diplomática de país estrangeiro ou efetivamente em território estrangeiro e visando o particular, com a oferta ou promessa de vantagem indevida, determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado com transação comercial internacional, o crime será de corrupção ativa nos moldes do artigo 337-B do Código Penal. Isso ocorrerá não porque o funcionário público se encontra no exterior, já que sua condição o acompanhará onde quer que esteja, mas porque existe concurso aparente de normas, que se resolve pelo critério da especialidade.

Como explica René Ariel Dotti, a "especialidade" consiste "na relação que se estabelece entre dois ou mais preceitos, sempre que na *lex specialis* se contêm já todos os elementos de uma *lex generalis* ao qual se pode chamar de tipo fundamental e, ainda, certos elementos especializadores", sendo que "essa relação determinará a exclusão da lei geral pela aplicação da lei especial, segundo o brocardo *lex specialis derogat legi generali*".[217] Assim, no caso da corrupção ativa, como a definição de "funcionário público" é mais restrita no tipo do artigo 337-B do Código Penal e apenas existe crime se o ato de ofício a ser praticado ou omitido se relacionar com transação comercial internacional, sempre que o comportamento incriminado possuir as características do tipo especial, haverá subsunção a ele e não ao do artigo 333.

O que se percebe disso é que, embora a lei que introduziu o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional tenha se pretendido inovadora por criminalizar um comportamento que, até então, julgava-se estar excluído da abrangência na norma

[217] *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 383.

penal, fato é que não introduziu crime algum que já não pudesse ser punido utilizando instrumentos tradicionais do direito brasileiro.

A "inovação" que a Convenção da OCDE pretendia trazer, na verdade, era a punição de crimes de corrupção ativa praticados fora do território brasileiro, tal como ocorre no FCPA.[218] Essa possibilidade, entretanto, não está relacionada com a redação do tipo penal de corrupção no Brasil, já suficientemente ampla, mas com a disciplina da lei penal no espaço, ainda pouco estudada no direito nacional. E é justamente essa análise que será realizada na Parte II do presente trabalho.

[218] O FCPA restringe os crimes a atos ocorridos em território norte americano, mas estabelece importante exceção a isso e para atos praticados por "emissores" ou "empreendimentos nacionais". Nesses casos, existe regra específica declarando ilegal, (i) no primeiro caso, "que qualquer emissor constituído segundo as leis dos Estados Unidos ou de um estado, território, possessão ou membro da comunidade dos Estados Unidos ou de uma das subdivisões políticas dos mesmos e que tenha uma classe de valores mobiliários registrados de acordo com a seção 12 deste título ou que tenha de apresentar relatórios segundo a seção 15(d) deste título, ou que qualquer pessoa dos Estados Unidos que seja um dirigente, diretor, funcionário, agente ou acionista do dito emissor ou um acionista agindo em nome do dito emissor pratique corruptamente qualquer ato fora dos Estados Unidos para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de doação de qualquer item de valor a qualquer das pessoas ou entidades previstas nos parágrafos (1), (2) e (3) desta subseção (a) desta seção para os fins aí especificados, quer tal emissor ou dirigente, diretor, funcionário, agente ou acionista use os correios ou quaisquer meios ou organismos governamentais de comércio interestadual para promover tal oferta, doação, pagamento, promessa ou autorização"; e, (ii) no segundo caso, "que qualquer pessoa dos Estados Unidos pratique corruptamente qualquer ato fora dos Estados Unidos para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de doação de qualquer item de valor a qualquer das pessoas ou entidades previstas nos parágrafos (1), (2) e (3) desta subseção (a) para os fins aí especificados, quer tal pessoa dos Estados Unidos use os correios ou quaisquer meios ou organismos governamentais de comércio interestadual para promover tal oferta, doação, pagamento, promessa ou autorização." Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

PARTE II
LEI PENAL NO ESPAÇO E O PROBLEMA DA DUPLA INCRIMINAÇÃO

TÍTULO I. ABRANGÊNCIA ESPACIAL DA NORMA PENAL

1. CRITÉRIOS GERAIS

A abrangência espacial da lei penal determina os critérios que devem ser utilizados para decidir a lei de que país deverá incidir em cada situação concreta, podendo se fundar em quatro princípios: (i) territorialidade; (ii) personalidade; (iii) defesa; e (iv) justiça universal, os quais serão tratados a seguir.

1.1 PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

O principal critério para definir a abrangência do direito penal no espaço é o princípio da territorialidade. Caberia ao Estado, enquanto sociedade politicamente organizada, exercer sua soberania nos limites de seu território, fazendo com que nele vigorem suas próprias leis.[219]

De acordo com essa regra, aplica-se a lei penal do lugar em que eventualmente praticada uma infração, sem concorrência de legislações estrangeiras[220] e

[219] Como já ensinava Galdino Siqueira, no Brasil, em 1950, "a lei penal, como expressão da soberania do Estado, tem aplicação evidentemente onde pode ser exercida essa soberania, espaço constituído principalmente pelo *território*" (*Tratado de Direito Penal, Parte Geral*. Tomo I. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950, p. 169).

[220] Como manifestação de soberania, o princípio da territorialidade exclui a aplicação das leis penais de outro Estado (ZIPPIN FILHO, Dálio. "A extraterritorialidade do crime e a eficácia da lei brasileira". In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, n.º 18, jan./jun. 2005, pp. 49-52).

independentemente da nacionalidade do infrator, bastando que o crime ocorra dentro das fronteiras de determinado Estado.

Alguns fatores ganham importância na defesa desse critério. Corresponde, inicialmente, aos interesses da boa administração da justiça que um crime seja julgado no local em que praticado, tanto em função da maior facilidade na obtenção de provas como porque o julgamento se faz, em termos práticos, mais simples. Trata-se, segundo Roberto Luís Luchi Demo, de um ideal de efetividade:

> Constituindo manifestação da soberania estatal, a jurisdição é exercida nos limites do território do país respectivo, por força do *princípio da efetividade*: a jurisdição pressupõe, do Estado-Juiz que proferir a sentença, a possibilidade de executá-la (elemento *coercio* da jurisdição), até porque e especialmente na jurisdição penal, uma sentença condenatória que não pudesse ser concretizada pelo Estado seria apenas uma manifestação de intenção, jamais uma *manifestação de soberania*.[221]

Do ponto de vista repressivo, a escolha também se justifica uma vez que a punição do crime por justiça instalada em localidade diversa daquela em que praticado pode não atender à função intimidatória da pena, deixando de transmitir resposta penal à comunidade que de fato arque com as consequências do delito.[222] Se a punição do crime ocorre em localidade afastada e sem que a comunidade atingida tome conhecimento, a mensagem penal poderá ficar comprometida, deixando-se de atender à finalidade de prevenção geral da pena.[223]

Para o infrator, também se justificaria o princípio da territorialidade em função de não lhe ser escusável o desconhecimento da lei do país em que se encontre, sem regras que o obriguem a se orientar conforme disposições estrangeiras.[224]

---

[221] "A jurisdição penal brasileira. Desenho em relação ao espaço e às pessoas. Concorrência de jurisdições nacional e estrangeira. Consequências de sua ausência ou deficiência". In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 40, n.º 45, jan./jun 2006, p. 219.

[222] HUGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal.* Volume I. Tomo I. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 155.

[223] Como explica René Ariel Dotti, "caracteriza-se a chamada *prevenção geral da pena* pelo efeito de intimidação que a ameaça de sua imposição ou a sua aplicação ou execução concretas possam produzir no seio da sociedade" (cit., 2013, p. 554).

[224] Prescreve a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 ("LINDB"), em seu artigo 3º, que no Brasil "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece". Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016. Além disso, em texto de 1968, já explicava Marie-Claude Fayard que "la sauvegarde des droits individuels exige qu'on fasse application au délinquant de la loi sociale à laquelle il

1.2 PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE

O princípio da personalidade autoriza a aplicação da lei penal conforme a nacionalidade do infrator, criando vínculo do agente com o direito de seu país onde quer que se encontre.

Como ensina Aníbal Bruno, "o princípio da personalidade, também chamado da nacionalidade, faz a lei penal de um país acompanhar seu nacional por onde êle se encaminhe, impondo a sua disciplina a qualquer fato punível que êle venha a praticar, mesmo em terra estrangeira".[225] O fundamento é que o indivíduo estaria sempre vinculado às regras de seu país, que o seguiriam como "a sombra ao corpo", para usar a expressão clássica de Cesare Beccaria.[226]

O Estado, assim, atuaria como representante do país que teve sua ordem jurídica violada, garantindo a incidência de consequências penais sobre a conduta ilícita.[227]

1.3 PRINCÍPIO DE DEFESA

Segundo o princípio de defesa, considera-se a nacionalidade do titular do bem jurídico ameaçado para definir a existência de interesse do Estado na aplicação de sua lei, sem referências ao local da infração ou à nacionalidade do agente.[228]

---

est censé s'attendre (...)" ("La localisation internationale de l'infraction: étude de jurisprudence". In: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n.º 4, out./dez. 1968, p. 754).

[225] *Direito Penal, Parte Geral.* Tomo I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959, pp. 218-219. Alguns autores explicam que o princípio poderia ser entendido tanto em sua vertente ativa, quando se tem em vista a nacionalidade do agente infrator, como em sua vertente passiva, quando se considera a nacionalidade da vítima (nesse sentido, por exemplo: IRELAND-PIPER, Danielle. "Extraterritorial criminal jurisdiction: does the long arm of the Law undermine the rule of law?" In: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, 2012, pp. 122-157).

[226] *Apud* CANTARELLI, Margarida. *Direito Penal Internacional e a Aplicação da Lei Penal no Espaço*. In: Caderno de Relações Internacionais, vol. 7, nº 12, jan-jul. 2016, pp. 107-141.

[227] Alguns doutrinadores chegam a referir que se estaria diante de autêntica "gestão de negócios", na medida em que o Estado atuaria em nome de outro. Nesse sentido: BRUNO, Aníbal, cit., p. 231.

[228] Buscar-se-ia com essa regra, segundo Heleno Cláudio Fragoso, suprir deficiências das anteriores, autorizando o Estado a tutelar seu próprio interesse em situações ocorridas no exterior envolvendo nacionais de outros países (*Lições de Direito Penal: a nova parte geral.* 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 113).

Por esse princípio, como ensina Juan Del Rosal, a ação delitiva que lesiona determinados interesses ficará submetida à legislação, jurisdição e nacionalidade do bem jurídico infringido.[229]

Ganha importância esse critério na medida em que buscam os Estados se acautelar contra crimes praticados no exterior contra interesses que lhes sejam vitais.[230] Assim, por exemplo, caso se atente contra a vida do Presidente da República em país estrangeiro, aplicar-se-á a lei do país do Presidente para julgar a controvérsia por força do princípio de defesa, reafirmando-se a importância do bem jurídico conforme os valores vigentes no Estado ofendido.

1.4 PRINCÍPIO DE JUSTIÇA UNIVERSAL

Surge mais recentemente, por fim, o princípio de justiça universal, que confere ao Estado autorização para aplicar sua lei a crimes considerados especialmente graves pela comunidade internacional, dispensando-se a existência de vínculos de territorialidade, nacionalidade ou titularidade do bem jurídico afetado.

Existe por trás desse critério um ideal de cooperação internacional na luta contra a criminalidade, atribuindo-se a cada Estado a missão de agir como órgão de uma justiça penal universal.[231] Segundo o princípio de justiça universal, "o Estado se reserva o direito de perseguir fatos cometidos por seus nacionais ou mesmo por estrangeiros, ainda que fora do seu território, 'quando lesionam determinados bens jurídicos reconhecidos por toda a comunidade internacional e em cuja proteção esteja a comunidade interessada'".[232] É o que ocorreria, por exemplo, em crimes de tráfico internacional de entorpecentes ou, mais

---

[229] *Tratado de Derecho Penal Español*. Parte General, Vol. I. 2ª edición revisada y corregida por Manuel Cobo. Madrid, 1967, p. 373.
[230] HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, Volume I, Tomo I, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 156.
[231] BRUNO, Aníbal, cit., p. 219.
[232] ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. "A vigência da lei penal no espaço: efeitos da globalização". In: SARTORI, Ivan Ricardo Garisio (org.). *Estudos de direito penal: aspectos práticos e polêmicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36.

concretamente, o que de fato ocorreu no julgamento do General Augusto Pinochet Ugarte, na Espanha, por crimes contra a humanidade praticados no Chile durante a ditadura.[233]

Em sua origem, explica Manuel Jaén Vallejo que apenas se admitia a aplicação do princípio de justiça universal em casos nos quais não houvesse qualquer jurisdição sobre a prática lesiva, como incidentes havidos em alto-mar, do que de outro modo resultaria a impunidade do infrator.[234]

A partir da Segunda Guerra Mundial, no entanto, passaram os Estados a se conscientizar politicamente de sua interdependência e da necessidade de cooperação internacional para combater infrações complexas praticadas simultaneamente em mais de um país, adotando o princípio de justiça universal como resposta às demandas repressivas que surgiram desse contexto.[235]

Nenhum desses princípios resolve, por sua estreiteza ou demasiada extensão, o problema da dimensão espacial da lei penal. Por esse motivo é que se instituiu, em muitas legislações, um sistema complexo em que ora predomina o princípio da territorialidade ora o da personalidade, com aplicação complementar dos demais critérios para evitar situações de impunidade.[236]

---

[233] O General Augusto Pinochet foi preso em Londres em 1998 por ordem da justiça espanhola, que exerceu sua jurisdição com base no princípio de justiça universal. Juan E. Méndez e Javier Mariezcurrena defendem a aplicação do princípio universal em casos como o do ditador chileno porque, em situações de terror e domínio sobre o sistema judicial interno, Estados estrangeiros possuiriam maior independência para julgar os responsáveis por infrações cometidas nesse contexto ("Sistema interamericano, impunidad y jurisdicción universal: el caso Pinochet". In: *Más derecho?*: Revista de ciencias jurídicas, Buenos Aires, n.º 1, 2000, p. 379).

[234] "En realidad, en sus orígenes, este principio sólo se admitía en relación a delitos cometidos en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado, como los daños a cables submarinos o los actos de piratería cometidos en alta mar. Así, por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia, en el caso 'Lotus' (1927) dijo que 'a la vista de que es en el alta mar donde se cometió el hecho ilícito y que sobre este espacio ninguna nación posee el derecho ni el deber de vigilancia, se niega (al pirata) la protección del pabellón... y se trata como a un bandido, como a un enemigo de toda la humanidad — *hostis humani generis* — a quien cualquier nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar" (*Aplicación extraterritorial del derecho penal: ¿principio de universalidad?* 1ª edição, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, p. 23).

[235] O jurista português Américo A. Taipa de Carvalho acrescenta aos fatores que intensificaram essa interdependência os fenômenos imigratórios e também o turismo, os quais "determinaram uma grande mobilidade interestadual das pessoas, passando cada pessoa a ser, ou poder ser, cidadão de dois mundos: cidadão do seu Estado e cidadão do mundo" ("A eficácia espacial da lei penal". In: CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais, teoria geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 210).

[236] BRUNO, Aníbal, cit., p. 220.

2. POSIÇÃO ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Previa o Código Penal de 1890 a aplicação da lei brasileira a todos aqueles que em território nacional viessem a praticar crime, independentemente de sua nacionalidade, incidindo essa regra também em casos de brasileiros ou estrangeiros que regressassem ao Brasil após cometerem infrações no exterior, desde que por lá não fossem punidos.[237]

O Código Penal de 1940 manteve, tanto em sua redação original como após a reforma promovida pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, a preponderância conferida ao critério da territorialidade, ressalvadas exceções constantes de convenções, tratados e regras de direito internacional e admitida a utilização subsidiária de outros critérios se constatadas determinadas condições.[238]

Além disso, a LINDB dispõe que, salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo o país 45 dias depois de oficialmente publicada, dobrando esse prazo nos Estados estrangeiros em que a obrigatoriedade da lei brasileira seja admitida, o que pressupõe sua incidência também no exterior.[239]

A aplicação do princípio de territorialidade exige que se defina, inicialmente, o conceito de território para fins penais e, sobretudo, que se fixem parâmetros para aferir o lugar do crime no Brasil.

---

[237] Segundo seu artigo 4º, "A lei penal é applicavel a todos os individuos, sem distincção de nacionalidade, que, em territorio brazileiro, praticarem factos criminosos e puniveis". O artigo 5º, por sua vez, determinava ser "também applicavel a lei penal ao nacional ou estrangeiro que regressar ao Brazil, expontaneamente ou por extradicção, tendo commetido fóra do paiz os crimes previstos nos capitulos I e II do titulo I, livro II capitulos I e II do titulo VI; os de homicidio e roubo em fronteiras e não tendo sido punido no logar onde delinquiu". Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 11 jan. 2015.

[238] Na redação original do Código: "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado". Com a reforma de 1984, desmembrou-se o dispositivo em dois artigos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[239] "Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. § 1º Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada. (...)". Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

2.1 DEFINIÇÃO DE TERRITÓRIO PARA FINS PENAIS

Explica José Afonso da Silva que "território" é o limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo seu poder de império sobre bens e pessoas, isto é, o espaço sobre o qual exerce sua soberania.[240] O Código Penal brasileiro não definiu, no entanto, o que se deveria entender por território, deixando a matéria ao encargo de outras áreas do direito.[241]

Na doutrina do direito internacional público se ensina que território, originalmente, seria composto por dois elementos, domínio terrestre e domínio marítimo.[242] Já no século XX, com o desenvolvimento da aviação, passou-se a incluir também o domínio aéreo.[243] Esses elementos serão estudados separadamente nos itens seguintes para que se compreenda o alcance de cada um.

2.1.1 DOMÍNIO TERRESTRE

"Domínio terrestre", inicialmente, compreende tanto o solo como o subsolo da parte da superfície do globo circunscrita pelas fronteiras de um país, além de ilhas que eventualmente lhe pertençam. Essa extensão é determinada por limites fixados historicamente entre Estados, podendo ser naturais, quando decorrentes de características geográficas do ambiente, ou artificiais, quando inexistente linha física ou acidente natural.[244]

---

[240] *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 98.

[241] Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 explicou-se que a definição do chamado "território fictício" dependeria de acordos entre o Brasil e outras nações ou deveria ser deixada para as normas do direito internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[242] Seria possível falar ainda em domínio fluvial, constituído por rios e cursos d'água que dentro de seus limites cortem determinado território. Rios nacionais ficariam, evidentemente, submetidos à soberania do Estado dentro do qual se localizassem. Rios internacionais, quando contíguos, ficariam submetidos à soberania de cada Estado até a linha divisória, enquanto nos rios sucessivos os Estados exerceriam sua soberania sobre a parte do curso compreendida em seu território (ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público.* 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 553-564).

[243] Ibidem, pp. 516-517.

[244] Ibidem, pp. 548-549.

A definição do domínio terrestre de um país abrange os territórios em que localizadas embaixadas de outros países, embora se reconheçam em favor delas certas inviolabilidades, previstas em disposições às quais o Brasil aderiu na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.[245] Além disso, tanto o agente diplomático como seus familiares gozam de imunidade penal.[246] É esse um exemplo típico de exclusão da regra de territorialidade por convenção de direito internacional.[247]

2.1.2 DOMÍNIO MARÍTIMO

"Domínio marítimo", por sua vez, abrange as chamadas águas interiores, o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental, disciplinando-se tais elementos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, inicialmente introduzida no direito brasileiro pelo Decreto n.º 99.165, de 12 de março de 1990 ("Convenção de Montego Bay"),[248] e também na Lei n.º 8.617, de 4 de janeiro de 1993.

---

[245] As regras da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, foram incorporadas ao direito brasileiro por via do Decreto n.º 56.435, de 8 de junho de 1965. Conforme dispõe seu artigo 22.1: "os locais da Missão são invioláveis. (...)", neles se compreendendo, conforme definição do artigo 1º, "f", "os edifícios, ou parte dos edifícios, e terrenos anexos, seja quem fôr o seu proprietário, utilizados para as finalidades da Missão inclusive a residência do Chefe da Missão". Reconhece-se igual prerrogativa à residência particular do agente diplomático (artigo 30). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[246] Essas regras se encontram nos artigos 31.1 e 37.2 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas: "O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. (...)" e "Os membros do pessoal administrativo e técnico da missão, assim como os membros de suas famílias que com êles vivam, desde que não sejam nacionais do estado acreditado nem nêle tenham residência permanente, gozarão dos privilégios e imunidades mencionados nos artigos 29 a 35 com ressalva de que a imunidade de jurisdição civil e administrativa do estado acreditado, mencionado no parágrafo 1 do artigo 31, não se estenderá aos atos por êles praticados fora do exército de suas funções; gozarão também dos privilégios mencionados no parágrafo 1 do artigo 36, no que respeita aos objetos importados para a primeira instalação". Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[247] Diz o artigo 5º do Código Penal, como já se referiu, "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[248] O Decreto n.º 99.165/90 foi revogado pelo Decreto n.º 99.263, de 24 de maio de 1990 em virtude de não se encontrar a Convenção de Montego Bay ainda em vigor internacionalmente e porque o decreto anterior abria lacunas legislativas com relação aos espaços marítimos brasileiros. Também o Decreto n.º 99.263/90 foi revogado, dessa vez pelo Decreto de 5 de setembro de 1991. A vigência da Convenção de Montego Bay, com isso, foi apenas formalizada pelo Decreto n.º 1.530, de 22 de junho de 1995, que declarava sua entrada em vigor em novembro de 1994.

Águas e mares interiores são águas situadas aquém da chamada linha-base do mar territorial, essencialmente a linha da costa, compreendendo lagos e mesmo baías de entrada restrita.[249] Nesses limites, a soberania do Estado é plena, inclusive em matéria penal.

Mar territorial é uma faixa de mar que se estende por até 12 milhas marítimas da linha de baixa-mar ao longo da costa,[250] exercendo o Estado sobre essa área sua soberania com algumas limitações fixadas pelo direito internacional, como o direito de passagem inocente assegurado pelo artigo 17 da Convenção de Montego Bay.[251]

Do ponto de vista penal, cabe ao Estado exercer sua soberania sobre o mar territorial, aplicando-se a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de embarcações nacionais ou estrangeiras de propriedade privada que se encontrem ancoradas ou de passagem.[252] Embarcações públicas, por sua vez, ficam submetidas à jurisdição de seus respectivos Estados.[253]

Convém esclarecer, no entanto, que, por força do artigo 27 da Convenção de Montego Bay, "a jurisdição penal do Estado costeiro não será exercida a bordo de navio estrangeiro que passe pelo mar territorial com o fim de deter qualquer pessoa ou de realizar

---

[249] ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba, cit., pp. 565-567. Na definição do artigo 10.2 da Convenção de Montego Bay "uma baía é uma reentrância bem marcada, cuja penetração em terra, em relação à largura da sua entrada, é tal que contém águas cercadas pela costa e constitui mais do que uma simples inflexão da costa. Contudo, uma reentrância não será considerada como uma baía, se a sua superfície não for igual ou superior à de um semicírculo que tenha por diâmetro a linha traçada através da entrada da referida reentrância", fixando-se limite de 24 milhas para largura da entrada.

[250] Conforme artigo 3º da Convenção de Montego Bay, "Todo Estado tem o direito de fixar a largura do seu mar territorial até um limite que não ultrapasse 12 milhas marítimas, medidas a partir de linhas de base determinadas de conformidade com a presente Convenção", determinando-se a linha de base, nos termos do artigo 5º, como "linha de baixa-mar ao longo da costa, tal como indicada nas cartas marítimas de grande escala, reconhecidas oficialmente pelo Estado costeiro." Essa também é a definição do artigo 1º da Lei n.º 8.617/93. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[251] "Salvo disposição em contrário da presente Convenção, os navios de qualquer Estado, costeiro ou sem litoral, gozarão do direito de passagem inocente pelo mar territorial." Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[252] Na redação do artigo 5º, § 2º, do Código Penal, "É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[253] Como ensinam Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella, cit., p. 611, "no que concerne aos *navios de guerra*, considera-se que eles estão como que identificados com a personalidade do estado, são órgãos do poder público e, por isso, se acham investidos das prerrogativas da soberania; ao passo que os navios privados são meros bens móveis, que, em país estrangeiro, gozam apenas da assistência e proteção devidas pelos estados aos seus nacionais".

qualquer investigação, com relação à infração criminal cometida a bordo desse navio durante a sua passagem", salvo (i) se a infração criminal produzir consequências para o Estado costeiro, (ii) se perturbar a paz do país ou a ordem no mar territorial, (iii) se a assistência das autoridades locais for solicitada pelo capitão do navio ou pelo representante diplomático ou funcionário consular do Estado de bandeira ou (iv) se essas medidas forem necessárias para a repressão do tráfico ilícito de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas. Trata-se de dispositivo de alcance limitado, pois exclui da territorialidade apenas os crimes cometidos durante perseguição a crime anterior ocorrido fora do mar territorial.

Embora muitas discussões tenham permeado a jurisprudência com relação à posição hierárquica de tratados internacionais, já é, há algum tempo, pacífico que possuem paridade normativa com leis ordinárias,[254] salvo em casos de convenções que tratem de direitos humanos, as quais possuem equivalência a emendas constitucionais sempre que aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.[255] Eventuais reservas impostas pela Convenção de Montego Bay, portanto, serão plenamente aplicáveis na medida em que se encontrem em conformidade com o texto constitucional.

Zona contígua, por sua vez, é aquela que se estende por até 24 milhas do limite contado para definir o mar territorial, região na qual, excetuada a parte que constituir mar territorial, o Estado não exerce propriamente sua soberania, mas fica autorizado a tomar

---

[254] Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal no pedido de extradição n.º 662, do Peru, julgado pelo Tribunal Pleno em 28.11.96: "(...) Tratados e convenções internacionais - tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) - guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. (...)."

[255] Conforme artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016. Acerca do tema, André de Carvalho Ramos esclarece que se consagrou "no STF a *teoria do duplo* estatuto dos tratados de direitos humanos: *supralegal* para os que não foram aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004 e *constitucional* para os aprovados de acordo com o rito especial" (*Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional.* 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 269-270). Até o presente momento foram aprovados sob o rito mencionado (i) a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e (ii) seu Protocolo Facultativo, ambos internalizados pelo Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009.

medidas de fiscalização necessárias para evitar infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários em seu território ou mar territorial e reprimir as infrações às leis e regulamentos ocorridas nesses locais.[256] Essas medidas para repressão de infrações e leis, em nosso entender, significam também uma continuação da jurisdição penal nesse espaço, em tudo equiparado ao território do Estado.

Na zona econômica exclusiva, situada além do mar territorial e da zona contígua e a eles subjacente,[257] o Estado costeiro, tal como ocorre na zona contígua, também não exerce plenamente sua soberania, mas possui direitos de exploração e aproveitamento, conservação e gestão de recursos naturais das águas sobrejacentes ao leito do mar, do próprio leito do mar e de seu subsolo. Tem ainda direito ao exercício de outras atividades com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos.[258]

Possui também jurisdição restrita para colocar e utilizar ilhas artificiais, instalações e estrutura, bem como para investigação científica marinha e proteção e preservação do meio marinho, devendo, tanto no exercício de seus direitos como no cumprimento de seus deveres, levar em conta os direitos e deveres de outros Estados.[259]

Há discussões com relação à soberania do Estado na parte da zona econômica exclusiva que transcende o mar territorial, uma vez que a Lei n.º 8.617/93, em vez de reproduzir *ipsis litteris* as previsões da Convenção de Montego Bay,[260] reconheceu ao

---

[256] Regulamenta o artigo 33 da Convenção de Montego Bay, nesse sentido: "1. Numa zona contígua ao seu mar territorial, denominada zona contígua, o Estado costeiro pode tomar as medidas de fiscalização necessárias a: a) evitar as infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários no seu território ou no seu mar territorial; b) reprimir as infrações às leis e regulamentos no seu território ou no seu mar territorial. 2. A zona contígua não pode estender-se além de 24 milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial." Também nesse sentido os artigos 4º e 5º da Lei n.º 8.617/93.

[257] Nos termos do artigo 57 da Convenção de Montego Bay, "a zona econômica exclusiva não se estenderá além de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial." Regulamentação análoga se encontra nos artigos 6º a 10 da Lei n.º 8.617/93. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[258] É o que se encontra previsto no artigo 56.1, "a", da Convenção de Montego Bay. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[259] Conforme artigo 58 da Convenção de Montego Bay. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[260] Dispõe o artigo 56 da Convenção de Montego Bay que "na zona econômica exclusiva, o Estado costeiro tem: a) direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo e no que se refere a outras actividades com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins económicos,

Brasil, no exercício de sua jurisdição, "direito exclusivo de *regulamentar* a investigação científica marinha, a proteção e preservação do meio marítimo, bem como a construção, operação e uso de todos os tipos de ilhas artificiais, instalações e estruturas".

Embora a Lei n.º 8.617/93 pareça restringir a jurisdição reconhecida ao Brasil no que se refere à zona econômica exclusiva, conferindo-lhe apenas direitos de regulamentação, seus dispositivos não poderão prevalecer sobre os da Convenção de Montego Bay, cuja entrada em vigor ocorreu quase dois anos após a publicação do primeiro diploma legal.[261]

Caberia ao Brasil, portanto, editar normas de proteção e preservação atinentes ao meio marítimo, devendo os demais Estados se orientar conforme as disposições brasileiras na área de zona econômica exclusiva.[262]

Compreende a plataforma continental, por fim, o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do mar territorial do Estado costeiro, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial.[263]

Nessa área, poderá o Estado costeiro exercer direitos de soberania apenas para efeitos de exploração e aproveitamento de seus recursos naturais.[264]

---

como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos; b) jurisdição, de conformidade com as disposições pertinentes da presente Convenção, no que se refere a: i) colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas; ii) investigação cientifica marinha; iii) proteção e preservação do meio marinho (...)". Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[261] Conforme artigo 1º do Decreto n.º 1.530/95, entrou em vigor no Brasil a Convenção de Montego Bay apenas em novembro de 1994, ao passo que a Lei n.º 8.617 já havia sido publicada em janeiro de 1993. Como dispõe o artigo 2º, § 1º, da LINDB, Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942,"lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[262] Em sentido contrário, Mohamed Ale Hasan Mahmoud entende haver distinção entre direitos de soberania, vinculados exclusivamente à exploração econômica dessa área, e direitos de jurisdição, necessariamente dependentes de leis editadas pela comunidade internacional (*Direito Penal Marítimo: zona econômica exclusiva, soberania e extraterritorialidade.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 43-52).

[263] Definição adotada pelo artigo 76 da Convenção de Montego Bay, bem como pelo artigo 11 da Lei n.º 8.617/93.

[264] Nesse sentido, confira-se a redação do artigo 77 da Convenção de Montego Bay: "1. O Estado costeiro exerce direitos de soberania sobre a plataforma continental para efeitos de exploração e aproveitamento dos

Como mostram as normas acima, o mar territorial e a zona contígua configuram território brasileiro para efeitos penais irrestritos. A partir de tal limite, na chamada zona econômica exclusiva e na plataforma continental, haveria espaço apenas para a proteção de recursos naturais, o que justificaria a apropriação de tais áreas como território apenas para efeito de aplicação de algumas normas penais: as atinentes à proteção do meio ambiente, hoje contidas na Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

2.1.3 DOMÍNIO AÉREO

Por fim, com relação ao "domínio aéreo", cuja regulamentação se mostra mais recente, entende-se, hoje, que compete a cada Estado o exercício de soberania exclusiva e absoluta sobre o espaço aéreo localizado sobre o domínio terrestre e parte do domínio marítimo, conforme disposto na Convenção sobre Aviação Civil Internacional introduzida no direito brasileiro por via do Decreto n.º 21.713, de 27 de agosto de 1946 ("Convenção de Chicago").

Essa soberania alcança até o espaço aéreo sobrejacente ao mar territorial, conforme artigo 2.2 da Convenção de Montego Bay e artigo 2º da Lei n.º 8.617/93, mas se aplica apenas a aeronaves privadas.[265] Aeronaves públicas brasileiras ou que se encontrem a serviço do governo são consideradas extensão do território nacional onde quer que se encontrem.[266]

---

seus recursos naturais. 2. Os direitos a que se refere o parágrafo 1º, são exclusivos no sentido de que, se o Estado costeiro não explora a plataforma continental ou não aproveita os recursos naturais da mesma, ninguém pode empreender estas atividades sem o expresso consentimento desse Estado. 3. Os direitos do Estado costeiro sobre a plataforma continental são independentes da sua ocupação, real ou fictícia, ou de qualquer declaração expressa. 4. Os recursos naturais a que se referem as disposições da presente Parte, são os recursos minerais e outros recursos não vivos do leito do mar e subsolo bem como os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias, isto é, aquelas que no período de captura estão imóveis no leito do mar ou no seu subsolo ou só podem mover-se em constante contato físico com esse leito ou subsolo." Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[265] Complementarmente, a Convenção de Chicago prevê que "os Estados contratantes reconhecem ter cada Estado a soberania exclusiva e absoluta sôbre o espaço aéreo sôbre seu território" (artigo 1º), considerando-se "como território de um Estado, a extensão terrestre e as águas territoriais adjacentes, sob a soberania, jurisdição, proteção ou mandato do citado Estado" (artigo 2º). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21713.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[266] Dispõe o Código Penal que "para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada,

2.2 DETERMINAÇÃO DO LUGAR DO CRIME

Definido o que se deve entender por "território", cabe ainda saber quando se deverá considerar nele praticado o fato punível. Três teorias surgem na doutrina com esse fim: (i) a teoria da atividade; (ii) a teoria do resultado; e (iii) a teoria da ubiquidade.[267]

2.2.1 TEORIA DA ATIVIDADE

Pela "teoria da atividade" se entende que "local do crime" é aquele em que realizada atividade voluntária, ou seja, "onde se praticou o movimento do agente dirigido ao resultado de dano ou perigo",[268] sem referências, por exemplo, à localização do bem jurídico eventualmente ameaçado ou lesionado. Praticada a ação ou realizada a omissão em determinado território, nada importaria que a lesão se verificasse em outro para fins de definição do lugar do crime.

2.2.2 TEORIA DO RESULTADO

A "teoria do resultado" inverte a lógica da teoria da atividade para entender como determinante o lugar de ameaça ou lesão ao bem jurídico, deixando de considerar o território em que praticada a ação.

---

que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar", sendo "também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil" (artigo 5º, §§ 1º e 2º). E conforme ressalva a Convenção de Chicago, suas regras se aplicam "unicamente a aeronaves civis, e não a aeronaves de propriedades do Govêrno" (artigo 3º, "a"). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[267] Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso descrevem sete, admitindo variações das que serão descritas na sequência: teoria da intenção, teoria do efeito, teoria da atividade ou ação, teoria do efeito intermédio ou do efeito mais próximo, teoria da longa mão ou da ação à distância, teoria limitada da ubiquidade e teoria pura da ubiquidade (cit., pp. 158-164).

[268] BRUNO, Aníbal, cit., p. 225.

Pela teoria do resultado, segundo Delmanto *et alii*, “lugar do crime é aquele em que ocorreu o evento ou o resultado, isto é, onde o crime de consumou”.[269]

Além de excluírem mutuamente situações nas quais poderia surgir para o Estado interesse legítimo na aplicação de sua lei, tanto a teoria da atividade como a teoria do resultado possuem o inconveniente de provocar conflitos negativos de jurisdição. Caso típico seria a adoção da teoria do resultado no local em que praticada a ação e a teoria da atividade naquele em que ocorrido o resultado, de modo a tornar inaplicáveis as leis de um Estado ou de outro à conduta que demanda intervenção penal.[270]

2.2.3 TEORIA DA UBIQUIDADE

A terceira teoria, denominada “teoria da ubiquidade”, busca resolver esses problemas e propõe uma combinação das hipóteses anteriores, entendendo como lugar do crime tanto aquele em que praticada a conduta como aquele em que ocorrido o resultado. Foi essa a teoria que adotou o legislador brasileiro.

Conforme atual redação do artigo 6º do Código Penal brasileiro, “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”.[271]

A cláusula “ou deveria produzir-se o resultado” tem por objetivo, como constou da Exposição de Motivos do Código Penal em 1940, incluir a tentativa, adotando critério objetivo que independe da intenção do agente no sentido de produzir o resultado em determinado lugar.[272] Assim, ainda que um homicídio não consumado se inicie no exterior e a vítima, chegando ao Brasil, venha a ser socorrida e, por circunstâncias alheias à

---

[269] DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio M. de, cit., p. 124.

[270] Crítica trazida por Heleno Cláudio Fragoso, cit., 1985, p. 120.

[271] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[272] Segundo Heleno Cláudio Fragoso, cit., 1985, p. 121, “não se considera aqui a *intenção* do agente (isto é, lugar do crime não é aquele em que o agente pretendia fosse o crime consumado), ao contrário do que dispõem alguns códigos, mas aquele lugar em que o crime se teria consumado, não fosse a ocorrência de fatores alheios à vontade do agente”.

vontade do infrator, sobreviva, haverá jurisdição brasileira fixada pelo lugar em que o crime se consumaria.

Não se incluem na abrangência da norma, porém, atos preparatórios ou efeitos posteriores que não pertençam ao tipo penal.[273] Uma simples cogitação do crime em território nacional, desse modo, não seria suficiente para atrair jurisdição brasileira.

Quanto ao "resultado" em si, que deveria produzir-se no Brasil, Galdino Siqueira entende que deve ser lido como aquele de que faz a lei depender a existência do crime, visto sempre como um todo indivisível.[274]

Todo crime possui como elemento constitutivo um resultado, que pode se realizar de forma naturalística, como a morte no homicídio, ou de forma jurídica, como lesão a algum interesse penalmente tutelado.[275]

Antes da conduta, como explicam José Henrique Pierangeli e Eugenio Raúl Zaffaroni, "as coisas estavam em um estado diferente daquele em que se encontravam depois da conduta."[276]

Para fins de incidência da lei penal brasileira, o "resultado" causado pela ação ou omissão deverá ser lido tanto em sua vertente naturalística, nos crimes em que essa alteração do mundo exterior exista, como também do ponto de vista jurídico, quando a "lesão" causada não se materializar no mundo exterior mas puder ser detectada com base no interesse protegido pelo tipo praticado.[277]

Embora com a teoria da ubiquidade se atendam de forma mais satisfatória os interesses de defesa dos diversos Estados eventualmente afetados pela prática de crimes,

---

[273] Nesse sentido, por exemplo, COSTA E SILVA, A. J. da, *Código Penal*, São Paulo, 1943, p. 34. Igualmente: MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal.* Volume I. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 251.

[274] Cit., p. 191.

[275] Nesse sentido: Juan Del Rosal, cit., pp. 629-630.

[276] *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 472.

[277] O crime de ameaça, por exemplo, tipificado pelo artigo 147 do Código Penal pela conduta de "ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave", não precisa produzir nenhum resultado no mundo exterior para violar o bem jurídico "liberdade pessoal", que constituirá seu resultado do ponto de vista jurídico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

também ela possui seus inconvenientes ao ampliar as hipóteses de territorialidade, abrindo espaço para conflitos positivos de jurisdição. Basta pensar, por exemplo, que o país em que se inicie um crime eventualmente consumado no Brasil poderá também entender que é o caso de aplicar sua própria lei, criando o risco de coexistirem processos pelos mesmos fatos em diferentes países.[278]

Américo A. Taipa de Carvalho responde a essa objeção explicando que o importante seria assegurar a punição do infrator, mostrando-se, portanto, secundário que mais de um Estado afirmasse sua competência para julgar o delito.[279] A iniquidade que decorreria de eventual duplicidade de julgamentos, além disso, ficaria mitigada pelo Código Penal brasileiro ao prever compensação de penas na fase de execução. Como dispõe o artigo 8º do Código Penal, de fato, "a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas".

Não havendo, no entanto, regra semelhante em outros ordenamentos, problemas poderiam surgir se a pena cumprida no Brasil por determinado crime viesse a ser cobrada em outro país. Por se tratar de tema que ultrapassa os propósitos desta dissertação, a questão dos conflitos de jurisdição não será estudada, bastando, por ora, que se conheça a sistemática adotada pelo Brasil em termos de lei penal no espaço.

3. EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

Embora o Código Penal brasileiro tenha adotado, como regra, o princípio da territorialidade, reproduzindo teoria que permite ampla definição de "lugar do crime", admite em seu artigo 7º algumas exceções.

---

[278] Esse aspecto tem se tornado mais comum à medida que se ampliam as hipóteses de jurisdição no contexto da criminalidade internacional. O recente acordo firmado pela construtora Odebrecht nos Estados Unidos exemplifica essa dinâmica. Nesse sentido: *Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least $3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History*. 21 Dec. 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>. Acesso em: 27 dez. 2016.

[279] Cit., p. 213.

O legislador não determinou que, nessas exceções, fosse utilizado o direito estrangeiro, como ocorre, por exemplo, na LINDB ao tratar da disciplina jurídica de bens imóveis ou no direito das obrigações.[280] A opção legislativa foi apenas permitir a incidência da lei brasileira sobre crimes praticados no exterior, que não seriam, pela regra geral, regidos por ela.

As hipóteses de exceção, por aplicação de regras de direito internacional, deverão sempre guardar algum vínculo significativo com o Brasil,[281] dividindo-se em (i) extraterritorialidade incondicionada e (ii) extraterritorialidade condicionada.

3.1 A EXTRATERRITORIALIDADE INCONDICIONADA

Segundo a lei brasileira, ficarão a ela sujeitos, ainda que cometidos no exterior, crimes praticados (i) "contra a vida ou a liberdade do Presidente da República"; (ii) "contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público"; e (iii) "contra a administração pública, por quem está a seu serviço" (artigo 7º, inciso I).[282]

Essa primeira previsão busca tornar efetivo o princípio de defesa, tutelando interesses vitais do Estado que venham a ser ofendidos fora de seu território.

Assim, se o Presidente brasileiro vier a ser vítima de um ataque no exterior, por exemplo, ou se a Petrobras, que é sociedade de economia mista, sofrer algum golpe fora do Brasil, deverá a lei nacional ser aplicada para garantir a proteção de interesses aos quais o legislador dispensou tratamento especial. O fundamento é que não se poderia delegar a

---

[280] Artigos 8º e 9º da LINDB, respectivamente. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[281] JESCHECK, Hans-Heinrich. "O objeto do direito penal internacional e sua mais recente evolução". In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 6, abr./jun. 1972, p. 8.

[282] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

outros Estados a proteção de determinados bens jurídicos, embora inexista consenso acerca dos interesses que deveriam assim ser definidos.[283]

Prevê ainda o mesmo artigo do Código Penal que se submeterão à lei brasileira crimes "de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil",[284] em relação a um tipo específico que passou a receber tutela penal após a Segunda Guerra Mundial.[285]

Em todos esses casos, o agente poderá ser punido segundo a lei brasileira ainda que absolvido ou condenado no exterior e independentemente de qualquer condição, classificando-se essas primeiras hipóteses de aplicação da lei penal no exterior, por essa razão, como casos de "extraterritorialidade incondicionada".

A Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997, também traz hipótese de extraterritorialidade — a nosso ver incondicionada — ao prever que em crimes de tortura devem ser aplicados seus dispositivos ainda que o crime não tenha sido cometido em território nacional, desde que seja a vítima brasileira ou se encontre o agente em local sob jurisdição nacional.[286]

3.2 A EXTRATERRITORIALIDADE CONDICIONADA

No inciso seguinte do artigo 7º, o legislador incluiu entre os crimes praticados no exterior que deveriam se sujeitar à lei brasileira aqueles que (i) "por tratado ou convenção,

---

[283] SCHUTTE, Julian J. E.. "O direito público e a competência territorial em matéria penal". In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 3, n.º 1, jan./mar. 1993, pp. 24-25.

[284] A previsão legal é tachada de meramente retórica por Fauzi Hassan Choukr em análise comparada de legislações realizada na França ("Droit brésilien". In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Jurisdictions nationales et crimes internationaux*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002, pp. 333-343).

[285] O crime de genocídio é definido pelo artigo 1º da Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956: "Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo; Será punido (...)". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L2889.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[286] É o que dispõe seu artigo 2º: "o disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira." Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

o Brasil se obrigou a reprimir"; (ii) "praticados por brasileiro"; e também aqueles (iii) "praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados".[287]

A primeira hipótese reproduz o que se entende pelo princípio de justiça universal, autorizando o uso da lei brasileira em todos os casos que tratem de infrações que tenham sido objeto de ajuste internacional de que seja parte o Brasil, como ocorre, por exemplo, no caso da corrupção, do crime organizado e da lavagem de dinheiro.[288]

A segunda hipótese oficializa a utilização do princípio da personalidade, em sua vertente ativa, permitindo a aplicação da lei brasileira a nacionais que pratiquem infrações no exterior, embora a regra não se estenda àqueles que venham a ser vítimas de crimes fora do país.[289]

A terceira hipótese, finalmente, é por vezes classificada pela doutrina como exemplo de utilização do "princípio de pavilhão ou bandeira", que nada mais representa que uma extensão do conceito de território para embarcações ou aeronaves particulares em situação específica de não aplicação do direito penal pelo país que originariamente teria jurisdição.

Essas hipóteses constituem o que se consideram casos de "extraterritorialidade condicionada", porque a incidência da lei penal brasileira depende do concurso de determinadas circunstâncias, previstas no artigo 7º, § 2º, do Código Penal.[290] Essas circunstâncias serão vistas no item seguinte.

---

[287] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[288] Esses crimes foram objeto, por exemplo, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006) e da Convenção de Palermo (Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004).

[289] Poderá incidir a lei brasileira sobre crimes cometidos por estrangeiros contra brasileiros fora do Brasil se, reunidas as condições que serão especificadas no Item 3.2.1 deste Título ("Condições para aplicação extraterritorial da lei penal brasileira"), não houver pedido de extradição ou for ele negado e houver requisição do Ministro da Justiça (artigo 7º, § 3º, do Código Penal). Adota-se, nessa hipótese, o princípio da personalidade em sua vertente passiva, autorizando-se o Estado brasileiro a processar o infrator ainda que não formule pedido de extradição.

[290] Mesmo a extraterritorialidade incondicionada do artigo 7º, inciso I do Código Penal depende de requisitos, por exemplo ser a vítima o Presidente da República ou haver dano ao patrimônio público. O termo "condicionada" refere-se, então, apenas à necessidade de verificação das circunstâncias adicionais previstas no artigo 7º, inciso II, § 2º, que em seguida serão analisadas.

3.2.1 CONDIÇÕES PARA APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEI PENAL BRASILEIRA

3.2.1.1 INGRESSO EM TERRITÓRIO NACIONAL

A primeira condição estabelecida pelo Código Penal é que o agente ingresse em território nacional para ser julgado, sem especificar em que momento isso deve ocorrer ou se precisa haver ânimo de permanecer no Brasil.

Como explica José Frederico Marques, também "não distingue a lei se a entrada foi extemporânea ou forçada, ou se resultou simplesmente da passagem do autor do crime pelo país",[291] como ocorreria no caso de estrangeiro que, buscando se dirigir a determinado Estado, sobrevoasse território incluído no domínio aéreo brasileiro.

Essa condição se justificaria, segundo Bert Swart,[292] tanto porque o Estado não possui interesse em processar crimes havidos fora de seu território a menos que o agente nele se refugie, como pela finalidade de evitar eventuais conflitos positivos de jurisdição.[293] O julgamento de cidadão residente no exterior por crime lá cometido não se explicaria, desse modo, caso não houvesse ingresso no Brasil e, portanto, interesse brasileiro em sua punição.

Todas essas justificativas sugerem que a lei brasileira apenas incida caso o infrator permaneça no Brasil, embora o dispositivo não faça, expressamente, essa restrição.

---

[291] Cit., p. 276.

[292] "La place des critères traditionnels de compétence dans la pursuit des crimes internationaux". In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille, *Jurisdictions nationales et crimes internationaux*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 582.

[293] Do ponto de vista processual, ainda que tenha o infrator em algum momento ingressado no Brasil, não poderá ser processado enquanto não houver sido oficialmente cientificado. Prevê o artigo 366 do Código de Processo Penal, nesse sentido, que "se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

3.2.1.2 SER O FATO PUNÍVEL TAMBÉM NO LOCAL EM QUE PRATICADO

Dispõe o Código Penal também que o fato a ser processado no Brasil seja punível no país em que praticado para que se possa falar em extraterritorialidade. O que se requer, segundo José Frederico Marques, "é a existência de um fato típico segundo a lei estrangeira",[294] motivo pelo qual essa condição é comumente referida como "dupla tipicidade" ou "dupla incriminação".[295]

Essa regra tem por objetivo contornar a irracionalidade que decorreria da eventual punição de conduta considerada lícita no local em que praticada. Basta pensar, por exemplo, no caso do cidadão brasileiro que se dirige à Holanda e por lá faz uso de substâncias psicotrópicas cujo uso é criminalizado no Brasil (embora não na Holanda), ou do muçulmano que, tendo contraído mais de um casamento no exterior, passe a aqui residir.

Sendo as condutas lícitas nos países em que praticadas, nenhum sentido faria tratá-las como crime em outro país.

3.2.1.3 SER O CRIME EXTRADITÁVEL

Estabelece também o Código Penal que o crime esteja incluído entre aqueles para os quais a lei brasileira autorize extradição, regulada pela Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980.

Prevê o artigo 76 desse diploma que "a extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade", vedando-se tal procedimento nas hipóteses previstas no artigo 77 da Lei n.º 6.815/80.[296] Isso exclui condutas apenadas com um ano de prisão ou menos,[297] crimes

---

[294] MARQUES, José Frederico, cit., p. 279.

[295] Nosso entendimento, como se verá na Parte II, Título II, Item 2.2, é que a "dupla incriminação" inclui não apenas a "dupla tipicidade" como a "dupla antijuridicidade" e a "dupla culpabilidade".

[296] Prevê o artigo 77 da Lei n.º 6.815/80: "Art. 77. Não se concederá a extradição quando: I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido; II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente; III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando; IV - a lei brasileira impuser

políticos e infrações pelas quais viesse o agente a responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção.[298]

A inclusão de regra que condiciona a incidência extraterritorial da lei brasileira à extraditabilidade em abstrato da infração sugere certa semelhança entre os institutos, que será explorada no título seguinte, quando se estudar a condição de dupla incriminação.

3.2.1.4 AUSÊNCIA DE ABSOLVIÇÃO, DE CUMPRIMENTO DE PENA NO EXTERIOR OU DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE POR OUTRAS RAZÕES

Dispõe o Código Penal, por fim, que, para fins de extraterritorialidade condicionada, o agente não poderá ter sido absolvido no exterior nem ter por lá cumprido sua pena, não podendo, igualmente, encontrar-se extinta sua punibilidade segundo a lei mais favorável.

Dessa condição transparece a natureza supletiva da jurisdição brasileira em crimes de extraterritorialidade condicionada; se não houver interesse jurídico por parte do Estado originariamente competente para processar o delito, também não poderá o Brasil processá-lo, mesmo que segundo suas leis o crime seja ainda punível. Nesses casos, entende a doutrina que a decisão estrangeira relativa ao julgamento ou reconhecimento de extinção

---

ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano; V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente; VII - o fato constituir crime político; e VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[297] Não especifica a Lei n.º 6.815/80 se essa pena deve ser mínima ou máxima.

[298] Não mencionamos, propositalmente, as condições impeditivas mencionadas nos incisos I, II, III, V e VI do artigo 77 da Lei n.º 6.815/80. A primeira, que veda extradição de brasileiros, porque sua aplicação tornaria impossível a responsabilização, no Brasil, de nacional em casos de crimes cometidos no exterior. Essa não é a intenção do legislador, que expressamente menciona a possibilidade de punição de brasileiros por crimes extraterritoriais no artigo 7º, inciso II, letra "b" do Código Penal. Os impedimentos dos incisos II e VI, por sua vez, não foram listados porque constituem, separadamente, também condições de extraterritorialidade (dupla incriminação e extinção de punibilidade, respectivamente). Os impeditivos dos incisos III e V, por fim, mostram-se redundantes se considerarmos o objeto regulado pelo artigo 7º do Código Penal.

de punibilidade não precisa ser homologada para surtir os efeitos previstos no artigo 7º, § 2º, do Código Penal.[299]

A jurisdição brasileira é vista como subsidiária à jurisdição estrangeira em casos de extradição quando há concurso entre as jurisdições brasileira e estrangeira e inexiste procedimento penal instaurado no Brasil.[300] Não adotou o legislador, contudo, regra expressa análoga no que se refere à extraterritorialidade em si.

4. A DIMENSÃO ESPACIAL DA LEI BRASILEIRA NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO

Os critérios que foram vistos nos capítulos anteriores mostram que a dimensão espacial da lei penal brasileira se estabelece, como regra, pelo vínculo com o território nacional, que pode decorrer tanto da prática do crime como da produção de seu resultado no Brasil, sendo irrelevantes a existência de atos preparatórios que indiquem planejamento da conduta em território nacional ou eventuais exaurimentos atípicos. Apenas o crime, conforme previsto em lei, poderá determinar o local de sua prática. Excepcionalmente, o Código Penal admite a incidência da lei brasileira sobre fatos ocorridos no exterior, hipóteses em que haverá o que o legislador classificou como "extraterritorialidade".

No caso da corrupção, isso traz algumas consequências, porque os tipos dos artigos 317, 333 e 337-B do Código Penal apenas incidirão diretamente sobre fatos alcançados pela lei brasileira em função de terem ocorrido em território nacional. Ou seja, o agente precisará "solicitar", "receber", "oferecer", "prometer" ou "pagar", no caso da corrupção

---

[299] Nesse sentido DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio M. de, cit., p. 103. O entendimento nos parece o mais correto, apesar de se exigir em regra homologação da sentença estrangeira para que gere efeitos em nosso ordenamento, conforme artigo 216-B do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, competente para executar tal ato nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "i" da Constituição Federal. Isso porque o Código Penal somente admite homologação em situações bastante específicas, descritas em seu artigo 9º, o que esvaziaria o conteúdo das condições do artigo 7º, § 2º, alíneas "d" e "e", se interpretação literal do artigo 216-B do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça fosse adotada.

[300] O Supremo Tribunal Federal vem reproduzindo, já há alguns anos, esse entendimento ao autorizar pedidos de extradição com base em interpretação a *contrario sensu* do artigo 77, inciso V, da Lei n.º 6.815/80 ("não se concederá a extradição quando: (...) V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido"). Nesse sentido: Extradição n.º 595/República Federal da Alemanha, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 10.12.93.

internacional, vantagem indevida no Brasil, ainda que apenas em parte, para que surja jurisdição pela regra geral. O mesmo precisará ocorrer com o ato de ofício vinculado a esses comportamentos, mesmo que em perspectiva, já que o resultado jurídico que integra o crime de corrupção — no caso, a ameaça ao bem jurídico "Administração Pública" — também define a territorialidade da infração.

A extraterritorialidade que permitiria estender a lei penal brasileira a fatos ocorridos no exterior ficará reservada para hipóteses específicas. Essas hipóteses são classificadas como "extraterritorialidade incondicionada", quando forem tutelados interesses vitais do Estado brasileiro, e "extraterritorialidade condicionada", quando estiver presente alguma das situações do artigo 7º, inciso II, do Código Penal.

Na extraterritorialidade incondicionada, a lei nacional incidirá como se o crime houvesse sido praticado no Brasil, o que, no caso da corrupção, seria possível na hipótese do artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva): o funcionário público brasileiro que se deixasse corromper no exterior praticaria crime contra a Administração Pública estando a seu serviço e ficaria, pois, sujeito à lei penal brasileira com base no artigo 7º, inciso I, alínea "c" do Código Penal.[301] A disciplina já não seria a mesma, entretanto, no caso do sujeito que corrompesse funcionário público no exterior, já que, mesmo tendo o crime sido praticado contra a Administração Pública, o agente não estaria a seu serviço.[302]

No caso da extraterritorialidade condicionada, a aplicação da lei penal brasileira dependerá de determinadas circunstâncias, não incidindo diretamente como ocorre no primeiro caso.

O fundamento desse tipo de extraterritorialidade não é criar uma competência universal que permita punir um mesmo fato em vários países, mas evitar a impunidade de agentes em situações específicas nas quais, por alguma razão, Estados precisem cooperar para que o direito penal cumpra sua função repressiva. É por essa razão, por exemplo, que não se admite o alcance da lei penal brasileira sobre toda e qualquer conduta havida no

---

[301] "Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I - os crimes: (...) c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[302] Esse tema será retomado na Parte III, Item 2.3 ("A corrupção de funcionário público brasileiro no exterior").

exterior; necessariamente, o crime precisará estar previsto em tratado ou convenção internacional, o infrator deverá possuir nacionalidade brasileira ou a situação envolverá espaços que possam ser considerados extensão do território nacional. Esse tipo de extraterritorialidade alcançaria o comportamento do particular que praticasse corrupção fora do Brasil.

Disso se percebe que, além de não criar propriamente um tipo penal novo ao introduzir o crime do artigo 337-B do Código Penal,[303] o legislador tampouco inovou em termos práticos, porque a corrupção efetivamente praticada fora do território nacional e enquadrada no tipo continuará vinculada às regras de extraterritorialidade do Código Penal, sem subsunção imediata a tipo penal que facilite a aplicação da lei brasileira.

A principal decorrência dessa constatação é que o juiz brasileiro, para punir a corrupção ativa praticada no exterior, inclusive a relativa a transação comercial internacional, precisará recorrer às condições do artigo 7º, § 2º, do Código Penal como pressuposto para a jurisdição nacional, não podendo utilizar a lei brasileira apenas porque o fato, se havido no Brasil, reuniria elementos suficientes para ser considerado crime.

A condição que mais interessa nessa avaliação é a que trata da dupla incriminação,[304] da qual nos ocuparemos no próximo título.

---

[303] Discutimos isso no Item 5 do Título II da Parte I deste trabalho, ("Corrupção Interna e Corrupção Internacional: o Problema do Alcance da Norma Penal").

[304] As demais condições vinculam-se mais a aspectos objetivos que determinam a procedibilidade da ação, sem juízo imediato quanto ao mérito da conduta.

PARTE II
LEI PENAL NO ESPAÇO E O PROBLEMA DA DUPLA INCRIMINAÇÃO

TÍTULO II. A CONDIÇÃO DE DUPLA INCRIMINAÇÃO

1. O MODELO UTILIZADO NA EXTRADIÇÃO

A dupla incriminação tem origem no instituto da extradição, que consiste, na definição clássica de Francisco Rezek,[305] na entrega de um Estado a outro de pessoa que no território do Estado requerente deva responder a processo penal ou cumprir pena. Suas funções básicas são a promoção de assistência na aplicação da lei penal e a proteção do interesse comum que todos os Estados possuem contra a atuação de criminosos em múltiplos países,[306] gerando uma obrigação de cooperar com a administração da justiça.

A extradição é regulada no Brasil pela Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, sendo admitida tanto quando houver tratado específico do qual os Estados sejam partes como quando houver promessa de reciprocidade.[307]

As infrações que permitem a entrega de uma pessoa por um Estado a outro podem ser descritas nos variados sistemas jurídicos de duas formas.[308] A primeira consiste na previsão de listas fechadas que especificam os crimes que poderão ser objeto de extradição, bastando que a infração conste formalmente dessas listas para que o pedido seja

---

[305] *Apud* SILVA, Anamara Osório. *Dupla incriminação no direito internacional contemporâneo:* análise sob a perspectiva do processo de extradição. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 29. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-20022015-074810/>. Acesso em: 12 jun. 2016.

[306] HUDSON, Manley O. "The Factor Case and Double Criminality in Extradition." In: *The American Journal of International Law 28*, no. 2 (1934), p. 280.

[307] Pela reciprocidade, um Estado se compromete a entregar a outro o extraditando em situações futuras.

[308] WILLIAMS, Sharon A. "The Double Criminality Rule and Extradition: A Comparative Analysis." In: *Nova Law Review* 15.2 (1991), p. 583.

processado.[309] É o que ocorre no caso do Tratado de Extradição entre Brasil e Estados Unidos, conforme Decreto n.º 55.750, de 11 de fevereiro de 1965.[310]

Na segunda forma, essas listas são dispensadas e cabe a cada Estado avaliar se o crime, de forma específica, comporta ou não extradição. Esse segundo modelo é preferível

---

[309] Tradicionalmente, tratados de extradição eram celebrados para garantir a paz, prevendo como infrações extraditáveis apenas aquelas que ajudavam a evitar conflitos internacionais, de modo que nenhum outro crime senão aqueles previstos em acordo poderia ser utilizado para fins de entrega do extraditando (SILVA, Anamara Osório, cit., p. 30). O modelo fundado em listas fechadas decorre desse período.

[310] Nos termos do artigo 2º do Decreto n.º 55.750/65: "Serão entregues, de acôrdo com as disposições do presente Tratado, para serem processados quando tiverem sido inculpados, os indivíduos que hajam cometido qualquer dos seguintes crimes ou delitos: 1. Homicídio doloso inclusive os crimes designados como parricídio, envenenamento e infanticídio, quando previstos como figuras delituosas autônomas; 2. Estupro, abôrto, conjunção carnal com (ou violação de) mulher considerada de menor de idade, para tais efeitos, pelas leis tanto do Estado requerente quanto ao requerido; 3. Lesões corporais dolosas; agressão de que resultam lesões corporais graves; 4. Rapto, sequestração, privação da liberdade ou escravidão de mulheres ou moças para fins imorais; 5. Rapto de menores ou de adultos para extorquir dinheiro dêles, ou de suas famílias, ou de qualquer outra pessoa ou pessoas, ou para algum outro fim ilegal; 6. Bigamia; 7. Incêndio; 8. Dano doloso e ilegal, em estradas de ferro, trens, embarcações, aeronaves, pontes, veículos, e outros meios de transporte ou em edifícios públicos ou privados, ou em outras estruturas, quando o ato cometido puser em perigo a vida humana; 9. Pirataria, segundo o direito internacional; motim a bordo de embarcação ou aeronave com o propósito de rebelar-se contra a autoridade do Capitão ou Comandante de tal embarcação ou aeronave; ou, por fraude ou violência, apossar-se da mesma embarcação ou aeronave; 10. Entrada em casa alheia, com violência; 11. Roubo; 12. Falsificação ou emissão de papéis e títulos falsificados; 13. Falsificação por fabricação ou alteração, furto ou destruição de atos oficiais, livros de registro ou documentos públicos do Govêrno ou da autoridade pública, inclusive órgãos judiciários, ou a emissão ou o uso fraudulento dos mesmos; 14. Falsificação ou emissão circulação ou uso fraudulento de qualquer dos seguintes objetos: moeda metálica ou papel-moeda; falsos títulos ou cupões da dívida pública nacional, estadual, territorial local ou municipal; notas falsas de banco ou outros papéis de crédito público; e falsos sinetes, selos, estampilhas, cunhos e marcas de estado ou da administração pública; 15. Importação de instrumentos para a fabricação de moeda-metálica, ou papel-moeda ou notas de banco falsas; 16. Apropriação indébita por qualquer pessoa ou pessoas contratadas, assalariadas ou empregadas, em detrimento dos respectivos empregadores ou mandantes; 17. Furto; 18. Obtenção de dinheiro, títulos de valor ou outros bens por meio de falsas alegações ou ameaças de violência; 19. Receptação de dinheiro, títulos de valor ou outros bens, sabendo que foram obtidos ilegalmente; 20. Fraude, ou abuso de confiança, por fiador, banqueiro, agente, comissário, depositário, executor, administrador, tutor, diretor ou funcionário de companhia ou sociedade anônima, ou por qualquer pessoa em posição fiduciária; 21. Desamparo ou abandono, deliberado, de menor ou outra pessoa dependente, quando resultar morte ou lesão corporal grave; 22. Falso testemunho (inclusive falsa perícia); subôrno de testemunha ou perito; 23. Solicitar, receber ou oferecer subôrno; 24. Concussão; peculato; 25. Crimes ou delitos falimentares; 26. Crimes ou delitos contra as leis de ambos os países para a supressão da escravidão e do tráfico de escravos; 27. Crimes ou delitos contra as leis relativas ao tráfico, uso, ou produção ou manufatura de narcóticos ou 'cannabis'; 28. Crimes ou delitos contra as leis relativas à manufatura ou tráfico ilícito de substâncias prejudiciais à saúde ou de produtos químicos venenosos; 29. Contrabando, definido como sendo o ato de, propositadamente e com conhecimento de causa, violar as leis alfandegárias com a intenção de defraudar a arrecadação da renda, pelo tráfico internacional de mercadoria sujeita a pagamento de direitos; 30. Ajuda à fuga de prisioneiro pela fôrça de armas; 31. Uso de explosivos de modo a pôr em perigo a vida humana ou a propriedade; 32. Lenocínio e tráfico de mulheres, definido como a obtenção ou o transporte de menor do sexo feminino, ainda que com o consentimento da mesma, para fins imorais, ou de mulher adulta, por fraude, ameaças ou coerção, para tais fins, com vistas a, em qualquer dos casos, satisfazer a lascívia de outrem; aproveitar-se da prostituição alheia; 33. Tentativa de qualquer dos crimes ou delitos acima, quando prevista como figura delituosa autônoma pelas leis dos Estados Contratantes; 34. Participação em qualquer dos crimes acima." Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=115416>. Acesso em: 31 dez. 2016.

em termos práticos e também mais comum nos dias de hoje, sendo uma das opções previstas pelo legislador brasileiro ao dispor que tanto a previsão em tratado como a simples promessa de reciprocidade servirão para que o pedido de extradição seja deferido. Com o desenvolvimento das relações internacionais e o crescente fluxo de pessoas de nacionalidades diversas entre países do mundo todo, fica cada vez mais difícil prever, com a celeridade necessária, todos os novos tipos penais que surgem anualmente, o que faz com que a eliminação das listas facilite a cooperação internacional.

Essa eliminação de listas vem acompanhada da exigência de dupla incriminação como critério para definir "infrações extraditáveis", isto é, embora as infrações não constem de listas taxativas, passa-se a exigir que o fato seja incriminado tanto pelo país requerente como pelo país requerido.

Isso, no ordenamento brasileiro, decorre da previsão de que não se concederá a extradição quando "o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente".[311] Exigência que expressa mutualidade de obrigações entre os Estados na medida em que apenas se autoriza a entrega de alguém se houver criminalização recíproca,[312] impedindo que o instituto se transforme em instrumento de cooperação incondicionada.

A dupla incriminação na extradição, em resumo, possui a função de assegurar que a pessoa não tenha sua liberdade restringida por um fato que não seja reconhecido como crime pelo Estado requerido.[313]

1.1 O CONTEÚDO DA CLÁUSULA DE DUPLA INCRIMINAÇÃO NA EXTRADIÇÃO

Anamara Osório Silva classifica a dupla incriminação em duas espécies ao tratar de seu alcance na extradição.[314]

---

[311] Artigo 77, inciso II, da Lei n.º 6.815/80.
[312] Williams, Sharon A., cit., p. 582.
[313] SHEARER, Ivan A., *apud* SILVA, Anamara Osório, p. 45.
[314] SILVA, Anamara Osório, cit., p. 33.

A “dupla incriminação em abstrato”, inicialmente, corresponde à definição tradicional de que o fato constante do pedido de extradição deve constituir crime segundo as legislações do Estado requerente e do Estado requerido, sem que os tipos penais precisem, necessariamente, ter a mesma nomenclatura jurídica ou coincidir em seus elementos constitutivos.[315] Já a “dupla incriminação em concreto” exige coincidência de nomenclatura e ainda a ausência de todas as excludentes delitivas e de punibilidade, como legítima defesa, prescrição e inimputabilidade, sendo insuficiente analisar a simples natureza criminosa da conduta fora do contexto em que ocorreu para que a extradição seja possível.[316]

A escolha por uma ou outra espécie tem implicações diretas em termos de efetividade, já que o simples enquadramento de uma conduta em categorias típicas factuais operadas pela dupla incriminação em abstrato permitiria alcançar maior número de infrações.

No Reino Unido, parte dos debates anteriores ao estatuto que disciplinou a extradição em 1989[317] tratou dessa questão. Uma parte da doutrina no país, de orientação mais liberal e menos punitiva, considerava que a infração seria extraditável desde que o tipo indicado pelo Estado requerente correspondesse especificamente ao tipo previsto em lista no tratado de extradição.[318]

Para a corrente oposta, a justificativa da regra de dupla incriminação estava no fato de que o fugitivo deveria ser tratado do mesmo modo que qualquer nacional do país requerido, sendo possível deferir a extradição desde que houvesse uma semelhança substancial entre os crimes.[319] Assim, se o Estado requerente buscasse a extradição de alguém com base em conduta tipificada em seu ordenamento como “estelionato”, o Reino Unido poderia deferi-la por “fraude” desde que a descrição naturalística dos atos praticados fosse suficientemente semelhante à do crime que originou o pedido. O fundamento é que

---

[315] SILVA, Anamara Osório, cit., pp. 33-34.
[316] Ibidem, pp. 35-36
[317] *Extradition Act 1989, Chapter 33*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/33/pdfs/ukpga_19890033_en.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.
[318] WILLIAMS, Sharon A., cit., p. 592.
[319] Ibidem, p. 590.

seria impossível, segundo alguns entendimentos, exigir congruência perfeita entre as condutas, já que as definições penais de cada país dificilmente seriam idênticas.[320]

Além disso, a coincidência entre definições penais ofereceria uma dificuldade adicional porque a dogmática do crime e de seus elementos constitutivos varia de ordenamento para ordenamento, podendo haver, por exemplo, hipóteses em que uma excludente de culpabilidade como a insanidade seja considerada, em outros países, circunstância que exclua apenas a punibilidade do agente.[321]

Nesse sentido foi a recomendação da Assembleia-Geral das Nações Unidas ao propor um modelo de "Tratado de Extradição" que definia os "crimes extraditáveis" como aqueles que fossem puníveis segundo as leis de cada Estado com prisão máxima de, pelo menos, um ou dois anos,[322] sendo irrelevante que os crimes coincidissem em nomenclatura ou mesmo em seus elementos constitutivos.[323] Para deferir o pedido, os Estados requeridos precisariam apenas realizar um juízo típico, enquadrando a conduta descrita pelo país requerente em qualquer crime de seus próprios ordenamentos.

Essa escolha por uma "dupla incriminação em abstrato", para utilizar a nomenclatura de Anamara Osório Silva, justifica-se em vista do ideal de cooperação que rege o instituto da extradição e, como se percebe da Lei n.º 6.815/80, foi também adotada pelo legislador brasileiro.

---

[320] Ibidem, p. 601.

[321] SILVA, Anamara Osório, cit., p. 36.

[322] Segundo artigo 2º do Modelo de Tratado de Extradição: "1. For the purposes of the present Treaty, extraditable offences are offences that are punishable under the laws of both Parties by imprisonment or other deprivation of liberty for a maximum period of at least [one/two] year(s), or by a more severe penalty. (…) 2. In determining whether an offence is an offence punishable under the laws of both Parties, it shall not matter whether: (a) The laws of the Parties place the acts or omissions constituting the offence within the same category of offence or denominate the offence by the same terminology; (b) Under the laws of the Parties the constituent elements of the offence differ, it being understood that the totality of the acts or omissions as presented by the requesting State shall be taken into account. (…)" (disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016).

[323] Isso para evitar o surgimento dos denominados "paraísos criminais", que permitiriam o livre cometimento de crimes considerados graves com respaldo em legislações mais permissivas. O exemplo utilizado por Sharon A. Williams (cit., p. 599) para ilustrar esse propósito é bastante indicativo: "A situation could present itself where a national of State A with whom the United Kingdom has an extradition relationship commits an offense in State B under the laws of State A. The conduct may be lawful in State B. However, extradition will take place if the conduct would be regarded as criminal if done in the United Kingdom and be punishable under the minimum punishability rule. One commentator supports this result by arguing that the 'justification is to be found in the underlying policy of providing an effective response to certain kinds of international crime. It will eliminate the 'safe haven', e.g. drug dealing or planning terrorist operations, by allowing for the return of persons to the State most affected by the activities."

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue essa orientação e, como explica Anamara Osório Silva em estudo detalhado sobre o tema, funda-se, sobretudo, na adequação formal do fato à norma penal brasileira, sem levar em consideração circunstâncias concretas ou elementos de prova que eventualmente excluam a ilicitude do fato ou a culpabilidade do agente. Esse exame em concreto apenas surge, segundo a autora, ao tratar de cláusulas impeditivas da extradição, como a existência de prescrição ou anistia, categoria em que ganharia espaço, ainda que de forma restrita, a ideia de "dupla incriminação em concreto".[324]

1.1.1 A PREPONDERÂNCIA DA LEI DO LOCAL DO CRIME

O principal fundamento que está por trás da opção legislativa por ampliar o alcance do instituto está vinculado ao propósito da extradição enquanto instrumento para facilitar a aplicação da lei penal do país requerente.

Na generalidade dos casos, o que se busca com a extradição é submeter alguém às regras do país em que praticou conduta considerada crime, onde o agente deverá ser julgado ou cumprir pena, de modo que o comportamento em questão deve naturalmente ser analisado sob a ótica do Estado que teve sua lei violada.

Como vimos ao estudar o critério de territorialidade da lei penal, o principal fundamento invocado para defendê-lo é que atenderia melhor aos interesses da boa administração da justiça que um crime fosse julgado no local em que praticado, tanto em termos práticos como porque a punição do crime por justiça instalada em localidade diversa daquela em que praticado pode não cumprir satisfatoriamente a função intimidatória da pena, não se podendo, por outro lado, exigir do infrator que conheça senão a lei do país em que se encontre.[325]

Como lembra Anamara Osório Silva, "se formos buscar a origem da territorialidade penal, (...) vamos lembrar que a noção da vinculação da lei penal ao território nasceu

[324] Cit., p. 79.
[325] Item 1.1, do Título I desta Parte II ("Princípio da Territorialidade").

ligada à idéia de que a pena deveria ser aplicada no local onde praticado o delito", isto é, "a lei penal que deve ser certa, prévia, escrita e estrita, e que vincula o juízo, é a lei do território".[326]

Faz sentido, assim, que prevaleça na extradição uma lógica de facilitar a cooperação entre Estados, preservando-se apenas aspectos essenciais que o Estado requerido julgue irrenunciáveis para deferir a entrega de alguém. O que se deve priorizar nessas hipóteses é a criminalização do fato no país que pretende puni-lo, cabendo ao Estado que defira o pedido de extradição desempenhar apenas um papel acessório que se vincula à presença do acusado ou condenado como condição para a incidência da pena.

Esse raciocínio não deve se estender à dupla incriminação enquanto condição para o exercício da jurisdição brasileira. Isso pela introdução de requisitos diferenciados em relação à dupla incriminação nesses casos, centrados no conceito de "fato punível". É do que trataremos nos itens seguintes.

2. A DUPLA INCRIMINAÇÃO COMO CONDIÇÃO PARA A JURISDIÇÃO

A dupla incriminação como condição para a jurisdição surge na disciplina da extraterritorialidade condicionada.

O objetivo da extraterritorialidade é permitir que uma vedação estrangeira surta efeitos sobre condutas praticadas quando o infrator não puder ser alcançado diretamente pelo Estado que teve seus interesses afetados, delimitando a condição de dupla incriminação as situações em que a lei penal brasileira poderá incidir sob a perspectiva do local da infração, isto é, sob a perspectiva do direito estrangeiro.[327]

---

[326] Cit., p. 53.

[327] Segundo Bert Swart, a extraterritorialidade se justifica, sobretudo, em função da solidariedade internacional na punição de infratores cuja extradição seja impossível, como ocorre, por exemplo, no caso do brasileiro que comete crime de furto na Austrália e se refugia em seu país de origem contando, por exemplo, com a determinação constitucional que proíbe o Brasil de extraditá-lo (cit., pp. 580-581).

Nos termos do artigo 7º, § 2º, alínea "b", do Código Penal, é condição para a extraterritorialidade da lei penal brasileira que o fato seja "punível também no país em que foi praticado".[328]

Essa condição não se limita à simples punibilidade da conduta, como o termo "punível" poderia indicar. Nesse sentido, o próprio dispositivo prevê, em sua alínea "e", que não haverá aplicação da lei penal brasileira a fatos ocorridos no exterior caso se encontre "extinta a punibilidade segundo a lei mais favorável", dispensando à "punibilidade" previsão específica que não se confunde com o conteúdo do "fato punível" referenciado pelo artigo 7º, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

Esse conteúdo, portanto, precisa ser definido para estabelecer o alcance da condição de dupla incriminação na extraterritorialidade.

2.1 A DEFINIÇÃO DE FATO PUNÍVEL

"Fato punível" é expressão utilizada para definir o que pode, de maneira geral, ser tutelado pelo direito penal, estabelecendo quais características cada comportamento deve possuir para ser objeto desse tipo de tutela.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, a principal contribuição da construção do sistema do "fato punível" foi instituir um marco no sentido de vincular a regulamentação jurídico-penal a fatos objetivos e, não, a determinados tipos de agente.[329] As sanções aplicadas na lógica do fato punível constituem "consequências daqueles factos singulares e neles se fundamentam", não configurando "formas de reacção contra uma certa personalidade ou tipo de personalidade".[330] Os fatos, e apenas eles, podem justificar a atribuição de pena na lógica do fato punível.

Como explica o mesmo autor, algumas doutrinas, no início do século passado, alinhadas com o discurso totalitário que preponderava, sobretudo, na Alemanha, chegaram

---

[328] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.
[329] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra Editora, 2004, p. 221.
[330] Idem.

a propor a substituição do modelo do fato punível pela punição de agentes que ameaçariam a estrutura social por sua simples existência, permitindo a intervenção do direito penal sem que houvesse conduta punível; "não deveriam ser punidos o homicídio, o assassinato, o furto, a burla, antes sim 'o homicida', 'o assassino', 'o ladrão' ou 'o burlão'",[331] sujeitos que poderiam ser identificados criminologicamente, em linha com os estudos conduzidos por Cesare Lombroso.[332]

Superada essa concepção personalista, apenas o fato passou a constituir fundamento e limite dogmáticos do conceito geral de crime, definido em termos gerais pela ideia de "fato punível".[333]

A apreensão dogmática desse conceito ocorreu nos últimos dois séculos com base em um procedimento classificatório que tomou por base o conceito de ação para compreender o crime segregando seus elementos constitutivos, o que permitiria contemplar uma realidade unitária a partir de pontos de vista diversos.[334]

Esses pontos de vista se traduziram na clássica definição quadripartida do conceito de crime como "ação" "típica", "antijurídica" e "culpável", o que, como esclarece Hans Heinrich Jescheck, não importa na desagregação de um conceito que deve sempre ser visto como um todo e, sim, na análise metodológica concreta de um mesmo fenômeno sob diferentes perspectivas.[335]

Os critérios para analisar essa definição quadripartida sofreram modificações conforme surgiram novas teorias para explicar o que se deveria entender por "fato punível", partindo de concepções clássicas, neoclássicas e finalistas que mantiveram, todavia, a essência do que se queria reprimir por via do direito penal.

---

[331] Ibidem, p. 222.
[332] Cesare Lombroso propôs a identificação científica de criminosos com base em sua fisionomia em *O homem delinquente.* São Paulo: Ícone, 2013.
[333] DIAS, Jorge de Figueiredo, cit., p. 223.
[334] Idem.
[335] Cit., p. 179.

Cada um dos três sistemas criados nessa evolução se explica por suas raízes culturais e pelas concepções da época anterior que buscavam melhorar e superar, embora sem conseguir afastar completamente os sistemas que os precederam.[336]

Esses sistemas serão vistos em tópicos separados para situar a discussão dogmática que mais adiante será feita.

2.1.1 A CONCEPÇÃO CLÁSSICA

A concepção clássica do delito tem raiz naturalista e juspositivista, transportando para o campo do direito penal ideais científicos que buscavam uma exatidão própria das ciências da natureza.

O fato punível deveria, nessa primeira abordagem, constituir-se apenas por realidades mensuráveis e empiricamente demonstráveis, ligadas tanto à facticidade objetiva do mundo exterior como aos processos psíquicos internos que levassem o agente a transgredir a lei. O crime, assim, era definido, em sua vertente objetiva, como ação típica e ilícita e, em sua vertente subjetiva, como ação culpável.

"Ação" era o movimento corporal que determinasse modificação no mundo exterior, ligada causalmente à vontade do agente, sendo típica quando prevista em lei e antijurídica quando não houvesse causa de justificação que, excepcionalmente, tornasse lícita ou permitida a ação praticada. O vínculo subjetivo entre a ação típica e ilícita e o agente possuía natureza exclusivamente psicológica.[337]

Esse modelo, em resumo, definia a tipicidade pela descrição objetiva do acontecimento, a antijuridicidade pela valoração do acontecimento contrário às proibições e permissões do ordenamento jurídico, sob a forma de causas de justificação previstas por lei, e a culpabilidade por seu viés psicológico, como dolo e imprudência.[338]

---

[336] Ibidem, p. 180.
[337] DIAS, Jorge de Figueiredo, cit., pp. 225-226.
[338] SANTOS, Juarez Cirino dos, cit., p. 77.

Como explica Hans Heinrich Jescheck, uma vez afirmada a presença de ação, examinavam-se os critérios de tipicidade e antijuridicidade de forma puramente objetiva, sendo a primeira indício de presença da segunda.[339]

Esse sistema foi fortemente criticado diante da impossibilidade de se adotar a proposta científica que se pretendia estender ao direito penal.

O conceito de ação como movimento corporal, por exemplo, oferecia diversos problemas quando se avaliava a responsabilidade penal por omissão, que pressupunha ausência de movimento. A mãe que deixasse o filho recém-nascido morrer de fome, como exemplifica Jorge de Figueiredo Dias, seria incongruentemente punida não pela omissão em si, mas pela ação precedente que houvesse adotado, como passar o fim de semana no campo em vez de amamentar o filho.[340]

O juízo de tipicidade cumulado com antijuridicidade também sofreu críticas por desconsiderar unidades de sentido social não descritas expressamente em lei, de modo a equiparar, para utilizar outro exemplo apresentado por Jorge de Figueiredo Dias, a conduta do cirurgião que salva a vida do paciente à do assassino que esfaqueia sua vítima com o propósito de matá-la, já que ambos realizam o mesmo comportamento objetivo.[341]

O juízo de ilicitude, por sua vez, não poderia, segundo aquele autor, ficar reduzido à simples ausência de causas de justificação explícitas para o fato típico, o que importaria em uma compreensão inexata do conceito de contrariedade à ordem jurídica.[342] A antijuridicidade, na concepção clássica, fundava-se em elementos exclusivamente objetivos que se traduziam no próprio tipo, ficando, assim, limitada por sua natureza formal.

Finalmente, a concepção psicológica da culpabilidade produzia também seus problemas por ignorar que mesmo o inimputável que, por definição, é “incapaz de culpa”, pode agir com dolo ou culpa e não ser punido por outra razão.

---

[339] Cit., p. 182.
[340] Cit., p. 226.
[341] Idem.
[342] Idem.

2.1.2 A CONCEPÇÃO NEOCLÁSSICA

Constatadas as insuficiências do modelo clássico, buscou-se, com um normativismo jurídico de raiz neokantiana,[343] superar o rigor da teoria anterior, incorporando elementos valorativos que permitiriam classificar o ilícito como "danosidade social" e a culpa como "censurabilidade do agente".[344]

A concepção neoclássica não buscou, como explica Hans Heinrich Jescheck, distanciar-se fundamentalmente da sistemática anterior, mas estruturá-la segundo os fins perseguidos pelo direito penal e as valorações que lhe seriam ínsitas.[345]

Assim, os exageros naturalistas do modelo clássico não foram exatamente superados, mas substituídos por uma ideia geral de "relevância social", que mitigou o conceito de ação pela introdução de valores. De uma parte, preservou-se a ideia causal de ação como comportamento que realiza modificações no mundo exterior, mas, de outra, renunciou-se à preponderância desse conceito para iniciar a estrutura do delito diretamente na tipicidade, passando a ação, com o tempo, a ser vista como simples fenômeno social que interage com a realidade.[346]

A tipicidade, assim, deixou de significar apenas uma descrição formal do comportamento proibido, transformando-se em uma unidade de sentido socialmente danoso, um comportamento lesivo de bens juridicamente tutelados.[347] Um estudante que tomasse emprestado determinado livro e o devolvesse no dia seguinte, por exemplo, não praticaria furto porque faltaria dano ao patrimônio alheio protegido juridicamente.[348]

Também a ilicitude, da qual o tipo era antes indicativo suficiente, começou a ser vista em perspectiva mais ampla. O injusto, reduzido até então a um ataque formal à

---

[343] Como explica Cezar Roberto Bitencourt, "com a introdução de considerações *axiológicas* e *materiais*, o *neokantismo* substitui o método puramente jurídico-formal do positivismo, passando a ter, como objetivo, a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal. O neokantismo leva em consideração, para atingir esse desiderato, a *dimensão valorativa* do jurídico; não faz, contudo, dessa dimensão valorativa um *objeto* de estudo em si mesmo" (cit., p. 71).
[344] Ibidem, pp. 227-228.
[345] Cit., p. 184.
[346] Ibidem, p. 185.
[347] DIAS, Jorge de Figueiredo, cit., p. 228.
[348] JESCHECK, Hans-Heinrich, cit., p. 186.

norma jurídica, passou a ser entendido materialmente como violação de interesses protegidos, de modo que, se não houvesse dano social, também não haveria antijuridicidade, desenvolvendo-se, assim, causas supralegais de justificação que poderiam afastar a própria existência do crime.[349]

A consequência disso, segundo Hans Heinrich Jescheck, foi que o tipo passou a não mais se situar no mesmo plano da antijuridicidade, como ocorria no sistema clássico.[350]

Já a culpa, traduzida em juízo de censura, passou a contemplar tanto elementos objetivos como subjetivos, desmembrados (i) na imputabilidade enquanto capacidade de avaliação da ilicitude do fato e de determinação segundo essa avaliação, (ii) no dolo e na negligência como graus de culpa e (iii) na exigibilidade de comportamento conforme ao direito.[351]

Em resumo, como explica Juarez Cirino dos Santos, no sistema neoclássico, "a ação deixa de ser naturalista para assumir significado valorativo, redefinida como comportamento humano voluntário". A tipicidade "perde a natureza descritiva e livre-de-valor para admitir elementos normativos (documento, motivo torpe etc.) e subjetivos (a intenção de apropriação, no furto, por exemplo)". A antijuridicidade "troca o significado formal de infração da norma jurídica pelo significado material de danosidade social, admitindo graduação do injusto conforme a gravidade do interesse lesionado". E a culpabilidade psicológica assume, por fim, "significado normativo, com a reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao dever: se o comportamento proibido pode ser reprovado, então pode ser atribuído à culpabilidade do autor."[352]

Embora muitas das contribuições da concepção neoclássica ainda persistam e sejam, por vezes, irrenunciáveis, o fato de se fundar essa teoria em um conceito mecânico-causalista para definir o que se deve entender por ação prejudicou sua permanência, já que os óbices da teoria clássica continuavam se opondo.

---

[349] Idem.
[350] Idem.
[351] DIAS, Jorge de Figueiredo, cit., p. 228.
[352] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª edição. Lumen Juris, 2008, p. 79.

Além disso, eram deficiências do sistema, do ponto de vista político, sua acentuada neutralidade frente aos valores fundamentais do direito penal, já que o sistema neoclássico incorporava os valores presentes em cada sociedade, favorecendo a imposição de ideologias totalitárias que refletiam esses valores também no direito penal.[353]

2.1.3 A CONCEPÇÃO FINALISTA

Constatadas as dificuldades que existiam com relação à concepção neoclássica, buscou-se ancorar a normatividade penal em leis que refletiriam a "natureza das coisas", orientando o direito a partir de uma perspectiva ontológica.

O modelo finalista de fato punível, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, revolucionou no princípio metodológico de que "a ação é o conceito central do fato punível, a psicologia demonstra a estrutura final da ação humana e a lei penal não pode desconhecer a existência de estruturas ontológicas independentes do direito".[354]

A essência do comportamento humano foi sintetizada pelo maior teórico dessa concepção, Hans Welzel, como uma ação dirigida pelo homem de forma finalística sobre processos causais naturais.[355]

A principal consequência dessa nova concepção foi transferir o dolo, que tanto na teoria clássica como na teoria neoclássica integravam o conceito de culpa, para a tipicidade. Apenas da conjugação entre a tipicidade objetiva, composta pela descrição da conduta, e a tipicidade subjetiva é que passou a existir tipicidade como um todo. O juízo de contrariedade à ordem jurídica também decorreria dessa conjugação e a culpa, finalmente, passou a ser vista de forma puramente normativa.[356]

---

[353] JESCHECK, Hans-Heinrich, cit., p. 187.

[354] Cit., p. 81.

[355] Segundo Hans Welzel, "o delito é, por isso, efetivamente, inteiramente, um produto de fatores causais e, a suposição e inclusive a indicação da porcentagem com que a 'vontade livre do autor' tenha participado, junto à disposição e ao mundo circundante, da gênese do delito é um jogo incerto. O Direito Penal (...) parte do conhecimento antropológico de que o homem, como ser determinado à responsabilidade, está existencialmente em condições de conduzir (conforme os fins) a dependência causal dos impulsos ("Os pressupostos existenciais da reprovabilidade da culpabilidade: livre arbítrio e imputabilidade". In: *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, pp. 101-102).

[356] DIAS, Jorge de Figueiredo, cit., p. 231.

Embora a teoria finalista também apresente seus problemas, resvalando, segundo Jorge de Figueiredo Dias, até mesmo em um "refinado e inflexível conceitualismo" em função de sua proposta ontológica imutável,[357] foi esse o sistema que inspirou o legislador brasileiro quando se reformou a Parte Geral do Código Penal para tratar dos elementos constitutivos do crime.[358] Daí sua importância para compreender as regras que, de forma geral, devem ser utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa escolha metodológica não exclui perspectivas funcionalistas que a complementam, como as que vinculam a apreciação do conceito de delito aos fins perseguidos pela política criminal de cada sistema jurídico, mas oferece uma base suficientemente segura que encerra, como admite Hans Heinrich Jescheck, alto grau de força convincente para definir a atual concepção de delito.[359]

Nenhuma teoria do fato punível pode, segundo o próprio autor, pretender-se mais que um projeto passageiro,[360] daí que se busque uma compreensão mais geral para entender a verdadeira proposta desse conceito.

2.1.3.1 TIPICIDADE, ANTIJURIDICIDADE E CULPABILIDADE NA LÓGICA DO FATO PUNÍVEL

A dogmática penal vigente coincide, segundo Juarez Cirino dos Santos, na admissão de duas categorias elementares para o "fato punível": o "tipo de injusto" e a "culpabilidade". Estas correspondem respectivamente a dois grupos de notações: (i) ação, tipicidade e antijuridicidade e (ii) capacidade penal de conhecimento da antijuridicidade (real ou potencial) e exigibilidade de comportamento diverso.[361]

Dois sistemas, entretanto, diferenciam a dinâmica entre os conceitos de tipo legal e antijuridicidade que pertencem ao primeiro dos dois conjuntos acima.

---

[357] Cit., p. 232.
[358] TOLEDO, Francisco Assis de, cit., pp 79-89.
[359] Cit., p. 195.
[360] Idem.
[361] Cit., p. 74.

O sistema bipartido de fato punível, inicialmente, prevê uma unidade conceitual de tipicidade e antijuridicidade como elementos integrantes do tipo de injusto. O tipo legal seria "a descrição da lesão de bens jurídicos e a antijuridicidade [seria] um juízo de valoração do comportamento descrito no tipo legal, formando o conceito de tipo de injusto".[362] Causas de justificação estariam separadas dos tipos legais apenas por opção metodológica, sendo impossível ler o tipo de injusto sem levar em conta hipóteses que o desconstroem.

Já o sistema tripartido de fato punível admitiria "os conceitos de tipo de injusto e de culpabilidade como categorias elementares do fato punível, mas afirma a autonomia do conceito da tipicidade em relação à antijuridicidade no âmbito do tipo de injusto".[363] O fundamento é que tipicidade e antijuridicidade não se esgotariam na tarefa de constituir o tipo de injusto, realizando funções político-criminais independentes:

> O tipo legal descreve ações proibidas sob ameaça de pena e, portanto, realiza o princípio da legalidade; a antijuridicidade define preceitos permissivos que excluem a contradição da ação típica com o ordenamento jurídico — mas a permissão concreta de realizar proibições abstratas do tipo legal não autoriza identificar ações atípicas com ações típicas justificadas, como ocorre no sistema bipartido: matar alguém em legítima defesa não parece o mesmo que matar um inseto. A validade do conceito de tipo de injusto, como unidade superior compreensiva do tipo legal e da antijuridicidade, não permite nivelar diferenças entre comportamentos justificados, que devem ser suportados, e comportamentos atípicos, que podem variar desde ações insignificantes até ações antijurídicas.[364]

Essa definição coincide com o conceito analítico descrito por René Ariel Dotti ao tratar da conduta punível,[365] embora a separação entre "tipicidade" e "antijuridicidade" não se resolva tão facilmente.

---

[362] Ibidem, p. 75.
[363] Ibidem, p. 76.
[364] Ibidem, p. 77.
[365] O autor explica alguns conceitos para chegar a essa conclusão. No conceito analítico, crime é "a conduta humana típica, ilícita e culpável"; no formal, "crime é um fato humano contrário à lei penal"; no conceito jurídico-legal, "crime é o fato definido como tal pela lei"; no material, "crime é a ação ou omissão que contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena"; no natural, "crime é a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e de probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade"; no conceito radical, "crime é toda violação individual ou coletiva dos direitos humanos"; e, por fim, no conceito sociológico, "crime é o comportamento socialmente desviado que produz um dano ou perigo de dano" (DOTTI, René Ariel, cit., 2013, pp. 395-396).

De acordo com Miguel Reale Júnior, a antijuridicidade é definida pela constatação de que "a ação é típica pela ausência de causas de justificação, ou seja, o que já se contém na compreensão de fato típico, pois só é típico o que for lesivo de um valor por não se realizar a ação iluminada pelo sinal positivo do valor presente em uma causa de justificação".[366] Assim, o juízo acerca da antijuridicidade nada mais seria que uma leitura da tipicidade sob um viés negativo, como hipótese de exclusão do tipo por inexistência de lesão a um valor juridicamente protegido.

Já a culpabilidade, mantida a concepção finalista, vem definida pela censurabilidade do fato em face da maior ou menor liberdade de escolha do agente, que deve escolher se comportar em desacordo com o ordenamento.

Realiza-se, inicialmente, um *juízo de imputabilidade*, ou seja, "se o agente possui a capacidade psíquica necessária para lhe permitir compreender a antijuridicidade de sua conduta".[367] Além da imputabilidade, "exige-se para o juízo de reproche que o agente tenha a *possibilidade de conhecer a antijuridicidade de sua conduta*, (...) se pode o agente, mediante um esforço intelectual, conhecer a ilicitude de um determinado fato, não o praticando em prol da prática de um fato conforme ao direito".[368] É também necessário, por fim, "que o agente, diante das circunstâncias do fato, tenha a *possibilidade de agir de modo diverso* à prática do ilícito penal".[369]

2.2 O ALCANCE DA DUPLA INCRIMINAÇÃO ENQUANTO CONDIÇÃO PARA A JURISDIÇÃO

Luigi Ferrajoli discorre acerca de uma teoria do significado explicando que as condições de verificabilidade e falseabilidade a propósito de determinada afirmação dependem sempre da semântica na qual seja formulada, isto é, "do fato de que sabemos exatamente a que nos referimos com as palavras que nela utilizamos".[370] Assim, se

---

[366] *Instituições de Direito Penal*, Parte Geral, Volume I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 147.
[367] PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André, cit., p. 215.
[368] Idem, grifo nosso.
[369] Idem, grifo nosso.
[370] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 114.

entendemos que constitui crime de homicídio matar alguém, será verdadeiro dizer que Caio praticou esse crime ao desferir tiros que levaram à morte de Tício.

Uma proposição, ainda segundo o autor, será verdadeira quando as consequências extraídas de determinado conceito estiverem abarcadas em sua amplitude, distinguindo-se duas acepções de "significado" para determinado signo: "a *extensão* ou *denotação*, que consiste no conjunto dos objetos aos quais o signo se aplica ou se refere; e a *intensão* ou *conotação*, que consiste no conjunto das propriedades evocadas pelo signo e possuídas pelos objetos concretos que entram na sua extensão":[371]

> Precisamente, a *extensão* de um predicado é a classe dos objetos por ele denotados em proposições aceitadas como verdadeiras: o predicado "homem", por exemplo, denota SÓCRATES, PLATÃO, BERTRAND RUSSEL, LUIGI BIANCHI e em geral todos os seres dos quais seja verdadeira sua predicação. A *intensão* de um predicado está constituída, ao contrário, pelo conceito conotado por ele, ou seja, pela soma de suas notas constitutivas e de suas características essenciais: "homem", por exemplo, conota um animal inteligente, dotado da palavra, do uso das mãos, da posição erecta e de outros atributos. (...) A extensão de um termo será tanto maior (ou menor) quanto menor (ou maior) for sua intensão: por exemplo, o "homem" é mais extenso que o "homem de mais de vinte anos", a respeito do qual tem uma intensão menor, e menos extenso que "animal", a respeito do qual tem uma intensão maior.

Esse pensamento abstrato é fundamental na lógica do direito, segundo Karl Larenz, porque permite separar elementos individuais concretos que identificam determinado objeto, de modo a criar um meio de diferenciá-lo de outros que possam a ele se assemelhar.[372] Os estudos jurídicos, dessa forma, tornar-se-iam cada vez mais científicos à medida que se isolassem de hipóteses individuais e passassem a ser aplicáveis a uma universalidade de situações.

Entretanto, por compreender múltiplas acepções que nem sempre coincidem dependendo da teoria que se utilize, a apreensão do conceito de "fato punível" pode se mostrar problemática. Isso cria algumas dificuldades quando se pensa em adotar uma definição universal que possa ser utilizada em qualquer ordenamento na condição de dupla incriminação da extraterritorialidade.

---

[371] Ibidem, p. 115.

[372] *Metodologia de la ciencia del derecho*. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, pp. 334-380.

Como se adiantou, nas hipóteses de extraterritorialidade, o Estado brasileiro busca representar o país que não exerceu sua jurisdição sobre a conduta criminosa. Mas o faz de maneira específica, não aplicando a lei de tal país, mas a sua própria.[373] Como já visto, essa é uma solução menos do que ótima, pois ideal seria a aplicação da lei do país em que os fatos criminosos ocorreram ou onde se produziu o resultado, idealmente por tribunais de tal país, utilizando-se o instituto da extradição.[374]

O princípio da legalidade é a regra que, no caso da extradição, serviu para fundamentar a flexibilização que conduz à interpretação abstrata da dupla incriminação, preservando o propósito de cooperação que está por trás do instituto. Basta, ali, que abstratamente se possa considerar uma conduta tipificada nos países requerente e requerido para que se defira a extradição. É por isso que a regra básica da Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, determina que não ocorre extradição se "o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente" (artigo 77, inciso II).

Regra muito diferente existe para exercício da jurisdição extraterritorial brasileira. Aí, a dupla incriminação é mais estrita, inclusive porque o artigo 7º, § 2º, alínea "b" do Código Penal exige "fato punível" no Brasil e no local da conduta. Critério mais rigoroso do que o simplesmente abstrato usado na extradição, como vimos nos itens anteriores.

"Crime" não é apenas o fato tipicamente definido. Há que se considerar também a evolução das escolas clássica e neoclássica para a escola finalista, que enquadra a antijuridicidade e a culpabilidade como elementos autônomos do chamado "fato punível".[375]

Ao eleger o "fato punível" como critério norteador da dupla incriminação na extraterritorialidade, o legislador brasileiro capturou essa multiplicidade de facetas

---

[373] Como já mencionamos, a LINDB determina em alguns de seus artigos a utilização do direito estrangeiro (a sucessão por morte, por exemplo, regula-se segundo a lei do domicílio do *de cujus*), mas nada previu quanto à lei penal, que deverá ser sempre a brasileira em função da estrutura escolhida pelo legislador para definir a disciplina dos crimes praticados no exterior.

[374] Veja-se nesta Parte II, Título II, os Itens 1.1 ("A Preponderância da Lei do Local do Crime") e 2 ("A Dupla Incriminação como Condição para a Jurisdição").

[375] Veja-se nesta Parte II, Título II, o Item 2.1.3.1 ("Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade na Lógica do Fato Punível").

inclusiva da antijuridicidade e da culpabilidade e permitiu ampliar as possibilidades de interpretação do que seja fato punível para além da mera análise do tipo.

Nas palavras de José Frederico Marques, "todos os elementos do tipo [devem ser] apreciados de acôrdo com a descrição da norma *loci delicti*; e se no tipo houver partes integrantes, que exijam juízos de valor sobre a culpabilidade, ou sôbre a capitulação dêsse elemento em lei extrapenal, deve ser feita a apreciação do fato com o mesmo critério".[376]

Entendimento contrário, como adverte Jorge de Figueiredo Dias, significaria conceber o crime como um mal absoluto, definido pela perspectiva unilateral do direito brasileiro. Não seria razoável, segundo explica, "submeter ao poder punitivo alguém que praticou o facto num lugar onde ele não é considerado penalmente relevante e onde, por isso, não se fazem sentir quaisquer exigências preventivas quer sob a forma de tutela das expectativas comunitárias na manutenção da norma violada, (...) quer sob a forma de uma socialização de que, segundo a lei do lugar, o agente não carece".[377]

Isso não significa, por outro lado, que a lei brasileira seja irrelevante na repressão do delito. Uma vez constatada a existência de fato punível no exterior, passará o juiz brasileiro a avaliar se o mesmo fato é punível também no Brasil, utilizando os critérios que a nossa lei oferece para constatar se existe base para uma intervenção penal. Se na Indonésia,[378] por exemplo, uma criança de 8 anos é considerada plenamente imputável e, portanto, dotada de culpabilidade, nem por isso o Brasil será obrigado a puni-la uma vez adotado o limite de 18 anos pelo artigo 27 do Código Penal.[379] De igual modo, se o Brasil, pela regra do artigo 28, inciso II, do Código Penal, não exclui a imputabilidade pela embriaguez e o ordenamento estrangeiro eventualmente o faça, não poderá o Brasil julgar punível a conduta que tenha nessas condições ocorrido.

---

[376] MARQUES, José Frederico, cit., p. 279. Fernando Kuyven, em sentido contrário, entende apenas que é "fundamental, para a proteção da soberania estrangeira, que o ato seja penalmente relevante tanto no Brasil quanto no país onde foi praticado, pouco importando o nome que o crime receba em cada um dos sistemas jurídicos. Basta que o ato seja vinculado a um tipo penal tanto na *lex fori* quanto na *lex loci delicti*" ("Aplicação ultraterritorial da Lei Anticorrupção". In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 4, 2014, p. 263-280).

[377] Cit., p. 206.

[378] CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK. London. Disponível em: <https://www.crin.org/en/home/ages>. Acesso em: 31 jul. 2016.

[379] "Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

Assim, a extraterritorialidade condicionada permitirá a incidência da lei penal brasileira apenas sobre aqueles fatos que sejam simultaneamente puníveis no exterior e no Brasil, comportando essa “dupla incriminação” todos os aspectos que eventualmente existam em outros ordenamentos para definir o que deve ser alcançado pelo direito penal.

PARTE III
A DUPLA INCRIMINAÇÃO NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO

1. INTRODUÇÃO AOS PROBLEMAS

Estabelecidas as premissas que determinam como deve se guiar a lei penal brasileira no espaço e como devem ser interpretadas as hipóteses de dupla incriminação, algumas situações podem mais comumente se apresentar problemáticas no crime de corrupção praticado em contexto internacional.

A primeira delas diz respeito à qualificação do agente corrompido como "funcionário público", conceito não uniforme que pode descaracterizar o crime de corrupção se ficar afastado o exercício de funções públicas em país estrangeiro.

Também a natureza da vantagem oferecida ao agente corrompido poderá ser discutida conforme se admitam no exterior, por exemplo, pagamentos de menor monta que tenham por fim apenas acelerar a prática de atos de ofício que seriam de qualquer modo praticados, qualificados como "pagamentos de facilitação".

Uma terceira hipótese, ainda, poderia se apresentar quando os pagamentos fossem realizados sob algum tipo de coação, tornando necessário discutir o tratamento jurídico da concussão e da extorsão em vista não apenas dos valores presentes no ordenamento brasileiro, mas também nos ordenamentos de outros países que reconhecessem, por exemplo, a inexistência de corrupção se houvesse ameaça a interesses comerciais.

Outros casos, por fim, podem oferecer contraponto interessante para discutir a punição da corrupção em vista da denominada "defesas afirmativa" de lei local que vigora no FCPA, ampliando os recursos de que dispõe o intérprete da lei.

Essas situações serão analisadas nos itens seguintes, sempre partindo dos critérios necessários para a aplicação da lei brasileira discutidos no curso desta dissertação.

2. PROBLEMAS ENVOLVENDO A DEFINIÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO EM DIFERENTES PAÍSES

Um primeiro exemplo que ajuda a compreender a disciplina da corrupção em termos de extraterritorialidade é a que envolve a existência de qualificações diferentes para o conceito de "funcionário público" em condutas submetidas a outras jurisdições.

Esse aspecto adquire contornos diversos conforme se situe o agente no Brasil ou no exterior e se determine o local em que são exercidas as funções públicas, motivo pelo qual serão vistas em tópicos separados.

2.1 A CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIO ESTRANGEIRO NO BRASIL

Uma primeira hipótese que precisa ser analisada é a do sujeito que, em território nacional, corrompe "funcionário público" de outro país com o objetivo de induzi-lo a praticar ato de ofício no Brasil ou no exterior, oferecendo-lhe vantagem indevida.

A ação, nesse caso, ocorre no Brasil e incidem, portanto, as regras dos artigos 5º e 6º do Código Penal, segundo as quais se aplica "a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional", considerando-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".

Havendo jurisdição brasileira pelo critério da territorialidade, os elementos constitutivos do crime deverão ser analisados segundo a lei brasileira, sem necessidade de recorrer ao direito estrangeiro.

Como se viu,[380] o artigo 327 do Código Penal considera "funcionário público", para efeitos penais, "quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública", equiparando também aqueles que exerçam "cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública". Não há qualquer distinção de nacionalidade na qualificação do funcionário público ou restrição de qualquer natureza desde que a função seja efetivamente pública.

É verdade que a Lei n.º 10.467, de 11 de junho de 2002, ao introduzir o tipo penal de corrupção em transações comerciais internacionais, acrescentou uma definição de "funcionário público estrangeiro" específica para esse crime, redigida de modo a incluir apenas aqueles que exerçam "cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro" ou, por equiparação, aqueles que os exerçam "em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais".[381]

Como também já vimos,[382] entretanto, essa definição não inova no ordenamento nacional porque já era possível, com a descrição bastante ampla do artigo 327 do Código Penal, alcançar funcionários públicos estrangeiros que viessem a ser corrompidos no Brasil. O que o dispositivo fez, na verdade, foi criar uma redação específica para corrupções ativas que ocorram em transações comerciais internacionais, incidindo pelo critério da especialidade quando o crime praticado possuir os elementos característicos do novo tipo.

Por essas razões, no caso do "funcionário público estrangeiro" que venha a ser corrompido no Brasil, sua qualificação segundo o ordenamento jurídico de seu país será, para fins típicos, irrelevante desde que presentes as condições adotadas pela lei brasileira para defini-lo.

---

[380] Parte I, Título II, Item 2.1.2 ("Sujeito Ativo").

[381] Artigo 337-D, do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[382] Parte I, Título II, Item 5 ("Corrupção Interna e Corrupção Internacional: o Problema do Alcance da Norma Penal").

Não haverá, nesses casos, condição necessária de dupla incriminação porque a lei brasileira se aplicará diretamente, sem passar pelas hipóteses de extraterritorialidade do artigo 7º do Código Penal. Afinal, no pressuposto que estamos adotando, a conduta ocorreu no país, sendo tal conduta a "promessa", "oferecimento" ou "entrega" de vantagem. No exterior, pode ter ocorrido, no máximo, o ato de ofício, mas isso não atrairá qualquer regra de extraterritorialidade se a ação de "prometer", "oferecer" ou "dar" houver ocorrido no Brasil. O ato de ofício é apenas o elemento subjetivo específico da ação, e, não, a própria ação. Esta terá ocorrido no Brasil no caso em estudo neste item, eliminando a aplicação de regras de extraterritorialidade.

Poderá ocorrer também que o agente corrompido não se qualifique como "funcionário público" em seu país. Nesse caso, deveria ser possível discutir a licitude do comportamento fazendo uso de outros instrumentos existentes no direito penal. O conceito de "funcionário público" se realiza no plano da tipicidade, mas pode se refletir no plano da antijuridicidade, por exemplo, caso se demonstre que o agente público estrangeiro se encontrava, no Brasil, em exercício regular de direito por não exercer funções consideradas públicas em seu país, condição que se comunicaria ao agente ativo "corruptor". Não se estaria, nessa hipótese, recorrendo ao direito estrangeiro em função da condição de dupla incriminação, mas, sim, para integrar o conceito de crime segundo o direito brasileiro.

A corrupção de funcionário estrangeiro no Brasil poderá, eventualmente, ser punida também pelo país do local em que o ato de ofício vier a ser praticado.[383] Essa possibilidade é admitida como compensatória de pena pelo Código Penal brasileiro quando prevê que "a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas" (artigo 8º).

[383] Poderia, eventualmente, surgir conflito positivo de jurisdição caso o país do funcionário público pudesse puni-lo em função de sua nacionalidade ou mesmo pela produção normativa do resultado em território estrangeiro, em casos nos quais o bem jurídico violado fosse a moralidade da Administração Pública estrangeira.

2.2 A CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTRANGEIRO NO EXTERIOR

Essa segunda situação ocorrerá quando o funcionário público estrangeiro a ser corrompido for interpelado em seu próprio país, ou mesmo em outro que não o Brasil, para omitir ou praticar atos de ofício no país de sua nacionalidade, o que poderia atrair jurisdição brasileira tanto porque (i) o Brasil se comprometeu a reprimir a corrupção por tratado internacional como porque (ii) o agente corruptor poderia, eventualmente, ser brasileiro.

Não haveria territorialidade nessas circunstâncias pela definição dos artigos 5º e 6º do Código Penal, mas, sim, hipóteses de extraterritorialidade condicionada nos termos do artigo 7º, inciso II, do Código Penal,[384] o que tornaria necessário recorrer à condição de dupla incriminação para avaliar a incidência da lei penal brasileira.

2.2.1 FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTRANGEIRO INTERPELADO EM SEU PRÓPRIO PAÍS

Esse primeiro exemplo pode ser ilustrado de forma mais concreta por situação hipotética. Suponhamos que Prichard, executivo de empresa que possui contratos com o Governo do país imaginário de Lilliput,[385] ofereça nessa localidade vantagem indevida a Reldresal — que exerce funções públicas em Lilliput, mas não foi eleito nem nomeado por autoridade competente — para garantir a continuidade de seus contratos naquele país.

Segundo o direito lilliputiano, pratica o crime de corrupção ativa aquele que oferece ou promete vantagem indevida a funcionário público, tal como ocorre no direito brasileiro.

---

[384] "Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (...) II - os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados (...)". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[385] País hipotético cujo nome foi tomado de empréstimo da obra "As viagens de Gulliver", de Jonathan Swift (*Gulliver's Travels*. 1ª edição publicada em 1726. Grã-Bretanha: Penguin, 2010). Lilliput é descrita como um arquipélago cujos habitantes são minúsculos e traiçoeiros. Os nomes do executivo e do funcionário citados também foram extraídos dessa obra.

Reldresal, pela definição do artigo 327, § 1º, do Código Penal, equiparar-se-ia a "funcionário público" segundo a lei brasileira, de modo que Prichard, ao oferecer vantagem indevida visando à execução de determinado ato de ofício, praticaria o crime de corrupção ativa caso a conduta ocorresse no Brasil.[386]

Supondo, entretanto, que em Lilliput a definição de funcionário público designe apenas aqueles que se vejam investidos de função pública por eleição popular ou nomeação de autoridade competente, isso poderia desqualificar Reldresal como "funcionário público" em seu país.[387]

Assim, se as autoridades brasileiras, pelo compromisso internacional de combater esse tipo de crime, quisessem, eventualmente, iniciar ação penal por corrupção ativa, problemas ligados à condição de dupla incriminação poderiam surgir, já que a qualificação de "funcionário público" integra o tipo penal de corrupção e o juiz brasileiro apenas poderá aplicar a lei nacional se restar cumprida a condição de dupla incriminação do artigo 7º, § 2º, alínea "b", do Código Penal. Isto é, para ser punida no Brasil, a conduta praticada no exterior precisará coincidir substancialmente em seus elementos constitutivos com a que foi criminalizada em território nacional, o que inclui a definição de "funcionário público".

No exemplo concreto, portanto, se não houver definição de "funcionário público" suficientemente ampla no direito lilliputiano para alcançar as funções exercidas por Reldresal, Prichard não terá praticado o crime de corrupção pelas leis daquele país e o juiz brasileiro também não poderá, por essa mesma razão, substituir o juiz lilliputiano punindo uma conduta que não se enquadre em tipo penal de corrupção pelo critério da territorialidade.

---

[386] "Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (…)". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[387] Matteson Ellis, no artigo "Como os Países da América Latina Definem o Termo 'Funcionário Público'", apresenta uma relação de definições legais que pode ser útil nesse aspecto. Disponível em: <http://fcpamericas.com/portuguese/como-os-paises-da-america-latina-definem-termo-funcionario-publico/#>. Acesso em: 12 out. 2016. Esse parece, por exemplo, ser o caso do direito penal argentino, que assim dispõe no artigo 77 do Código Penal: "por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente". Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#25>. Acesso em: 31 mar. 2015.

2.2.1.1 O ENQUADRAMENTO EM OUTRA FIGURA PENAL

Mas poderia ocorrer de essa conduta ser enquadrada no exterior em tipo penal diferente da corrupção tradicionalmente conhecida no Brasil, como, por exemplo, uma corrupção comercial que porventura se punisse em Lilliput.

Como se viu no Item 2.2 do Título II da Parte II, o critério para definir o "fato punível" para fins de extraterritorialidade não se resume a uma simples análise formal de dupla tipicidade, como costuma ocorrer no caso da extradição. Para estabelecer a abrangência da lei penal no espaço, analisa-se o comportamento criminalizado em sua essência, levando em conta o que se busca proteger ou evitar com a incidência do direito penal para decidir se existe identidade substancial que autorize o juiz brasileiro a substituir o juiz estrangeiro na aplicação de sua lei. A extraterritorialidade não deve legitimar a aplicação indiscriminada da lei brasileira, mas suprir lacunas de jurisdição por um critério excepcional, permitindo a um juízo que não seria competente pela regra geral de territorialidade punir condutas que reúnam condições mínimas para justificar sua atuação.

Isso significa dizer que, no caso da corrupção, a simples classificação da conduta como crime em dois ordenamentos não será suficiente a menos que os crimes coincidam substancialmente, avaliação que será sempre casuística na medida em que dificilmente haverá coincidência estrita entre os elementos necessários para definir o crime em cada ordenamento. Essa avaliação passará, invariavelmente, pela análise do objeto de proteção da norma, conceito que integra a acepção material do delito apesar das incertezas que comporta.[388]

---

[388] Segundo Claus Roxin (*Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, 1997, p. 70): "(...) la misión del Derecho penal como protección de bienes jurídicos es ampliamente reconocida en la doctrina moderna. Sin embargo, no se ha ganado mucho con ello, ya que el concepto de bien jurídico, aunque no se lo reduzca a la *ratio legis* (nm. 7), se describe del modo más diverso y frecuentemente resulta bastante vaga su operatividad para la elaboración de un concepto material de delito. Así se caracteriza el bien jurídico como 'bien vital' reconocido socialmente como valioso, como 'valor jurídico' o 'interés jurídico', como interés jurídicamente reconocido 'en um determinado bien como tal en su manifestación general', como 'la pretensión de respeto emanada de supuestos de hecho valiosos, en la medida en que los órganos estatales han de reaccionar com consecuencias jurídicas ante su lesión no permitida', o como 'unidad funcional valiosa'".

Logo, se a conduta de Prichard, em Lilliput, eventualmente configurar corrupção comercial, será necessário avaliar o objeto de proteção desse crime e os elementos necessários para constituí-lo no exterior, realizando-se, em seguida, correspondência com o ordenamento jurídico brasileiro para concluir se a aplicação da lei nacional é pertinente e se o tipo de corrupção no Brasil alcança, de fato, o comportamento incriminado.

Na corrupção tradicional, como vimos, tutela-se sobretudo a Administração Pública em sua moralidade e probidade.[389] Já na corrupção comercial, como explica Anna Cecília Santos Chaves, embora exista uma lógica de rompimento com deveres éticos, o agente particular se pauta por regras direcionadas a sujeitos que operam no mercado, não existindo um dever de imparcialidade que, na esfera pública, justificaria a punição pelo crime de corrupção. Os interesses protegidos na esfera privada pertencem a terceiros, como os concorrentes do corruptor e os consumidores, que, segundo a autora, "direta ou indiretamente sofreriam os impactos de uma ingerência artificial nas regras das relações econômicas, desestabilizando o princípio da livre concorrência".[390]

O suborno no setor privado é também definido pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,[391] em sua vertente ativa, pela promessa, oferecimento ou concessão, "de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar".

Não se busca proteger com a corrupção comercial, portanto, a Administração Pública ou qualquer de seus princípios, como ocorre no caso da corrupção tradicional.

Como já vimos no item anterior, a correspondência para se buscar a dupla incriminação não pode ser feita em relação ao tipo do artigo 333 do Código Penal em relação à empresa lilliputiana, pela inexistência de oferta a funcionário público conforme definição de Lilliput. Isso só poderia, então, ocorrer se fosse encontrado outro tipo no

---

[389] Parte I, Título II, Item 4 ("Objeto de Proteção nos Crimes de Corrupção Interna e Corrupção Internacional").

[390] *A Corrupção Privada no Brasil*. Revista Jurídica ESMP-SP, V.4, 2013, p. 238.

[391] Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

Brasil que prescindisse da menção a funcionário público. Conforme artigo 195, inciso IX, da Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996, pratica o crime de concorrência desleal aquele que "dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem", bem como, pelo inciso X, aquele que "recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador".

No caso, assim, do sujeito que corrompe agente que não se qualifica como funcionário público segundo o direito estrangeiro, mas pratica, eventualmente, corrupção comercial no exterior, seria possível realizar correspondência desse tipo com o crime de concorrência desleal no Brasil, punindo-o por extraterritorialidade desde que presentes as demais condições do artigo 7º do Código Penal. Isso já não ocorreria, no entanto, se a promessa de vantagem fosse realizada fora de uma relação entre concorrentes.

Em relação ao exemplo de Lilliput, portanto, só estaria configurada a dupla incriminação se a oferta de vantagem a seu funcionário fosse feita pela multinacional brasileira como concorrente, e, não, como fornecedora ou simples contratada. Faltando tal requisito, não poderia haver persecução penal no Brasil.

2.2.2 FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTRANGEIRO INTERPELADO EM OUTRO PAÍS

Resta analisar a hipótese do funcionário público estrangeiro que é corrompido em um terceiro país.

Nessa segunda variante, o funcionário público Reldresal receberia, por exemplo, oferta de vantagem indevida no País dos Houyhnhnms, Estado também imaginário extraído da obra de Jonathan Swift, mas com padrões éticos mais elevados que Lilliput. O ofertante Prichard, a quem as autoridades brasileiras buscariam processar, seria brasileiro e pretenderia, tal como na hipótese do item anterior, garantir a continuidade de seus contratos em Lilliput, mas dessa vez os contratos estariam inseridos no contexto de transação comercial internacional.

Reldresal, como vimos no Item 2.2.1, apenas seria considerado funcionário público em seu país caso houvesse sido investido de função pública por eleição popular ou nomeação de autoridade competente. O conceito que deverá ser utilizado para definir a condição de funcionário público de Reldresal, entretanto, não será o de Lilliput se adotarmos uma perspectiva territorial do direito penal, mas, sim, o do País dos Houyhnhnms, onde a conduta terá sido praticada.

Desse modo, se no País dos Houyhnhnms se criminalizasse a corrupção em transação comercial internacional tal como no Brasil, o juiz brasileiro poderia aplicar a lei nacional com base nos critérios de extraterritorialidade do artigo 7º do Código Penal, adotando definição ampla de "funcionário público" que alcançaria também funcionários estrangeiros como Reldresal. Isso sem excluir, evidentemente, a possibilidade de recorrer ao direito de Lilliput para afastar a natureza criminosa da conduta considerando que os efeitos do crime se produziriam por lá.[392]

Havendo divergências nas regras de incriminação, a solução poderia ser encontrada com base no raciocínio desenvolvido no item anterior, recorrendo-se, por exemplo, ao tipo de concorrência desleal para punir a conduta praticada por Prichard.

2.3 A CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO BRASILEIRO NO EXTERIOR

Já nessa última hipótese o que muda é a nacionalidade do funcionário público corrompido.

Imagine-se, por exemplo, que o mesmo executivo Prichard citado nos itens anteriores resolvesse, dessa vez para manter contratos com o Poder Público no Brasil, corromper o funcionário público brasileiro Munodi em viagem de férias pela Ilha de Circe,[393] oferecendo a ele vantagem indevida.

---

[392] O critério do resultado normativo será visto no Item 2.3 abaixo ("A Corrupção de Funcionário Público Brasileiro no Exterior").

[393] A Ilha de Circe é uma ilha desconhecida na qual Ulisses e seus companheiros aportam a caminho de Ítaca. A ilha era habitada pela feiticeira Circe, que transformou parte dos companheiros de Ulisses em porcos após convidá-los para um banquete e lhes oferecer bebidas que fizeram com que se esquecessem de quem eram. Nesse sentido: HOMERO. *Odisseia*. Tradução de Jaime Bruna. São Paulo: Cultrix, 2006.

Como se viu no Item 2.2.3 do Título I da Parte II, o artigo 6º do Código Penal apenas considera praticado o crime no lugar em que ocorre a ação ou omissão, ou onde o resultado se produza ou deva produzir-se. O conceito de "resultado" ganha relevância na medida em que a corrupção ativa constitui "crime formal" e se consuma pela simples oferta ou promessa de pagamento no Brasil,[394] sem que o "resultado" integre a figura típica.

"Resultado", no entanto, nas palavras de Delmanto *et alii*, deve ser visto sempre sob dois prismas: (i) o *naturalístico*, que "consiste na modificação provocada no mundo exterior pela conduta do agente (ex.: a morte, no homicídio; o dano, no crime de dano)"; e (ii) o *jurídico ou normativo*, que se refere "à própria lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (ex.: a incolumidade e a saúde públicas, nos crimes contra a saúde pública; a fé pública, nos crimes de falsidade documental)".[395] Nem todo crime acarretaria resultado naturalístico, mas todo crime exigiria resultado jurídico ou normativo.[396]

Como explica Orfeo Cecchi, se por "crime formal" se entende todo aquele que constitui infração ou violação de uma norma ou preceito de direito penal, todo crime será "formal", porque não existe crime que não constitua infração ou violação de um comando jurídico. E se por "crime material" se entende todo aquele que gera dano ou lesão (isto é, a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse jurídico ou de um direito subjetivo relevante, penalmente tutelado ou sancionado) ou perigo de dano ou lesão, todo crime será também sempre material.[397]

Segundo Claus Roxin, delitos classificados como "materiais", na verdade, nada mais representam que delitos nos quais o "resultado" previsto na norma consiste em uma consequência de lesão ou perigo separados espacial e temporalmente da ação do autor

---

[394] Parte I, Título II, Item 2.2.1 ("Tipicidade Objetiva e Subjetiva").
[395] Cit., p. 126.
[396] Idem.
[397] *Il reato formale*. In: "Annali di Diritto e Procedura Penale", Torino, v. 2, p. 245-262, 1933, pp. 246-247. Também segundo Giuseppe Maggiore, a consequência básica da distinção entre crimes formais e materiais é que nestes se admite a tentativa porque existe um *iter criminis*, enquanto naqueles a simples tentativa basta para consumá-los juridicamente. Não se pode interpretar essa distinção, entretanto, de modo a excluir o resultado em crimes formais ou de perigo, pois todo crime possui resultado. O que ocorre nos crimes formais é que esse resultado pode ser somente imaterial, mas nunca inexistente (*Derecho Penal*. Vol. I. Bogotá: Editorial Temis, 1971, p. 294).

(como a morte no caso do homicídio), enquanto nos delitos formais a realização do tipo coincide com a própria ação e não existe, portanto, um resultado cronologicamente separado.[398]

No caso da corrupção, a conduta de oferecer ou prometer vantagem a funcionário público viola, como se estudou,[399] o bem jurídico "Administração Pública", "especialmente a sua moralidade",[400] resultado que integra o tipo penal do ponto de vista jurídico.

Ao prever que incorrerá em corrupção passiva o funcionário que, em função do cargo, solicite ou receba vantagem ou, ainda, aceite promessa de recebê-la, sem vincular essa conduta à prática de ato específico, reprimiu o Código Penal o próprio comportamento imoral do servidor, sem exigir que dessa imoralidade resultasse infração funcional, resguardando-se, pois, a probidade teórica da Administração Pública. Já na corrupção ativa, vinculou-se expressamente a conduta do particular à intenção de induzir a prática ou omissão de ato de ofício, protegendo o bom funcionamento da Administração Pública de modo mais concreto, mas igualmente sem se exigir a efetiva prática de ato de ofício.

Isso significa dizer, no caso do agente que se dirige a funcionário público brasileiro no exterior visando à obtenção de atos no Brasil, que o resultado da corrupção ativa e passiva se produzirá em território nacional mesmo que a conduta seja praticada no exterior, o que atrai jurisdição brasileira pelo critério da territorialidade dos artigos 5º e 6º do Código Penal.

Essa hipótese não se confunde, no que se refere ao agente corruptor,[401] com a adoção do princípio de defesa em casos de extraterritorialidade. O princípio de defesa,

---

[398] ROXIN, Claus, cit. Também segundo Juan Del Rosal (cit., p. 558), delito material é aquele com resultado tangível, são delitos em que a manifestação de vontade e o resultado aparecem em unidade de tempo diferente, como no homicídio (há um disparo e, depois, a morte). Nos delitos formais não há resultado tangível e esses componentes se encontram unidos.

[399] Parte I, Título II, Item 4 ("Objeto de Proteção nos Crimes de Corrupção Interna e Corrupção Internacional").

[400] Delmanto *et alii*, cit., p. 952.

[401] O funcionário brasileiro poderia ser punido por corrupção passiva por extraterritorialidade incondicionada, com base na regra do artigo 7º, inciso I, alínea "c" do Código Penal: "Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I - os crimes: (...) c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço (...)". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

como se discutiu no Item 1.3 da Parte II, Título I, considera a nacionalidade do titular do bem jurídico ameaçado para definir a existência de interesse do Estado na aplicação de sua lei. A ação delitiva que lesiona determinados interesses fica, assim, submetida à legislação, jurisdição e nacionalidade do bem jurídico infringido, ainda que o local de sua violação seja outro.

Pelo princípio de defesa, o Brasil poderia, em tese, punir o crime de homicídio no exterior quando a vítima fosse brasileira em qualquer situação,[402] o que já não ocorreria pelo critério territorial do "resultado" porque, nesse caso, a consumação se esgotaria no exterior tanto do ponto de vista naturalístico como do ponto de vista normativo.

Na corrupção, a hipótese é diferente, já que, mesmo praticada a conduta incriminada no exterior, o bem jurídico por ela afetado continuaria sendo a Administração Pública brasileira (e não a do país estrangeiro), necessariamente se produzindo no Brasil, portanto, o resultado normativo. Trata-se, na verdade, de um exemplo menos corriqueiro do que a doutrina denomina "crime à distância", isto é, uma infração na qual a conduta ocorre em determinado país e seu resultado se produz em outro.[403]

---

[402] O que não ocorre, tendo o princípio de defesa aplicação limitada na lei brasileira.

[403] O crime à distância não se confunde com o crime plurilocal. Segundo Geraldo Batista de Siqueira: "crimes plurilocais, como os denominava Carnelutti, e crimes à distância, confundidos por alguns, são aqueles em que ação e resultado se separam no espaço físico. A execução ocorrendo em uma comarca e o seu efeito, a consumação, em outra, dentro ou mesmo fora do território nacional. Nos crimes plurilocais, a diversidade de lugar se verifica, mas, execução e evento se realizando nos limites do território nacional, ainda que em mais de uma unidade da Federação. Já os cognominados delitos à distância, embora desmembrados no espaço, execução e resultado, os mesmos têm lugar em território nacional e em terras estrangeiras" ("Da competência pelo lugar da infração – crimes plurilocais e crimes à distância". In: *Justitia*, São Paulo, v. 50, n. 144, out./dez. 1988, pp. 70-84).

3. PAGAMENTOS DE FACILITAÇÃO

3.1 ORIGEM E DEFINIÇÃO

O conceito de "pagamentos de facilitação" deriva, principalmente, do direito norte-americano, que prevê, no FCPA, uma exceção para o enquadramento no crime de corrupção internacional quando a entrega de vantagem indevida constituir "pagamento de facilitação ou agilização a um dirigente, partido político ou dirigente de partido político estrangeiro para fins de agilizar ou garantir a realização de uma ação governamental de rotina por um dirigente, partido político ou dirigente de partido político estrangeiro".[404] Segundo o estatuto:

> (A) O termo "ação governamental de rotina" significa somente uma ação que é normal e comumente realizada por um dirigente estrangeiro ao -- (i) obter autorizações, licenças ou outros documentos oficiais para qualificar uma pessoa a conduzir negócios em um país estrangeiro; (ii) processar documentação governamental, tais como vistos e ordens de trabalho; (iii) fornecer proteção policial, coleta e entrega de correspondência ou agendamento de inspeções relacionadas ao cumprimento de contratos ou inspeções relacionadas ao trânsito de bens pelo país; (iv) fornecer serviço telefônico, elétrico, de água, carregamento e descarregamento de carga, ou proteger produtos perecíveis ou produtos básicos contra a deterioração; ou (v) empreender ações de natureza semelhante.
> (B) O termo "ação governamental de rotina" não inclui a tomada de decisão, por parte de um dirigente estrangeiro, de outorgar ou não novos contratos, e em que termos outorgá-los, ou a decisão de prorrogar um contrato com uma determinada parte, ou qualquer ação empreendida por um dirigente estrangeiro envolvido no processo de tomada de decisão para estimular uma decisão de outorgar um novo contrato ou prorrogar um contrato com uma parte determinada.[405]

De acordo com essa regra, uma multinacional que concordasse, por exemplo, em pagar uma pequena taxa de facilitação a determinado agente governamental para acelerar a liberação de alguma licença à qual a empresa tivesse, de fato, direito, não cometeria crime de corrupção no exterior, já que o pagamento apenas agilizaria um procedimento regular.

---

[404] *Código Federal dos EUA*. Título 15, Capítulo 2-B. Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior. Atualizada até a Lei de Direito Público Pub. L. 105-366 (10 de novembro de 1998). Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

[405] *Código Federal dos EUA*. Título 15, Capítulo 2-B. Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior. Atualizada até a Lei de Direito Público Pub. L. 105-366 (10 de novembro de 1998). Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

Se, no entanto, o pagamento envolvesse a liberação de uma licença que infringisse de algum modo as leis do país estrangeiro, a conclusão já não seria a mesma: a "agilização" pretendida violaria um dever funcional de não conceder a licença.[406]

Essa exceção foi introduzida no FCPA em 1988 como forma de flexibilizar a regra original que proibia, de forma mais ampla, a realização de pagamentos no exterior.

Como explica Jon Jordan, quando a Lei Anticorrupção norte-americana foi aprovada, no final dos anos 1970, já se sabia que não seria possível proibir taxativamente os denominados "pagamentos de facilitação" em função das desvantagens competitivas que o estatuto causaria ao proibir, de forma mais genérica, todas as formas de pagamento ilícito no exterior, que seguiriam, naquele momento, autorizadas em países concorrentes.[407]

---

[406] O caso é exemplificado no próprio Guia Anticorrupção disponibilizado no sítio eletrônico do Departamento de Justiça dos Estados Unidos: "Company A is a large multi-national mining company with operations in Foreign Country, where it recently identified a significant new ore deposit. It has ready buyers for the new ore but has limited capacity to get it to market. In order to increase the size and speed of its ore export, Company A will need to build a new road from its facility to the port that can accommodate larger trucks. Company A retains an agent in Foreign Country to assist it in obtaining the required permits, including an environmental permit, to build the road. The agent informs Company A's vice president for international operations that he plans to make a one-time small cash payment to a clerk in the relevant government office to ensure that the clerk files and stamps the permit applications expeditiously, as the agent has experienced delays of three months when he has not made this 'grease' payment. The clerk has no discretion about whether to file and stamp the permit applications once the requisite filing fee has been paid. The vice president authorizes the payment. A few months later, the agent tells the vice president that he has run into a problem obtaining a necessary environmental permit. It turns out that the planned road construction would adversely impact an environmentally sensitive and protected local wetland. While the problem could be overcome by rerouting the road, such rerouting would cost Company A $1 million more and would slow down construction by six months. It would also increase the transit time for the ore and reduce the number of monthly shipments. The agent tells the vice president that he is good friends with the director of Foreign Country's Department of Natural Resources and that it would only take a modest cash payment to the director and the 'problem would go away'. The vice president authorizes the payment, and the agent makes it. After receiving the payment, the director issues the permit, and Company A constructs its new road through the wetlands. Was the payment to the clerk a violation of the FCPA? No. Under these circumstances, the payment to the clerk would qualify as a facilitating payment, since it is a one-time, small payment to obtain a routine, non-discretionary governmental service that Company A is entitled to receive (i.e., the stamping and filing of the permit application). However, while the payment may qualify as an exception to the FCPA's anti-bribery provisions, it may violate other laws, both in Foreign Country and elsewhere. In addition, if the payment is not accurately recorded, it could violate the FCPA's books and records provision. Was the payment to the director a violation of the FCPA? Yes. The payment to the director of the Department of Natural Resources was in clear violation of the FCPA, since it was designed to corruptly influence a foreign official into improperly approving a permit. The issuance of the environmental permit was a discretionary act, and indeed, Company A should not have received it. Company A, its vice president, and the local agent may all be prosecuted for authorizing and paying the bribe" (*A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. [United States] 14 Nov. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016).

[407] Nesse sentido: "The legislative history behind the enactment of the FCPA provides an interesting glimpse into a Congress that created the exception for facilitation payments, despite its view that facilitation payments were 'reprehensible.' Congress was concerned during the time of the drafting of the FCPA in the late seventies that facilitation payments appeared to be a part of doing business internationally and that

Era necessário, assim, reservar alguma margem de manobra, embora a linguagem então escolhida fosse vaga e não resolvesse o problema.[408]

Como forma de contornar essa questão, o Congresso norte-americano decidiu, em 1988, pela reforma do FCPA, esclarecendo a abrangência da exceção e definindo-a pelo propósito do pagamento em si, que deveria necessariamente se vincular a atos não discricionários.[409]

Segundo Elizabeth K. Spahn, a justificativa teórica para essa exceção é que os "pagamentos de facilitação" não induzem à prática de nenhum ato ilícito, já que seu propósito necessariamente se vincula à realização de ações que integram os deveres do agente público. Do ponto de vista prático, a exceção também se justificaria porque o objetivo da Lei Anticorrupção norte-americana é combater a corrupção que se opera em grandes proporções, podendo se mostrar inconveniente movimentar a máquina pública para alcançar condutas relativamente inofensivas.[410]

A aceitação dessa exceção, entretanto, não é unânime. Como explica Jon Jordan, praticamente todos os países no mundo proíbem os denominados "pagamentos de

---

unilaterally prohibiting domestic companies from making them, on top of the restrictions already imposed by the FCPA, would place them at a competitive disadvantage in the global marketplace. (...) The FCPA was the subject of much criticism after the passage of the new statute. Many in the business community complained that the FCPA had put domestic companies at a disadvantage to their foreign competitors, since domestic companies could no longer pay the bribes often necessary to land lucrative government contracts that their foreign counterparts could. Some also argued that this disadvantage resulted in a downturn in profitability for many domestic companies. This led some critics to call for an international agreement with the world's industrialized countries that would impose on foreign companies the same kind of prohibitions that domestic companies were facing under the FCPA. The idea was that if foreign companies were under the same kind of anti-bribery laws as domestic companies were, the playing field would be more level and foreign competitors would no longer have an unfair advantage." (JORDAN, Jon. "The OECD's Call for an End to 'Corrosive' Facilitation Payments and the International Focus on the Facilitation Payments Exception Under the Foreign Corrupt Practices Act." In: *University of Pennsylvania Journal of Business Law*. Summer, 2011. 13 U. Pa. J. Bus. L. 881, p. 4).

[408] Nas palavras de Jon Jordan: "Outside of the adverse competitive effects of the FCPA, critics also complained that the language within the FCPA was vague, especially with respect to the facilitation payments exception. These critics argued that the FCPA did not specifically spell out, by their purpose, what permissible grease payments were, as legislative history had suggested, but instead focused on the recipient's position and whether the recipient's duties were 'ministerial or clerical.' These critics argued that the vagueness in the exception, along with other parts of the FCPA, had created a chilling effect in the export trade market for many domestic companies, since many companies had stopped dealing in the market altogether due to the uncertainties of complying with the FCPA. These critics contended that the FCPA needed more specific guidelines, including better language in the facilitation payments exception" (cit., p. 5).

[409] Nesse sentido: JORDAN, Jon, cit., pp. 4-6.

[410] "Local Law Provisions under the OECD Anti-Bribery Convention". In: *Syracuse Journal of International Law & Commerce*. Spring, 2012. 39 Syracuse J. Int'l L. & Com. 249.

facilitação", o que pode trazer problemas criminais para empresas ou pessoas físicas que decidam realizá-los mesmo havendo previsão expressa no FCPA, já que continuariam sujeitas às leis repressivas de outros Estados.[411]

Além disso, essa previsão seria hoje obsoleta segundo Tanya Rolo, já que a incerteza que dominava o ambiente competitivo de quarenta anos atrás, quando os Estados Unidos aprovaram o FCPA com a proposta de não prejudicar exageradamente suas multinacionais, já não existe.[412]

É verdade que, nos *Comentários à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais* adotados em 21 de novembro de 1997 acordou-se, inicialmente, que "pequenos pagamentos de facilitação" não se enquadrariam no escopo da criminalização, ressalvando-se que os países signatários da Convenção da OCDE deveriam apenas endereçar esse problema por meio de ações de boa governança.[413]

Mais recentemente, contudo, a OCDE passou a adotar postura mais assertiva, recomendando expressamente que seus países-membros revissem periodicamente suas políticas internas para combater o problema dos pagamentos de facilitação e encorajassem suas empresas a proibir esse tipo de comportamento.[414] Essa postura tem sido adotada também por organizações não governamentais.[415]

---

[411] "Another important aspect of the facilitation payments exception is that it is somewhat unique to the United States and the FCPA, and is not an exception under most foreign anti-bribery laws. Only five countries in the world, including the United States, provide an exception for facilitation payments under their relevant foreign anti-bribery laws. Therefore, domestic companies that make and properly record facilitation payments in compliance with the FCPA can still find themselves liable for such payments under some other country's foreign anti-bribery law" (JORDAN, Jon, cit., p. 4).

[412] "Retaking the helm against international bribery: the facilitating payments exception and sovereign dominance". In: *Fordham International Law Journal*. November, 2012. 35 Fordham Int'l L.J. 1884, pp. 12-13.

[413] Comentário n.º 9: "'Small "facilitation' payments do not constitute payments made 'to obtain or retain business or other improper advantage' within the meaning of paragraph 1 and, accordingly, are also not an offence. Such payments, which, in some countries, are made to induce public officials to perform their functions, such as issuing licenses or permits, are generally illegal in the foreign country concerned. Other countries can and should address this corrosive phenomenon by such means as support for programmes of good governance. However, criminalisation by other countries does not seem a practical or effective complementary action" (*Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016).

[414] "In view of the corrosive effect of small facilitation payments, particularly on sustainable economic development and the rule of law that Member countries should: i) undertake to periodically review their policies and approach on small facilitation payments in order to effectively combat the phenomenon; ii)

As razões para combater esses pagamentos, segundo Antonio Argandoña, são múltiplas.[416] Em primeiro lugar, agentes públicos seriam encorajados por essa via a não desempenhar os ofícios que lhes foram confiados com a eficiência que deveriam, assim como o responsável pelo pagamento de facilitação deixaria de ter acesso a um serviço que lhe deveria ser prestado independentemente de qualquer benefício material, o que representa uma perda tanto em termos financeiros como também de tempo, já que o serviço ficaria condicionado a um pagamento desnecessário. Essa conduta, além disso, estimularia comportamentos análogos no futuro.[417]

É por essa razão que os Estados Unidos buscam atribuir uma interpretação sempre restritiva à exceção dos pagamentos de facilitação, excluindo de seu escopo pagamentos

---

encourage companies to prohibit or discourage the use of small facilitation payments in internal company controls, ethics and compliance programmes or measures, recognising that such payments are generally illegal in the countries where they are made, and must in all cases be accurately accounted for in such companies' books and financial records" (*Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. 26 Nov. 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016).

[415] "In 2003, Transparency International published its Business Principles for Countering Bribery, designed to help companies develop and implement effective compliance programs geared towards the prevention of bribery. The Business Principles, which stated that companies should prohibit bribery 'in any form,' and implement a compliance program designed to do so, specifically recommended that companies develop a compliance program that would, among other things, prohibit the use of facilitation payments. (...) World Economic Forum was another international non-governmental organization that called for an end to facilitation payments. (...) In 2004, the World Economic Forum, an international organization focusing on corporate governance, launched a 'Partnering Against Corruption Initiative' designed to develop principles for the purposes of providing 'a competitive level playing field.' In 2005 the Initiative came out with its 'Principles for Countering Bribery' ('PACI Principles') which, like the Business Principles, stated that companies should follow a policy of prohibiting bribery 'in any form,' and implement that policy through an internal compliance program. The PACI Principles then specifically recommended that the internal compliance program support the elimination of facilitation payments. In recommending the elimination of facilitation payments, the PACI Principles stressed that facilitation payments were prohibited in almost every country in the world. (...) The building international storm over the issue of facilitation payments also impacted the international private sector's perception and use of these payments. In October 2009, TRACE, a non-profit organization that focuses on anti-bribery compliance for multinational companies, published a global survey which revealed that many international companies had avoided or prohibited the use of facilitation payments. The TRACE Survey, a survey of corporations located throughout the world, examined how facilitation payments were 'perceived in the international business community' and whether they were permitted by corporations. The TRACE Survey came out with several major findings. The most significant finding was that over seventy percent of those surveyed believed that their company 'never, or only rarely' made facilitation payments, even when company policies permitted them. In addition, seventy-six percent of international corporations felt that it was possible to successfully do business without having to make facilitation payments, 'given sufficient management support and careful planning.' Further, ninety-three percent of those surveyed stated that their jobs would be 'easier, or at least no different, if facilitation payments were prohibited in every country' in the world" (JORDAN, Jon, cit., p. 4).

[416] "Corruption and Companies: The Use of Facilitating Payments". In: *Journal of Business Ethics*, Vol. 60, No. 3, Entrepreneurship and Ethics (Sep., 2005), pp. 251-264.

[417] ARGANDOÑA, Antonio, cit., pp. 257-261.

que, mesmo indiretamente, possam demandar alguma espécie de discricionariedade por parte do receptor.[418]

Sem prejuízo de todas essas ressalvas, a exceção existe no direito norte-americano e pode gerar consequências em termos de extraterritorialidade caso o Brasil precise recorrer ao direito estrangeiro para punir eventual corrupção internacional que se submeta à lei dos Estados Unidos.

3.2 PAGAMENTOS DE FACILITAÇÃO E EXTRATERRITORIALIDADE

As hipóteses de extraterritorialidade em que seria, a princípio, necessário recorrer ao conceito de "pagamentos de facilitação" e à sua natureza jurídica são basicamente duas. A primeira envolve situações em que o pagamento de facilitação é realizado em país que o admita internamente; a segunda, situações em que o pagamento não seja admitido internamente, mas possa ser realizado caso se destine a agentes públicos de outro país.

---

[418] Nesse sentido: "There is little caselaw squarely addressing the facilitation payment exception. A 2004 case, United States v. Giffen, skirts the exception. The defendant in Giffen paid $ 78 million to foreign officials in Kazakhstan 'for the sole purpose of obtaining and retaining business for [the defendant's company,] Mercator.' The defendant did not challenge the facts alleged in the indictment, and did not submit that the payment fell within the facilitation payment exception. The court nonetheless addressed the exception and concluded that 'the alleged payments [could not] be characterized as 'facilitating' a routine governmental action because, as alleged in the indictment, they were primarily intended to influence the senior Kazakh officials to award new business to Mercator.' United States v. Kay provides further guidance, albeit *in dicta*. The defendants in Kay were accused of bribing Haitian officials to understate customs duties and sales taxes on rice that the defendants' company shipped into Haiti. Such an understatement, according to the prosecution, would serve to obtain or retain Haitian business for the company. The district court granted the defendants' motion to dismiss for failure to state a claim, concluding that 'as a matter of law, an indictment alleging illicit payments to foreign officials for the purpose of avoiding substantial portions of customs duties and sales taxes to obtain or retain business are not the kind of bribes that the FCPA criminalizes.' The Fifth Circuit disagreed, however, and held that 'such bribes could (but do not necessarily) come within the ambit of the statute.' The court ultimately concluded that although Congress understood the 'pragmatic need' for a facilitation payment exception, legislative history indicated an intention to interpret the exception narrowly: 'By narrowly defining exceptions and affirmative defenses against a backdrop of broad applicability, Congress reaffirmed its intention for the statute to apply to payments that even indirectly assist in obtaining business or maintaining existing business operations in a foreign country.' The language in Kay is helpful in determining what types of payments do not fall under the facilitation payment exception: those intended to 'obtain or retain business.' Using these cases to determine what payments might fall within the scope of the facilitation payment exception, however, has proven a slippery task" (STRAUSS, Emily N. "Easing out the FCPA facilitation payment exception". In: *Boston University Law Review*. January, 2013. 93 B.U.L. Rev. 235, p. 4).

3.2.1 O PAGAMENTO DE FACILITAÇÃO EM PAÍS QUE NÃO CONSIDERA ESSA PRÁTICA CRIME

Um executivo brasileiro que oferecesse vantagem de pequena monta para obter serviços de segurança pública em país no qual o serviço já deveria ser prestado incorreria, em tese, no crime de corrupção ativa, pois estaria oferecendo vantagem indevida para obter ato de ofício. Isso ocorreria porque, mesmo sendo a vantagem insignificante, o ordenamento jurídico do país estrangeiro poderia não afastar a tipicidade de condutas como essa em casos de crimes contra a Administração Pública.[419] Essa prática, assim, poderia ser punida no Brasil por extraterritorialidade conforme artigo 7º, inciso II, alíneas "a" e "b", do Código Penal.

Se, entretanto, no país em questão se admitissem pagamentos como esse, considerados "de facilitação", a conclusão já não seria a mesma, porque, como adiantamos, a lei penal brasileira apenas se aplica por extraterritorialidade quando cumprida a condição de dupla incriminação.

Em determinados mercados emergentes, como explica Tanya Rolo, o pagamento de vantagens indevidas a agentes governamentais é um custo esperado e necessário para fechar negócios, alcançando tais pagamentos o cotidiano de empresas internacionais que pretendam atuar nesse contexto.[420]

Desse modo, para definir se a lei brasileira poderia incidir, o juiz precisaria consultar o direito estrangeiro para aferir se existe alguma circunstância que impeça a punição do fato pelo direito penal,[421] que pode derivar tanto das categorias tradicionais de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade admitidas pelo direito brasileiro como das denominadas "exceções", exemplo das quais seriam os "facilitating payments" do direito norte-americano, que nada mais são que um mecanismo para excluir a existência de

---

[419] O princípio da insignificância não se encontra positivado na legislação brasileira e decorre preponderantemente de decisões judiciais não vinculantes. Embora haja precedentes no Brasil reconhecendo sua incidência em crimes contra a Administração Pública, a matéria ainda é controvertida. Nesse sentido: BOTTINI *et alii*, cit., p. 127.

[420] ROLO, Tanya, cit., p. 1.

[421] Nos termos do artigo 14 do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB), "não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca [no caso, o Ministério Público] prova do texto e da vigência". Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

tipicidade. Se houver circunstância dessa natureza, não haverá crime e, portanto, também não estará presente a condição de dupla incriminação exigida pelo Código Penal.

3.2.1.1 A EXCLUSÃO DO CRIME PELO DIREITO BRASILEIRO EM CASOS DE PAGAMENTO DE FACILITAÇÃO

Resta analisar se, mesmo ausente circunstância no direito estrangeiro que exclua a existência de corrupção quando houver "pagamentos de facilitação", existiria no direito brasileiro algum instrumento que impedisse a aplicação da lei penal. A dupla incriminação trata não apenas da criminalização da conduta no exterior como de sua criminalização no Brasil, já que o juiz brasileiro deverá utilizar sempre a lei nacional.

A legislação penal brasileira não prevê, sob a forma de "exceção", regras que tratem de "pagamentos de facilitação", de modo que essa prática no Brasil não ensejaria, a princípio, tratamento jurídico diferenciado. Ao criminalizar a corrupção, o Código Penal não fez distinção de natureza ou relevância do ato a ser praticado ou omitido pelo funcionário público, bastando que o particular tenha por fim determinar o agente público a praticar, omitir ou retardar ato compreendido em seu rol de atribuições para haver corrupção ativa ou corrupção ativa em transação comercial internacional.[422]

No entanto, tanto o artigo 333 como o artigo 337-B do Código Penal tipificam condutas que têm por objetivo determinar o agente a "praticar, omitir ou retardar ato de ofício", sem fazer referência a eventuais promessas ou ofertas de pagamento que tivessem por fim "acelerar" a prática de ato de ofício lícito cuja realização não se encontrasse na discricionariedade do funcionário público, hipóteses que se aproximam dos denominados "pagamentos de facilitação". Isso, em um primeiro momento, poderia sugerir que a conduta não foi criminalizada pelo legislador, sobretudo em vista do princípio penal da taxatividade.[423]

---

[422] Admitindo-se em alguns casos a incidência do princípio da insignificância, como vimos.

[423] Segundo Guilherme de Souza Nucci, o princípio da taxatividade "significa que as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida por parte do destinatário da norma. (...) Ensina Luiz Luisi que 'o postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo

A conduta de "determinar a prática de ato de ofício", porém, parece comportar a modalidade "acelerar a prática de ato de ofício".

De fato, quando se oferece ou promete vantagem a funcionário público para garantir celeridade, o que se está a fazer é solicitar uma proatividade que de outro modo não existiria, isto é, acelerar a prática de ato a que o particular tem efetivamente direito. Isso significa que surge com a conduta examinada ato de ofício independente, que pode ser ilicitamente mercadejado pelo agente público que se deixe determinar em função de incentivos inapropriados.[424]

Pagamentos de facilitação, desse modo, apenas não seriam punidos na hipótese deste tópico quando fossem efetivamente admitidos no país em que realizados.

3.2.2 O PAGAMENTO DE FACILITAÇÃO EM PAÍS QUE PUNE INTERNAMENTE ESSA PRÁTICA, MAS PERMITE SUA REALIZAÇÃO QUANDO DESTINADO A AGENTES ESTRANGEIROS

Diferente do que ocorre no caso do país em que o "pagamento de facilitação" é lícito, alguns países, como os Estados Unidos, consideram-no legítimo apenas quando destinados a agentes públicos no exterior, punindo internamente esse tipo de conduta caso

---

contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme' (Os princípios constitucionais penais, p. 18)" (cit., p. 89).

[424] No julgamento da apelação criminal n.º 2007.38.13.003729-7, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região decidiu, em caso que tratava de pagamento de vantagens indevidas para agilização na emissão de passaportes, que havia crime de corrupção. A decisão restou assim ementada: "PENAL. PROCESSO PENAL. CRIMES DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA E CORRUPÇÃO ATIVA. ARTIGOS 332, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, E 333, CAPUT, DO CP. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1. Suficientemente comprovado nos autos que o acusado, com vontade livre e consciente, solicitou e ao final obteve vantagem indevida, sob o pretexto de influir em ato de funcionário público para acelerar procedimento de emissão de passaporte, incidindo na prática do delito tipificado no art. 332, *caput*, do Código Penal. 2. Comprovada a alegação do acusado de que a vantagem também seria destinada ao funcionário, motivo pelo qual incide a causa de aumento prevista no parágrafo único do mencionado dispositivo legal. 3. As provas dos autos demonstram que o acusado ofereceu vantagem indevida a funcionária pública, para determiná-la a praticar ato de ofício, incidindo no delito tipificado no art. 333, *caput*, do Código Penal. 4. O art. 327 do Código Penal compreende no conceito de funcionário público, para efeitos penais, quem exerce função pública ainda que transitoriamente. 5. Apelação desprovida."

o agente seja nacional. Apenas cinco países, segundo Tanya Rolo, possuem atualmente exceções que permitem esse tipo de pagamento.[425]

A lógica se assemelha à que predominava antes de ser aprovada a Convenção da OCDE, quando se punia a corrupção interna, mas se permitia sua prática quando os agentes públicos fossem estrangeiros. Se um executivo oferecesse, na França, vantagens indevidas para que um agente francês o beneficiasse de alguma forma, responderia por corrupção; se o agente corrompido fosse estrangeiro, a vantagem não apenas não configuraria corrupção como poderia ser deduzida da carga tributária da empresa.[426]

A exceção que trata de pagamentos de facilitação no exterior poderia beneficiar pessoa que viesse a ser processada no Brasil em circunstâncias bastante limitadas: o agente precisaria, em país estrangeiro, oferecer vantagem que se enquadrasse no conceito de "pagamento de facilitação" a funcionário público de um terceiro país em transação comercial internacional, sujeitando-se, em tese, à pena estabelecida no artigo 337-B do Código Penal caso a conduta fosse punida por extraterritorialidade no Brasil. Admitidos, no país em que a conduta ocorresse, pagamentos de facilitação no exterior, ficaria excluída a condição de dupla incriminação e não haveria, portanto, como incidir a lei brasileira.

Se a pessoa a ser processada no Brasil oferecesse, porém, vantagem de pequena monta para ter acesso a serviços de segurança pública no próprio país em que existisse essa exceção nos moldes descritos (i.e., apenas para pagamentos *no exterior*), já não haveria proteção alguma, porque a lei do país em que praticado o crime continuaria não admitindo esse tipo de pagamento nos limites de seu território.

Nada impediria que o juiz brasileiro ponderasse a ofensividade da conduta em vista do princípio da insignificância, mas, como já adiantamos ao longo deste trabalho,[427] a técnica hermenêutica geralmente utilizada em crimes contra a Administração Pública não costuma admitir o uso desse princípio.

---

[425] Estados Unidos, Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Coreia do Sul (cit., p. 4).

[426] Segundo Elizabeth K. Spahn (cit., p. 5): "Australia, Austria, Belgium, France, Germany, Luxembourg, Netherlands, Portugal, New Zealand and Switzerland all permitted favorable tax treatment for bribe payments to foreign (but not their own domestic) officials prior to ratifying the OECD Anti-Bribery Convention.

[427] Parte I, Título II, Item 2.1.1 ("Tipicidade Objetiva e Subjetiva").

Assim, a hipótese de incidência da exceção nesse caso em termos de extraterritorialidade fica bastante limitada.

4. A EXTORSÃO OU CONCUSSÃO COMERCIAL

Outra questão importante quando se estuda a condição de dupla incriminação em crimes de corrupção praticados internacionalmente é a que diz respeito ao tratamento jurídico da extorsão ou concussão comercial.[428]

No direito penal brasileiro, o agente público que constrange o particular a prometer, oferecer ou entregar vantagem indevida pratica os crimes de concussão ou extorsão, não se punindo, geralmente, o particular em função da coação que sofreu, já que não se poderia exigir dele conduta diversa.[429] Esse constrangimento, como regra, apenas é admitido quando encerra algum grau de violência, o que não ocorreria em hipóteses nas quais a ameaça formulada pelo funcionário público para obter vantagem indevida se limitasse a eventuais interesses comerciais do particular, ainda que legítimos.[430]

O Guia Anticorrupção disponibilizado no sítio eletrônico do Departamento de Justiça dos Estados Unidos também explica que situações envolvendo extorsão ou coação não ensejam responsabilidade penal da vítima, porque a realização de pagamentos sob ameaça de violência física não ocorre com intenção de corromper, elemento que integra o tipo penal. Isso já não ocorreria se o pagamento fosse feito para garantir interesses comerciais, já que, nesse caso, haveria uma decisão consciente de violar a lei.[431]

---

[428] A extorsão é tipificada no Brasil pela conduta de "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa" (artigo 158 do Código Penal). Já a concussão é tipificada pela conduta de "exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida" (artigo 316 do Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[429] Ver Parte I, Título II, Item 2.1.4 ("Corrupção Passiva, Concussão e Extorsão") sobre distinção entre corrupção, concussão e extorsão.

[430] Guilherme de Souza Nucci define "grave ameaça" pela "violência moral, consistente no prenúncio de um acontecimento desagradável, com força intimidativa, desde que importante e sério" e "violência" pela "violência já física, isto é, o constrangimento físico voltado à pessoa humana" (cit., p. 743).

[431] "In enacting the FCPA, Congress recognized that real-world situations might arise in which a business is compelled to pay an official in order to avoid threats to health and safety. As Congress explained, 'a payment to an official to keep an oil rig from being dynamited should not be held to be made with the

Esse entendimento é coerente com a interpretação recomendada no âmbito da Convenção da OCDE, no sentido de que o crime deverá incidir mesmo que a vantagem tenha por objetivo preservar ou obter negócios.[432]

Alguns países, entretanto, possuem previsão legal isentando de responsabilidade penal o sujeito que realize pagamentos para garantir que interesses comerciais sejam preservados.

Isso poderia ocorrer tanto porque o agente, nessa situação, teria sua capacidade de livre determinação afetada como porque a finalidade do pagamento, em si, não seria obter tratamento privilegiado por parte da Administração Pública, mas evitar que seus funcionários ilegalmente prejudicassem interesses comerciais legítimos.[433]

No julgamento de Frederic Bourke Jr., por exemplo, alegou-se em sua defesa que os pagamentos entendidos como ilícitos haviam sido realizados sob ameaça de que negócios não seriam fechados a menos que os pagamentos ocorressem, o que constituiria extorsão segundo a lei do Azerbaijão e isentaria o agente que os realizasse de responsabilidade penal.[434]

---

requisite corrupt purpose.' Mere economic coercion, however, does not amount to extortion. As Congress noted when it enacted the FCPA: 'The defense that the payment was demanded on the part of a government official as a price for gaining entry into a market or to obtain a contract would not suffice since at some point the U.S. company would make a conscious decision whether or not to pay a bribe.' The fact that the payment was 'first proposed by the recipient … does not alter the corrupt purpose on the part of the person paying the bribe.' (…) While the bribe payor in this situation 'could have turned his back and walked away,' in the oil rig example, 'he could not.' Businesses operating in high-risk countries may face real threats of violence or harm to their employees, and payments made in response to imminent threats to health or safety do not violate the FCPA" (*A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 27).

[432] Comentário n.º 7 à Convenção da OCDE: "It is also an offence irrespective of, *inter alia*, the value of the advantage, its results, perceptions of local custom, the tolerance of such payments by local authorities, or the alleged necessity of the payment in order to obtain or retain business or other improper advantage" (*Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2016.).

[433] Esse entendimento é defendido por James Lindgren quando propõe a distinção entre corrupção e extorsão com base na finalidade do pagamento ilícito: "bribery is a corrupt benefit given or received to influence oficial action so as to afford the giver better treatment. (…) coercive extortion by a public official is the seeking or receiving of a corrupt benefit paid under an implicit or explicit threat to give the payor worse than fair treatment or to make the payor worse off than he is now or worse than he expects to be. For example, it's extortion if a public official threatens to deny a public contract to a bidding contractor who clearly deserves to receive it unless the bidder pays off the official" (cit., pp. 1699-1700).

[434] Nesse sentido, Elizabeth K. Spahn (cit., p. 8): "The initial issue involved determining the conditions under which a bribe payer was absolved from criminal responsibility under Azeri law when faced with demands

Embora nos Estados Unidos a decisão tenha sido no sentido de afastar o argumento de autorização segundo a lei do local do crime,[435] a existência de entendimento semelhante no direito estrangeiro em casos nos quais o Brasil aplicasse sua lei por extraterritorialidade poderia ensejar resultado diferente.

A condição de dupla incriminação impõe ao intérprete do direito brasileiro que se analisem as dimensões do fato punível segundo o direito estrangeiro, o que, como já se mencionou,[436] inclui as categorias tradicionais de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, bem como todos os elementos que sejam utilizados para definir quais fatos devem ser alcançados pela lei penal. Entre estas a culpabilidade como definida no direito estrangeiro. Ou seja, a possibilidade existente segundo o direito estrangeiro de que o agente se comportasse de forma diversa, pela livre determinação de sua vontade.[437] Essa possibilidade é excluída pela coação, e é ao direito estrangeiro segundo a regra da dupla incriminação que cabe delimitar o que seja "coação".

---

for money from an Azeri official. First, there was a question of accurately interpreting the specific provisions of the Azerbaijan Criminal Code (ACC) governing payments to officials. Second, although the courts of Azerbaijan had not yet interpreted the Criminal Code provisions, analogous provisions under the old U.S.S.R. Criminal Code had been previously interpreted by the Supreme Court of the U.S.S.R. Interpreting Article 171 of the Azerbaijan Criminal Code, Bourke's expert translated the provisions regulating the bribe payer as 'A person who has given a bribe shall be free from criminal responsibility if with respect to him there was extortion of the bribe or if that person after giving the bribe voluntarily made a report of the occurrence.' The Government's expert translated the provision as '[a] person who has given a bribe shall be relieved from criminal responsibility if extortion of the bribe occurred with respect to him or if this person after giving the bribe voluntarily stated what happened.' (…) Where there is a threat of force, or a well-founded fear of impending death or serious bodily injury, and a lack of a reasonable opportunity to escape, the elements of coercion or duress are met. Payments extorted by local officials threatening violence are not subject to FCPA prosecution. True extortion duress has nothing to do with local laws authorization. Bourke's defense did not argue that the President of Azerbaijan threatened violence if the bribes were not paid. Rather Bourke's defense was that the President of Azerbaijan threatened not to do business with privatization investors unless bribes were paid. The threat was to the business deal. Under Azeri law, the criminal provisions regarding extortion extend to threats to the 'legal interest' of the bribe payer as interpreted by the 1990 Soviet Supreme Court Resolution. Thus the substantive scope of the legal definition of extortion under Azeri law encompasses not only threats of violence, but also threats to legal interest. Bourke's defense argued that therefore threats to scuttle the underlying privatization business deal constituted extortion under Azeri written law and should be incorporated into the U.S. statute".

[435] "The Kozeny court applied the same reasoning as in the reporting requirement provision. Extortion under Azeri law, while encompassing legal as well as violent threats, does not make the underlying bribe payment lawful authorized activity. Rather, extortion by the official relieves or frees the bribe payer from criminal liability under Azeri law. The exception for extortion contained in the same sentence [as the reporting provision] must operate in the same manner. A payment to an Azeri official that is made under threat to the payer's legal interests is still an illegal payment, though the payer cannot be prosecuted for the payment" (SPAHN, Elizabeth K., cit., p. 10). As defesas afirmativas serão estudadas no Item 5 a seguir.

[436] Parte II, Título II, Item 2 ("A Dupla Incriminação como Condição para a Jurisdição").

[437] Francisco de Assis Toledo, cit., pp. 279-280.

Circunstâncias que excluam esses elementos segundo a regra estrangeira não precisam coincidir com as excludentes brasileiras, porque o fundamento de incidência da lei nacional é uma violação ao direito estrangeiro; se o direito estrangeiro não houver sido violado, não haverá dupla incriminação e a lei brasileira também não incidirá.

Isso significa dizer que, se um executivo brasileiro se dirigir ao exterior e por lá praticar crime de corrupção que seria punido no Brasil apenas por extraterritorialidade, a existência, no local do crime, de excludente de culpabilidade por extorsão comercial impedirá sua responsabilização também em território brasileiro, porque não haverá fato punível no país em que praticado.

Do ponto de vista da condição de dupla incriminação, portanto, a existência de previsão no exterior excluindo a existência de corrupção em caso de pagamentos realizados sob ameaça a interesses comerciais impede que a lei penal brasileira seja aplicada. Com maior razão se chegará à mesma conclusão caso tenha havido coação por ameaça ou violência física.

5. A DEFESA AFIRMATIVA DE LEI LOCAL DA LEI ANTICORRUPÇÃO NORTE-AMERICANA

5.1 INTRODUÇÃO AO CONCEITO

A Lei Anticorrupção norte-americana tem grande relevância em relação à corrupção, seja ela nacional ou entre fronteiras. Como vimos, tal lei tem a característica de se aplicar a práticas que não ocorreram nos Estados Unidos, desde que envolvam, por exemplo, empresas que lá tiveram atividades como a emissão de valores mobiliários para captação de investimentos.[438] Considerando o potencial econômico dos Estados Unidos e sua poderosa indústria de serviços financeiros, grande parte das empresas de porte preencherão esse requisito territorial, observação aplicável inclusive às brasileiras. Isso

[438] Veja-se a Parte I, Título II, Item 5 ("Corrupção Interna e Corrupção Internacional: O Problema do Alcance da Norma Penal").

torna a lei americana potencialmente aplicável a atos de corrupção que envolvam empresas no Brasil[439] e, por tabela, o mais importante padrão internacional de dupla incriminação. Importante estudar, portanto, suas características.

O FCPA prevê duas defesas afirmativas para casos de corrupção internacional: (i) a defesa de lei local, que se aproxima da condição de dupla incriminação na extraterritorialidade do direito penal brasileiro; e (ii) a defesa do pagamento de boa-fé, definido pela razoabilidade e legitimidade de despesas que se efetuem em operações comerciais internacionais.

A primeira delas é muito relevante para o objeto deste trabalho. Representa o equivalente americano, só que em formato muito mais inquisitório, do requisito de dupla incriminação.

Defesas afirmativas não se confundem com exceções, também previstas na Lei Anticorrupção norte-americana sob a forma de "pagamentos de facilitação", já estudados no Item 3 desta Parte III. Quando existe uma "exceção", isso significa que não há violação ao estatuto e, porque não existe crime, também não ocorre punição; se o que existe, porém, é uma defesa afirmativa, admite-se a violação, mas a punição pode ser mitigada ou mesmo afastada.[440] Não existem no direito penal brasileiro defesas que se classifiquem como afirmativas.

---

[439] Veja-se, por exemplo, em relação à Petrobras: POMBO, Bárbara. "Ação contra Petrobras nos EUA deverá ter desfecho antes que STF julgue Lava Jato". In: *Jota*. 21 mar. 2016. Disponível em: <http://jota.info/justica/acao-contra-petrobras-nos-eua-tera-desfecho-antes-que-stf-julgue-lava-jato-21032016>. Acesso em: 1 jan. 2017.

[440] Segundo Celia Goldwag: "The term 'affirmative defense' is used in criminal proceedings to designate a defense which must be proved by the defendant in order to mitigate or exculpate him from the crime charged" ("The Constitutionality of Affirmative Defenses after Patterson v. New York". In: *Columbia Law Review*, Vol. 78, No. 3 (Apr., 1978), pp. 655-678). Conforme explicação didática fornecida por grupo profissional especializado em disputas judiciais: "The difference between an exception and an affirmative defense is subtle, but important. An exception is a carve out from the standard of liability established by statute. As such, when an exception applies, the conduct does not trigger a violation because – by definition – it does not meet the standard of liability. An affirmative defense, on the other hand, is invoked to defeat or mitigate the legal consequences of the violation. Effectively the defendant acknowledges that he or she violated that statute, but argues that the affirmative defense relieves him or her from any penalty" (THE THREE TWELVE GROUP. *The FCPA: Prohibited Conduct Under the Anti-Bribery Provisions*. Disponível em: <http://thethreetwelvegroup.com/2016/04/28/the-fcpa-prohibited-conduct-under-the-anti-bribery-provisions/>. Aceso em: 16 out. 2016).

Em termos de extraterritorialidade, as defesas afirmativas trazem poucas consequências práticas, já que não excluem, por definição, a prática de crime. A dupla incriminação do artigo 7º, § 2º, alínea "b", do Código Penal, como se viu, condiciona a incidência da lei brasileira a "ser o fato punível também no país em que foi praticado", não passando a definição de "fato punível" por eventuais causas de mitigação de pena.[441]

Ainda assim, as defesas afirmativas do FCPA oferecem um contraponto interessante ao nosso sistema e, por isso, encerram esse texto. Nos Estados Unidos, ao contrário do que se faz aqui, procura-se uma visão autocentrada do fato punível. A alegação de que deve haver crime também onde praticada a conduta é aceita com várias ressalvas, e meramente como defesa, como mostraremos. O mesmo destino têm comportamentos que excluiriam a própria tipicidade, como as chamadas despesas de boa-fé.[442] Por esse motivo, a defesa de licitude no local da conduta será estudada nos itens seguintes, discutindo-se, quando relevante, aspectos comparativos no Brasil.

O resultado desse somatório é negativo para o direito norte-americano, se comparado ao brasileiro, por trazer insegurança a quem pode ser acusado de crime e julgado em júri popular, que nos Estados Unidos não se limita a ter jurisdição nos crimes

---

[441] Parte II, Título II, Item 2 ("A Dupla Incriminação como Condição para a Jurisdição").

[442] Estas não têm relação com a dupla incriminação, mas identicamente revelam a tendência norte-americana de inverter o ônus da prova da responsabilidade criminal. Consistem tais despesas em "pagamento, doação, oferta ou promessa feitos de qualquer item de valor [desde que sejam] considerado[s] despesas razoáveis e legítimas, como, por exemplo, despesas de viagem e acomodação, incorridas pelo dirigente governamental, partido político, dirigente ou candidato de partido político estrangeiro ou em nome destes", despesas essas diretamente relacionadas à (a) "promoção, demonstração ou explicação de produtos ou serviços" ou (b) "execução ou cumprimento de um contrato com um governo estrangeiro ou órgão do mesmo." (*Código Federal dos EUA*. Título 15, Capítulo 2-B. Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior. Atualizada até a Lei de Direito Público Pub. L. 105-366 (10 de novembro de 1998). Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016). Entretanto, não faltam exemplos de condenações nos Estados Unidos em caso de viagens predominantemente turísticas ou de lazer custeadas a pretexto de se inserirem no âmbito de proposta comercial, vistas como forma de mascarar o pagamento de vantagens indevidas, sujeitando a companhia que as oferece a sanções penais (SHEAHEN, Kyle. "I'm not going to Disneyland: illusory affirmative defenses under The Foreign Corrupt Practices Act". In: *Wisconsin International Law Journal*. Fall, 2010. 28 Wis. Int'l L.J. 464, p. 7). Em todo caso, a despesa de boa-fé seria no regime norte-americano sempre alegação do réu, a ser por ele comprovada. No Brasil, despesas desse tipo voltadas ao convencimento de funcionários públicos sobre a qualidade de bens ou serviços oferecidos eliminariam a própria tipificação de corrupção ativa simples e internacional dos artigos 333 e 337-Bdo Código Penal. O mesmo se daria nas frequentes hipóteses de haver ato de ofício já praticado ou omitido quando a concessão da vantagem ocorresse, desde que não houvesse sido influenciado pelo gasto futuro. Além dessas, vantagens dadas como lembrança, sinal de apreciação ou em épocas festivas, desde que de pequeno valor, podem eventualmente ser excluídas da incidência das normas de corrupção, prestigiando-se o princípio da insignificância (Parte I, Título II, Item 2.1.1 acima e *habeas corpus* n.º 2009.02.01.010907-8, Relatora Juíza Convocada Márcia Helena Nunes, Primeira Turma Especializada, v.u.).

contra a vida. Nasce daí a tendência a acordos entre Ministério Público e réus, com imposição de penas patrimoniais elevadas, sem análise mais profunda de comportamentos.

5.1.1 A DEFESA DE LEI LOCAL

Nos termos do FCPA, constituirá defesa afirmativa, inicialmente, "o pagamento, doação, oferta ou promessa feitos de qualquer item de valor [desde que seja] considerado lícito à luz da legislação codificada e dos regulamentos do país do dirigente governamental, partido político ou candidato de partido político".[443] A licitude do pagamento, doação, oferta ou promessa, nos termos do próprio estatuto, deve estar prevista em lei escrita, não se admitindo para esse fim costumes que eventualmente decorram de dificuldades enfrentadas pelo país estrangeiro para aplicar suas leis repressivas.[444]

Essa defesa foi inserida na Lei Anticorrupção norte-americana em 1988, como parte das reformas que referimos no Item 3.1. Sua justificativa se encontra principalmente na crítica de que, além de impor restrições pouco razoáveis às suas empresas, os Estados Unidos acabariam por exportar preconceitos culturais em vez de evitar a prática de corrupção internacional, impondo definições unilaterais que não necessariamente corresponderiam à definição de "pagamento indevido" no direito estrangeiro.[445] Com a defesa da lei local, a avaliação quanto à licitude do pagamento passaria para o país do agente recebedor, preservando o critério da territorialidade e evitando distorções que poderiam decorrer da imposição de conceitos por países mais ricos.

---

[443] *Código Federal dos EUA*. Título 15, Capítulo 2-B. Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior. Atualizada até a Lei de Direito Público Pub. L. 105-366 (10 de novembro de 1998). Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

[444] Explica Kyle Sheahen, nesse ponto: "Congress made it clear that in order for the local law defense to apply, the alleged corrupt payment must be legal under the written laws of the foreign country. The conference report on the 1988 amendments states that 'the absence of written laws in a foreign official's country would not by itself be sufficient to satisfy this defense.' Consequently, FCPA defendants planning to invoke the defense face the difficult task of proving that the written law of the foreign official's country expressly permits the payment. Notwithstanding the cultural differences in perceptions of bribery between the United States and some foreign countries, laws specifically allowing payments to government officials are rare. More often, payments rendered illegal by the FCPA are part of the unwritten custom and practice of doing business in foreign countries. As a result, the scope of the local law defense is limited at the outset by its strict requirement that the payment is 'lawful under the written laws and regulations of the foreign official's... country'" (cit., p. 3).

[445] Ibidem, pp. 3-4.

Nos *Comentários à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*, da OCDE, a legitimidade de pagamentos autorizados pela lei local também foi discutida, entendendo-se, tal como ocorre no FCPA, que não haverá crime se a vantagem for permitida ou requerida pelas leis escritas ou regulamentos do país do agente público, incluindo jurisprudência.[446]

A defesa de lei local corresponde, em seus termos gerais, à condição de dupla incriminação do direito penal brasileiro, transferindo para a lei do país em que o crime produz seus efeitos legitimidade para definir o que deve ser reprimido penalmente. Entretanto, isso é feito a custo alto para o réu, pois o ônus da prova é transferido do Ministério Público para quem se defende, pois terá, afinal, de usar a alegação como defesa. Decorre daí muito da insegurança e pressão para acordos que antes relatamos.

Além disso, a interpretação do direito estrangeiro nem sempre é simples. Como explica Kyle Sheahen, nos Estados Unidos, parte dessa dificuldade decorre das próprias regras procedimentais norte-americanas, que permitem aos juízes realizar pesquisas independentes para concluir se a defesa procede ou não, desconsiderando evidências técnicas introduzidas pelas partes durante o julgamento e impedindo, com isso, que elas sejam apresentadas aos jurados.[447]

O fundamento para essa posição judicial talvez esteja no fato de que alguns países admitem a realização de determinados pagamentos, mas agentes públicos locais podem enxergar nessa conduta uma espécie de reparação pessoal devida pelos países mais ricos, desviando o fluxo de recursos em seu próprio benefício, o que pode, nesses casos, aproximar-se do crime de corrupção.[448]

---

[446] Comentário n.º 8. *Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Último acesso em: 19 nov. 2016.
[447] Cit., p. 4.
[448] SPAHN, Elizabeth K., cit., p. 6.

5.1.1.1 A POSIÇÃO DA OCDE

O Grupo de Trabalho que avalia a implementação da Convenção da OCDE vem se posicionando contra a existência de defesas pautadas pelo direito local, recomendando sua exclusão dos ordenamentos que as admitem ou a introdução de modificações significativas.[449]

Essas alterações, como explica Elizabeth Spahn, dizem respeito a três aspectos: (i) a exclusão expressa de costumes não escritos como parte das defesas afirmativas; (ii) a distinção entre hipóteses de extorsão e hipóteses em que exista mera ameaça a interesses comerciais; e (iii) o esclarecimento do escopo das defesas de arrependimento eficaz.[450]

Os casos de extorsão que têm motivado essa recomendação por parte da OCDE já foram vistos no Item 4 desta Parte III. O problema das práticas consuetudinárias e o alcance do arrependimento eficaz serão vistos a seguir.

5.1.1.1.1 O PROBLEMA DAS PRÁTICAS CONSUETUDINÁRIAS

Tanto a Lei Anticorrupção norte-americana como a Convenção da OCDE tratam da defesa relativa à lei local com base em disposições escritas que tornem legítimos pagamentos realizados no contexto de transações comerciais internacionais, repelindo a existência de costumes que possam ser invocados para justificar a licitude de tais pagamentos.

Segundo Elizabeth K. Spahn, o problema jurídico vinculado à existência de práticas consuetudinárias não escritas decorre principalmente da ausência de imparcialidade dos funcionários que sustentam a licitude dos pagamentos para buscar recebê-los,[451] gerando insegurança jurídica. Em uma transação comercial multijurisdicional, explica a autora, há, por definição, pelo menos dois soberanos envolvidos. Se os costumes não escritos fossem verdadeiramente aceitáveis nos países em que a vantagem seria recebida, prossegue,

---

[449] SHEAHEN, Kyle P., cit., pp. 4-5.
[450] Cit., p. 2.
[451] Ibidem, pp. 7-8.

mostrar-se-ia mais respeitoso para com os soberanos desses países que se pedisse a eles para modificar sua lei formal, colocando-a em conformidade com as práticas consuetudinárias invocadas pelos funcionários públicos. Se essa modificação se provasse politicamente difícil, talvez a lacuna entre a lei escrita e as práticas alegadamente consuetudinárias refletisse que as práticas em questão não eram tão amplamente aceitas como se pretendia, confirmando o escopo da proibição.[452]

A exigência de autorização codificada, entretanto, apenas delimita o alcance da defesa de lei local em países que possuam expressamente essa ressalva, o que não ocorre, por exemplo, no Brasil.

Com efeito, como explica Tercio de Sampaio Ferraz Júnior, embora o costume ocupe hoje posição menos importante que no passado, constitui também fonte do direito, sendo as normas consuetudinárias dotadas de validade e eficácia na ordem jurídica ainda que não se encontrem expressamente positivadas.[453] O limite, segundo Washington de Barros Monteiro, é a contradição com preceito legal expresso, devendo os costumes ser utilizados para suprir lacunas ou deficiências da lei sempre que necessário.[454]

Além disso, nada impede que os elementos constitutivos do fato punível sejam analisados com base em estruturas supralegais, como a tipicidade conglobante[455] e as causas não positivadas de exclusão de ilicitude.[456]

---

[452] Idem.

[453] *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 242. Explica também o autor que "toda norma costumeira é, no fundo, uma norma-origem, pois sua validade deriva diretamente da imperatividade do sistema que acolhe o costume por meio de suas regras estruturais (por exemplo, a regra doutrinária que diz ser o uso reiterado com convicção de obrigatoriedade uma fonte normativa). Note: o que explica sociologicamente a *opinio necessitatis* é o fenômeno da institucionalização, mas o que caracteriza dogmaticamente a norma consuetudinária como integrante do sistema são as regras estruturais (que se expressam, por exemplo, em fórmulas doutrinárias do tipo: 'conforme usos e costumes', 'em respeito aos bons costumes', 'há de se reconhecer o costume como fonte do direito' etc.)" (cit., p. 242).

[454] *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 25.

[455] Como explicam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, "o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa" (cit.,, p. 400). Isto é, mesmo havendo tipicidade formal, a conduta pode não ser considerada típica caso, por exemplo, não constitua ofensa ao bem jurídico protegido.

[456] Segundo Francisco de Assis Toledo, "em relação às denominadas causas supralegais de exclusão da ilicitude, silenciou-se a reforma penal brasileira [de 1984], tal como o Código de 1940. Isso, entretanto, não deverá conduzir o intérprete a afirmar o caráter exaustivo das anteriormente citadas causas legais de justificação (...). É que as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses expressas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas

Assim, para usar o modelo da lei brasileira, se o país em que o pagamento fosse realizado admitisse seu recebimento por prática consuetudinária que não contradissesse a lei, e em virtude de não existir no país limitação da defesa afirmativa demandando expressa codificação, não haveria crime.

Na verdade, a solução sugerida por Elizabeth Spahn no sentido de recomendar aos soberanos dos países estrangeiros que positivassem seus costumes, embora bem-intencionada, acaba por representar uma imposição de práticas jurídicas que não necessariamente se aplicam de forma universal. Evidentemente, a positivação de costumes traria mais segurança jurídica; imposições do gênero, todavia, não apenas poderiam ser vistas como desrespeitosas como poderiam, eventualmente, engessar a dinâmica jurídica ao exigir uma abordagem estritamente positivista.

Se os Estados Unidos decidiram, com a aprovação de sua Lei Anticorrupção, julgar condutas que ocorrem no exterior, deveriam também cuidar para não criminalizar comportamentos lícitos nos países em que praticados, ainda mais quando a dupla incriminação lá é relegada à posição de simples defesa arguível e comprovável pelo réu, sem necessidade de esforço originário do Estado acusador. Foi nesse sentido a disciplina que adotou o Código Penal brasileiro ao condicionar a incidência da lei nacional a fatos que também fossem puníveis no local de sua prática no caso da extraterritorialidade.

5.1.1.1.1.1 AS PRÁTICAS CONSUETUDINÁRIAS NA CORRUPÇÃO INTERNACIONAL NO BRASIL

Questão mais interessante decorre de eventual autorização pela lei local quando o crime de corrupção se submete à jurisdição brasileira pelo critério da territorialidade, mas produz efeitos no exterior. É o que ocorreria, por exemplo, no caso do executivo brasileiro que se propusesse, no Brasil, a remunerar funcionário público de país estrangeiro em que se admitisse a realização do pagamento. O problema, nesse caso, não se resolveria por

---

hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e suas fontes" (cit., p. 214). É o que ocorreria no caso do consentimento do ofendido quando já não excluir a própria tipicidade.

extraterritorialidade, porque a oferta ou promessa ocorreriam no Brasil, eliminando a incidência da condição de dupla incriminação.

A primeira análise necessária nesse caso seria com relação ao próprio tipo. Tanto o artigo 333 como o artigo 337-B do Código Penal criminalizam a conduta de "oferecer, prometer [ou pagar, no segundo caso] vantagem indevida" a agentes públicos, de modo que não haveria crime caso a vantagem fosse lícita. Assim, se o país do funcionário que recebesse pagamentos supostamente indevidos os admitisse, não haveria crime porque faltaria elemento constitutivo do tipo. Essa análise quanto à licitude da vantagem poderá, como se adiantou no item anterior, ser realizada tanto com base em autorizações escritas como em costumes que não se coloquem em contradição com a lei.

Mas poderá ocorrer de a vantagem, em si, ser considerada indevida no país estrangeiro e mesmo assim escapar o agente de pena por alguma razão.

No já mencionado julgamento de Frederic Bourke Jr. nos Estados Unidos, por exemplo, a Corte de Nova Iorque afastou a defesa afirmativa de lei local que havia sido sustentada com base em dispositivo previsto na lei do Azerbaijão isentando de responsabilidade penal pessoas que incorressem em corrupção desde que o pagamento fosse motivado por ameaças a interesses comerciais ou reportado às autoridades.[457] A justiça norte-americana decidiu, nesse caso, que a não incidência de punição em função de tecnicalidades como prescrição ou ausência de punibilidade por quaisquer outros fatores não afastaria a ilicitude do pagamento, isto é, se o que a lei do Azerbaijão previa era uma circunstância que apenas evitava a punição, nem por isso a conduta deixaria de ser crime.[458] Como a defesa afirmativa que trata de lei local é expressa ao referir que o pagamento, em si, deveria ser lícito, a interpretação estrita da Corte de Nova Iorque se justifica do ponto de vista técnico.

No Brasil, a situação de Frederic Bourke Jr. seria interpretada no mesmo sentido em casos de territorialidade tendo em vista o elemento típico "vantagem indevida", que continuaria presente ainda que a conduta não fosse punível. Isso ocorreria também se o motivo para não punir decorresse de causas de extinção de punibilidade do direito

---

[457] SHEAHEN, Kyle P., cit., p. 4.
[458] Idem.

estrangeiro ou de qualquer outra circunstância que não afetasse a natureza ilícita da vantagem oferecida, prometida ou paga ao agente público, já que a lei não impõe que se observem critérios de dupla punibilidade em casos submetidos à jurisdição brasileira por territorialidade.

A solução já não seria a mesma se a autorização do direito estrangeiro configurasse, por exemplo, causa de exclusão de ilicitude segundo as regras do direito brasileiro. Uma permissão expressa que autorizasse, no exterior, um executivo brasileiro a gratificar funcionários públicos de país estrangeiro poderia se enquadrar na categoria do exercício regular de direito[459] ainda que essa permissão não exista para funcionários públicos brasileiros, afastando a ilicitude da conduta conforme artigo 23, inciso III, do Código Penal.[460]

É nesse ponto que a solução brasileira se mostra mais racional. Trata a dupla incriminação como condição a ser provada para qualquer ação punitiva e, não, como defesa duvidosa a ser eventualmente usada pelo réu, enfrentando incertezas como a da adoção do costume.

5.1.1.1.2 O ESCOPO DO ARREPENDIMENTO EFICAZ

O arrependimento eficaz é assim tratado no artigo 15 do Código Penal: "o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados."

---

[459] Como explica Guilherme de Souza Nucci, o exercício regular de direito "é o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Se alguém exercita um direito, previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido, como se praticasse um delito. O que é lícito em qualquer ramo do direito, há de ser também no direito penal. Exemplo: a Constituição Federal considera o domicílio asilo inviolável do indivíduo, sendo vedado o ingresso nele sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, bem como para prestar socorro (art. 5º, XI, CF). Portanto, se um fugitivo da justiça esconde-se na casa de um amigo, a polícia somente pode penetrar nesse local durante o dia, constituindo exercício regular de direito impedir a entrada dos policiais durante a noite, mesmo que possuam um mandado" (cit., pp. 285-286).

[460] "Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (...) III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

Pela doutrina, o arrependimento eficaz é definido pela "desistência que ocorre entre o término dos atos executórios e a consumação",[461] fazendo com que o agente apenas responda pelos atos que já houver praticado antes que o resultado se produza.

Explica Guilherme de Souza Nucci que o direito penal brasileiro exige "que o arrependimento do agente seja realmente eficaz, ou seja, capaz de impedir o resultado", não se aplicando o benefício previsto pela lei "caso o autor dos atos executórios, embora arrependido, não consiga evitar que o resultado se produza, por qualquer causa".[462]

Parte da doutrina entende que o arrependimento eficaz é causa pessoal de exclusão de punibilidade, que tem por fundamento razões de política criminal. Se o agente, por sua própria vontade, "susta a execução do delito ou obsta, mesmo depois de terminado o processo de execução do crime, que advenha o resultado ilícito, interessa ao Estado que seja ele recompensado com a impunidade, respondendo apenas pelos atos já realizados, desde que constituam crimes ou contravenções, menos graves, já consumados".[463]

Outra corrente doutrinária, porém, entende que o arrependimento eficaz exclui a tipicidade do crime, que não teria se consumado e tampouco constituiria tentativa uma vez que o Código Penal, em seu artigo 14, inciso II, apenas pune essa modalidade quando o crime "não se consuma por circunstâncias *alheias* à vontade do agente". Segundo Frederico Marques, "se do próprio conteúdo dessa norma que possibilita a adequação típica indireta, tira-se a ilação de que a tentativa só existirá se a consumação não ocorrer por motivos alheios à vontade do agente, é mais que evidente que não há adequação típica quando a não consumação decorre de ato voluntário do autor dos atos executivos do delito".[464]

Algumas legislações preveem que o arrependimento eficaz poderá ser utilizado também em casos de corrupção, o que seria problemático para a OCDE na medida em que não há consenso acerca dos critérios que norteariam essa utilização.

---

[461] NUCCI, Guilherme de Souza, cit., p. 345.
[462] Cit., p. 345.
[463] PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André, cit., p. 302. Nesse sentido, segundo os autores, seriam as posições de Alberto Silva Franco, Nélson Hungria, Paulo José da Costa Júnior, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli.
[464] *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza, cit., p. 346.

No já mencionado julgamento de Frederic Bourke Jr., por exemplo, alegou-se, entre outras teses, que o crime de corrupção não poderia ser punido porque a lei do Azerbaijão isentava de responsabilidade penal aquele que reportasse o pagamento de vantagem indevida às autoridades locais, o que constituiria uma defesa de arrependimento eficaz.[465] A Corte de Nova Iorque não aceitou essa tese, entendendo que a não incidência de pena não tornava a vantagem lícita.[466]

No Brasil, a tese do arrependimento eficaz encontra outros problemas. Como se viu mais acima,[467] corrupção ativa e corrupção ativa em transação comercial internacional são crimes que se consumam com a simples conduta de oferecer, prometer ou dar, no segundo caso, vantagem indevida a agente público, confundindo-se o resultado do tipo com a própria ação na generalidade dos casos. Pode ocorrer, evidentemente, de a oferta, promessa ou pagamento se protraírem no tempo dependendo do meio escolhido para efetuá-los, mas, de modo geral, ação e resultado coincidirão cronologicamente.

Nos termos do artigo 15 do Código Penal, o arrependimento eficaz existe apenas quando há desistência da execução do crime ou impedimento pelo agente que o resultado se produza. Ora, sendo os atos de "dar", "prometer" ou "oferecer" instantâneos, difícil pensar em forma de se desistir deles. Em relação à simples promessa ou oferta, poderia, é verdade, o resultado ser frustrado, ao menos em termos pragmáticos, pelo seu não cumprimento ou retirada. Mesmo nesse caso, entretanto, o efeito previsto pelo artigo 15 do Código Penal seria o agente responder pelos atos já praticados, a própria promessa ou

---

[465] "Interpreting Article 171 of the Azerbaijan Criminal Code, Bourke's expert translated the provisions regulating the bribe payer as 'A person who has given a bribe shall be free from criminal responsibility if with respect to him there was extortion of the bribe or if that person after giving the bribe voluntarily made a report of the occurrence.' The Government's expert translated the provision as '[a] person who has given a bribe shall be relieved from criminal responsibility if extortion of the bribe occurred with respect to him or if this person after giving the bribe voluntarily stated what happened'" (SPAHN, Elizabeth K., cit., p. 8).

[466] Segundo Elizabeth K. Spahn (cit., p. 9): "This type of provision, freeing or relieving bribe payers when faced with official demands for bribes, was common to the Soviet-era systems. Azeri courts had not yet interpreted the provisions, however the Supreme Court of the U.S.S.R. had issued a Resolution interpreting a very similar provision under Soviet law in 1990 which both parties in the Kozeny/Bourke case agreed was relevant to the Azeri law. The Resolution provided that any voluntary declaration by the bribe payer does not signify an absence of the elements of the offense (bribery), and that the bribe payer cannot be considered a victim entitled to restitution. Bourke's argument was that if an individual is 'free from' criminal responsibility, his action was 'lawful' and therefore entitled to the FCPA's authorized under local law affirmative defense. The U.S. court rejected this approach on the grounds that the purpose of excusing the bribe payer from criminal responsibility if he voluntarily reports extortion is to encourage bribe payers to voluntarily report and to facilitate local prosecution of corrupt officials".

[467] Parte I, Título II, Itens 2.2.1 e 3.1.1, ambos com a designação de "Tipicidade Objetiva e Subjetiva".

oferta anterior, que configura justamente o crime. Isso significa dizer que o instituto do arrependimento eficaz terá alcance bastante limitado no direito brasileiro.

Para utilizar, novamente, o exemplo emblemático do julgamento de Frederic Bourke Jr., eventual comunicação que se realizasse às autoridades quanto à prática de corrupção apenas excluiria a responsabilidade penal caso a oferta, promessa ou pagamento de vantagem indevida ainda não houvessem chegado ao conhecimento do interlocutor.[468] Caso em que, entretanto, o crime ainda não existiria, e não haveria responsabilidade penal a excluir segundo o direito brasileiro. De outro modo, tendo havido a entrega, promessa ou oferecimento de benefício, ainda que a conduta não fosse eventualmente punível no exterior, não haveria arrependimento eficaz segundo a lei brasileira e, portanto, nada impediria que o agente fosse responsabilizado no Brasil.[469]

A simples existência de regra prevendo arrependimento eficaz específico no Azerbaijão não afastaria a incidência da lei penal brasileira, já que a previsão em questão não exclui a existência de crime e tampouco existe condicionante legal que impeça a punição no Brasil de condutas que se submetam à sua jurisdição pelo critério geral da territorialidade, ainda que não possam ser punidas no exterior.

---

[468] A previsão legal utilizada pela defesa de Frederic Bourke Jr. parece se aproximar mais de outro instituto do direito brasileiro, o arrependimento posterior: "nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços" (artigo 16 do Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

[469] Isso pressupondo a aplicação direta da lei brasileira. Se o caso fosse de extraterritorialidade condicionada, não apenas seria necessário que houvesse dupla incriminação como a punibilidade do agente não poderia estar extinta por qualquer motivo (artigo 7º, § 2º, alíneas "b" e "e", do Código Penal).

CONCLUSÃO

O principal objetivo deste trabalho foi estabelecer uma interpretação técnica para a condição de dupla incriminação no crime de corrupção em vista do conceito de "fato punível".

Há anos que o crime de corrupção vem ocupando parte significativa das discussões jurídicas e sociológicas na política brasileira. Mais recentemente, o debate assumiu proporções internacionais como resultado da dinamização dos mercados e do aumento da cooperação entre os Estados.

No Brasil, essa nova realidade tem sido explorada de forma ainda tímida, em meio a discursos radicalizados de tolerância zero à corrupção e sem uma cultura jurídica que permita nortear as incursões do direito penal em searas até então desconhecidas.

Como vimos na primeira parte deste estudo, a corrupção como crime contra a Administração Pública se apresenta sob duas variantes no direito penal brasileiro: (i) a *corrupção passiva*, praticada pelo funcionário que solicita, recebe ou aceita promessa de receber vantagem indevida; e (ii) a *corrupção ativa*, praticada pelo particular que interfere com o exercício de funções públicas oferecendo, prometendo ou pagando vantagem indevida.[470]

Desde a aprovação da Lei n.º 10.467, de 11 de junho de 2002, esse segundo tipo se divide em *corrupção ativa simples*, conforme prevista pelo artigo 333 do Código Penal, e *corrupção ativa em transação comercial internacional*, conforme prevista pelo artigo 337-B do Código Penal. Este último tipo decorreu da adesão do Brasil à Convenção da OCDE, aprovada em função de pressões exercidas, sobretudo, pelos Estados Unidos após escândalos que levaram à edição do FCPA no fim da década de 1970, cujo conteúdo era altamente restritivo para empresas norte-americanas.

[470] O pagamento de vantagem indevida apenas está criminalizado no tipo do artigo 337-B do Código Penal.

A Convenção da OCDE reconheceu a corrupção como fenômeno difundido nas transações comerciais internacionais e afirmou que todos os países compartilhavam a responsabilidade de combatê-la, recomendando a tipificação do crime de corrupção de funcionários públicos estrangeiros.

Com isso, pensava-se que seria, em tese, possível punir comportamentos que não poderiam, até então, ser alcançados pelo direito penal, muito embora a corrupção, em si, já fosse milenarmente considerada crime quando praticada dentro das fronteiras dos países que mais tarde aderiram à Convenção.

A recomendação da OCDE fazia sentido para Estados que possuíam crimes de corrupção mais restritivos e que poderiam, a partir de então, punir a corrupção de funcionários estrangeiros. Entretanto, como se viu no curso desta dissertação, esse pressuposto não era verdadeiro no que dizia respeito ao Brasil.

A *corrupção ativa simples*, genericamente definida no artigo 333 do Código Penal pela conduta de "oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício", já era tipo abrangente que incluía, na generalidade dos casos,[471] o crime de *corrupção ativa em transação comercial internacional*, de modo que a introdução desse novo tipo não trouxe propriamente nenhuma contribuição do ponto de vista jurídico; apenas deu cumprimento a um compromisso internacional simbólico, desmembrando tipo penal que já existia.

Constatada a inexistência de inovação com o surgimento do crime do artigo 337-B do Código Penal, o objetivo da segunda parte deste estudo foi explicar como o compromisso assumido na Convenção da OCDE já poderia ser alcançado com base nas regras de direito penal no espaço vigentes no Brasil.

A lei penal brasileira, como vimos, apenas incide diretamente sobre crimes cometidos em território nacional, isto é, quando a ação, a omissão ou o resultado se produzem no Brasil ou em territórios equiparados, o que, no caso da corrupção, significa dizer que as condutas de "solicitar", "receber", "aceitar promessa", "oferecer", "prometer"

[471] A única conduta não abrangida pelo tipo de corrupção ativa simples é "dar vantagem indevida", o que poderia ter sido resolvido com reforma legislativa mais simples.

ou “dar” devem ocorrer em território nacional ou violar a higidez da Administração Pública brasileira. Isso, como se discutiu, nem sempre acontece nos casos de corrupção internacional envolvendo funcionários públicos estrangeiros.

Crimes cometidos no exterior, por outro lado, submetem-se à lei brasileira em duas hipóteses: (i) quando afetam bens considerados essenciais para o legislador, como a vida ou liberdade do Presidente da República, o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público, a Administração Pública, quando praticada por quem está a seu serviço, e o crime de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; ou (ii) quando se encontram previstos em tratado ou convenção de que o Brasil seja parte, tenham sido praticados por brasileiros ou em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

A primeira hipótese traz os casos considerados de “extraterritorialidade incondicionada”, sendo os crimes punidos segundo a lei brasileira ainda que o agente seja absolvido ou condenado no exterior. É esse o tipo de extraterritorialidade que, como vimos, incidiria no caso do funcionário público brasileiro que se deixasse corromper no exterior. Não existe, aqui, dependência de lei estrangeira: o agente é punido como se o crime houvesse sido praticado no Brasil.

A segunda hipótese é conhecida como “extraterritorialidade condicionada” e, como o próprio nome indica, apenas incide sob determinadas condições. A corrupção ativa — simples ou internacional — se enquadra nessa categoria por força de tratados aos quais o Brasil aderiu, como a própria Convenção da OCDE, estando entre os crimes que por obrigação internacional o Brasil se comprometeu a reprimir.

Como também se explicou no curso desta dissertação, a extraterritorialidade condicionada funciona como uma alternativa à punição do fato no exterior em hipóteses nas quais, como regra, não seja possível ao país estrangeiro exercer sua jurisdição por territorialidade. Ou seja, o Estado que teve sua lei violada passa a ser representado por outro juízo, que, no caso do Brasil, aplicará sua própria lei dentro de determinadas condições.

Entre essas condições é que se encontra a de “dupla incriminação”, que impede a punição da conduta a menos que o fato seja punível também no local em que praticado.

A definição do “fato punível” é o tema central deste trabalho e a mais importante discussão que se buscou realizar.

Por “fato punível”, como se estudou ao tratar das doutrinas clássica, neoclássica e finalista, deve ser entendido o comportamento criminoso não apenas sob o viés da tipicidade, como ocorre com a condição de dupla incriminação da extradição. “Fato punível” é, pelo contrário, conceito multifacetado que inclui variantes como a antijuridicidade e a culpabilidade, traduzindo-se a condição de dupla incriminação, por esse motivo, não apenas em “dupla tipicidade”, mas também em “dupla antijuridicidade” e “dupla culpabilidade”, de modo que a conduta incriminada deve ser avaliada sob essa ótica múltipla para fins de extraterritorialidade.

A extraterritorialidade, como se disse, não serve para legitimar a aplicação indiscriminada da lei brasileira, mas para suprir lacunas de jurisdição por um critério excepcional, permitindo a um juízo que não seria competente pela regra geral de territorialidade punir condutas que reúnam condições mínimas para justificar essa atuação.

A utilização do direito estrangeiro na determinação da dupla incriminação não significará, de todo modo, que o Brasil será obrigado a punir condutas que, eventualmente, não sejam consideradas “crime” pelas regras brasileiras: a lei penal que, em último grau, será aplicada é a brasileira; a determinação do “fato punível” servirá apenas como filtro inicial para decidir quais condutas serão submetidas ao direito penal. Assim, por exemplo, caso, no exterior, seja o adultério considerado crime, no Brasil a conduta continuará atípica e não poderá o suposto infrator responder por tipo inexistente.[472]

No caso da corrupção, o critério do “fato punível” na condição de dupla incriminação adquire relevância, principalmente, nas situações práticas discutidas pela terceira parte desta dissertação.

---

[472] O crime de adultério estava previsto no artigo 240 do Código Penal, revogado pela Lei n.º 11.106, de 28 de março de 2005.

O agente que corrompe um “funcionário público” do país imaginário de Lilliput, por exemplo, apenas pode ser punido caso o funcionário reúna as características exigidas naquele ordenamento para assim defini-lo, com o que restará cumprida a condição de *dupla tipicidade*. Prevalecerá a descrição típica do local da conduta tendo por base a nacionalidade da Administração Pública atingida, isto é, precisará haver “corrupção” segundo o direito lilliputiano para que o Brasil possa aplicar sua lei por extraterritorialidade. Se alguém for considerado funcionário público no Brasil, mas não o for em Lilliput, por exemplo, não haverá crime de corrupção possível por falta de tipicidade lá.

Isso não impede, como também se viu, que o enquadramento seja feito em outro dispositivo substancialmente semelhante ao que se pretenda utilizar no Brasil. É o que ocorreria no caso da corrupção comercial e da concorrência desleal quando o agente corrompido não se qualificasse como “funcionário público”, mas seu comportamento fosse, ainda assim, criminoso, como na entrega ou promessa de “dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcion[ass]e vantagem” (artigo 195, inciso IX, da Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996).

Já a corrupção do funcionário público estrangeiro no Brasil e a corrupção do funcionário público brasileiro no exterior, como explicamos, não se submeteriam à condição de dupla incriminação por violarem a lei brasileira segundo o princípio da territorialidade, embora os elementos constitutivos do crime pudessem ser analisados com base no direito estrangeiro para fins de integração da norma penal.

Outro ponto que também se estudou foram os denominados “pagamentos de facilitação”. Alguns países, como se viu, excluem a tipicidade do crime quando a vantagem se insere em contexto de menor potencialidade lesiva, como instrumento para garantir a execução de atos de ofício que deveriam ser praticados independentemente de qualquer incentivo e que não envolvam discricionariedade por parte do “corrompido”, como fornecer serviço telefônico, elétrico, de água etc.

Embora atualmente desencorajados no contexto internacional, os pagamentos de facilitação são importantes em casos de extraterritorialidade porque podem eliminar a condição de dupla incriminação necessária para utilizar a lei brasileira, já que excluem a *dupla tipicidade*.

A condição de dupla incriminação da extraterritorialidade condicionada também não seria cumprida caso houvesse causa de exclusão de culpabilidade segundo o direito estrangeiro.

Isso poderia ocorrer, por exemplo, em hipóteses de "coação" a interesses comerciais legítimos. Como se explicou, a concussão ou a extorsão, no Brasil, não se configuram pela simples ameaça a interesses comerciais, de modo que a coação empregada nessa situação não excluiria a culpabilidade sob as regras do direito penal brasileiro.

Como vimos no caso de Frederic Bourke Jr., entretanto, isso é diferente do que ocorre no direito do Azerbaijão, onde são isentados de pena aqueles que oferecem vantagem indevida a funcionário público com o fim de preservar negócios injustamente ameaçados. Embora, nos Estados Unidos, essa previsão não tenha eliminado a responsabilidade penal do corruptor porque a vantagem, em si, continuava "indevida" segundo a Lei Anticorrupção daquele país, o tratamento não poderia ser o mesmo no Brasil em virtude da ausência de *dupla culpabilidade* segundo o artigo 7º, § 2º, alínea "b", do Código Penal, já que cabe ao país estrangeiro definir quais circunstâncias tornam o comportamento culpável.

Todos esses temas ilustram o conteúdo da condição de dupla incriminação sob o enfoque do fato punível, como "ação típica, antijurídica e culpável", priorizando os elementos constitutivos do crime segundo o direito estrangeiro para que o juiz brasileiro possa aplicar a lei penal por extraterritorialidade.

A adoção de concepção estreita do fato punível é uma característica, por outro lado, da lei norte-americana, que relega a dupla incriminação a mera defesa a ser utilizada pelo réu. Trata-se da chamada "defesa afirmativa" de lei local que vigora no FCPA.

As defesas de lei local, que também vêm sendo desencorajadas pela OCDE, comportam questões como a incorporação de costumes na definição do fato punível e a admissão do arrependimento eficaz, quando cabíveis. Incorporação e admissão estas possíveis segundo o direito brasileiro, embora de aplicação prática limitada.

A defesa afirmativa de lei local é uma versão norte-americana, e desidratada, da regra de dupla incriminação do artigo 7º, § 2, alínea "b" do Código Penal brasileiro. Isso porque, em comparação com o Brasil, o requisito da dupla incriminação lá aparece como mera possibilidade de defesa, ao invés de como requisito necessário a ser provado pelo Ministério Público. Isso gera incerteza jurídica e possibilidade de incriminação de quem age de boa-fé. Tecnicamente, chega-se, nos Estados Unidos, a esse resultado indesejável pela adoção de uma concepção estreita demais do fato punível, ao contrário do que aqui defendemos, relegando-o à posição de mera defesa. A certeza jurídica é vítima disso, o que, somado ao tradicional julgamento por júri do direito norte-americano, contribui para direito penal negocial, resolvido contratualmente entre Ministério Público e réus, não necessariamente de forma equitativa para os últimos ou construtiva para a sociedade.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; GICO JR., Ivo. "Corrupção e judiciário – a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção". In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.), *Direito penal e economia*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALSTINE, Michael P. Van. "Treaty Double Jeopardy: The OECD Anti-Bribery Convention and the FCPA". In: *Ohio State Law Journal*, Vol. 73, n.º 5, 2012.

ANDREAZZA Gastone; PISTORELLI, Luca. "Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante 'Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione'". In: *Diritto Penale Contemporaneo*, Rel. n. III/11/2012. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1353432590RelIII%201112.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2016.

ARGANDOÑA, Antonio. "Corruption and Companies: The Use of Facilitating Payments". In: *Journal of Business Ethics*, Vol. 60, No. 3, Entrepreneurship and Ethics (Sep., 2005).

ARGENTINA. *Código Penal de la Nación Argentina*. Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). [Buenos Aires]. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#25>. Acesso em: 31 mar. 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 12.683/2012*. 2ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013.

BAERWALD, Hans H., "Lockheed and Japanese Politics". In: *Asian Survey*, Vol. 16, No. 9 (Sep., 1976).

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. "A política criminal brasileira no controle da corrupção pública". In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignácio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord.), *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume V. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

____. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BLAKER, Michael. "Japan 1976: The Year of Lockheed". In: *Asian Survey*, Vol. 17, No. 1, A Survey of Asia in 1976: Part I (Jan., 1977).

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. "A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 20, n. 98, set./out. 2012, pp. 117-148.

BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. [Rio de Janeiro]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 mar. 2015.

BRASIL. *Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. [Rio de Janeiro]. Disponível: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 23 mar. 2015.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 21.713, de 27 de agosto de 1946*. Promulga a Convenção sôbre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 12 set. 1946. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21713.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956*. Define e pune o crime de genocídio. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 2 out. 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L2889.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 55.750, de 11 de fevereiro de 1965*. Promulga o Tratado de Extradição com os Estados Unidos da América e respectivo Protocolo Adicional. Brasília, DF. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=115416>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 56.435, de 8 de junho de 1965*. Promulga a Convenção de Viena sôbre Relações Diplomáticas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jun. 1965. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sôbre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 ago. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 99.165, de 12 de março de 1990*. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 mar. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99165.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 99.263, de 24 de maio de 1990*. Revoga o Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 mai. 1990. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99263.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto de 5 de setembro de 1991*. Ressalva os efeitos jurídicos de declarações de interesse social ou de utilidade pública e revoga os decretos que menciona. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 set. 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/Anterior%20a%202000/Dnn7-05-09-91.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 8.617, de 4 de janeiro de 1993*. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 jan. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8617.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 1.530, de 22 de junho de 1995*. Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 jun. 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 abr. 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras -

COAF, e dá outras providências.. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 dez. 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE: O histórico da OCDE e a recente aproximação entre o Brasil e o organismo internacional*. Disponível em: <http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/ocde>. Acesso em: 7 fev. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Brasília, DF. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. *Nota Técnica n.º 01/2016*. 10 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de Extradição n.º 595*, do Tribunal Pleno. Brasília, DF, D.J. 18 mar. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n.º 78.280*, da Primeira Turma. Brasília, DF, D.J.E. 19 mar. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de Extradição n.º 662*, do Tribunal Pleno. Brasília, DF, D.J. 13 jun. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n.º 112.388*, da Segunda Turma. Brasília, DF, D.J.E. 14 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal n.º 470*. Tribunal Pleno. Brasília, DF, D.J.E. 17 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos Infringentes na Ação Penal n.º 470*. Tribunal Pleno. Brasília, DF, D.J.E. 21 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n.º 30.832*, da Quinta Turma. Brasília, DF, D.J.E. 19 abr. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 440.106*, da Sexta Turma. Brasília, DF, D.J.E. 9 out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação Penal n.º 626*, da Corte Especial. Brasília, DF, D.J.E. 6 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Agravo n.º 1.372.909*, da Quinta Turma. Brasília, DF, D.J.E. 24 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n.º 201100425982*, da Quinta Turma. Brasília, DF, D.J.E. 24 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação Penal n.º 685*, da Corte Especial. Brasília, DF, D.J.E. 14 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 906.185*, da Sexta Turma. Brasília, DF, D.J.E. 22 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 1.385.916*, da Sexta Turma. Brasília, DF, D.J.E. 4 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n.º 200600341085*, da Sexta Turma. Brasília, DF, D.J.E. 3 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal n.º 1.0697.07.003103-7/001*, da Primeira Câmara Criminal. Belo Horizonte, MG, D.J.E. 30 mai. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *Apelação Criminal n.º 2007.38.13.003729-7*, da Terceira Turma. Brasília, DF, D.J.E. 28 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Habeas corpus n.º 2009.02.01.010907-8*, da Primeira Turma Especializada. Rio de Janeiro, RJ, D.J.E. 7 jun. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 201251610003549*, da Primeira Seção Especializada. Rio de Janeiro, RJ, D.J.E. 7 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. *Apelação criminal n.º 2004.03.00.007088-1*, da Segunda Turma. São Paulo, SP, D.J.E. 16 abr. 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. *Apelação criminal n.º 00076809319994036000*, da Quinta Turma. São Paulo, SP, D.J.E. 17 fev. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. *Apelação criminal n.º 00065338520104036181*, da Décima Primeira Turma. São Paulo, SP, D.J.E. 6 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Apelação criminal n.º 200071110004946*, da Sétima Turma. Porto Alegre, RS, D.J.E. 17 mai. 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Apelação criminal n.º 200104010688485*, da Oitava Turma. Porto Alegre, RS, D.J.E. 14 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. *Ação Penal n.º 200984010009054*, do Tribunal Pleno. Recife, PE, D.J.E. 2 abr. 2013.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 86, de 8 de fevereiro de 2007. Dá nova redação ao art. 333 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1304066&filename=PL+510/2015>. Acesso em: 7 fev. 2016.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 510, de 26 de fevereiro de 2015. Dá nova redação ao art. 333 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5AFEF19088F5AC5E6AE9D9021291C2B6.proposicoesWeb1?codteor=434476&filename=Tramitacao-PL+86/2007>. Acesso em: 7 fev. 2016.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. "Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do Direito Penal Brasileiro. Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr. 2011.

CANTARELLI, Margarida. *Direito Penal Internacional e a Aplicação da Lei Penal no Espaço*. In: Caderno de Relações Internacionais, vol. 7, nº 12, jan-jul. 2016, pp. 107-141.

CARVALHO, Américo A. Taipa. "A eficácia espacial da lei penal". In: CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais, teoria geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARTIER, Marie Elisabeth; MAURO, Cristina. "La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers". In: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 4, out./dez. 2000.

CASOLATO, Roberto Wagner Battochio. "A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, abr./jun. 1998, pp. 89-104.

CECCHI, Orfeo. *Il reato formale*. In: “Annali di Diritto e Procedura Penale”, Torino, v. 2, p. 245-262, 1933.

CHAVES, Anna Cecília Santos. *A Corrupção Privada no Brasil*. Revista Jurídica ESMP-SP, V.4, 2013, pp. 231-260.

CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK. London. Disponível em: <https://www.crin.org/en/home/ages>. Acesso em: 31 jul. 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. “Droit brésilien”. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Jurisdictions nationales et crimes internationaux*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 30ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas*. Brasília, DF, set. 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Arazandi, 1997.

____. “La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional”. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta: in memoriam AlexandriBaratta*, Salamanca: CISE/Universidad Salamanca, 2004.

COSTA, Helena Regina Lobo da. “Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial”. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.), *Temas de anticorrupção e compliance*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

COSTA E SILVA, A. J. da. *Código Penal*, São Paulo, 1943.

CUTLER, Lloyd N. “Watergate, International Style”. In: *Foreign Policy*, No. 24 (Autumn, 1976).

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio M. de. *Código Penal comentado*, 8ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2010.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública". In: *Pensamiento penal y criminológico: revista de derecho penal integrado*, Córdoba, v. 4, n. 7, 2003.

DEMO, Roberto Luís Luchi. "A jurisdição penal brasileira. Desenho em relação ao espaço e às pessoas. Concorrência de jurisdições nacional e estrangeira. Consequências de sua ausência ou deficiência". In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 40, n.º 45, jan./jun 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Coimbra Editora, 2004.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. "La corrupción en las transacciones comerciales internacionales". In: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (apres.), *Estudios sobre las reformas del código penal: operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Navarra: Civitas, 2011.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001

____. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

____. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ELLIS, Matteson. *Como os Países da América Latina Definem o Termo 'Funcionário Público'*. Disponível em: <http://fcpamericas.com/portuguese/como-os-paises-da-america-latina-definem-termo-funcionario-publico/#>. Acesso em: 12 out. 2016.

ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia juridica actuales*. Tradução de Juan Jorge Gil Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968.

ESPANHA. *Código Penal y legislación complementaria*. Edición actualizada a 3 de noviembre de 2016. Disponível em: <https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em 31 dez. 2016.

ESTADOS UNIDOS. *Código Federal dos EUA*. Título 15, Capítulo 2-B. Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior. Atualizada até a Lei de Direito Público Pub. L. 105-366 (10 de novembro de 1998). Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. *Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least $3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History*. 21 Dec. 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>. Acesso em: 27 dez. 2016.

ESTADOS UNIDOS. The Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. [United States] 14 Nov. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

FAYARD, Marie-Claude. "La localisation internationale de l'infraction: étude de jurisprudence". In: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n.º 4, out./dez. 1968.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio de. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI*. São Paulo: Editora Positivo, 2004. Versão 5.11.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Empresas estatais, paraestatais e particulares com participação pública*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/textos/090401_empPubl_profSergio.pdf>. Acesso em 2 abr. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial: arts. 213 a 359 CP*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

____. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

GAMBARDELLA, Marco. *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*. Archivio Penale, gennaio–aprile, 2013, fascicolo 1, anno LXV, ISBN 978-88-548-5258-7, DOI 10.4399/97888548525872, pp. 22-23. Disponível em: <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/Gambardella.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2016.

GAROFOLI, Roberto. *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*. Editore Luca Santa Maria, Direttore Responsabile Francesco Viganò, 2010-2012, Diritto Penale Contemporaneo, p. 10. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1358231807Garofoli%20corruzione.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2016.

GOLDWAG, Celia. "The Constitutionality of Affirmative Defenses after Patterson v. New York". In: *Columbia Law Review*, Vol. 78, No. 3 (Apr., 1978), pp. 655-678.

GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. "O crime de concussão e sua distinção dos crimes de extorsão e corrupção passiva no direito penal brasileiro". In: *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho* (org. Renato de Mello Jorge Silveira e João Daniel Rassi). São Paulo: LiberArs, 2014, pp. 271-284.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. *Noções de Direito Romano*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HOMERO. *Odisseia*. Tradução de Jaime Bruna. São Paulo: Cultrix, 2006.

HONG KONG. *Independent Commission Against Corruption (ICAC)*. Disponível em: <http://www.icac.org.hk/en/home/index.html>. Acesso em: 15 nov. 2016.

HUDSON, Manley O. "The Factor Case and Double Criminality in Extradition." In: *The American Journal of International Law 28*, no. 2 (1934): 274-306.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, Volume I, Tomo I, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

IRELAND-PIPER, Danielle, "Extraterritorial criminal jurisdiction: does the long arm of the Law undermine the rule of law?" In: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, 2012, pp. 122-157.

ITÁLIA. *Codice Penale*. Disponível em: <http://www.diritto.it/codici/2>. Acesso em: 31 dez. 2016.

JAPÃO. National Public Service Ethics Board. *Rules to Maintain Ethics of National Public Service Officials*. Disponível em: <http://www.jinji.go.jp/rinri/eng/rule.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. "A corrupção em uma perspectiva internacional". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich. "O objeto do direito penal internacional e sua mais recente evolução". In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 6, abr./jun. 1972.

JORDAN, Jon. "The OECD's Call for an End to 'Corrosive' Facilitation Payments and the International Focus on the Facilitation Payments Exception Under the Foreign Corrupt Practices Act". In: *University of Pennsylvania Journal of Business Law*. Summer, 2011. 13 U. Pa. J. Bus. L. 881.

KAIKATI, Jack G.; LABEL, Wayne A.. "American Bribery Legislation: An Obstacle to International Marketing". In: *Journal of Marketing*, Vol. 44, No. 4 (Autumn, 1980).

KUYVEN, Fernando. "Aplicação ultraterritorial da Lei Anticorrupção". In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 4, 2014, p. 263-280.

LAGO, Natasha do. "Lei que tipifica organização criminosa não elimina incertezas". In: *Consultor Jurídico*, 20 mar. 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-mar-20/natasha-lago-lei-tipifica-organizacao-criminosa-nao-elimina-incertezas>, último acesso em 13 de junho de 2016

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.

LASCANO, Carlos Julio. "El cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales". In: *Pensamiento Penal y Criminológico: Revista de Derecho Penal integrado*, Córdoba, v. 4, n. 6, 2003.

LEWIS, Alfred E. "5 Held in Plot to Bug Democrat's Office Here". In: *Washington Post*. 18 Jun. 1972. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2002/05/31/AR2005111001227.html>. Acesso em: 14 mai. 2015.

LINDGREN, James. “The Theory, History, and Practice of the Bribery-Extortion Distinction”. In: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, No. 5 (May, 1993), pp. 1695-1740.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34/Edesp, 2004.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Vol. I. Bogotá: Editorial Temis, 1971.

MAHMOUD, Mohamed Ale Hasan. *Direito Penal Marítimo: zona econômica exclusiva, soberania e extraterritorialidade*, São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. “Jurisdição extraterritorial em direito da concorrência: balanço e perspectivas”. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, pp. 1047-1075, jan. 2006. ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67733>. Acesso em: 30 dez. 2015.

MAURI, Miriam Cugat. “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. In: GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

MARQUES, José Frederico, *Tratado de Direito Penal*, Volume I, São Paulo: Saraiva, 1964.

MÉNDEZ, Juan E.; MARIEZCURRENA, Javier. “Sistema interamericano, impunidad y jurisdicción universal: el caso Pinochet”. In: *Más derecho?*: Revista de ciencias jurídicas, Buenos Aires, n.º 1, 2000.

MILLIET-EINBINDER, Martine. *The tax deductibility of bribes is a practice which the Convention has made easier to abolish*. Disponível em: <http://www.oecdobserver.org/news/printpage.php/aid/245/Writing_off_tax_deductibility_.html>. Acesso em: 11 mai. 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1966.

NIETO MARTÍN, Adán. “La corrupción en el comercio internacional: o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo”. In: *Revista Penal*, Valencia, n. 12, jul., 2003.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal.* Volume IV. São Paulo: Saraiva, 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Edmundo. “A sociologia da corrupção”. In: *Ciência penal: coletânea de estudos: homenagem a Alcides Munhoz Netto*, Curitiba: JM, 1999.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. 21 Nov. 1997. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. 26 Nov. 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Brazil: Phase 1: Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*. 31 Aug. 2004. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/33742137.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2015.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil.* [Paris], Oct. 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ONU alerta para aumento acentuado de violações dos direitos humanos em todo o Oriente Médio*. 13 mai. 2011. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-alerta-para-aumento-acentuado-de-violacoes-aos-direitos-humanos-em-todo-o-oriente-medio/>. Acesso em: 26 abr. 2016.

ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

PAZ, Miguel Ángel Nuñez. "La corrupción en el ámbito de las transacciones comerciales". In: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Maria Rosario; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Madrid: Colex, 2003.

PEREIRA, Paulo Cyrillo. "Funcionário público: titularidade passiva nos crimes contra a administração pública". In: *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 153, jan./mar. 1991, pp. 21-24.

PETROBRAS. O *Guia de Recebimento e Oferecimento de Presentes, Brindes, Hospitalidade e Contrapartidas de Patrocínio da Petrobras*. [Rio de Janeiro], jan. 2015. Disponível em: <http://sites.petrobras.com.br/CanalFornecedor/portugues/pdf/Guia-Recebimento-Oferecimento-Presentes-Brindes-Hospitalidade-Contrapartidas.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Volume II. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

____. *Manual de direito penal brasileiro*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

POMBO, Bárbara. "Ação contra Petrobras nos EUA deverá ter desfecho antes que STF julgue Lava Jato". In: *Jota*. 21 mar. 2016. Disponível em: <http://jota.info/justica/acao-contra-petrobras-nos-eua-tera-desfecho-antes-que-stf-julgue-lava-jato-21032016>. Acesso em: 1 jan. 2017.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Livro 5, Título 71. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1218.htm>. Acesso em 23 mar. 2015.

PRADO, Luiz Regis. "O bem jurídico tutelado nos novos delitos de corrupção e de tráfico de influência internacional". In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 10, n. 119, out. 2002.

____. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial: volume 7, arts. 312 a 359-H*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia.* São Paulo: Atlas, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel Reale Júnior. *Instituições de Direito Penal*, Parte Geral, Volume I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REINO UNIDO. *Extradition Act 1989, Chapter 33*. Londres. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/33/pdfs/ukpga_19890033_en.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. "A vigência da lei penal no espaço: efeitos da globalização". In: SARTORI, Ivan Ricardo Garisio (org.). *Estudos de direito penal: aspectos práticos e polêmicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROLO, Tanya. "Retaking the helm against international bribery: the facilitating payments exception and sovereign dominance". In: *Fordham International Law Journal*. November, 2012. 35 Fordham Int'l L.J. 1884.

ROSAL, Juan Del. *Tratado de Derecho Penal Español*. Parte General, Vol. I. 2ª edición revisada y corregida por Manuel Cobo. Madrid, 1967.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, 1997.

SACERDOTI, Giorgio. "La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali". In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 41, 1998.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. "Breves anotações sobre os crimes de corrupção passiva e corrupção privada na legislação penal espanhola". In: *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior* (org. Janaína Conceição Paschoal e Renato Mello Jorge Silveira. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, pp. 1-16.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª edição. Lumen Juris, 2008.

SCHILLING, Flávia. "A luta contra a corrupção e a construção da democracia: perspectivas de análise". In: *Revista do ILANUD*, São Paulo, n.º 8, 1998.

SCHUTTE, Julian J. E.. "O direito público e a competência territorial em matéria penal". In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 3, n.º 1, jan./mar. 1993.

SEIGEL, Michael. "Prosecution of public corruption in the United States". In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.), *Temas de anticorrupção & compliance*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SEMINARA, Sergio. "Gli interessi tutelati nei reati di corruzione". In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n.º 36, 1993.

SHEAHEN, Kyle P. "I'm not going to Disneyland: illusory affirmative defenses under The Foreign Corrupt Practices Act". In: *Wisconsin International Law Journal*. Fall, 2010. 28 Wis. Int'l L.J. 464.

SILVA, Anamara Osório. *Dupla incriminação no direito internacional contemporâneo: análise sob a perspectiva do processo de extradição*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 29. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-20022015-074810/>. Acesso em: 12 jun. 2016.

____. *Dupla incriminação no direito internacional contemporâneo: análise sob a perspectiva do processo de extradição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de. “Da competência pelo lugar da infração – crimes plurilocais e crimes à distância”. In: *Justitia*, São Paulo, v. 50, n. 144, out./dez. 1988, pp. 70-84.

SOLOMON, Lewis D.; LINVILLE, Leslie G.. *Transnational Conduct of American Multinational Corporations: Questionable Payments Abroad*, 7 B.C.L. Rev. 303 (1976). Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol17/iss3/1>. Acesso em: 1 mai. 2015.

SPAHN, Elizabeth K. “Local Law Provisions under the OECD Anti-Bribery Convention”. In: *Syracuse Journal of International Law & Commerce*. Spring, 2012. 39 Syracuse J. Int'l L. & Com. 249.

STRAUSS, Emily N. “Easing out the FCPA facilitation payment exception”. In: *Boston University Law Review*. January, 2013. 93 B.U.L. Rev. 235.

SWART, Bert. “La place des critères traditionnels de compétence dans la pursuit des crimes internationaux”. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille, *Jurisdictions nationales et crimes internationaux*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

SWIFT, Jonathan. *Gulliver’s Travels*. 1ª edição publicada em 1726. Grã-Bretanha: Penguin, 2010.

THE THREE TWELVE GROUP. *The FCPA: Prohibited Conduct Under the Anti-Bribery Provisions*. Disponível em: <http://thethreetwelvegroup.com/2016/04/28/the-fcpa-prohibited-conduct-under-the-anti-bribery-provisions/>. Acesso em: 16 out. 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRICOT, Juliette. “La corruption internationale”. In: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 4, out./dez. 2005.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Model Treaty on Extradition*. 12 Dec. 1997. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016.

VALLEJO, Manuel Jaén. *Aplicación extraterritorial del derecho penal: ¿principio de universalidad?* 1ª edição. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2007.

WARIN, F. Joseph; DIAMANT, Michael S.; PFENNING, Jill M.. "FCPA Compliance in China and the Gifts and Hospitality Challenge". In: *Virginia Law & Business Review*. Spring, 2010. 5 Va. L. & Bus. Rev. 33.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

WILLIAMS, Sharon A.. "The double criminality rule and extradition: a comparative analysis". In: *Nova Law Review* 15.2 (1991): 581-624.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 5ª edição. Buenos Aires: Ediar, 1986.

ZIPPIN FILHO, Dálio. "A extraterritorialidade do crime e a eficácia da lei brasileira". In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, n.º 18, jan./jun. 2005.